Prof. Dr.
ZÜHTÜ ARSLAN'A ARMAĞAN

Essays in Honor of Prof. Dr. Zühtü Arslan

Cilt/Vol: 1

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: 1

Ankara, 2024

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISBN: 978-625-98741-9-7 (1.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

TAKDİM

Yükseköğretim Genel Kurulunca gösterilen üç aday arasından Sayın Cumhurbaşkanı tarafından 17/4/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilen Prof. Dr. Zühtü Arslan, üç dönem Anayasa Mahkemesi başkanlığı yapmıştır.

Zühtü Arslan zengin bir entelektüel birikime sahip Doğu ve Batı arasında sentez yapabilme derinliğine ulaşmış bir hukukçu akademisyendir. Zühtü Arslan'ın hukukçuluğunun iki boyutundan söz etmek mümkündür. Arslan, anayasa hukuku teorisiyle uzun yıllar meşgul olmuştur. "Anayasa Teorisi" kitabı özgünlüğünü hâlâ korumakta ve çok önemli tartışmaları aydınlatmaya devam etmektedir. Anayasa hukukunun ilgi alanına giren meselelerin incelendiği kitapta Arslan; anayasacılık, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve kuvvetler ayrılığı gibi ilkeler yoluyla siyasal iktidar ile birey arasındaki ilişkileri anayasa yargısı perspektifinden ele almış Türkiye'de yaşayan tüm toplum kesimlerinin eşit değer ve saygı gördüğü bir anayasal düzenin kurulması için yapılması gerekenleri kaleme almıştır.

Arslan, makalelerinde ve kitaplarında Anayasa Mahkemesinin kendisinin üye olarak atanmasından önce verdiği kararlarını temel hak ve özgürlüklerin dar yorumu gerekçesiyle eleştirmiştir. Bu eleştirilerini ideolojik bir bakış açısıyla değil objektif bir insan hakları perspektifiyle gerçekleştirmiştir. Bu yaklaşımını Arslan, Anayasa Mahkemesi üyesi olduktan sonra da sürdürmüştür. Mahkemenin en fazla karşı oy yazan üyelerinden biri olması düşüncelerinin arkasında kararlılıkla durduğunun bir göstergesi olarak görülebilir. Bu çerçevede Mahkemenin son yıllarda ortaya koyduğu "hak eksenli" yaklaşımın inşasında büyük pay sahibi olduğu açıktır.

Sayın Arslan, ülkemizin düşünce dünyası içerisinde de saygın bir yere sahiptir. Arslan'ın konuşmalarından ve çalışmalarından Aristo, J. J. Rousseau, Hegel, John Locke, J. S. Mill, Lord Acton, Karl Popper ve Isaiah Berlin gibi Batı aydınlanmasının önemli filozoflarının fikirlerini dikkate aldığı ve siyasal iktidar ile birey arasındaki ilişkileri bu fikirler üzerinden düşünce dünyasına yerleştirdiği anlaşılmaktadır. Öte yandan Arslan'ın Mevlana Celaleddin Rumi'den Sadi Şirazi'ye uzanan gönül birlikteliği Doğu'nun bilgeliğini de içselleştirdiğinin kanıtıdır. Nitekim Arslan konuşmalarında ve yazılarında kimi zaman İbni Haldun'un "Mukaddimesi"nden bir kuyumcu titizliğiyle bize hazineler sunarken kimi zaman da Abdurrahman Cami'nin, "Baharistanı"nın

sayfalarında bizi "adalet" kavramının peşinde dolaştırmaktadır. Doğu'nun bilgeliği ile Batı'nın insan onurunu esas alan yaklaşımını sentezleyen bir entelektüel olarak Arslan çok sevdiği Aliya İzzetbegoviç'in fikirleriyle kurduğu bağ aracılığıyla her fırsatta Doğu ve Batı arasında tesis edilebilecek dengeyi göstermektedir.

Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi başkanlığı da kendine has bir süreç barındırmıştır. Zühtü Arslan *"en"lerin* başkanı olarak tarihe geçmiştir. Seçildiği dönemde Mahkemenin en genç başkanı olmuştur. En fazla karşı oy yazan üyelerden biridir. Ayrıca, dokuz yıl iki aylık süreyle en uzun süre başkanlık yapan üyedir. Öte yandan Mahkemeyi uluslararası alana en çok taşıyan başkan olduğu da söylenebilir. Onun başkanlığı döneminde Avrupa Konseyi bünyesinde iki proje hayata geçirilmiştir. Bunlardan ilki 2016'da başlayıp 2019 yılında tamamlanan "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi"dir. Diğeri 2021 yılında başlayan ve 2025 yılında tamamlanması planlanan "Anayasa Mahkemesinin Temel Haklar Alanındaki Kararlarının Etkili Şekilde Uygulanmasının Desteklenmesi Projesi"dir.

Zühtü Arslan'ın başkanlığı döneminde sırasıyla Cezayir, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Kosova Cumhuriyeti, Irak, Kazakistan, Moğolistan, Gürcistan, Rusya, Venezuela Cumhuriyeti, Somali, Cibuti, Özbekistan ve Filistin olmak üzere toplam on üç devlet ile ikili iş birliği mutabakat zaptı imzalanmıştır. Ayrıca Bulgaristan Anayasa Mahkemesi ile daha önce yapılan iş birliği anlaşması 2 Haziran 2022 tarihinde yenilenmiştir.

Öte yandan Endonezya'nın Bali şehrinde 9 Ağustos 2016'da gerçekleştirilen 3. Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği (AACC) Kongresinde Birliğin Statüsü değiştirilerek Daimî Sekreterlik kurulmuştur. Daimî Sekreterlik, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Endonezya Anayasa Mahkemesi ve (Güney) Kore Anayasa Mahkemesi tarafından ortak bir şekilde yürütülmektedir. Ortak Daimî Sekreterlik Ankara merkezli "Eğitim ve İnsan Kaynakları Geliştirme Merkezi", Cakarta (Endonezya) merkezli "Planlama ve Koordinasyon Daimî Sekreterliği" ve Seul (Güney Kore) merkezli "Araştırma ve Geliştirme Daimî Sekreterliği" olarak üçe ayrılmıştır.

Arslan'ın gayretleriyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 5 Ekim 2017 tarihi itibarıyla Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Örgütü nezdinde gözlemci kurum statüsünü kazanmıştır.

Ayrıca Arslan'ın girişimi neticesinde anayasa yargısı alanında İslam dünyasını ve Türk dünyasını ilgilendiren iki önemli uluslararası örgüt kurulmuştur. 24-28 Nisan 2022 tarihleri arasında düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 60. Kuruluş yıl dönümü etkinlikleri kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Azerbaycan Anayasa Mahkemesi,

Özbekistan Anayasa Mahkemesi, Kırgızistan Anayasa Mahkemesi ve toplantıya çevrimiçi katılan Kazakistan Anayasa Konseyi tarafından Türk Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı (TÜRK-AY) resmî olarak kurulmuştur. 22-24 Nisan 2022 tarihleri arasında kurulan TÜRK-AY'a ilişkin tüzük 24 Aralık 2022 tarihinde İstanbul'da kabul edilerek imzalanmıştır. Toplantıya TÜRK-AY üyesi Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan, Kırgızistan, Özbekistan ve misafir olarak Türkmenistan ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti katılmıştır.

İslam ülkeleri yüksek mahkemelerine yönelik olarak düzenlenen İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı Açılış Kongresi (İDAY) 22-24 Aralık 2022 tarihinde İslam dünyasından anayasa yargısı yetkisini kullanan 32 anayasa mahkemesi ve yüksek mahkeme ile uluslararası kuruluşlardan başkan ve temsilcilerin katılımı ile İstanbul/Dolmabahçe Sarayı'nda yapılmıştır. İDAY kapsamında hazırlanan tüzük taslağı görüşülerek kabul edilmiş ve İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı resmî olarak kurulmuştur.

Öte yandan Arslan'ın Anayasa Mahkemesi başkanlığı döneminde birtakım zorluklarla da karşılaşılmıştır. Özellikle 2012 yılında faaliyete geçen bireysel başvuru sisteminin kurumsal olarak yerleşmesi ve iş yüküyle baş edilmesinde Arslan'ın önemli katkıları olmuştur. Ayrıca millî iradeyi ortadan kaldırmayı hedefleyen 15 Temmuz 2016 darbe girişimi esnasında daha ilk saatlerden itibaren yapılan açıklama ile Anayasa Mahkemesinin anayasal demokrasinin ve hukuk devletinin ayakta kalmasında Arslan çok ciddi bir gayret göstermiştir. Arslan döneminde bu zorluklara, 2017 Anayasa değişiklikleriyle başlayan yeni anayasal kurumların yorumu ve uygulanmasına ilişkin belirsizlikler de eklenebilir. Anayasa Mahkemesi özellikle anayasa yargısı pratiğimizde daha önce örneği olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi konusunda önemli bir mesai sarf etmiştir. Anayasa'nın ilgili hükümlerinin sistematik bir bütünlük içinde yorumlanarak temel ilke ve esasların belirlenmesinde Anayasa Mahkemesi önemli bir perspektif sunmuştur. Bu konuda da Arslan'ın katkılarının altını çizmek gerekir.

Arslan, başkanlığı döneminde Anayasa Mahkemesi ile akademik hukuk camiası arasında güçlü bir iletişim kurmak, bu suretle Mahkemenin içtihatlarının gelişimine katkı sağlamak amacına yönelik de büyük bir çaba sarf etmiştir. Bu amaç doğrultusunda 2018 tarihinde Genel Kurul Kararı ile Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi (AYAM) kurulmuştur. AYAM'ın faaliyetlerinin başında "Anayasa Yargısı" dergisinin yayımlanması gelmektedir. Anayasa Yargısı, 2019 yılından itibaren yılda iki defa yayımlanan bilimsel ve hakemli dergi formatına dönüştürülmüştür. AYAM, ayrıca hukuk fakülteleri, üniversiteler bünyesindeki insan hakları merkezleri ve kamu kurumları ile ortak programlar gerçekleştirmiştir.

20 Nisan 2024 tarihinde görev süresi tamamlanan Zühtü Arslan için hazırlanan bu armağan iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm Zühtü Arslan'a ve onun düşünce dünyasına ayrılmıştır. Fotoğraflarla başlayan bu bölüm Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesinde geçirdiği on iki yıla görsel bir ışık tutmaktadır. Daha sonra Zühtü Arslan'ın başkanlığı süresince yaptığı konuşmalardan ve röportajlardan seçmeler hazırlanmıştır. Okuyucu bu konuşmaların her birinin, memleket ve insan sevgisiyle harmanlandığını, geçmişin derin yaralarını sarma ve geleceğe adil bir dünya kurma kaygısıyla yapıldığını gözlemleyebilecektir. Peşi sıra Zühtü Arslan'nın karşıoy ve farklı gerekçelerinden örnekler örnekler sunulmuştur. Böylece Arslan'ın hukuka bakışının daha iyi anlaşılması amaçlanmıştır. Daha sonra kişisel tanıklıklara yer verilmiştir. Bu tanıklıkların büyük kısmı yabancı ülkelerin Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinden gelen, bir kısmı da mesleki ve akademik ilişkilerden kaynaklanan yazılardır.

İkinci bölüm ise bilimsel yazılardan oluşmaktadır. Bu bölümde Zühtü Arslan'ı yakından tanıyan mesai arkadaşları ve dostları tarafından kaleme alınan ve Zühtü Arslan'ın çalışma alanı olan anayasa hukuku ve siyaset bilimine ilişkin konuları içeren makaleler yer almaktadır. Böylece Zühtü Arslan'ın anayasa hukuku ve siyaset bilimine katkıları hep hatırlanacak ve sonraki kuşakların onu tanımalarına vesile olacaktır. Bu makalelerin bir kısmı yazarlarının talebi üzerine hakem incelemesinden geçirilmiştir. Yazılar kör hakemlik kuralına riayet edilerek editörler tarafından konunun uzmanları içerisinden seçilen iki hakeme gönderilmiş ve hakemlik süreci akademik usullere uygun bir şekilde takip edilmiştir. Bu vesileyle armağanda hakemlik görevi üstlenen değerli hocalarımıza minnettarız. Ayrıca armağanın yayına hazırlanması sürecinde katkı sunan AYAM Uzmanı Arş. Gör. Erman Manav'a, Anayasa Mahkemesinin değerli çalışanlarına, dizgide ve baskıda yoğun mesai sarf eden matbaa emekçilerine teşekkür ediyoruz.

Sayın Prof. Dr. Zühtü Arslan'a hukukumuza ve Anayasa Mahkemesine katkılarından dolayı çok teşekkür eder; yeni hayatında ailesi ve tüm sevdikleriyle birlikte daha nice sağlık, başarı ve huzur dolu yıllar dileriz.

Editörler

İÇİNDEKİLER

TAKDİM 3
İÇİNDEKİLER 7
HAKEM LİSTESİ 17

BİRİNCİ BÖLÜM
ZÜHTÜ ARSLAN HAKKINDA

I. FOTOĞRAFLARLA ZÜHTÜ ARSLAN 21

II. ZÜHTÜ ARSLAN'IN ÖZGEÇMİŞİ 27

III. ZÜHTÜ ARSLAN'IN KONUŞMALARI VE RÖPORTAJLARINDAN ÖRNEKLER 31

A. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENLERİ AÇIŞ KONUŞMALARI 33

Anayasa Mahkemesinin 53. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 35

Anayasa Mahkemesinin 54. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 46

Anayasa Mahkemesinin 55. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 55

Anayasa Mahkemesinin 56. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 62

Anayasa Mahkemesinin 57. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 70

Anayasa Mahkemesinin 58. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 76

Anayasa Mahkemesinin 59. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 78

Anayasa Mahkemesinin 60. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 80

Anayasa Mahkemesinin 61. Kuruluş Yıl Dönümü Töreni 91

B. ANDİÇME TÖRENİ KONUŞMALARI 97

Anayasa Mahkemesi Üyeleri Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez'in Andiçme Töreni Açış Konuşması 99

Anayasa Mahkemesi Üyesi Yıldız Seferinoğlu'nun Andiçme Töreni Açış Konuşması 105

Anayasa Mahkemesi Üyesi Selahaddin Menteş'in Andiçme Töreni Açış Konuşması 109

Anayasa Mahkemesi Üyesi Basri Bağcı'nın Andiçme Töreni Açış Konuşması 114

Anayasa Mahkemesi Üyesi İrfan Fidan'ın Andiçme Töreni Açış Konuşması 119

Anayasa Mahkemesi Üyesi Kenan Yaşar'ın Andiçme Töreni Açış Konuşması 124

Anayasa Mahkemesi Üyesi Muhterem İnce'nin Andiçme Töreni Açış Konuşması 128

Anayasa Mahkemesi Üyesi Yılmaz Akçil'in Andiçme Töreni Açış Konuşması 132

C. DİĞER KONUŞMALARI 139

İfade Özgürlüğü, Demokrasi ve Zorluklar 141

15 Temmuz Darbe Teşebbüsü ve Olağanüstü Hâl: Türkiye'de Anayasal Demokrasi İçin Yeni Bir Meydan Okuma 149

Göçe Bağlı Olarak Yabancı Düşmanlığı, Irkçılık ve İslam Karşıtlığı 155

Olağanüstü Hallerde Anayasal İlkelerin İdamesi 161

Aliya İzzetbegoviç'in Düşüncesinde Üç Kavram: Adalet, Hukuk ve Hürriyet 168

İslam İşbirliği Teşkilatı 1. Yargı Konferansı Açılışı 177

Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Sempozyum ve Armağan Takdim Töreninin Açılışı 183

Mutlak Bir Hak Olarak Masumiyet Karinesi 190

"Mesleki Hayat Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı" Sempozyumu Açış Konuşması 194

Çoğulcu Demokrasiyi Geliştirmede Türk Anayasa Mahkemesinin Rolü 201

Üniversitenin Üç Hali: Akıl Özgürlük ve Çeşitlilik 206

Anayasal Özgürlüklerin Sınırlandırılması 211

Türkiye'de Bireysel Başvurunun Dünü, Bugünü ve Yarını Üzerine Bir Değerlendirme 217

Sosyal Barışın Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin Rolü: Uygulama Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme 225

Uluslararası Hukukun Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki Yeri 234

Türkiye'de Anayasa Şikayeti: On Yıllık Tecrübe 240

İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı 245

Türkiye'de Anayasa Yargısı: Başarılar, Sınamalar ve Beklentiler 249

İnsan Hakları Düşüncesinin Temelleri 258

"Adli Yargıda Bireysel Başvuru Kararları ve İhlalin Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması" Konulu Bölge Toplantısı 263

Kış Dönemi Birinci Grup Staj Öğrencilerinin Sertifika Töreni 268

Anayasal Yorumun Dinamikleri ve Anayasa Mahkemesi 276

D. RÖPORTAJLAR 285

Akademik Kürsü Dergisi'nde Yayımlanan Röportaj 287

Hürriyet Gazetesi'nde Yayımlanan Röportaj 299

IV. ZÜHTÜ ARSLAN'IN KARŞI OYLARI VE FARKLI GEREKÇELERİ 307

A. Norm Denetimi Karşıoylar 309

Kanunlar 311

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri 369

B. Bireysel Başvuru Karşıoyları 399

V. TANIKLIKLAR 483

Moussa LARABA 485

Moussa LARABA's Essay in Honor of Zühtü ARSLAN
Moussa LARABA'nın Zühtü Arslan'a Tanıklık Yazısı

Farhad ABDULLAYEV 491

A tribute to Prof. Dr. Zühtü Arslan, President of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

Mirza-Uluğbek Abdusalomov ELCHİEVİCH 501

Зухту Арслан – Ўзбекистон-Туркия ўзаро муносабатлари ривожига, туркий давлатлар бирдамлигига салмоқли ҳисса қўшган йирик давлат ва жамоат арбоби, таниқли олим ва мураббий

Zühtü ARSLAN – Özbekistan ve Türkiye İlişkilerinin Gelişmesine, Türk Devletleri Teşkilatına Önemli Ölçüde Katkılarda Bulunan Büyük Bir Devlet ve Halk Figürü, Ünlü Bir Bilim İnsanı ve Eğitmen

Arief HİDAYAT 511

From Colleagues to Brothers: Embracing Our Nations' Founding Fathers' Values in Friendship

Meslektaşlıktan Kardeşliğe: Uluslarımızın Kurucu Liderlerinin Değerlerini Dostluk İçinde Kucaklamak

Ali MUHANNA 523

A Word of Gratitude to H.E. the President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey Prof. Dr. Zühtü ARSLAN

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Prof. Dr. Zühtü ARSLAN'a Şükran Mektubu

Rıdvan GÜLEÇ 529

Sayın Zühtü Arslan İle Anayasa Mahkemesinde Geçen Dokuz Yıl

Mirsad ĆEMAN 535

President Zühtü Arslan, intellectual, professional and friend

Bir entelektüel, değerli meslektaşım ve dostum Başkan Zühtü Arslan'a ithafen

Khaled TALAHMA 541

Essays in Honour of Prof. Dr. Zühtü Arslan

Prof. Dr. Zühtü Arslan Onuruna

Prof. Dr. Anthony BRADNEY 545

Academic and Judge

Bir Akademisyen ve Yargıç

Prof. Dr. Fiona COWNIE 549
Prof. Dr. Zühtü Arslan: a Memoir
Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Dair Anılar

Prof. Dr. Engin YILDIRIM 553
Bir Arkadaş ve Meslektaş Olarak Zühtü Arslan

Hasan Tahsin GÖKCAN 559
Anayasa Yargıcı Olarak Zühtü Arslan

Prof. Dr. Yusuf ŞEVKİ HAKYEMEZ 567
Bu Mahkemeden Bir Zühtü Arslan Geçti

Kenan YAŞAR 573
Makamda Sezai Gördüm

Prof. Dr. Mustafa ÇUFALI 577
Kırk Yıllık Dostluğa Dair

Prof. Dr. Bekir Berat ÖZİPEK 581
Zühtü Arslan'ın Armağanı

Doç. Dr. Veysel DİNLER 587
Bir Yol Gösterici Olarak, Sükûnet ve Mutevazılığın Vücut Bulmuş Hâli Zühtü Hoca

VI. ZÜHTÜ ARSLAN'IN FİKİRLERİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER 595

Qaisar ABBAS 597
Judicial Luminary: Prof. Dr. Zühtü Arslan's Lasting Imprint on Turkish Constitutional Law
Yargı Dünyasının Feneri: Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın Türk Anayasa Hukuku Üzerindeki Kalıcı Etkisi

Prof. Dr. Engin YILDIRIM / Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fatih SERT 629
Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın Konuşmalarının Duygu Analizi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN 655
Karşıoy Gerekçelerinden Hareketle Sayın Zühtü Arslan'ın Hukuki Yaklaşımı ve Üslubu Hakkında Bir Deneme

Prof. Dr. Ergin ERGÜL 669
Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın Başkanlık Konuşmalarında Medeniyet Düşünürü Mevlâna Celâleddin Rûmî'nin İzini Sürmek

Dr. Osman ARSLAN 705
Zühtü Arslan'ın Konuşmalarında Aliya İzzetbegoviç'in Konumlanışı Üzerine

Taha AKYOL 729
Hak Eksenli Bir Hukukçu

Sedat ERGİN 741
Prof. Zühtü Arslan'ın Düşünce Dünyasının İzlerini Sürdüğümüzde

İKİNCİ BÖLÜM
BİLİMSEL ÇALIŞMALAR

Gianni BUQUICCHIO 777
Cross-fertilisation in the Field of Individual Access to Constitutional Justice – the Venice Commission's push to make human rights accessible to all

Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Alanında Görüş Alışverişi: Venedik Komisyonunun İnsan Haklarını Herkes İçin Erişilebilir Kılma Çabası

Dr. Schnutz Rudolf DÜRR 791
Unconstitutional Constitutional Amendments and Basic Structure Doctrine in the Case-Law of European Constitutional Courts – Venice Commission Report on Constitutional Amendment

Avrupa'daki Anayasa Mahkemelerinin İçtihadında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri ve Temel Yapı Doktrini: Anayasa Değişiklikleri Hakkında Venedik Komisyonu Raporu

Prof. Dr. Saadet YÜKSEL 861
Brief Overview of the ECtHR's Article 10 Jurisprudence Addressing New Digital Challenges

Mirsad ĆEMAN 873
Application of General Principles of International Law and Standards of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - the Example of Bosnia and Herzegovina

Uluslararası Hukukun Genel İlkelerinin ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi Standartlarının Uygulanması - Bosna Hersek Örneği

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ 895
2010 Anayasa Değişiklikleri Öncesi ve Sonrası: Din ve Vicdan Özgürlüğü Örneğinden Hareketle Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Yaklaşımındaki Değişim Üzerine Bir Değerlendirme

Yıldız SEFERİNOĞLU 929
Bireysel Başvuru Kararları Bağlamında Yasama İşlemlerinin Anayasallık Denetimi

Selahaddin MENTEŞ / Dr. Akif TÖGEL 961
"Bilgisizlik Perdesi" Anayasa Mahkemesinde Karşı Oyları Nasıl Etkiler? Başkan Zühtü Arslan'ın Bazı Karşı Oyları Ekseninde Bir Değerlendirme

Basri BAĞCI 1005
Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif İşlevi (Etkisi)

Kenan YAŞAR 1037
Özgürlükler ve Kamu Güvenliği Dengesi: Rubicon'u Geç(me)mek

Aydın ŞİMŞEK / Doç. Dr. Akif YILDIRIM 1053
Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Bağlamında Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Tutuklanması

Dr. Hamit YELKEN 1077
Anayasa Mahkemesi Norm Denetiminde Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Ret Kararı

CİLT : 2

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 1621
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

HAKEM LİSTESİ

Prof. Dr. Fatih BİRTEK	Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şuayyip ÇALIŞ	Sakarya Üniversitesi İşletme Fakültesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ergin ERGÜL	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serdar GÜLENER	Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Tevfik GÜLSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU	İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri KESER	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hikmet KIRIK	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şafak NARBAY	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bekir Berat ÖZİPEK	İstanbul Medipol İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi
Prof. Dr. Engin YILDIRIM	Anayasa Mahkemesi
Doç. Dr. Kerim ÇAKIR	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA	İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Elif KÜZECİ	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yasin SÖYLER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

Doç. Dr. Yeliz ŞANLI ATAY	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Akif YILDIRIM	Anayasa Mahkemesi
Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ	Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Soner DEMİRTAŞ	Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üy. Murat ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Akif ETGÜ	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üy. Seyithan KAYA	Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ömer GEDİK	Anayasa Mahkemesi
Dr. Habip OĞUZ	Anayasa Mahkemesi
Dr. Hilmi Can TURAN	Anayasa Mahkemesi
Dr. Hilal YAZICI	Anayasa Mahkemesi
Dr. Ferhat YILDIZ	Anayasa Mahkemesi

BİRİNCİ BÖLÜM

ZÜHTÜ ARSLAN HAKKINDA

I. FOTOĞRAFLAR

Avrupa Konseyinde Düzenlenen Konferansta Yaptığı Konuşma
13-14 Ekim 2015

Anayasa Mahkemesinin 55. Kuruluş Yıldönümü Anıtkabir Ziyareti
25 Nisan 2017

6. Yılında Ombudsmanlık Sempozyumunda Yaptığı Konuşma
14 Şubat 2019

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Düzenlenen Ali Fuad Başgil'i Anma Sempozyumunda Yaptığı Konuşma 18 Nisan 2019

Hürriyet Gazetesi Yazarı Oya Armutçu ile Röportaj 19 Temmuz 2019

Anayasa Mahkemesi Üyesi Kenan Yaşar'ın Andiçme Töreni Açış Konuşması 16 Şubat 2020

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan Salonu'nda Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) Uzman Yardımcılarına Yönelik Eğitim Programı Açış Konuşması 22 Şubat 2021

Anayasa Mahkemesinin 60. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinlikleri Kapsamında Dolmabahçe Sarayında Düzenlenen TÜRK-AY Konferansı 27 Nisan 2022

Soldan Sağa: Azerbaycan Anayasa Mahkemesi Başkanı Farhad Abdullayev Türk Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan, Özbekistan Anayasa Mahkemesi Başkanı Mirza Ulugbek Abdusalomov, Kırgızistan Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Karybek Duısheev

Başkan Zühtü Arslan'ın, İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansında Yaptığı Konuşma 24 Aralık 2022

II. ÖZ GEÇMİŞ

2015-2024
Anayasa Mahkemesi Başkanı

PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN

1/1/1964 tarihinde Yozgat'ın Sorgun ilçesinde doğmuştur. İlk ve ortaöğrenimini Sorgun'da tamamlamıştır. 1987 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümünden mezun olmuştur. Yüksek lisansını İngiltere'de Leicester Üniversitesi Hukuk Fakültesinde insan hakları ve sivil özgürlükler alanında, doktorasını da aynı Fakültede anayasa hukuku alanında yapmıştır. 2002 yılında doçent, 2007 yılında ise profesör unvanını almıştır.

2001 yılında bir süre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde çalışmıştır. Ayrıca 23/12/2010 tarihinden itibaren Basın İlan Kurumu Genel Kurul

üyeliği görevini yürütmüştür. 2009 yılında başkanlığına atandığı Polis Akademisinde uzun yıllar lisans ve lisansüstü düzeyde "anayasa hukuku", "insan hakları", "devlet kuramları" gibi dersler vermiştir. Ayrıca 2000-2003 yılları arasında Bilkent Üniversitesinde "Turkish public law" dersini, 2003-2009 yılları arasında da Başkent Üniversitesinde "hukuk ve siyaset" dersini vermiştir.

"Anayasa Teorisi", "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü" ve Türk Parlamento Tarihi 1957-1960 (üç cilt) kitapları vardır. Bunun yanında "Constitutional Law in Turkey" (Türkiye'de Anayasa Hukuku) başlıklı bir ortak kitabı ve ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü adlı bir derleme eseri bulunmaktadır. Ayrıca anayasa yargısı, insan hakları, özgürlük-güvenlik ilişkisi ve siyasi partiler hukuku gibi alanlarda Türkçe ve İngilizce yayımlanmış makaleleri ve bildirileri vardır.

Arslan, Yükseköğretim Genel Kurulunca gösterilen üç aday arasından Sayın Cumhurbaşkanı tarafından 17/4/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiş 20/4/2012 tarihinde göreve başlamıştır.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca 10/2/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesi başkanlığına seçilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından 25/1/2019 ve 2/2/2023 tarihlerinde yeniden Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak seçilmiştir.

Evli ve dört çocuk babasıdır.

III. ZÜHTÜ ARSLAN'IN KONUŞMALARI VE RÖPORTAJLARINDAN ÖRNEKLER

A. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENLERİ AÇIŞ KONUŞMALARI

ANAYASA MAHKEMESİNİN 53. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ
(25 Nisan 2015)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin 53. kuruluş yıl dönümü ve yeni seçilen üyemizin yemin törenine hoş geldiniz diyor, sizleri en içten duygularımla ve saygıyla selamlıyorum.

Türkiye Büyük Millet Meclisince Sayıştay kontenjanından Anayasa Mahkemesine üye seçilen ve biraz önce yemin ederek görevine başlayan Sayın Rıdvan Güleç'i tebrik ediyor, üyeliğinin kendisine, ailesine, Mahkememize ve ülkemize hayırlı olmasını temenni ediyorum. Sayın Güleç'in uzun yıllar görev yaptığı Sayıştay'da edindiği bilgi ve deneyimi Anayasa yargısı alanında da kullanacağına ve Anayasa Mahkemesine güç katacağına olan inancımı ifade ederek, kendisine başarılar diliyorum.

Ayrıca kısa bir süre önce Anayasa Mahkemesi başkanvekilliğine seçilen üyemiz Sayın Burhan Üstün'ü ve Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanvekilliğine seçilen üyemiz Sayın Nuri Necipoğlu'nu da tebrik ediyor, yeni görevlerinde başarılar diliyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

20. yüzyılın önde gelen siyaset felsefecilerinden biri olan John Rawls, "*Adalet toplumsal kurumların ilk erdemidir*" diyor. Rawls'un iyi işleyen bir anayasal düzenin temeli olarak gördüğü adaletin birincil ilkesi, temel hak ve özgürlüklere herkesin eşit şekilde sahip olmasıdır.

Bu anlamda adalet, herkesin hakkı olanı alması ve hak ettiğini bulmasıdır. Adaletin bu yönünü en özlü şekilde ifade eden kişi, hiç kuşkusuz, Mevlana'dır. Mevlana düşüncesinde, adalet her şeyi yerli yerine koymaktır. O'na göre, "*ağaçları sulamak*" adalettir, "*dikene su vermek*" ise zulümdür.

Zulmün zıttı olarak görülen adalet, bu topraklarda yüzlerce yıl devlet ve toplum hayatının temel ilkesi olarak kabul edilmiştir. 16. yüzyılda yaşayan

Kınalızâde Ali Çelebi, Ahlâk-ı Alâ'î adlı meşhur eserinin sonunda "adalet dairesi"ni çizerken, daireyi adaletle başlatıp adaletle tamamlamıştır. Kınalızade, "*adldir mucib-i salâh-ı cihan*" ("*Dünyanın nizamını ve kurtuluşunu sağlayan adalettir*") demek suretiyle, adaletin evrensel boyutuna ve Osmanlı yönetim anlayışındaki merkezi önemine işaret etmiştir. Adalet, sadece mülkün yani devletin değil, aynı zamanda medeniyetin de temelidir. İnsanlığa örnek teşkil edecek bir medeniyetin inşası ve idâmesi ancak adaletle mümkündür.

Adalet, yalnızca kanunlara değil, onların yorumlanması ve uygulanmasına da hâkim olması gereken bir değerdir. Bu anlamda, hiç kuşkusuz, adaletin gerçekleştirilmesinde en etkili kurumların başında yargı gelmektedir. Mahkemelerin bulunduğu binalara "*adliye*" ya da "*adalet sarayı*" denmesinin nedeni de budur. Bir çok dilde "adalet" (justice) kelimesinin aynı zamanda "yargıç" anlamında kullanıldığı da bilinmektedir. Esasen insan hak ve özgürlüklerine dayanan adil bir siyasal ve hukuksal düzenin sürdürülmesinde yargıya diğer tüm organlardan daha fazla iş düşmektedir.

Türkiye'de yargı, belki de tarihinin en önemli ve hassas dönemlerinden birini yaşıyor. Adaletin tesisi gibi son derece ağır bir yük taşıyan yargının, bu yükün altından hakkıyla kalkabilmesinin ve kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesinin yolu, "vesayet" kavramıyla yüzleşmesinden geçmektedir. Bu konuda sadece yargının kendisiyle yüzleşmesi ve özeleştiri yapması yetmez, aynı zamanda siyasal ve hukuksal sistemin tüm unsurlarının da bir muhasebe yapması gerekmektedir.

Vesayetçi anlayış, demokrasiyi ve hukuk devletini etkisizleştiren, bu kavramların içini boşaltan ve göstermelik hâle getiren bir işleve sahiptir. Vesayetçilik, kurumsal düzeyde demokratik siyasi aklın yetersiz olduğu varsayımına dayanır. Bireysel düzeyde ise kişinin kendi haline bırakılmaması, yönlendirilmesi gerektiği, aksi halde doğru karar veremeyeceği düşüncesinden beslenir. Her iki durumda da kurumsal ve bireysel akla ipotek koyma söz konusudur. Bu nedenle Kant, vesayeti özgürlüğün düşmanı olarak görür ve Aydınlanmanın şiarını, "*Aklını kullanmaya cesaret et*!" şeklinde formüle eder.

Vesayet sadece siyasi alanda değil, yargı alanında da aklın ve vicdanın serbestçe kullanılmasının karşısındaki en büyük tehlikedir. Bu nedenle, gerçek manada yargı bağımsızlığı hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurudur. Yargı bağımsızlığı, yargının bir yandan kurumsal düzeyde hiçbir kişiden ve organdan emir, talimat ve telkine maruz kalmamasını, diğer yandan da bireysel düzeyde yargı mensuplarının hiçbir vesayete tabi olmadan akıllarını ve iradelerini serbestçe kullanabilmelerini gerektirir.

Unutmayalım ki, fikri ve vicdanı hür olmayandan hâkim olmaz. Aklını ve vicdanını başkalarına kiralayan veya iradesine ipotek konmasına izin veren

kişiden hâkim olamaz. Hukuk devletinde, uzaktan kumandalı yargı da, yargıç da düşünülemez.

Esasen, yargı ve vesayet arasındaki patolojik ilişkinin, bizatihi bir vesayet organına dönüşme ve vesayete tabi kılınma şeklinde tecelli eden iki boyutu vardır. Her iki durum da demokratik hukuk devleti açısından büyük bir tehlikedir. Birincisi yargı, toplum ve siyaset mühendisliğine soyunan bir vesayet kurumu olarak işlev göremez, görmemelidir. Kendisini sistemin sahibi ve nihai koruyucusu olarak gören ve bu nedenle kendisi dışında herkese ve herşeye ayar veren bir yargı anlayışı kabul edilemez. Demokratik toplumlarda yargıya düşen görev, topluma ve siyasete nizam vermek değil, hukuk kurallarını adalet süzgecinden geçirerek uygulamak, bu suretle uyuşmazlıkları çözmektir. Ancak bu durumda yargı ve yargıç, temel hak ve özgürlüklerin teminatı olabilir.

İkincisi, yargı kendisi üzerinde kurulacak her türlü vesayete de kararlılıkla karşı durmalıdır. Başka bir ifadeyle, kurumsal ve kişisel düzeyde yargı bağımsızlığının tam manasıyla sağlanması hayati derecede önemlidir. Sonuç olarak, yargıyı bir vesayet kurumu veya vesayet altında bir kurum olarak konumlandırmak, ona yapılabilecek en büyük kötülüktür.

Benzer şekilde, yargı-siyaset ilişkisinin de sakıncalı iki yönünden bahsedilebilir. Yargının kurumsal anlamda siyasal organların etkisi altında kalması ve siyasi mülâhazalar ekseninde ayrışması büyük bir tehlikedir. Bu anlamda yargının siyasallaşması hukuk devletinin sonu olur. Diğer yandan, yargının bir vesayet organı gibi davranarak, siyaseten alınması gereken kararları alması da siyasetin yargısallaşması tehlikesini doğurur. Siyasetin yargısallaşması ise demokrasinin sonu olur. Dolayısıyla yargının siyasallaşması ve siyasetin yargısallaşması demokratik hukuk devleti için aynı ölçüde tehlikedir.

Yargının vesayet ve siyasetle ilişkisini normalleştirmenin ve yargı bağımsızlığını sağlamanın en önemli anayasal araçlarından biri hiç kuşkusuz güçler ayrılığı ilkesidir. Güçler ayrılığı düşüncesinin altında anayasacılığın özü olan gücün sınırlandırılması ihtiyacı yatar. Gücün hukukla sınırlandırılmadığı yerde temel hak ve özgürlükler tehlikededir. Montesquieu'nun ifade ettiği gibi, yasama, yürütme ve yargı güçlerinin tek elde toplanması özgürlüğün sonu olur.

Belirtmek gerekir ki, gücün hukukla sınırlandırılması, sadece yasama ve yürütme için değil yargı için de geçerlidir. Yargının, yetkilerinin ötesine geçerek siyasal alanı dizayn etmeye çalışması güçler ayrılığıyla bağdaşmaz. Demokrasiler için yürütmenin sınır tanımaz tavrı ne kadar tehlikeliyse, yargının jüristokratik tavrı da o kadar tehlikelidir.

Diğer yandan güçler ayrılığı, hiçbir şekilde güçler kavgası ya da güçler savaşı değildir. Tersine, güçler ayrılığı, Anayasa'nın Başlangıç kısmında "*belli*

Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği" olarak tanımlanmaktadır.

Gerçekten hiçbir organ, diğer organların yardımı ve işbirliği olmaksızın sorunlarını çözemez ve başarılı olamaz. Bu anlamda, devlet gücü kullanan organlar arasındaki işbirliğine her zamankinden daha fazla ihtiyacımızın olduğunu belirtmek gerekir.

Bu çerçevede, yargının mevcut sorunlarını çözmek ve onu daha iyi bir konuma getirmek için müşterek sorumluluğumuzun bulunduğunu, bu amaçla herkesin, her kurum ve kuruluşun gerekli özeni ve özveriyi göstermesi gerektiğini vurgulamak isterim. Bu, sadece şekli bazı değişikliklerle sağlanamayacak kadar ciddi bir mesele olup, hukuk eğitiminden mahkemelerdeki uygulamalara, yargı etiğinden toplumun yargıdan beklentilerine kadar geniş bir alanda bir dizi köklü ve ciddi çalışmayı ve buna uygun adımların atılmasını gerektirmektedir.

Örnek gösterilen bir yargı sistemi kurmak, adalet ve ahlak temelli bir uluslararası düzenin kurucularından ve öznelerinden olmak istiyorsak, toplumun güvenini kazanmış, iyi ve etkin işleyen, bağımsız ve tarafsız bir yargıya sahip olmamız kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

2012 yılının Kasım ayında Mexico City'de düzenlenen ve dünyanın dört bir yanından yüksek mahkeme başkan ve üyelerinin davetli olduğu bir konferansa Mahkememiz adına katılmıştım. Bu konferansta sunduğum tebliğin başlığı "*Yeni Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları*", alt başlığı ise "*Paradigma Değişimine Doğru?*" şeklindeydi. Alt başlığın sonuna bir soru işareti koymuştum, çünkü henüz Mahkemenin bu değişimi gerçekleştirip, "*hak-eksenli paradigma*"yı benimseyeceği belli değildi. Tebliğde, 2010 Anayasa değişikliği sonucu ortaya çıkan yapısal ve işlevsel anlamda yeni Anayasa Mahkemesinin önündeki en önemli meydan okumanın, bilhassa bireysel başvuru vasıtasıyla bu paradigma değişimini gerçekleştirmek olduğu görüşü dile getirilmişti.

Memnuniyetle ifade etmem gerekir ki, yaklaşık üç yıllık süre içinde Anayasa Mahkemesi bu paradigma değişimini gerçekleştirme yolunda çok önemli mesafe almıştır. Mahkememiz, anayasallık denetimi ve bireysel başvuru yoluyla anayasal ve bireysel adaleti sağlamaya çalışan ve sonuçta temel hak ve özgürlüklerin önemli ölçüde güvencesi haline gelen bir kurum olarak işlev görmeye başlamıştır.

Esasen Anayasa Mahkemesinden beklenen de budur. Zira bilindiği üzere, anayasa mahkemeleri temel hak ve özgürlüklerin seçimle gelen yasama çoğunluğuna karşı da korunması gerektiği yönündeki düşüncenin ürünü ola-

rak ortaya çıkmışlardır. Anayasal demokrasinin alâmet-i farikası haline gelen bu mahkemelerin varlık nedeni, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle anayasal adaleti gerçekleştirmektir. Anayasa şikâyetinin veya bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerde de anayasa mahkemeleri, kamu gücü işlemlerinin temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini inceleyerek, uygulamanın anayasalara uyumunu denetlemektedirler.

Yaşadığımız bu paradigma değişimini, özellikle bireysel başvuru kararları üzerinden takip etmek mümkündür. Bu kararlarda, Anayasa Mahkemesi yaşam hakkından kişi hürriyeti ve güvenliğine, adil yargılanma hakkından ifade ve örgütlenme özgürlüğüne, özel hayata saygı hakkından din ve vicdan özgürlüğüne, bir dizi temel hak ve özgürlüğün koruma alanını genişleten ve standartlarını yükselten bir yaklaşım benimsemiştir.

Bu kapsamda Mahkememiz, tutuklu milletvekillerinin serbest bırakılmalarının önünü açan ve özellikle siyasi temsil hakkının demokratik toplumlardaki önemini vurgulayan kararlar vermiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, bir avukatın başörtüsünden dolayı duruşmadan çıkarılmasını, din özgürlüğünün ve ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmüştür.

Bunların dışında, gözaltında müdafi yardımından yararlandırılmadan mahkumiyet tesisinde; gerekçeli karar uzun süre yazılmadığı için özgürlüğün kısıtlanmasına itiraz hakkının etkin şekilde kullandırılmamasında; uzun yargılamalarda; iddia makamına tanınan imkânlardan savunmanın yararlandırılmamasında; sosyal medyada ve diğer alanlarda ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalarda; sendikal haklarını kullanan kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesinde ve daha birçok alanda hak ihlali tespit eden yüzlerce kararımız bulunmaktadır.

Mahkememizin "*hak-eksenli*" yaklaşımla verdiği tüm bu kararlar, bir yandan ülkemizde uzun yıllar amaçlanan insan hakları standardının yükseltilmesine hizmet ederken, diğer yandan evrensel hukuk birikimine katkıda bulunmamıza imkân tanıyarak uluslararası arenada ülkemizin saygınlığını artırmaktadır. Adalet, eşitlik, özgürlük ve insan hakları gibi evrensel değerleri içselleştirmiş, farklılıkların barış içinde biraradalığını sağlamış ve tüm bu yollarla demokratik rejimini güçlendirmiş bir Türkiye'nin etkili bir yumuşak güce sahip olacağı her türlü izahtan varestedir.

Anayasa Mahkemesinin "*hak-eksenli*" yeni paradigması, bu ülkede yıllardır tartıştığımız, farklılıkların şiddete başvurulmadan bir arada yaşaması idealine de önemli katkı sunmaktadır. Gerçekten de sadece bizim değil, diğer çoğulcu demokrasilerin de en zor meselesi, farklılıkların biraradalığının sağlanması ve sürdürülmesidir.

Bilindiği üzere, toplumsal düzeyde "*öteki*" ile bir arada yaşamanın anahtarı hoşgörüdür. Hoşgörü, esasen kişiler ya da gruplar arasındaki ilişkide eşitsizliği hatta belli ölçüde hiyerarşiyi içeren bir kavramdır. Hoşgören, her durumda kendi düşünce ve yaşam biçimini hoşgördüğü kişininkinden daha üstün ve daha değerli görmekte, ancak yine de onunla birlikte yaşama iradesini sergilemektedir.

Siyasal ve hukuksal düzeyde ise birlikte yaşamanın ve yaşatmanın formülü hoşgörüden ziyade "*tanıma*"dır. Tanıma, ötekinin ontolojik statüsünü kabullenmeyi gerektirir. Bu anlamda, devlete düşen, farklı dünya görüşlerini ve yaşam biçimlerini hoşgörmek değil, onları diğerleriyle birlikte eşit olarak tanımaktır. Bu şekilde bir tanıma, çoğulcu demokrasinin ön şartı niteliğindedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 2012 yılında verdiği bir kararda, "*Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir.*" demek suretiyle tanıma siyasetine işaret etmiştir.

Mahkememiz bireysel başvuruya ilişkin geçen yıl verdiği bir kararında da, tanıma ve onun sonucu olan çoğulculuk siyasetinin gereklerini şu şekilde ifade etmiştir:

"... 'tanıma', devlet-birey ilişkilerinde devletin, tüm din veya inanç gruplarının varlıklarını eşit şekilde kabul etmesini gerektirir... Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı ve tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini 'yanlış' kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça, farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir."

Barışçıl biraradalığın tarih boyunca güzel örneklerini sergileyen bir medeniyetin mirasçıları olarak, bu konuda ihtiyaç duyduğumuz esin kaynağını kültürel kodlarımızda bulabiliriz. Mevlana'nın "*Ne olursan ol, yine gel*" ve Hacı Bektaşi Veli'nin "*Okunacak en büyük kitap insandır*" gibi sözlerinde ifadesini bulan insan odaklı anlayış, farklılıkların yönetiminde gerekli olan zihinsel iklimi sağlamaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Mahkememizin paradigma değişimi sürecinin henüz başında olduğunu da belirtmek isterim. Daha alınacak çok mesafe olduğunun, bu değişimin tamamlanması ve istikrarlı bir hâle getirilmesi gerektiğinin farkındayız.

Ayrıca, her dönüşümün sancılı olduğu da bilinmektedir. Bu süreçte karşılaştığımız zorlukların başında, hepinizin bildiği gibi, artan iş yükü gelmektedir. Mahkememizin "*hak-eksenli*" kararları, biraz da paradoksal olarak, bireysel başvuru sayısının gittikçe artmasına neden olmaktadır.

Bugün itibariyle elimizdeki bireysel başvuru sayısı 18.009'dur. Bireysel başvurunun başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana toplam 20.689 başvuru sonuçlandırılmıştır. Sonuçlanan başvuruların çok büyük bir kısmı, bireysel başvuruyu benimseyen Almanya ve İspanya gibi ülkelerdeki uygulamalara benzer şekilde, esastan incelemeye değer görülmemiştir.

Esastan incelenen 637 başvurudan 572'sinde en az bir anayasal hakkın ihlal edildiği tespit edilmiştir. Buna göre Mahkememiz, esastan incelemeye değer gördüğü başvuruların yaklaşık %90'ında ihlal kararı vermiştir.

İhlal kararlarının 455'i (%76,60) adil yargılanma hakkına, 48'i (%8,08) kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına, 26'sı (%4,38) sendika hakkına, 18'i (%3,03) mülkiyet hakkına ve 12'si de (%2,02) ifade özgürlüğüne ilişkindir. Adil yargılanma hakkı ihlallerinin, yüzde seksenden (%80) fazlasının makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olduğu gözetildiğinde, temel hak ve hürriyetlerin ihlalinde yapısal sorunların rolü daha iyi anlaşılmaktadır.

Mahkeme olarak, bireysel başvuruya ilişkin iş yükünü gidermeye yönelik çalışmalarımız devam etmektedir. Bilhassa filtreleme sisteminin daha etkin hâle getirilmesi, Bölümlerin ve Genel Kurul'un tüm hukuk sistemini ilgilendiren, yapısal sorunlardan kaynaklanan başvurular üzerinde daha fazla odaklanması ve raportörlerin haklar temelinde gruplandırılarak uzmanlıklarına göre görevlendirilmeleri gibi tedbirler almakta ve bunları uygulamaktayız.

Ancak, Anayasa Mahkemesinin işleyişinin daha etkin hâle getirilmesi tek başına sorunu çözmüyor. Bir kere, bireysel başvurunun kanun yollarından sonra yeni ve *"süper"* bir temyiz imkânı sunmadığının herkes tarafından anlaşılması gerekmektedir. İkincisi, bireysel başvuru sayısının azalması ya da sistemi tıkayacak ölçüde artmaması, kamu gücü kullanan idari ve yargısal makamların daha hassas davranmasına bağlıdır. Bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi, esasen hak ihlallerinin öncelikle ve özellikle derece mahkemeleri önünde giderilmesini gerektirmektedir.

Tüm zorluklara ve sıkıntılara rağmen bireysel başvuru, ülkemizin hak ve özgürlükler standardının yükseltilmesinde, Anayasa Mahkemesinin ve belki de tüm yargı sisteminin dönüşümünde önemli bir işlev görmektedir. Bu durum, esasen tam da yukarıda ifade etmeye çalıştığımız devlet organları arasındaki işbirliğinin önemli bir yansımasıdır. Bireysel başvuruda şayet bir başarı varsa, bu başarı sadece Anayasa Mahkemesine değil, aynı zamanda di-

ğer kurumlara, özellikle de yasama organına ve son tahlilde egemenliğin kaynağı olan milletimize aittir. Bu vesileyle, emeği geçen herkese ve her kuruma Mahkememiz adına şükranlarımı sunmayı kadirşinaslığın bir gereği olarak görüyorum.

Diğer yandan, belirtmek gerekir ki verilen ve verilecek olan her karar eleştiriye açıktır. Yargıçlar ve mahkeme kararları kutsal değildir. Herkes gibi yargıçlar da hata yapabilir, yanlış karar verebilir. Bu nedenle, yargının eleştirileri normal karşılaması ve muhtemel hataları düzeltmek için dikkate alması gerekir.

Anayasa Mahkemesi olarak her türlü eleştiriyi değerlendirdiğimizi ifade etmek isterim. Örneğin yapılan eleştirileri dikkate alarak, iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanması uygulamasından vazgeçtik. Bu değişikliğin amacı, hem Anayasa'nın üstünlüğünü koruması gereken bir organ olarak Mahkememizin Anayasa'ya uygun davranmasını, hem de kararların eskiden olduğundan daha hızlı şekilde gerekçesiyle birlikte açıklanmasını sağlamaktır. Kısacası Mahkememiz, haklı ve yapıcı eleştirilerden yararlanmaktadır ve yararlanmaya devam edecektir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Konuşmamın son bölümünde ülkemizin gündeminden hiç düşmeyen "*yeni anayasa*" konusundaki görüşlerimi ilkesel düzeyde ve beş madde altında sizlerle paylaşmak istiyorum.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, ülkemizin bugün itibariyle ulaşmış olduğu ekonomik ve siyasal gelişmişlik düzeyinde, yeni anayasa kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Yeni bir anayasanın gerekliliği noktasında, toplumda çok geniş, hatta tam bir mutabakat olduğu bilinmektedir. Şu anda ihtiyaç duyulan, anayasa yapımı sürecinin tüm aktörlerinin etkili bir irade ortaya koymalarıdır.

Bilindiği gibi, anayasa yapımı için elverişli bir iklime ihtiyaç vardır. Bu iklimin oluşması ise söylem ve eylemlerde kutuplaşmayı değil, diyalog ve uzlaşmayı öne çıkaran, dışlayan değil kucaklayan, yıkıcı değil yapıcı olan pozitif bir tavrı gerektirmektedir. Yeni anayasa için elverişli iklimi hazırlamak da sivil ve siyasal toplumun tüm unsurlarıyla birlikte hepimizin ortak sorumluluğudur. Toplumun mümkün olduğu ölçüde tüm kesimlerinin sürece katılması ve bu ülkede yaşayan herkesin ortaya çıkacak olan "*toplum sözleşmesi*" niteliğindeki belgeyi "*benim anayasam*" duygusuyla sahiplenmesi, ancak bu ortak sorumluluğun yerine getirilmesiyle mümkündür. Ayrıca, anayasa yapımı sürecinde toplumsal ve siyasal aktörler arasında gerçekleşecek diyaloğun sağlıklı ve çarpıtılmamış iletişime dayanması, şiddet içermemek ve ötekinin

varlığına kastetmemek kaydıyla her türlü görüş ve düşüncenin rahatlıkla savunulduğu serbest bir tartışma ortamının sağlanması gerekir.

İkinci olarak, yeni anayasa bürokratik vesayetin tüm unsurlarını tasfiye ederek demokratik siyasetin alanını genişleten, bunun yanında temel hak ve hürriyetleri tam olarak güvenceye alan, hukuk devletini tüm kurum ve kurallarıyla tesis eden bir muhtevaya sahip olmalıdır. Başka bir ifadeyle, sağlıklı bir anayasal demokrasi, toplumla devlet kurumları arasında değer çatışmalarının yaşanmadığı, çoğunluğu elde eden siyasi kadroların yönetime geldiği ve fakat azınlıkta kalanların da temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı, en önemlisi herkesin kendisini eşit ve özgür vatandaş olarak görebildiği bir düzeni gerektirir.

Üçüncü olarak, anayasa yapım sürecinde anayasal tecrübemizin olumlu ve olumsuz yönlerinin mutlaka dikkate alınması gerekir. Unutmayalım ki yeni anayasa arayışı bugüne has bir konu değildir. Bu ülke, yaklaşık 150 yıldır anayasasını arıyor. 1876 Anayasası'nın mimarı olan Midhat Paşa, 1878 yılında yazdığı bir makalede anayasayı "*hastalıklarımızın yegane ilacı, iç ve dış düşmanlara karşı mücadelenin bize avantaj sağlayan tek aracı*" olarak görüyordu.

Midhat Paşa'dan bu yana, anayasa değişikliklerini bir yana bırakırsak, tam beş anayasa yaptık. Kanun-i Esasi'den bugünkü Anayasa'ya kurumsal ve ilkesel düzeyde çok önemli devamlılıklar olduğunu görebilmek için sadece bu iki metni yanyana koyarak okumak bile yeterlidir. Kısacası, yeni anayasa yapım sürecinde bu devamlılıkların ve oluşan anayasa geleneğinin de hesaba katılması gerektiği açıktır.

Dördüncü olarak, yeni anayasanın içeriği ve bu anlamda kurumsal tercihleri belirlenirken mukayeseli anayasacılığın bize sunduğu tecrübeden de yararlanmak gerekir. Bu noktada demokratik anayasacılığın evrensel ilkeleriyle, içinde yaşadığımız toplumun sosyolojik, siyasal ve kültürel özelliklerinin optimal düzeyde uyumunun sağlanması ihtiyacı vardır.

Kopyala-yapıştır yöntemiyle yeni anayasa yapılması ne kadar yanlışsa, güçler ayrılığı, hukukun üstünlüğü, insan hakları, çoğulculuk gibi demokratik anayasaların olmazsa olmaz unsurlarını dikkate almadan bir anayasa yapmaya çalışmak da o derece yanlış olur. Kısacası, toplumsal bünyemizi ve siyasal kültürümüzü de dikkate alarak, güçler ayrılığına dayalı iyi ve etkin işleyen bir sistem kuran, demokratik ve özgürlükçü bir anayasa yapılabilmesi mümkündür.

Beşinci ve son olarak yeni anayasanın önündeki en önemli engellerden biri, telifi çok zor görüş ve önerilerin herşeye ve herkese rağmen anayasallaşmasının istenmesi olabilir. Bu durumda sürece katılan aktörlerin maksimalist

taleplerini gözden geçirmeleri, belki de bulundukları pozisyondan bir adım geri atmaları gerekebilir. Esasen, gelinen noktada olağan bir dönemde halkımızın kendi dinamikleriyle yeni bir anayasa yapabileceğini göstermek, sosyal psikoloji açısından, yapılacak anayasanın içeriğinden çok daha önemli hâle gelmiştir.

Öte yandan, yeni anayasa tüm sorunları dokunduğunda bir çırpıda çözecek sihirli bir değnek değildir. Hiçbir anayasa tek başına sorun çözemez. İyi işleyen demokrasilerde anayasalardan beklenen; toplumsal, siyasal, ekonomik ve hukuksal sorunları çözmek için gerekli zemini sağlamalarıdır. Bu nedenle, içini nasıl doldurursak dolduralım, iyi bir anayasa kadar, belki ondan daha önemlisi iyi anayasa yorumcuları ve uygulayıcıları gereklidir.

Sonuç olarak, önümüzdeki dönemde de Türkiye'nin yeni anayasa arayışının devam edeceği anlaşılmaktadır. Slavoj Žižek'in arayış sürecinin paradoksal doğasını açıklamak için anlattığı bir fıkra var. Konuşmamın bu kısmını, biraz da bizdeki anayasa arayışını çağrıştırdığı için, bu fıkrayla tamamlamak istiyorum.

Askerlikten kurtulmak için deli numarası yapan er, takıntı sendromu geliştiriyor. Eline aldığı kâğıt parçalarını okuyup *"Bu değil"*, *"bu değil"* diye sağa sola fırlatmaya başlıyor. Eri psikiyatriste sevk ettiklerinde, doktorun odasında da aynı şeyleri yapmaya devam ediyor. Doktor, masasında bulunan tüm kağıtları hatta çöp sepetinde olanları bile inceleyip "bu değil" diye dağıtmaya devam eden adamla ilgili kararını veriyor: "*Askerlik için elverişli değildir*". Doktorun raporunu eline alan adam şöyle bir bakıyor ve "*İşte bu!*" diyor.

Žižek, bu örnekten hareketle arayış sürecinde yaşanan başarısızlığın, aranan bulunmasıyla sonuçlanan başarıyı getirebildiğini söyler. Buna göre, aranan nesneyi üreten bizatihi arayış sürecidir. Umarız, ülke olarak arayış sürecinin sonunda "*yeni anayasa*"ya kavuşuruz.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bu vesileyle, geride bıraktığımız aylarda emekliye ayrılan üyemiz Sayın Zehra Ayla Perktaş'a ve önceki Başkanımız Sayın Haşim Kılıç'a, Mahkememize katkılarından dolayı şükranlarımı sunuyorum. Sayın Kılıç, 25 yıl boyunca yerine getirdiği üyelik, başkanvekilliği ve başkanlık görevlerinde bu Mahkemeye ve ülkemize büyük hizmetler yapmış, belki de en önemlisi yukarıda ifade etmeye çalıştığım paradigma değişiminin öncüsü olmuştur. Kendilerine emeklilik hayatlarında, sağlık, mutluluk ve huzur diliyorum.

Geçen yıl hayatını kaybeden emekli üyelerimizden Selahattin Metin'e ve geçen hafta vefat eden emekli başkanlarımızdan Şevket Müftügil'e Allah'tan rahmet, yakınlarına da baş sağlığı diliyorum.

Ayrıca insanımızın hak ve özgürlüklerinin teminatı olan, milletimizin güven ve teveccühünü kazanan ve nihayet nitelikli kararlarıyla dünyada örnek gösterilen bir Anayasa Mahkemesi idealiyle, fedakarca çalışan başkanvekillerimize, üyelerimize, raportörlerimize, raportör yardımcılarımıza, yöneticilerimize ve tüm personelimize teşekkürlerimi sunuyorum.

Son olarak, öğleden sonra başlayıp yarın da devam edecek sempozyumda bireysel başvuru kapsamında verdiğimiz kararlar masaya yatırılacak, eleştiri ve öneriler dile getirilecektir. Katkı yapacak olan değerli konuşmacılara ve tüm katılımcılara Mahkememiz adına şimdiden teşekkür ediyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Misafirler,

Konuşmama son verirken, kuruluş yıl dönümü ve yemin törenimizde aramızda bulunmanızdan dolayı bir kez daha şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyet diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 54. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENİ
(25 Nisan 2016)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin 54. Kuruluş yıl dönümü nedeniyle düzenlenen törene hoş geldiniz, diyor; sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Kuruluş yıldönümleri, kurumların topluma ve demokratik sisteme katkılarının değerlendirilmesi için önemli fırsatlar sunar. Yıldönümünü kutlayan kurum bir yüksek mahkeme ise bu değerlendirme; adalet, hukukun üstünlüğü, temel hak ve hürriyetler gibi değerler manzumesine yapılan katkılara ilişkin olmalıdır.

Bilindiği üzere bu değerler manzumesine dayanan birey-devlet ilişkisi zaman ve mekâna bağlı olarak farklı şekillerde tezahür etmiştir. Özü evrensel olan bu değerlerin tamamının kültürümüzde de karşılığı bulunmaktadır. Söz gelimi bu toprakların ruh köklerinde ifadesini bulan "*insanı yaşat ki devlet yaşasın*"anlayışı, insan odaklı devlet felsefesini ifade eder. Aynı şekilde hukuk ve adaletin devlet hayatı için önemini, yaklaşık bin yıl önce kaleme alınan Kutadgu Bilig'de de görebiliriz. Yusuf Has Hacib bu eserinde "*Beyliğin temeli adalet yoludur*" sözüyle adaleti devletin ve siyasi nizamın temeline yerleştirmiştir.

Bu anlayış da göstermektedir ki devletin varlık nedeni adaleti tesis ederek insanı yaşatmaktır. Diğer yandan insanın hak ve hürriyetlerini güven içinde kullanarak yaşamını sürdürebilmesi devletin varlığını gerekli kılmaktadır. Geçen yüzyılın en etkili siyaset teorisyenlerinden biri olan Hannah Arendt, İkinci Dünya Savaşı'nın acı tecrübelerinden hareketle, vatanlarını kaybeden ve devletsiz konuma düşenlerin en temel haklardan mahrum kaldığını söyler. Arendt'e göre "haklara sahip olma hakkı", politik ve hukuki bir topluluğun eşit üyeleri olarak kişilerin temel hak ve hürriyetlere sahip olmasını ifade eder.

Bir devlete sahip olmanın temel hakları kullanma bakımından ne derece önemli olduğu, bölgemizdeki çatışmaların sonucu olan mülteci sorunu dikkate alındığında daha kolay anlaşılabilir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Adalet temelinde insanı ve devleti yaşatma, günümüz demokratik toplumlarının ortak amacı hâline gelmiştir. Anayasa mahkemeleri de bu amacı gerçekleştirmek üzere varlık kazanan kurumlardan biridir. Bugün demokratik ülkelerin çok büyük bir kısmında kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasa mahkemeleri bulunmaktadır. Diğer yandan bireylerin anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla doğrudan anayasa mahkemelerine erişimlerini sağlayan anayasa şikâyeti veya bireysel başvuru da gittikçe yaygınlaşarak anayasa yargısının parçası hâline gelmiştir.

Türk Anayasa Mahkemesinin adalet, hukukun üstünlüğü, temel hak ve hürriyetlere katkısını değerlendirebilmek için bu iki temel görev alanında, başka bir ifadeyle kanunların anayasaya uygunluğu denetimi ve bireysel başvuruda ortaya koyduğu yaklaşıma ve verdiği kararlara bakmak gerekir. Esasen böyle bir değerlendirmeye yardımcı olmak amacıyla ilk kez hazırlanan ve sizlere dağıtılan 2015 yılına ait yıllık raporda Mahkememizin çalışmaları, bilhassa öne çıkan kararları hakkında bilgi verilmiştir.

Bu çerçevede konuşmamda ağırlıklı olarak bireysel başvurunun mevcut durumu, verilen kararlar ve sonuçları üzerinde durmak istiyorum. Ancak bu konuya geçmeden önce Anayasa Mahkemesinin norm denetiminde ve bireysel başvuruda referans aldığı temel ilkelerden biri olan hukuk devleti ilkesine değinmek yararlı olacaktır. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın öngördüğü anayasal demokrasi anlayışından hareket etmektedir. Günümüzün hâkim demokrasi anlayışı olan anayasal demokrasi, hangi hükümet sistemi benimsenirse benimsensin, hukukun üstünlüğünü sağlayarak temel hak ve hürriyetleri etkili şekilde korumayı amaçlamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, anayasal demokrasinin temelinde insan haklarının korunması ve bunların oylama konusu dahi yapılamaması düşüncesinin bulunduğunu belirtmiştir.

Anayasal demokrasinin en önemli unsurunun hukuk devleti ilkesi olduğu bilinmektedir. Bu ilke, en genel anlamda hukukun üstünlüğünü ve gerçek manada uygulanmasını ifade etmektedir.

Romalı hukukçu Ulpian, hukukun ve bir anlamda adaletin temel ilkelerini, onurlu yaşama, başkasına zarar vermeme ve herkese hakkını teslim etme şeklinde formüle etmiştir. Adalet devletin, hukuk da adaletin temelidir. Hukuk, her toplum için ekmek, su ve teneffüs ettiğimiz hava kadar hayati bir ihtiyaçtır. Dolayısıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması ve sürdürülmesi, bir ülkenin geleceğinin teminatıdır.

Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuk devletini "*insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet*" olarak tanımlamıştır.

Hukuk devletinin hukuki güvenlik ve yargı bağımsızlığı gibi unsurları da Anayasa Mahkemesinin kararlarında yorumlanmıştır. Mahkeme, bir kararında "*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*" demek suretiyle bu ilkenin gereklerini ifade etmiştir.

Diğer yandan rejimlerin demokratik hukuk devleti olarak nitelendirilmesi, bağımsız ve tarafsız bir yargının ve yargıçların varlığına bağlıdır. Nitekim Mecelle'de "*Hâkimin Adabı*" kısmında "*Hâkim, beyn-el hasmeyn adl ile me'murdur*" denilmektedir. Bu hükümden hâkimin, tarafsız davranarak adaleti sağlamakla yükümlü olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, "*insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesi*" olarak nitelediği yargı bağımsızlığının amacının, "*adaletin, dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak şekilde dağıtılması*" olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin bir kararında vurgulandığı üzere "*Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir.*"

Öte yandan hukuk devletinin tam olarak tesisi için yargının kurumsal bağımsızlığı ve tarafsızlığı tek başına yeterli değildir. Bunun yanında yargı yetkisini kullanan hâkimin de bizatihi erdemli olması gerekir.

Bu bağlamda düşünce tarihinin önemli isimlerinden İbn Rüşd'ün hâkimin erdemli olması gerektiğine dair asırlar önce söyledikleri günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Aslında kendisi de bir hekim ve hâkim olan İbn Rüşd, Platon'un "*Devlet*" adlı eserini yorumlarken ideal toplumda hekimlere ve hâkimlere ihtiyaç olmadığını, lakin sağlıksız beslenme ve insanlar arasında sevgi ve dostluğun olmaması nedeniyle onlara ihtiyaç duyulduğunu söyler.

İbn Rüşd'e göre hâkimde bulunması gereken özelliklerin başında nefsine kötülüğün karışmamış olması, başka bir ifadeyle iyi ahlaklı, erdemli olması gelir. Hekimin hastalığı tedavi ettiği kişiye zarar vermez. Hâlbuki ahlakı kötü olan bir hâkim âdil olamaz. Zira böyle bir hâkim ne erdemi ne de erdemin

cevherini bilir. Buna karşılık erdemli bir hâkim hem kendi özünü bilir hem de edindiği tecrübeyle iyiyi ve kötüyü ayırt edebilir.

Sonuç olarak bağımsız ve tarafsız yargının olmadığı yerde hukuk devleti de yoktur. Hiç kuşkusuz hukuk devleti, *jüristokrasi* yani "hâkimler devleti" anlamına da gelmemektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Daha önce ifade edildiği gibi anayasal demokrasilerin asli amacı temel hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde korunmasıdır. Ülkemizde 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları inceleme görevi verilmesiyle bu amacın gerçekleşmesi için yeni ve önemli bir adım atılmıştır. Anayasa Mahkemesinin kendisine verilen bu görev çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yaptığı katkıyı nicelik ve niteliksel olarak ortaya koymak gerekir.

İstatistiklere baktığımızda, bireysel başvurunun başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana yapılan toplam bireysel başvuru sayısının 59.833 olduğunu görüyoruz. Bu başvuruların 37.536'sı yani %63'ü Mahkememiz tarafından sonuçlandırılmış, 22.297'sinin incelemeleri ise devam etmektedir.

Şunu da memnuniyetle ifade etmem gerekir ki gelen başvuruları sonuçlandırma oranı her geçen yıl artmaktadır. Bu oran 2013 yılında %50 iken 2014 yılında %53'e, 2015 yılında ise %77'ye yükselmiştir. Buna göre başvuruları sonuçlandırma kapasitesi 2015 yılında bir önceki yıla göre yaklaşık %50 artış göstermiştir. Bu durum bireysel başvuru sisteminin yönetilebilir ve sürdürülebilir hâle getirildiğini göstermektedir. Bu gelişmenin sağlanmasında Mahkememiz tarafından bireysel başvuru sisteminin işleyişine yönelik son bir yılda alınan tedbirlerin katkısı büyüktür.

Bireysel başvuruda bugüne kadar toplam 1.215 hak ihlali kararı verilmiştir. İhlal kararlarının yaklaşık olarak %73'ü adil yargılanma hakkına, %6'sı kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına, %4'ü mülkiyet hakkına, %3'ü yaşam hakkına, %3'ü ifade özgürlüğüne, %11'i ise diğer hak ve hürriyetlere ilişkindir.

Adil yargılanma hakkı ihlallerinin %75'inin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olduğunu ifade etmek isterim. Bu ihlallerin %55'inde 5 ila 10 yıl, %19'unda 10 ila 15 yıl, %16'sında ise 20 yılın üzerinde yargılama süreleri söz konusudur.

Esasen yargılama sürelerinin uzunluğu genel ve yapısal bir sorundur. Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ilkeler gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda yapılan başvurular belirlenen ilkeler doğrultusunda so-

nuçlandırılmakta, ihlal kararı verildiğinde bunun doğal sonucu olarak belirli miktarda tazminata hükmedilmektedir.

Bu çerçevede yargılama sürelerinin uzunluğuna ilişkin incelemeler Anayasa Mahkemesi bakımından yerleşik bir uygulama hâline gelmiştir. Dahası uzun yargılama sürelerine ilişkin şikayetlerin belirli bir tarihe kadar yapılmış olanları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmemekte ve bu başvurular 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Kanun'la Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Komisyon tarafından tazminat ödenmek suretiyle sonuçlandırılmaktadır.

Bilindiği üzere yargılamaların uzamasının belki de en önemli nedeni ağır iş yüküdür. Bu sorunu çözmek için atılan adımları olumlu karşıladığımızı ifade etmek isterim. Bu anlamda yakın zamanda faaliyete geçecek istinaf mahkemelerinin, davaların makul sürede sonuçlandırılmasına katkı yapmasını umuyoruz. Ayrıca dava dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin benimsenmesinin ve mevcut olanların geliştirilerek uygulamada daha etkili hâle getirilmesinin bu yapısal sorunun çözümünde yararlı olacağına dair düşüncemi paylaşmak isterim.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Bireysel başvurunun toplumsal hayatımıza ve hukuk sistemimize yönelik olarak biri pratik, diğerleri dönüştürücü olmak üzere üç önemli etkisinden bahsedilebilir.

Bireysel başvurunun pratik etkisi ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların sayısında önemli bir azalmaya neden olmasıdır. 2010 Anayasa değişikliğinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bireysel başvurunun hukuk düzenimize dâhil edilmesinin amaçlarından biri temel haklara ilişkin sorunların iç hukukta çözüme kavuşturulmasıdır. İstatistikler bize bu pratik hedefe önemli ölçüde ulaşıldığını göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Türkiye aleyhine yapılan ve yargısal bir organa sevk edilen yıllık başvuru sayısı 2012'de yaklaşık 9.000 iken 2015'te bu sayı 2.208'e düşmüştür.

Bu istatistiklerden anlaşılacağı üzere bireysel başvurunun yürürlüğe girmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular önemli ölçüde azalmıştır. Öte yandan şu ana kadar Mahkememizce 37.536 başvurunun sonuçlandırıldığı dikkate alındığında bu başvuruların son derece sınırlı bir bölümünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşındığı anlaşılmaktadır. Nitekim Strasbourg Mahkemesi, birçok örnekte görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan doğrudan kendisine yapı-

lan başvuruları iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmaktadır.

Bireysel başvurunun dönüştürücü ilk etkisi, Anayasa Mahkemesinde paradigma değişiminin itici gücü ve temel aracı olmasıdır. Bu paradigma, insanı ve onun hak ve hürriyetlerini önceleyen bir yaklaşımı ifade etmektedir. Doğası gereği "*hak eksenli*" yaklaşımı zorunlu kılan bireysel başvuru, Mahkemenin norm denetimini de etkileyerek bu alanda da hak ve özgürlüklere öncelik veren bir yaklaşımın benimsenmesini sağlamıştır.

Bireysel başvurunun bir diğer dönüştürücü etkisi ise bireylerin başvuru yollarını tükettikten sonra Anayasa yargısına doğrudan erişiminin sağlanmış olmasıdır. Bireysel başvuru, norm denetimini tamamlayan bir anayasallık denetimine fırsat vermektedir. Norm denetiminde kuralın soyut olarak Anayasa'ya uygunluğu incelenirken bireysel başvuruda kamu makamlarının uygulamalarının Anayasa'ya uygunluğu denetlenmektedir.

Bunun bir sonucu olarak Anayasa Mahkemesi toplumsallaşmaya başlamış, başka bir ifadeyle topluma ve insanların günlük hayatına temas eden bir kurum hâline gelmiştir. Bireysel başvuru daha çok tanınmış kişilerin başvuruları nedeniyle kamuoyunda gündeme gelmekle birlikte Mahkememiz, günlük hayatta herkesin karşılaşabileceği sorunlara ilişkin olarak adı duyulmamış binlerce kişinin başvurularını incelemiş ve bunların bir kısmında ihlal tespit etmiştir. Bu kapsamda kadastro davası uzun sürenlerden, arazisine kamulaştırmasız el atılanlara, yanlış tedavi nedeniyle sakat kalanlardan, trafik kazasında yakınlarını kaybedenlere kadar binlerce insanımız başvuru yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesine başvurmaktadırlar.

Örneğin bir başvuruda başvurucunun eşi, içinde bulunduğu ticari taksiye başka bir aracın çarpması sonucu hayatını kaybetmiştir. Araç sürücüsünün ehliyetine alkollü araç kullandığı için daha önce el konulduğu, kaza sırasında da alkollü olduğu, hız limitinin çok üzerinde seyrederek ve kırmızı ışık ihlali yaparak kazaya neden olduğu anlaşılmıştır. Kazaya sebebiyet verenler hakkında açılan ceza davası 8 yıl 1 aylık süre sonunda zamanaşımından düşmüştür.

Anayasa Mahkemesi, davanın zamanaşımından düşmesinin ölenin eşi olan başvurucunun ve genel olarak toplumun hukukun üstünlüğüne olan inancını sarsacağına, hukuka aykırı davranışlara hoşgörü gösterildiği ve kayıtsız kalındığı izlenimi yaratabileceğine dikkat çekmiştir. Haksız biçimde yaşama son verdiği iddia edilen eylemin cezasız kalması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Başvuruların çok büyük kısmı, günlük hayatta hepimizin karşılaşabileceği bu ve benzeri sorunlara ilişkin olmakla birlikte, bunlar dışında toplumun kronikleşmiş ve bir açıdan siyasallaşmış sorunlarının da bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşındığını görmekteyiz. Mahkeme, ülke gündemini uzun süre meşgul eden başörtüsü, evli kadının soyadı, usulsüz telefon dinlemeleri ve telefon dinlemelerinin basına sızdırılması, gizli tanıklık, yargılamalarda dijital verilerin delil olarak kullanımı, internet haberciliği gibi pek çok konuda kararlar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bütün bu başvurularda başvuruculaların dini, siyasi veya ideolojik kimliğine bakmadan, "hak eksenli" bir yaklaşımla anayasal hakların ihlal edildiği iddialarını incelemiştir. Anayasa Mahkemesinin paradigma değişiminin ve "hak eksenli" yaklaşımının tipik örneklerinden birini başörtüsüne ilişkin bireysel başvuru kararında görmek mümkündür.

Bir avukat olan başvurucu, duruşmaya günlük yaşamında olduğu gibi başörtülü olarak girmek istemiş; hâkimin, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin başörtüsüyle ilgili kararlarına atıf yaparak buna izin vermemesi üzerine, bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, bu başvuruya ilişkin kararında daha önce kamuoyunda "4+4+4" olarak bilinen Kanun'un anayasallık denetiminde ortaya koyduğu dinin toplumsal ve kamusal alandaki görünürlüğüne imkân tanıyan "özgürlükçü" laiklik anlayışını hatırlatmıştır. Kararda "toplumda farklı dinlerin, inançların ya da inançsızlıkların bulunduğu" gerçeğinden hareketle devletin toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin inançlarıyla birlikte bir arada yaşayabilecekleri bir siyasal ve hukuksal düzeni inşa etmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, avukatın başörtülü olarak duruşmaya katılmasının engellenmesine yönelik uygulamanın din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesinin kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan bazı davalara ilişkin bireysel başvurularda da önemli kararlar verdiği bilinmektedir. Bu bağlamda tutuklu milletvekillerinin başvurularında makul süreyi aşan tutukluluk nedeniyle hem kişi özgürlüğünün hem de seçilme hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Aynı şekilde emekli bir Genelkurmay Başkanı hakkında verilen mahkûmiyet kararının gerekçesinin uzun süre açıklanmaması nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmaya etkili bir şekilde itiraz etme hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkememiz, kamuoyunun yakından takip ettiği ve çok sayıda Türk Silahlı Kuvvetleri mensubunun yargılandığı davalarda adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü konusunda da önemli kararlar vermiştir. Bu kararlarda ifade özgürlüğünün demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsuru olduğu vurgulanarak bu özgürlüğün çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olduğu belirtilmiştir. Mahkeme ifade özgürlüğünün sadece kabul edilebilen düşünceler için değil, başkalarınca "rahatsız edici" görülen görüş ve düşünceler bakımından da geçerli olduğuna işaret etmiştir.

Bununla birlikte ifade özgürlüğünün mutlak olmadığı, Anayasa'da öngörülen sebeplerle sınırlandırılabileceği ancak Anayasa'nın 13. maddesi gereğince bu sınırlamaların özgürlüğün özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerektiği de kararlarda belirtilmektedir.

Tam da bu noktada ülkemizin yıllardır mücadele ettiği terör ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiye kısaca değinmek istiyorum. Geçen yıl yüzden fazla insanımızı kaybettiğimiz Ankara tren garındaki terör saldırısından üç gün sonra Avrupa Konseyi tarafından Strasbourg'ta düzenlenen ifade özgürlüğüyle ilgili konferansa katılmıştım. Konferansın açılışında yaptığım konuşmada ölümle ifade özgürlüğü arasında bağlantı kuran Fransız düşünür Lyotard'a atıfla insanları karanlık bir sessizliğe mahkûm eden terörün sadece yaşama hakkını değil, aynı zamanda onların en önemli ayırt edici özellikleri olan kendini ifade etme, konuşma ve topluma seslenme özgürlüklerini de ortadan kaldırdığını söylemiştim.

İfade özgürlüğü, demokrasilerde en yakıcı sorunları bile serbestçe tartışma ve çözüm önerilerini savunma imkânı sunmaktadır. Bunun ön şartı ise terörü, şiddeti ve şiddet dilini reddetmektir. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi teröre ve şiddete teşvik eden ifadeler, ifade özgürlüğünün koruması altında değildir. Zira terörün ve şiddetin başladığı yerde sözün hükmü kalmaz.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarla en başta bahsettiğimiz adalet, hukukun üstünlüğü, temel hak ve hürriyetler gibi değerlerin gerçekleşmesine katkı yapmaktadır. Bu kararların, bireylerin adalet duygularını tatmin etmek suretiyle onların devlete ve hukuka olan güvenlerini de artırdığına inanıyoruz.

Bu nedenle bireysel başvurunun hukuk sistemimiz açısından önemli bir kurum ve kazanım olduğu söylenebilir. Türkiye'de uygulanan bireysel başvuru sisteminin, diğer ülkeler bakımından da dikkate alınması gereken, başarılı ve iyi uygulama örnekleri arasında gösterildiği de bilinmektedir.

Hiç kuşkusuz bu başarıda öncelikli pay, bireysel başvuruyu hukuk sistemimize kazandıran anayasa koyucuya, başka bir ifadeyle Türkiye Büyük Millet Meclisine ve egemenliğin sahibi olan milletimize aittir. Bu vesileyle bireysel başvurunun ihdasında ve başarılı bir şekilde uygulanmasında emeği geçen herkese, tüm kurum ve kuruluşlara şükranlarımı sunuyorum. Ayrıca fedakarca çalışan başkanvekillerimize, üyelerimize, raportör ve raportör yardımcılarımıza ve tüm personelimize teşekkür ediyorum.

Bu vesileyle geçen yıl aramızdan ayrılan emekli başkanlarımızdan Hasan Semih Özmert'e, üyelerimizden M. Yılmaz Aliefendioğlu ve Hüseyin Karamüstantikoğlu'na Allah'tan rahmet, ailelerine baş sağlığı diliyorum. Ayrıca tüm şehitlerimize ve başta Gazi Mustafa Kemal Atatürk olmak üzere aramızdan ayrılan gazilerimize de Allah'tan rahmet diliyorum.

Son olarak bugün öğleden sonra başlayacak sempozyuma katkı yapacak olan, yurt içinden ve yurtdışından gelen tüm katılımcılara şimdiden teşekkür ediyorum. Sempozyumda sunulacak olan bildirilerin ve yapılacak tartışmaların bireysel başvurunun daha iyi anlaşılmasına ve uygulanmasına önemli katkılar yapacağına olan inancımı ifade etmek isterim.

Bu arada özellikle yurtdışından gelen değerli meslektaşlarımıza ve misafirlerimize hoş geldiniz diyor, kuruluş yıl dönümünde aramızda oldukları için kendilerine teşekkür ediyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Konuşmama burada son verirken teşriflerinizden dolayı şükranlarımı sunuyor, sağlıklı ve huzurlu günler diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 55. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENİ
(25 Nisan 2017)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin 55. kuruluş yıl dönümü nedeniyle düzenlediğimiz töreni teşriflerinizden dolayı şükranlarımı sunuyor, sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Dünyanın dört bir yanından, çok sayıda Anayasa Mahkemesi ve yüksek mahkeme başkan ve üyeleri, uluslararası mahkemelerin temsilcileri aramızda bulunuyor. Kendilerine hoşgeldiniz diyor, bu önemli günde bizi yalnız bırakmadıkları için teşekkür ediyorum.

Bilindiği üzere geçen yılki kuruluş yıl dönümünden bu yana ülkemizde anayasal demokrasiyi yakından ilgilendiren iki önemli olay yaşanmıştır. Bunlardan ilki demokrasi tarihimize kara bir leke olarak geçmiş olan 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsüdür. Milletimizin demokratik bilinci ve kararlı duruşu sayesinde demokratik anayasal düzeni yıkmaya yönelik bu teşebbüs başarılı olamamış, Türk demokrasisi önemli bir sınavı başarıyla geçmiştir.

İkinci önemli gelişme ise 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halk oylamasıdır. Demokrasi en genel anlamda "halkın halk tarafından halk için yönetimi" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımın en önemli unsuru, yönetimin öznesinin halk olmasıdır. Siyasi özne olarak halkın temel tercihlerini seçimler ve referandumlar yoluyla açıkladığı da herkesin malumudur.

16 Nisan'da yapılan halk oylamasında halkımız yüksek bir katılımla ve büyük bir demokratik olgunlukla sandığa gitmiştir. Halk oylamasının yüzde 85'i aşan bir katılım oranıyla gerçekleşmiş olması demokrasimiz açısından başlı başına bir kazanımdır. Bu vesileyle halkoylamasının ülkemiz ve milletimiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Halk oylamasından bağımsız olarak, Anayasa'ya göre Türkiye Cumhuriyeti, devletin bölünmez bütünlüğü, millî egemenlik ve adalet anlayışı içinde,

kuvvetler ayrılığına ve insan haklarına dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. Anayasal kimliğimizi ifade eden bu nitelikleri haiz demokratik Cumhuriyeti, onun kurucusu Mustafa Kemal Atatürk'ün gösterdiği ve Anayasa'nın Başlangıç kısmında ifadesini bulan muasır medeniyet düzeyinin ötesine taşımak, hepimizin ortak sorumluluğu olmalıdır.

Hiç kuşkusuz muasır medeniyetin en önemli göstergesi adaletin sağlanmasıdır. Mahkemelerin de varlık nedeni olan adalet tüm erdemlerin kaynağıdır. Aristo'nun ifadesiyle *"Adalette bütün erdemler bir arada bulunur. Adalet erdemin bir parçası değil, erdemin bütünüdür."* Nizamülmülk'e göre de adalet hâkim olunca iyilik de hâkim olur; adalet toplumun selameti, iyiliğin mihenk taşıdır.

Türk milleti adaletin hukuki ve siyasi uygulamaları bakımından da zengin bir tarihî birikime sahiptir. Tarihin şahit olduğu en güçlü ve görkemli devletlerden biri olan Osmanlı Devleti'nin hukuksal ve siyasal düzenine hâkim olan ilke adalettir. Osmanlı devlet geleneğinde önemli bir yeri olan "adalet dairesi" ("daire-i adalet"), adaletle başlayıp adaletle tamamlanan bir anlayışı ifade eder. "Adalet dairesi"nin diğer unsurları olan ordu, mülk ve halkın itaati ancak adaletin tesisine bağlıdır. Kısaca, cihanın düzen ve kurtuluşunu sağlayan adalettir. Sultan II. Abdülhamid de 19 Mart 1877'de Meclis-i Mebusan'ı açış nutkunda *"Devlet ve milletlerin kuvvet ve kudretinin artması ancak adalet vasıtasıyla olur."* demek suretiyle adaletin devletlerin kaderindeki yerini ifade etmiştir.

Adaletin önemi ve işlevi konusundaki bu sözler bugün de geçerlidir. Günümüzde adaletin en önemli tezahürü temel hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde korunmasıdır. Anayasa Mahkemesinin geçen ay verdiği bir kararda da vurgulandığı üzere *"Demokrasilerde devlete düşen görev, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır."*

Bu anlamda devletin alması gereken tedbirlerin en önemlisi, temel hak ve özgürlüklerin en geniş şekilde kullanılabileceği güvenli bir ortamı sağlamaktır. Güvenliğin olmadığı bir ortamda bireylerin yaşama hakkından ifade özgürlüğüne kadar temel hak ve özgürlüklerini etkili şekilde kullanabilmeleri zorlaşacak ya da imkânsız hâle gelecektir. Bu nedenle güvenlik ve özgürlük birbirini tamamlayan değerlerdir.

Özgürlük ve güvenlik arasındaki hassas ilişki, olağanüstü yönetim usullerinin yürürlükte olduğu dönemlerde özellikle önem kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere *"olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır."* Diğer bir ifadeyle olağanüstü

yönetimlerin amacı, olağanüstü hâle sebep olan tehlikenin bertaraf edilerek temel hak ve özgürlüklerin en iyi şekilde kullanılabildiği olağan döneme yeniden dönüşün sağlanmasıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Olağanüstü dönemlerde anayasa mahkemelerine önemli görevler düştüğü bilinmektedir. Bunlar arasında en önemlisi, temel hak ve özgürlükleri olağanüstü hâle sebep olan durumun gerektirdiğinin ötesine geçen müdahalelere karşı korumaktır. Anayasa mahkemeleri bu görevi yerine getirirken olağanüstü yönetimin anayasal çerçevesi içinde hareket etmek durumundadırlar.

Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi de norm denetimi ve bireysel başvuru alanında anayasal sınırlar içinde kalarak kararlarını vermektedir. Esasen bu durum Anayasa'nın hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına dair 6. maddesi ile Anayasa hükümlerinin yasama ve yürütme yanında yargı organlarını da bağladığına dair 11. maddesi karşısında anayasal bir zorunluluktur.

Anayasal demokrasilerde yetki haritasını çizen kurucu iktidar, başka bir ifadeyle anayasa koyucudur. Yetki haritası ise anayasadır. Elbette çizilen sınırların hukuk devletini tüm kurum ve kurallarıyla tesis etmede yetersiz olduğu söylenebilir. Ancak değişinceye kadar mevcut anayasal sınırlar hepimizi bağlamaktadır. Dolayısıyla bir anlamda bu sınırların koruyuculuğunu yapmakla görevli olan Anayasa Mahkemesinden anayasal sınırların dışına çıkması beklenemez.

Anayasa koyucunun, lafzı, anlamı ve amacı bakımından açık bir şekilde düzenlediği kuralları yorum yoluyla değiştirmek esasen Mahkeme eliyle anayasa değişikliği yapmak anlamına gelir. Bunun da yargısal aktivizm ve meşruiyet tartışmasına yola açacağı her türlü izahtan varestedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin "hak eksenli" yaklaşımının, anayasal sınırlar içinde kalarak ve yargısal aktivizme tevessül etmeden temel hak ve hürriyetleri koruması şeklinde anlaşılması gerekir.

Bu çerçevede sözgelimi Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde, olağanüstü hâlde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Mahkememiz de bu açık anayasal hüküm ve yukarıda ifade edilen ilkeler karşısında OHAL KHK'larını denetleme yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir.

Diğer yandan anayasa koyucunun söz konusu kararnamelere ilişkin yargısal denetimi parlamento onayından sonra öngördüğü anlaşılmaktadır. Nite-

kim Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilerek kanunlaşan bazı OHAL KHK'ları hakkında Anayasa Mahkemesine iptal davaları açılmış, bu davalarda ilk inceleme aşamaları tamamlanarak esas incelemeye geçilmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Malumları olduğu üzere Türk Anayasa yargısındaki en önemli değişikliklerden biri, 2010 Anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları inceleme görevinin verilmesidir. Mahkememiz bugüne kadar bu görevi özenle ve etkili bir şekilde yerine getirmiş, bu durum uluslararası alanda da teyit edilmiştir.

Geçen yılki konuşmamda memnuniyetle ifade ettiğim gibi, gelen başvuruları sonuçlandırma oranı her yıl artmıştır. 2013 yılında %50 olan bu oran, 2014 yılında %53'e, 2015 yılında ise %77'ye yükselmiştir. Gelen başvuruları sonuçlandırma oranı 2016 yılı Temmuz ayına kadar artarak devam etmiş ve % 85'e yükselmiştir. Hedefimiz 2016 yılı sonunda bu oranı %100'e çıkarmak iken 15 Temmuz darbe teşebbüsü yaşanmıştır. Buna rağmen 2016 yılında karara bağladığımız bireysel başvuru sayısı 2015 yılındakinden daha fazladır.

Darbe teşebbüsü tüm kurum ve kuruluşlar gibi Mahkememizi de etkilemiştir. 15 Temmuz sonrasında bireysel başvuru sayısı ciddi şekilde artmıştır. 2016 yılında 15 Temmuza kadar yapılan başvuru sayısı 12.712 iken yılın kalan beş buçuk ayında 68.044 başvuru yapılmıştır. 2017 yılının ilk aylarında da, 2016 yılının son aylarına kıyasla daha az olmakla birlikte, olağan dönemdeki sayıların üzerinde başvuru gelmeye devam etmiştir.

Bugün itibarıyla Mahkememiz önünde 101.557 derdest başvuru bulunmaktadır. Bu sayı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 47 ülkeden yapılan toplam başvuru sayısından çok daha fazladır. Derdest başvuruların yaklaşık %75'ini OHAL kapsamındaki başvurular oluşturmaktadır.

Beklenmedik bir şekilde ve kısa süre içinde ortaya çıkan bu ağır iş yükü sebebiyle Mahkememiz ilk günden itibaren gerekli tedbirleri almaya başlamıştır. Önce "başvuru kabul etme" kapasitesini artırmış, bu artış kimi zaman olağan döneme kıyasla yaklaşık on kat olarak gerçekleşmiştir. Sonrasında ise başvuruların "kaydetme" ve "sınıflandırma" işlemleri yapılmıştır.

Ayrıca konularına göre sınıflandırılan başvuruların karara bağlanabilmesi için gerekli hazırlıklara başlanılmış; her konuda ilke kararı verilecek öncü dosyalar belirlenmiş ve bunlar kanun gereği görüşü alınmak üzere Adalet Bakanlığına bildirilmiştir.

Bir taraftan bu işlemler yapılırken diğer taraftan OHAL döneminde bireysel başvuru incelemesinin nasıl ve hangi ilkeler dikkate alınarak yapılabilece-

ğine dair teknik hukuki çalışmaya aylar öncesinden başlanmıştır. Uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuktaki durumun da incelendiği bu çalışma tamamlanmak üzeredir.

15 Temmuz sonrası başvurular arasında OHAL KHK'larıyla doğrudan gerçekleşen işlemlere karşı yapılan başvurular önemli bir yer tutmaktadır. Bu nedenle 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyle kurulan Komisyona OHAL KHK'larıyla doğrudan yapılan işlemlere karşı başvuru imkânının tanınması ve Komisyon kararlarına karşı yargı yolunun açık tutulması önemli bir gelişmedir.

Olağanüstü hâl kapsamındaki diğer işlem ve eylemlere karşı da önemli sayıda bireysel başvuru yapılmıştır. Bunların büyük bir kısmını tutuklama tedbirlerine karşı yapılan başvurular oluşturmaktadır.

Tutuklama tedbirinin OHAL kapsamında inceleme usulü ve yönteminin belirleneceği öncü dosyalardan birinin raportörlük düzeyindeki teknik çalışması bitmek üzere olup yakın zamanda bu konuda ilke kararı verilecektir. Öncü dosyaların karara bağlanmasından sonra tutuklama tedbirlerine ilişkin başvuruların da makul bir süre içinde karara bağlanması hedeflenmektedir.

Bu arada belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi daha önceki yıllarda yapılmış olan başvuruları da incelemeye devam etmektedir. Mahkememiz, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonraki dönemde de olağan işleyişini kesintisiz şekilde sürdürmüş ve ağırlıklı olarak 2014 yılında yapılmış olan başvuruları karara bağlamıştır. Bu kapsamda yaşam hakkından ifade özgürlüğüne kadar hemen hemen her temel hak ve özgürlükle ilgili kararlar verilmiştir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesi yapan hiçbir ulusal veya uluslararası yargı organının karşılaşmadığı kadar büyük bir iş yüküyle birkaç ay içinde karşılaşmıştır. Aynı zamanda olağan işleyişini de devam ettiren Anayasa Mahkemesinin, hızlı ve kararlılıkla hareket ettiğinin, gerekli tüm tedbirleri aldığının ve almakta olduğunun bilinmesini isterim.

Temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasına ve geliştirilmesine hizmet eden bireysel başvuru sistemi ülkemiz açısından çok önemli bir kazanımdır. Bu nedenle bireysel başvuru yolunun etkisiz gösterilmeye çalışılmasının doğru olmadığını da belirtmek gerekir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Konuşmamın bu bölümünde muasır medeniyeti tehdit eden ve hepimizi yakından ilgilendiren bir meseleye değinmek istiyorum. Bu mesele özellikle Batı'da yükselen ve gitgide derinleşen yabancı düşmanlığıdır.

Bilindiği gibi Avrupa'da birçok anayasa mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan yoğun insan hakları ihlallerine ve bu ihlallere sebep olan totaliter rejimlere tepki olarak kurulmuşlardır. Söz konusu mahkemelerin varlık nedeni, temel hak ve özgürlükleri korumaktır.

Bu tarihsel gerçeklere rağmen ve geçtiğimiz yüzyılda yaşanan onca savaş, katliam, soykırım ve sistematik hak ihlallerinden sonra geldiğimiz noktada aynı akıl ve vicdan tutulmasını yaşamak büyük bir trajedi olsa gerek. Daha da vahimi, toplumsal ve siyasal alanda zemin bulan yabancı düşmanlığının ve İslamofobinin izlerinin yargıya da sıçramasıdır.

Bu kapsamda ulusal ve uluslararası yargı organlarının özellikle başörtüsüne ilişkin yasakçı kararları dikkat çekicidir. Bir yandan mültecilere kapıları kapatan, onları içeri alınmaması gereken zararlı unsurlar olarak gören, diğer yandan da başörtüsünü kamusal ve toplumsal alandan dışlayan bu yaklaşımın Avrupa'nın temel değerlerinin başında gelen insan haklarıyla bağdaştırılması mümkün değildir.

Gitgide yaygınlaşan ve her geçen gün yeni örnekleriyle karşılaştığımız bu dışlayıcı yaklaşım, "Sınırlarımızdan içeri giren yabancılara, bir hayırseverlik gereği değil, sahip oldukları 'misafirperverlik hakkı' gereği düşmanca muamele yapmama yükümlülüğümüz bulunmaktadır" diyen Immanuel Kant'ın kemiklerini sızlatacaktır. Aynı şekilde "öteki" olarak gördüklerine yönelik sorumlulukları yerine getirmeyen bu tavır, *"Avrupa'ya özgü olan modernlik saatinde, Avrupalı'nın vicdanı huzurlu değildir... (bu) süregiden binyılların da sonundaki vicdan rahatsızlığıdır"* diyen Emmanuel Levinas'ın ruhunu muazzep kılacaktır.

Bu önemli meselenin kaynağında hiç kuşkusuz "öteki" ile sağlıklı bir ilişkinin kurulamaması yatmaktadır. Bu nedenle yaşanan küresel vicdan rahatsızlığını gidermenin yolu, başkasını da insan olarak görmek ve insan haklarının aynı zamanda "ötekinin hakları" olduğunu kabul etmekten geçiyor. Bu da insanı "eşrefi mahlûkat" olarak gören bir anlayışı benimsemeyi ve özümsemeyi gerektirmektedir.

Aslında bu anlayışın öncülüğünü yapan bir düşünürü ve devlet adamını hepimiz tanıyoruz. Bu kişi merhum Aliya İzzetbegoviç'tir. Avrupa'nın merkezinde, dünyanın gözleri önünde halkı katledilirken yakıcı ve yıkıcı bir savaşın tam ortasında, Aliya şöyle sesleniyordu: "*İnsan olmak ve insan kalmak, Allah'a ve kendimize karşı sorumluluğumuzdur*."

Aliya bütünüyle ahlaki olarak nitelediği "insan olmak ve insan kalmak" kavramını politik dile de çevirmiş, bu kavramın "hiç kimse(nin) dininden,

ulusal (kimliğinden) ya da politik inancından dolayı zulme uğramayacağı" ve bunun temel yasa olarak kabul edildiği "hukuka uygun devlet"e tekabül ettiğini belirtmiştir. Kısacası "insan olmak ve insan kalmak" kavramı, siyasi dilde çoğulcu demokratik hukuk devleti olarak formüle edilmiştir.

Bu kavramın "insan kalmak" boyutu en hassas durumlarda bile hukuktan, hukukun üstünlüğünden ayrılmamayı ifade etmektedir. Umarım akıl ve vicdan tutulması yaşayan, bu nedenle de yeni vicdan rahatsızlıklarına mahkûm görünen insanlık Aliya İzzetbegoviç'in bu evrensel mesajına kulak verir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Konuşmamın sonunda, geçtiğimiz yıl vefat eden Mahkememiz emekli başkanlarından Necdet Darıcıoğlu, emekli üyelerden İhsan Necdet Tanyıldız, Ahmet Oğuz Akdoğanlı'ya ve vefat eden tüm personelimize Allah'tan rahmet, yakınlarına baş sağlığı diliyorum.

Bu vesileyle ağır iş yükü altında büyük bir gayretle ve özveriyle çalışan başkanvekillerimize, üyelerimize, raportör ve raportör yardımcılarımız ile tüm personelimize Mahkememiz ve şahsım adına teşekkürü borç biliyorum.

Bu arada öğleden sonra başlayacak sempozyumda sunulacak bildirilerin ve yapılacak tartışmaların Anayasa yargısı birikimine önemli katkılar yapacağına olan inancımı ifade etmek isterim. Sempozyuma bildirileriyle, soru ve yorumlarıyla katkı sunacak olan tüm katılımcılara şimdiden teşekkür ediyorum.

Törenimize katıldığınız ve beni sabırla dinlediğiniz için bir kez daha şükranlarımı sunuyor, hepinize sağlıklı ve huzurlu günler diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 56. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENİ
(25 Nisan 2018)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 56. yıl dönümü dolayısıyla düzenlediğimiz törene hoşgeldiniz diyor, sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Bugün aramızda Venedik Komisyonu Başkanı, Afrika Anayasa yargısı Konferansı Genel Sekreteri ve 20 ülkenin Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri de bulunmaktadır. Kendilerine bu anlamlı günde bizi yalnız bırakmadıkları için ayrıca teşekkür ediyorum.

Bu yıl düzenlediğimiz sempozyumun konusunu bireysel başvurunun beş yılının değerlendirilmesi olarak belirledik. Mahkememizin bireysel başvuru uygulamasını bütün boyutlarıyla ele alarak beş yıllık tecrübenin bir anlamda muhasebesini yapmak istiyoruz. Bu nedenle konuşmamı önemli ölçüde bu konuya ayırdım. Ancak bu konuya geçmeden bireysel başvuruyu da içine alan Anayasa yargısını ortaya çıkaran kavramsal ve tarihsel arkaplana kısaca değinmek faydalı olacaktır.

Bilindiği üzere Anayasa yargısının temelinde anayasanın üstünlüğü ilkesi yatar. Buna göre anayasa, normlar piramidinin en üstünde yer alan bağlayıcı kurallar bütünüdür. "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" şeklindeki Anayasa hükmü anayasanın üstünlüğü ilkesini ifade eder.

Üstün ve bağlayıcı kurallar bütünü olarak anayasaların iki temel işlevi vardır. Birincisi bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri güvenceye almak, ikincisi de bu amaçla iktidar haritasını, başka bir ifadeyle devlet otoritesinin sınırlarını çizmektir.

Anayasaların bu iki işlevi, bilhassa yargının yasama ve yürütmeden bağımsız olmasını gerektirir. Bu noktada yargının, bir anlamda siyasetin alanını oluşturan yasama ve yürütmeyle ilişkisi hayati derecede önemlidir. Yargı-siyaset ilişkisinin sağlıklı bir zeminde kurulması ve sürdürülmesi, bir yandan

yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasına, diğer yandan da yargının anayasal ve yasal sınırları içinde kalarak yerindelik denetiminden ve yargısal aktivizmden kaçınmasına bağlıdır.

Anayasaların temel hakları güvenceye alma ve bu amaçla devlet otoritesini sınırlama işlevi, anayasanın üstünlüğü ilkesi ile birleşerek bir adım sonra Anayasa yargısını ortaya çıkarmıştır. Anayasa Mahkemeleri, anayasanın üstünlüğü fikrini etkili bir şekilde hayata geçirmek için kurulmuştur. Başka bir ifadeyle anayasa mahkemeleri, anayasal hak ve hürriyetleri korumak amacıyla iktidar haritasının ihlal edilip edilmediğini denetlemekle görevli kurumlar olarak düşünülmüştür.

Anayasa mahkemelerinin kurulması ve yaygınlaşması, tarihsel olarak büyük ölçüde İkinci Dünya Savaşı sonrasına rastlar. Bu gelişmenin arkasında, savaş öncesinde ve sırasında yaşanan yoğun hak ihlalleri yatmaktadır. Bu nedenle ulusal ölçekte anayasa mahkemelerinin ortaya çıkışı, bölgesel düzeyde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin imzalanması ve devamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kuruluşu, büyük acılara yol açan sistematik hak ihlallerine tepkinin sonucudur.

Türk Anayasa Mahkemesi ise farklı bir tarihsel bağlamda ve farklı bir misyonla kurulmuş olsa da, bugün Anayasa'yla kendisine verilen norm denetimi, bireysel başvuruları inceleme ve diğer görevlerini yerine getirmektedir. Bu görevler bağlamında Anayasa Mahkemesinin varlık nedeni, bireylerin anayasal hak ve hürriyetlerini korumaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye'de Anayasa yargısının 56 yıllık tarihini ilk 50 yıl ve son 6 yıl olarak ikiye ayırmak yanlış olmaz. Zira 2010 Anayasa değişikliğiyle hukuk sistemine giren ve 2012 yılında uygulanmaya başlayan bireysel başvuru Anayasa yargısında yeni bir dönemi başlatmıştır. Anayasa Mahkemesi bu yeni dönemde, temel hak ve özgürlükleri esas alan ve devleti yaşatmanın yolunun insanı yaşatmaktan geçtiğini savunan "hak eksenli" bir yaklaşımı benimsemiştir.

Yaşanan bu paradigma değişimi, aslında anayasa koyucunun da iradesini yansıtmaktadır. 2010 Anayasa değişikliğine ilişkin Anayasa Komisyonu Raporu'na göre, "bugüne kadar devletçi anlayışla, devleti ve sistemi koruyan" bir kurum olarak algılanan Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla birlikte "artık özgürlükçü kararlar veren özgürlükleri güvenceye alan" bir kurum olarak algılanacaktır.

Bugün memnuniyetle ifade etmem gerekir ki, bireysel başvuru anayasa koyucunun belirlediği istikamette özgürlükçü bir paradigmanın temel enstrümanı hâline gelmiştir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi bu yolun açılmasından sonra aynı görevi üstlenen diğer ülkelerin mahkemeleriyle karşılaştı-

rılmayacak ölçüde, ağır bir iş yüküyle de karşılaşmış ve bu iş yüküyle başarılı bir şekilde başa çıkmıştır.

Mahkememiz, olağanüstü hâl şartlarında dahi "hak eksenli" yaklaşımla kararlar vermeye devam etmiş ve olağanüstü hâlin getirdiği aşırı başvuru sayısını da yönetilebilir hâle getirmiştir. Geçen yıl bu salonda yaptığım konuşmada, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra yoğun bir iş yüküyle karşı karşıya olduğumuzu, ancak bir yandan bu iş yükünü azaltma, diğer yandan da öncü kararları alma sürecinin devam ettiğini söylemiştim.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi 20 Haziran 2017 tarihli öncü kararında öncelikle olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin hak ihlali iddialarını inceleme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Bu kararda, ayrıca olağanüstü dönemde yapılan bireysel başvuruların Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında nasıl ele alınacağına dair temel ilkeler de belirlenmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, ilk kez olağanüstü dönemlerde bireysel başvuru hukukunun temel parametrelerini tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu ilkeleri daha sonra tutuklu hâkim ve savcılar, gazeteciler ve diğer meslek gruplarıyla ilgili başvurularda geliştirerek öncü kararlarını önemli ölçüde tamamlamıştır. Bunlar dışında Mahkeme, tutuklu milletvekillerinin başvurularının çoğunu da karara bağlamıştır. Bu tür öncü ve ilke kararlarının hazırlığının, diğer kararlara göre, çok daha yoğun bir çalışmayı ve dolayısıyla daha uzun süreyi gerektirdiği açıktır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesine başvuru sayısı geçen yıl bu zamanlar yüz bini aşmıştı. Bu kapsamda alınan tedbirler sayesinde derdest başvuru sayısı büyük oranda azaltılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 15 Temmuz sonrasında olağanüstü bir çabayla yaklaşık 120 bin başvurudan 103 bin kadarını sonuçlandırmıştır. Böylece olağanüstü hâl döneminde şu ana kadar yapılan başvuruların %86'sı karara bağlanmıştır. Hâlihazırda Mahkememizin önünde yaklaşık 39 bin başvuru bulunmakta olup bu başvuruların 9 bin kadarı olağanüstü dönem tedbirlerine ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hâl dönemine ilişkin çok sayıda başvuruyu kısa sürede sonuçlandırmanın yanında, olağan dönemde yapılan başvuruları da incelemeye devam etmiş, bu kapsamda yaşam hakkından adil yargılanma hakkına, özel hayata saygı hakkından ifade özgürlüğüne kadar birçok alanda ihlal kararları vermiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bireysel başvuru ülkemiz için yeni bir kurumdur. Bu alanda beş yıllık tecrübe önemli olmakla birlikte, bu kurumun tam olarak anlaşılması ve getiriliş amacına uygun olarak etkili bir şekilde kullanılması için yeterli değildir.

Bilindiği üzere, bu yeni kurum Anayasa Mahkemesinin diğer mahkemelerle ilişkisini de farklı bir boyuta taşımıştır. İdari ve yargısal yolların tüketilmesi zorunluluğu, uygulamada bireysel başvuruyu büyük ölçüde mahkeme kararlarına karşı kullanılan bir yol hâline getirmiştir.

Bu durum da, "ikincillik ilkesi"nin hassasiyetle uygulanmasına karşın, zaman zaman bazı sorunların yaşanmasına neden olmaktadır. Hemen belirtelim ki, bu sorunlar bize özgü olmayıp bireysel başvuruyu kabul eden diğer ülkelerde de yaşanmaktadır. Dahası anayasa koyucu da bu yolu açarken bu tür sorunların yaşanabileceğini öngörmüş, ancak toplumsal bir talebe dayanan bireysel başvurunun zamanla gelişecek ve doğal mecrasına girecek gerekli bir kurum olduğunu belirtmiştir.

Daha önce de farklı vesilelerle ifade ettiğimiz üzere, bireysel başvuru Anayasa Mahkemesini bir temyiz mercii hâline getirmemiştir. Anayasa Mahkemesi başvuruları incelerken derece mahkemelerinin kararlarının kanunlara uygun, yerinde ya da adil olup olmadığını değerlendirmemektedir. Anayasa Mahkemesinin incelemesi Anayasa'da güvenceye alınan bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi ile sınırlıdır.

Anayasa gereğince, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar bireysel başvuruda incelenemez. Ayrıca, ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ortadan kaldırılması için gerekenlere hükmedilirken kanun gereği yerindelik denetimi yapılamaz.

Anayasa Mahkemesi 15 Mart 2018 tarihinde verdiği bir kararda "kanun yolu" ve "yerindelik" incelemesi yasağından ne anlaşılması gerektiğini de değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre yasak getirilen alan, temel haklara ilişkin anayasal güvencelerle ilgili olmayıp bireysel başvuru kapsamı dışındaki hukuka aykırılık iddialarına ilişkindir. Dolayısıyla "Anayasa'da öngörülen güvenceler dikkate alınarak bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir inceleme 'kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi' veya 'yerindelik denetimi' olarak nitelendirilemez."

Aynı kararda, aksi yönde bir kabulün Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevini işlevsiz kılacağı, bunun da bu kurumun etkili bir hak arama yolu olarak öngörülmüş olması amacıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir.

Bu noktada bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve icrası meselesi de üzerinde durulması gereken bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin yukarıda bahsedilen kararında da vur-

gulandığı üzere, Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca *"Anayasa Mahkemesi kararları... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar."* Bu durum, anayasanın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesinin de doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu hükmün, genel olarak mahkeme kararlarının bağlayıcılığını düzenleyen Anayasa'nın 138. maddesinden temel farkı, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve idare yanında "yargı organları"nı da bağladığını söylemesidir. Bu bağlamda Anayasa'nın açık hükümleri karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmaması düşünülemez.

Esasen bireysel başvurunun etkili olması, bir başvuruda ihlal tespit edildiğinde bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına bağlıdır. Hiç kuşkusuz ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağı konusunda takdir yetkisi, kural olarak başta derece mahkemeleri olmak üzere kamu makamlarına aittir. Ancak bazı istisnai durumlarda tespit edilen ihlalin niteliği, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından ilgili mercilerin önünde tek bir seçenek bırakabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınması gereken tedbiri açıkça gösterir, ilgili merci de bu tedbiri alır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesi anayasal hak ve hürriyetlerin ihlal edilip edilmediğini denetlerken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve onu bağlayıcı olarak yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını da dikkate almaktadır. Bilindiği üzere Avrupa Konseyinin kurucularından olan Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlanması sürecine katılmış ve Sözleşme'yi 1950 yılında imzalayan ilk ülkeler arasında yer almıştır.

Bireysel başvuruda Sözleşme'yi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını dikkate almak bir tercih olmaktan ziyade en az üç nedenle anayasal bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Birincisi, ülkemizde 1961 Anayasası'ndan bu yana anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gözönünde bulundurulmuştur. Bu durum özellikle 1995, 2001, 2004 ve 2010 yıllarında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri için geçerlidir. Örneğin 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 13. maddede 2001 yılında yapılan değişikliğin tek cümlelik gerekçesi, maddenin "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmekte*" olduğu şeklindedir. Dahası olağanüstü durumlarda temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin esasları ve güvenceleri düzenleyen Ana-

yasa'nın 15. maddesi, neredeyse Sözleşme'nin 15. maddesinin tekrarından ibarettir.

İkincisi, Anayasa'nın 148. maddesi bireysel başvuruya konu olabilecek olan hak ve özgürlükleri belirlerken açıkça Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapmaktadır. Buna göre bireysel başvuru, tüm anayasal haklar için değil Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ortaklaşa korunan hak ve özgürlükler için geçerli bir başvuru yoludur.

AİHM içtihadını dikkate almayı gerektiren üçüncü ve pratik neden ise anayasa koyucunun bireysel başvuruya yüklediği işlevdir. Gerçekten de gerek Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde gerekse de Anayasa Komisyonu Raporu'nda bu kurumun işlevinin Strazburg Mahkemesine *"başvuruları azaltmak ve sorunu millî hukuk içinde çözmek"* olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Beş yılı aşan uygulamada bu hedefin gerçekleştiği, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılmasından sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların ve bu başvurularda verilen ihlal sayılarının önemli ölçüde azaldığı görülmektedir. Ayrıca 15 Temmuz sonrası olağanüstü dönemde, yüz bini aşan başvuru, bu yolun açılması sayesinde Strazburg'a gitmeden Anayasa Mahkemesi önünde karara bağlanmış veya derdest durumdadır.

Diğer yandan bireysel başvuru, bireylerin uğradıkları hak ihlallerinin uluslararası bir mahkemeye gitmeden ülke içinde giderilmesini sağlamak suretiyle Türkiye'de demokratik hukuk devletinin gelişimine önemli bir katkı yapmıştır.

Tüm bu hususlar bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından büyük bir kazanım olduğunu göstermektedir. Eminim gelecek nesiller bu kurumu 2010 yılında anayasal sisteme kazandıranları ve başarılı bir şekilde uygulanmasında emeği geçenleri şükranla anacaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının büyük bir kısmı adil yargılanma hakkına ilişkindir. Bu durum bireysel başvurudan beklenen yararın sağlanması bakımından etkili bir yargı sisteminin ne kadar elzem olduğuna işaret etmektedir.

Konuşmamın son kısmında ideal bir yargı sisteminin sahip olması gereken üç değerden kısaca bahsetmek istiyorum. Etkili bir yargı düzeni akıl, ahlak ve adalet olmak üzere üç temel kaide üzerine kurulur. Esasen "3A" olarak da

formüle edilebilecek olan bu kavramlar olmadan sadece yargı değil, herhangi bir medeniyet de tasavvur edilemez.

Bilindiği üzere akıl, insanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliklerden biridir. Düşünme ve anlama imkânı sağlayan akıl, insanı eşyanın bilgisine sahip kılar. Akıl, sorumluluğu ve dolayısıyla bağımsız olmayı gerektirir. Tam da bu nedenle Kant, aydınlanmanın şiarını *"Aklını kullanma cesaretini göster"* şeklinde ifade etmiştir. Zira aklını kullanamayanlar, başkalarının aklının aracı ve esiri olurlar. Bu bağlamda yargısal akıl, hür ve bağımsız vicdanların varlığını zorunlu kılar.

İbn Rüşd'e göre ideal bir hâkimde bulunması gereken özelliklerin başında iyi ahlaklı olması gelir. Kötü ahlaklı bir hâkimin adil olması mümkün değildir. Ahlak da içe ve dışa dönük olarak sorumluluğu, bu da doğal olarak hürriyeti gerektirir. Hür olmayanın sorumluluğu da olamaz. Bu nedenle, merhum Aliya İzzetbegoviç'in ifadesiyle "*Ahlakilik özgürlükten ayrılamaz. Ancak hür fiil ahlaki fiildir."*

Diğer yandan hürriyet, insani ve ahlaki varoluşun temel değerini oluşturan insan onurunun da alamet-i farikasıdır. Osmanlı'nın son döneminde yaşayan Mehmet Tahir Münif Paşa, 1884 yılında yayınlanan *Hikmet-i Hukuk* (Hukuk Felsefesi) adlı kitabında özgürlük ile insan haysiyeti arasındaki ilişkiyi çok güzel anlatır. Münif Paşa'ya göre *"Hürriyet insanlık haysiyetinin şahididir; hürriyet olmasa haysiyet kalmaz; hürriyeti olmayan adamın hareketleri kendi hareketleri değildir."*

Son olarak adalet ise yer ve göğün üzerine bina edildiği temel değerdir. "Adalet", yine Aliya'nın dediği gibi, *"İsbata ihtiyaç duymayan az sayıdaki şeyden biridir. Adalet ve hakkaniyete olan ihtiyacı isbatlamak, ya -kalbi olanlar için- abes, ya da -kalbi olmayanlar için- faydasız bir iştir."*

Bu nedenle adalete olan ihtiyaçtan ziyade, onun neyi gerektirdiğini konuşmak durumundayız. Adalet en basitinden "herkese hakkı olanı ve hak ettiğini verme"yi gerektirir.

Diğer yandan adalet bir söylem değil, eylem meselesidir. Dahası adaletin sağlanması da yetmez, sağlandığının bilinmesi gerekir. Zira adaletin tecelli ettiğinin görülmesi ve gösterilmesi, bir yandan devlete olan inancı diğer yandan da adalet dağıtmakla görevli yargıya yönelik güveni pekiştirir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrasında yargının karşı karşıya kaldığı tüm zorluklara ve travmalara rağmen genelde yargı sisteminin özelde de bireysel başvuru sisteminin işliyor olması başlı başına değerlidir. Hiç kuşku-

suz diğer kurumlarda olduğu gibi yargıda da hatalı kararlar verilebilir. Ancak bunlar yargı sistemi içinde düzeltilecektir, nitekim düzeltilmektedir.

Bu vesileyle büyük bir özveriyle çalışan ve Anayasa'ya göre "Türk milleti adına" karar veren tüm yargı mensuplarımızı tebrik ediyor, zor ve fakat onurlu görevlerinde başarılar diliyorum. Aynı şekilde fedakarca çalışan Mahkememizin başkanvekillerine, üyelerine, raportör ve raportör yardımcılarına ve her düzeyde görev yapan personeline teşekkür ediyorum.

Konuşmamı tamamlamadan önce geride bıraktığımız dönemde vefat eden emekli üyemiz, aynı zamanda Uyuşmazlık Mahkemesinin emekli başkanlarından Ahmet Akyalçın'a ve vefat eden tüm mensuplarımıza Allah'tan rahmet, hayatta olan Mahkememiz mensuplarına da sağlık ve afiyet diliyorum.

Son olarak, öğleden sonra başlayacak ve bireysel başvurunun beş yılının değerlendirileceği sempozyumun verimli ve başarılı geçmesini temenni ediyorum. Sempozyuma bildirileriyle katkı yapacak olan değerli akademisyenlere ve yargı mensuplarına şimdiden şükranlarımı sunuyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Törenimize katıldığınız ve beni sabırla dinlediğiniz için bir kez daha teşekkür ediyor hepinize sağlık, huzur ve mutluluk diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 57. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ
(25 Nisan 2019)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 57. yıl dönümü nedeniyle düzenlediğimiz törene hoşgeldiniz, şeref verdiniz. Sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği üzere Türkiye'de Anayasa yargısı fikri Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan çok daha geriye gider. Ziya Gökalp, henüz Cumhuriyet kurulmadan kaleme aldığı "Yüce Mahkeme" başlıklı yazısında Anayasa yargısına olan ihtiyaçtan bahsetmiştir. Gökalp'e göre bir memlekette en büyük hürmet ve itaat kanunların en mukaddesi olan Anayasa'ya gösterilmelidir. Bu hürmet, ancak bütün kanunların Kanun-i Esasi'ye uygun olmasıyla tezahür edecektir.

Gökalp, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir yargı mercii olmaksızın bunun uygulamada mümkün olmayacağını biliyor, bu nedenle de mutlaka bu amaçla bir "Yüce Mahkeme"nin, aslında bir Anayasa Mahkemesinin kurulması gerektiğini savunuyordu. Benzer düşünceler sonraki süreçte zaman zaman dile getirilmişse de Anayasa Mahkemesinin kurulması Gökalp'in yazısından kırk yıl sonra gerçekleşmiştir.

Kurulduğu yıldan itibaren Anayasa Mahkemesinin görev alanı bakımından üç önemli evreden bahsedilebilir. 2012 yılına kadar olan birinci evrede Anayasa Mahkemesi esas itibariyle kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir yüksek yargı organı olarak faaliyet göstermiştir.

2012 yılından itibaren Türk Anayasa yargısının ikinci evresi başlamıştır. 2010 Anayasa değişikliği, Anayasa Mahkemesinin yapısı ve üye sayısını da değiştirecek şekilde bireysel başvuru yolunu hukuk sistemine kazandırmıştır. Böylece Anayasa Mahkemesinin görev alanı bireysel başvuruyu da içine alarak genişlemiştir.

Esasen bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesinin sadece görev alanını genişletmemiş, onun yargısal paradigmasını da değiştirmiştir. Anayasa Mahke-

mesi, bireysel başvuruyla birlikte bireyi ve onun temel hak ve hürriyetlerini esas alan bir yüksek yargı organına dönüşmüştür. Bu paradigma değişimi Anayasa Mahkemesinin diğer görev alanlarındaki yaklaşımını da etkilemiştir. Gerçekten de Mahkeme bireysel başvuruda geliştirdiği hak eksenli yaklaşımını norm denetimine de yansıtmıştır.

Bu etkileşimin en iyi örneklerinden biri 27 Aralık 2018 tarihli iptal kararında görülebilir. Anayasa Mahkemesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286. maddesinin, istinaf mahkemeleri tarafından ilk defa verilen mahkûmiyet kararlarına karşı temyiz yolunu kapatan ilgili hükmünü Anayasa'nın hak arama hürriyetini güvenceye alan 36. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Böylece daha önceki kararlarında hükmün denetlenmesini talep etme hakkına temkinli yaklaşan Mahkeme, bireyin muhtemel yargısal hatalar nedeniyle mağdur edilmesini önlemeye yönelik, hak eksenli paradigmaya uygun önemli bir adım atmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararla attığı adım, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aynı hakla ilgili sağladığı asgari güvencenin ötesine geçmiş, bireylere ondan çok daha yüksek bir koruma standardı sağlamıştır. Öte yandan iptal kararının Resmî Gazete'de yayınlanmasından çok kısa bir süre sonra kanun koyucunun Anayasa'ya aykırılığı gidermek için gerekli kanun değişikliğini yapmış olması da memnuniyet vericidir.

Türk Anayasa yargısında üçüncü evrenin, 2017 anayasa değişikliğinden başladığını söyleyebiliriz. 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetimi yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesinin görev alanı, yasama işlemlerinin yanında, yürütmenin ilk elden düzenleyici işlemi mahiyetinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini de içine alacak şekilde genişletilmiştir.

2017 anayasa değişikliği ile benimsenen yeni sistemin en önemli kurumu, tabir yerindeyse "alamet-i farikası" Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetimi, yeni sistemin üzerine dayanması gereken denetleme ve dengeleme mekanizması bakımından hayati derecede önemlidir.

Esasen anayasa değişiklikleri gerçekleştiği andan itibaren Mahkememiz konuyla ilgili hazırlıklara başlamış, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında düşünen ve yazan akademisyenlerin de katkılarıyla yoğun bir çalışma temposu içine girmiştir.

Bu kapsamda bu yıl düzenlenen sempozyumun konusunu da "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimi ve anayasallık denetimi" olarak

belirledik. Bu vesileyle öğleden sonra başlayacak olan sempozyuma bildirileriyle ve katılımlarıyla katkı sunacak olan tüm hocalarımıza ve katılımcılara şimdiden teşekkür ederim.

Hiç kuşkusuz anayasal sistemimizde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yeni bir kurumdur. Anayasa bu kararnamelere ilişkin temel esasları, ilkeleri, sınırları ve bunların kanunla ilişkisini düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesinin görevi ise söz konusu anayasal hükümleri uygulamak suretiyle önündeki iptali talep edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluk denetimini gerçekleştirmektir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararları sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimini açıklığa kavuşturma anlamına gelmeyecek, aynı zamanda yeni hükümet sisteminde yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki ilişkilerin mahiyetine de önemli ölçüde ışık tutacaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türk Anayasa yargısının yukarıda ifade edilen üç evresi, aynı zamanda Osmanlı'dan bugüne devam eden anayasacılık hareketlerinin de bir parçasıdır. Sened-i İttifakla başlayan ve iki asrı aşan anayasacılık tarihimiz dikkate alındığında anayasal kimliğimizde belirli bir sürekliliğin olduğunu söyleyebiliriz. Hiç kuşkusuz hükümet sistemi ve yönetim tekniğine ilişkin bazı değişiklikler, anayasal kimliği belli ölçüde etkilemiştir. Ancak, bu durum söz konusu kimliğin temel esaslarını değiştirmemiştir.

Anayasa kimliğimizin en iyi ifade edildiği yer Anayasa'nın 2. maddesidir. Buna göre insan hakları, demokrasi, laiklik, sosyal devlet ve hukuk devleti Türk anayasa kimliğinin temel unsurlarını teşkil etmektedir. Diğer yandan 1876 tarihli Kanunu Esasi'den bu yana devletin bölünmez bütünlüğü de anayasa kimliğinin süreklilik arzeden bir parçası olmuştur. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlar üzerinden anayasa koyucunun belirlediği bu ilkelerin yorumlanması, kapsamlarının belirlenmesi ve uygulanması görevini yerine getirmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti anayasal kimliği bir bütün olarak belirleyen en temel ilkedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devletini Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması gereken bir ilke olarak nitelendirmiştir. Gerçekten de genelde anayasacılığın özelde de Anayasa yargısının amacı, bireyin temel hak ve hürriyetlerini teminat altına almak için devletin hukuka tâbi olmasını sağlamaktır.

Demokrasiyi özgürlükler rejimi kılan ilkelerden biri de hiç kuşkusuz kuv-

vetler ayrılığıdır. Kuvvetler ayrılığı, gücün temerküzünü engelleyerek, denge ve denetleme sistemiyle temel hak ve özgürlüklerin korunmasına katkı yapan en önemli ilkelerden biridir.

Kuvvetler ayrılığı fikri, bizde Osmanlı Devletinin son döneminden itibaren savunulmuştur. İlk anayasa hukukçularımızdan olan Babanzâde İsmail Hakkı, 1913 yılında yayınlanan *Hukuk-ı Esasiye* adlı kitabında kuvvetler ayrılığının aslında insanın doğasında bulunduğunu, hür olan insanın kanun koyma, bunu uygulama ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları yargısal olarak çözme kuvvetlerinin olduğunu anlatmıştır. Aynı şekilde 1924 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarına da katılmış olan Ahmet Ağaoğlu'na göre *"hür ve demokratik bir devlet makinesi kurulurken"* yapılması gereken, milli egemenliğin tezahürü olan üç erki (yasama, yürütme ve yargı) birbirinden ayırmak ve bunlar arasındaki ilişkileri ahenkli şekilde düzenlemektir.

Bugün de Türk anayasal sisteminin önemli bir unsuru olan kuvvetler ayrılığı, Anayasa'nın Başlangıç kısmında "belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda "işbölümü"nün her bir devlet organının anayasal yetkilerini kullanarak kendilerine verilen görevleri yerine getirmek anlamına geldiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında kuvvetler ayrılığı uyarınca "her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalması ve diğer erkin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanması" gerektiği vurgulanmıştır.

Devlet organlarının Türkiye Cumhuriyetini "çağdaş medeniyet düzeyi"nin ötesine taşıma ortak hedefine yönelik olarak birlikte çalışması ise "iş birliği"ni ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre kuvvetler ayrılığı ilkesi erklerin birbirleriyle bağlantısız bir şekilde çalışmalarını değil aksine, kendi anayasal yetkilerini kullanarak iş birliği içinde çalışmalarını gerektirmektedir. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı, hiçbir şekilde kuvvetler çatışması değildir.

Anayasal kimliğimizin temel unsurlarından olan hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı, yargının yasama ve yürütmeden bağımsız olmasını gerektirmektedir. Bu anlamda yargı bağımsızlığı demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz gereklerindendir. Esasen bu durum tüm hukuk sistemleri için ve her dönemde geçerlidir.

Diğer yandan son yıllarda yaşadığımız tecrübeler, yargının sadece yasama ve yürütmeye karşı değil aynı zamanda her türlü paralel yapı ve oluşuma karşı da bağımsız olması gerektiğini göstermiştir. Hâkim hiçbir şart ve ahval altında aklını ve vicdanını başkasına emanet edemez.

Tam da bu nedenle Anayasa uyarınca görevlerinde bağımsız ve tarafsız

olan hâkimler Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Bu anayasal hüküm aynı zamanda yargı etiğinin evrensel kurallarından birini teşkil etmektedir. Nitekim Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından kısa süre önce Resmî Gazete'de yayınlanan Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin 2. maddesi de Anayasa'nın 138. maddesiyle uyumlu olarak yargı bağımsızlığını düzenlemiştir. Buna göre hâkim ve savcılar *"Bağımsızlıklarına doğrudan ya da dolaylı olarak etki edebilecek baskı ve tesiri kayıtsız şartsız reddederler".*

Son olarak belirtmek gerekir ki, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve yargısal denetim gibi kavram ve kurumların varlığı, bireyin temel hak ve hürriyetlerinin teminat altına alınması bakımından gerekli, ancak yeterli değildir. Bu noktada, Türkiye'de Anayasa yargısının öncülerinden olan ve daha 1948 yılında bir Anayasa Mahkemesinin kurulması gerektiğini söyleyen merhum Ord. Prof. Dr. Ali Fuad Başgil'e kulak vermek gerekir. Başgil temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik asıl teminatın eğitimle kazanılabilecek olan "hürriyet ve demokrasi terbiyesi"nden geçtiğini belirtmiştir.

Başgil'e göre "Anayasaların en iyisi, en iyi ve en kolay tatbik edilenidir". Bu bağlamda Ali Fuat Başgil anayasanın uygulanması ve ona uyulmasının esas olduğunu belirterek anayasal kurumların ve sistemin tek başına bir anlam ifade etmeyeceğini vurgulamıştır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin görev alanının genişlemesi, doğal olarak iş yükünü de artırmıştır. Gerek bireysel başvuruda gerekse de norm denetiminde her geçen gün artan bir işyüküyle karşı karşıyayız.

Bireysel başvuruda bugün itibariyle derdest başvuru sayısı 42 bin civarındadır. Derdest başvuruların % 95'lik kısmı 2017 yılı ve sonrasına aittir.

Norm denetiminde ise 76'sı iptal davası, 28'i de itiraz başvurusu olmak üzere toplam 104 derdest dosya bulunmaktadır. İptal davalarının norm denetimi içerisindeki oranı yaklaşık yüzde 73, itiraz başvurularının oranı ise yaklaşık yüzde 27'dir. Bir önceki yılın istatistiği dikkate alındığında da gelen işin yarısından fazlası iptal davalarıdır. Buna karşılık 2017 yılında iptal davalarının norm denetiminde gelen işe oranı yüzde 11, itiraz başvurusunun ise yüzde 89'dur. Önceki yıllarda da itiraz başvurularının iptal davalarına göre oranının genel olarak hep daha yüksek olduğu görülmüştür. Şu halde, son iki yıldır norm denetiminde iptal davalarının sayısı çok hızlı bir yükseliş göstermiştir.

Öte yandan iptal davalarının yaklaşık yüzde 70'i kanunlaşan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden oluşmaktadır. Şu anda Mahkemenin önünde anayasallık denetimi yapılacak olan 21 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bulunmaktadır.

Bu istatistiklerin de ortaya koyduğu üzere önümüzdeki dönemde norm denetiminde verilecek kararların ağırlığını kanunlaşan OHAL KHK'ları ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri oluşturacaktır. Belirtmek gerekir ki, itiraz başvurularının aksine, iptal davasına konu olan kanun ya da kararnameler çok sayıda kuralı içerdiğinden bu davaların hazırlık ve karar süreci çok daha uzun olmaktadır.

Konuşmama son vermeden önce, yoğun iş yüküyle mücadele ederek, nitelikli kararlar vermek için fedakârca çalışan tüm mensuplarımıza katkılarından dolayı teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu vesileyle Mahkememizden emekli olan üyelerimiz ve personelimizden vefat edenlere de Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

Öğleden sonra başlayacak olan sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Değerli sunumlarıyla sempozyuma katkı sunacak olan saygıdeğer hocalarımıza ve tüm katılımcılara şimdiden bir kez daha teşekkür ediyorum.

Törenimizi teşriflerinizden ve beni sabırla dinlediğinizden dolayı şükranlarımı sunuyor, güzel ve sağlıklı günler diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 58. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ MESAJI

(25 Nisan 2020)

Her yıl büyük bir katılımla gerçekleştirdiğimiz Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümü törenini ve bu kapsamda yapılan etkinlikleri COVID-19 salgını nedeniyle ileri bir tarihe ertelemek zorunda kaldık.

Bilindiği üzere bir süredir insanlık, sınır tanımayan, çok hızlı yayılan ve öldürücü olan bir virüsle savaşıyor. Günlük hayatımız, davranışlarımız ve diğer insanlarla ilişkilerimiz radikal şekilde değişiyor. Kısacası tüm dünya zor ve hassas günlerden geçiyor.

Bu zor zamanlarda bireysel ve toplumsal düzeyde sabra, karşılıklı anlayışa ve dayanışmaya her zamankinden daha fazla ihtiyacımız var. Bugün birlik ve beraberlik ruhuyla milletçe kenetlenme günüdür.

Kuşkusuz tarih bize zor zamanların özel kahramanları olduğunu göstermiştir. İçinden geçtiğimiz salgın günlerinde de özellikle sağlık çalışanları büyük bir fedakarlıkla görev yapmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sırasında söylenen meşhur bir sözü bugünün şartlarında sağlık çalışanlarına uyarlayarak diyebiliriz ki: *"İnsanlığın salgınla mücadele tarihinde hiçbir zaman bu kadar çok insan, bu kadar az sayıda insana bu kadar çok borçlanmamıştı".*

Bu kapsamda sürecin başından itibaren özveriyle çalışan Sağlık Bakanlığına, Bilim Kuruluna, başta hekimlerimiz olmak üzere tüm sağlık çalışanlarımıza ve salgınla mücadelede emeği geçen herkese şükranlarımı sunuyorum. Sağlık yetkililerinin önerdiği tedbirlere uyarak bu süreci en kısa sürede ve her açıdan en az kayıpla geride bırakacağımıza olan inancımı ifade etmek istiyorum.

Diğer yandan hepimizi evlerimize kapatan bu salgın, sahip olduğumuz temel hak ve özgürlüklerin ne kadar değerli olduğunu bizlere bir kez daha hatırlatmıştır. Başta yaşam hakkı olmak üzere, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve seyahat özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükler, insanın varlığını insanca devam ettirmesinin olmazsa olmaz şartlarını oluşturmaktadır.

Bu yıl 58 yaşına giren Türk Anayasa Mahkemesi, anayasal hak ve özgürlükleri koruma görevini her durumda yerine getirmenin gayreti içindedir. Mahkememiz özellikle bireysel başvurunun uygulamaya geçtiği 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren temel hak ve özgürlükleri en iyi şekilde korumaya yönelik kararlar vermektedir.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi geçtiğimiz dönemde gerek norm denetiminde gerekse de bireysel başvuruda hak eksenli bir yaklaşımla önemli kararlar vermiş, temel hak ve özgürlüklerin standardının yükseltilmesine hatırı sayılır katkılar yapmıştır.

Belirtmek gerekir ki özellikle bireysel başvuru sisteminin etkili bir şekilde uygulanması, ülkemizde temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından hayati derecede önemlidir. Mahkememiz sadece nitelik olarak değil nicelik olarak da çok sayıda karar vererek ağır iş yükünü başarılı bir şekilde yönetmektedir. Bu vesileyle bireysel başvuruya ilişkin bazı istatistikleri paylaşmak istiyorum.

Bireysel başvurunun başladığı tarihten bu yana 268 bin civarında başvuru yapılmış, bunların yaklaşık 224 bini karara bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi 2019 yılında yaklaşık 40 bin başvuruyu sonuçlandırmıştır. Memnuniyetle ifade etmek gerekir ki, yapılan başvuruları karşılama, karara bağlama oranı son iki yılda yüzde 93 olarak gerçekleşmiştir.

Milletçe salgınla mücadele ettiğimiz şu günlerde de Mahkememiz gerekli tedbirleri almak ve teknolojik imkanlardan yararlanmak suretiyle çalışmalarını sürdürmektedir. Şartlar ne olursa olsun Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'yla kendisine verilen, anayasanın üstünlüğünü, demokratik hukuk devletini ve onun vazgeçilmez unsuru olan insanımızın temel hak ve özgürlüklerini koruma görevini bundan sonra da hakkıyla yerine getirme azim ve kararlılığı içinde olacaktır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümü vesilesiyle yoğun iş yükü altında fedakârca çalışan tüm mensuplarımıza katkılarından dolayı teşekkür ediyorum. Emekli olan üyelerimiz ve personelimizden vefat edenlere Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

Yaşanan salgından öğrendiklerimizin ve bundan sonra atılacak adımların daha sağlıklı bir dünyada yaşamamıza vesile olmasını ümit ediyor, tüm vatandaşlarımızı en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 59. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ MESAJI
(25 Nisan 2021)

Anayasa Mahkemesi 25 Nisan günü itibarıyla 59 yaşına girmiş bulunmaktadır. Geleneksel olarak her sene gerçekleştirdiğimiz kuruluş yıl dönümü törenini ve bu kapsamda yapmış olduğumuz etkinlikleri maalesef -geçen yıl olduğu gibi- bu yıl da COVID-19 salgını nedeniyle ertelemek zorunda kaldık. İnşallah önümüzdeki aylarda hepimizi uzunca bir süredir etkisi altına alan bu salgından kurtulur ve ertelediğimiz etkinlikleri gerçekleştirme fırsatı buluruz.

Bu vesileyle belirtmek isterim ki Cumhuriyet'imizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk'ün işaret ettiği ve Anayasa'da ifadesini bulan "muasır medeniyet"in siyasi rejim tercihi, anayasal demokrasidir. Anayasa'nın Başlangıç kısmında "hürriyetçi demokrasi" olarak ifade edilen anayasal demokrasinin bir yandan serbest seçimler sonucu iş başına gelenlerin yönetme yetkisini kullandığı, diğer taraftan da bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için bu yetkinin sınırlandırıldığı bir hukuk düzenini öngördüğü bilinmektedir.

Demokrasi, temel hak ve özgürlükleri en iyi şekilde korumaya yönelik kural ve kurumların varlığını gerektirmektedir. Bilindiği üzere özellikle Avrupa'da anayasa mahkemeleri, iki dünya savaşı arasında ve sırasında yaşanan sistematik hak ihlallerine tepki olarak kurulmuştur. Dolayısıyla varlık nedeni temel hak ve özgürlükleri korumak olan anayasa mahkemeleri, anayasal demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından biri hâline gelmiştir.

Dünyada Anayasa yargısı alanında görev yapan en tecrübeli mahkemelerden biri olan Türk Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın kendisine verdiği görev ve yetkiler kapsamında anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmenin, temel hak ve özgürlükleri korumanın gayreti içindedir. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, anayasal hak ve özgürlükleri koruyup geliştirme amacının bir gereği olarak hak eksenli yaklaşımını kararlılıkla sürdürmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, diğer ülkelerin aynı görevi yapan mahkemeleriyle karşılaştırılamayacak derecede ağır bir iş yüküyle karşı karşıyadır. Bilhassa bireysel başvurudaki yoğun iş yükünü anlatan bazı istatistikleri

paylaşmak isterim. Anayasa Mahkemesi 2020 yılında yaklaşık 45 bin başvuruyu sonuçlandırmıştır. Memnuniyetle ifade etmek gerekir ki Mahkememizin yapılan başvuruları karşılama oranı 2020 yılında salgın şartlarına rağmen yükselmeye devam etmiş ve yüzde 112 seviyesine ulaşmıştır. Bununla birlikte bireysel başvuru sayılarının gitgide arttığını, 2021 yılının ilk dört ayı tamamlanmadan 17 binin üzerinde başvuru yapıldığını, buna bağlı olarak derdest başvuru sayısının da 46 bine yaklaştığını not etmek gerekir.

Bir kez daha vurgulamak gerekir ki bireysel başvurunun amacı her bir hak ihlalini gidermek değil ihlale yol açan nedenlerin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Bu kapsamda hukuk sistemimizin başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükleri güçlendirecek ve bunların kullanımını daha güvenceli bir hâle getirecek şekilde gözden geçirilmesi zorunludur.

Anayasa Mahkemesi sadece bireysel başvuruda değil norm denetiminde de benimsediği hak eksenli yaklaşımla temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve standardının yükseltilmesine önemli katkılar sunmaktadır. Kısacası Anayasa Mahkemesi, tüm zorluklara rağmen demokratik hukuk devletini ve insanımızın temel haklarını koruma görevini en iyi şekilde yerine getirmek için çalışmaya devam etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümü vesilesiyle, fedakârca çalışan başta başkanvekillerimiz ve üyelerimiz olmak üzere Mahkememizin tüm mensuplarına teşekkür ediyorum. Emekli olan üyelerimiz ve personelimizden vefat edenlere Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

Salgın döneminin gerçek kahramanlarını unutmamız elbette mümkün değildir. Sürecin başından itibaren özveriyle görev yapan tüm sağlık çalışanlarımıza ve salgınla mücadelede emeği geçen herkese şükranlarımı sunuyorum.

Daha sağlıklı günlerde buluşmak umuduyla Anayasa Mahkemesinin 59. kuruluş yıl dönümü'nü kutluyor; tüm vatandaşlarımızı en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 60. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENİ
(25 Nisan 2022)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 60. yıl dönümü nedeniyle düzenlediğimiz törene hoş geldiniz, diyor; sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Dünyanın dört bir yanından gelen bölgesel insan hakları mahkemelerinin başkan ve üyeleri, uluslararası kuruluşların temsilcileri ve 26 ülkeden anayasa mahkemesi başkan ve üyeleri bugün aramızda bulunmaktadır. Kendilerini ülkemizde ağırlamaktan dolayı büyük bir mutluluk duyduğumuzu ifade etmek isterim.

Bilindiği üzere dünyanın her yerinde mahkemelerin temel görevi adaleti sağlamaktır. Bu hayati bir görevdir zira bireysel, toplumsal ve siyasal hayatın dengesini sağlayan bizatihi adalettir. Bu nedenle de tarih boyunca hemen her toplumda adalet toplumun örgütlü hâli olan devletin bir yandan varlık sebebi diğer yandan da varlığını devam ettirmesinin temel şartı olarak görülmüştür.

Başta Fatih Sultan Mehmet olmak üzere Osmanlı devlet adamlarını da etkilemiş olan Abdurrahman Câmi, "*Baharistan*" adlı eserinde adaletin bu işlevini veciz bir şekilde ifade etmiştir. Câmî'ye göre yöneticilerin varlığındaki hikmet ve ülkeyi korumada belirleyici olan değer adalettir[1]:

Bununla birlikte adalet gerçekleştirilmesi kolay olmayan bir erdemdir. Tam da bu nedenle en üstün erdem olan adalet, bir retorik değil pratik meselesidir. Başka bir ifadeyle adaletin konuşulmasından ziyade uygulanması ve uygulandığının da görülmesi gerekir. Adaletin tecelli ettiğinin görülmesi, devlete özellikle de adalet dağıtmakla görevli olan yargıya inancı ve güveni tahkim edecektir.

Eylem olarak adalet bir hakkın tespiti ve teslimidir. Bu da adaletin güçle

1 Molla Câmi, *Baharistan*, 2. Baskı, Çev. Adnan Karaismailoğlu, (Ankara: Akçağ Yayınları, 2018), ss. 47, 48.

olan yakın ilişkisini gündeme getirir. Adaletin tecellisi gücü, gücün meşruiyeti adaleti gerektirir. Ünlü düşünür Pascal, *güçsüz adaletin acziyete, adaletsiz gücün ise zorbalığa* yol açacağını söyler. Bu nedenle adalet ve güç buluşturulmalı, bunun için ya adil olan güçlü ya da güçlü olan adil kılınmalıdır.[2]

Güçlü olanı adil kılmanın yolu hiç kuşkusuz hukuktan geçmektedir. Aslında hukukun temel işlevi, iktidarı sınırlamak suretiyle gücü adaletle buluşturmaktır. Bu sebeple gücü sadece *adaletin vasıtası* olarak niteleyen merhum Aliya İzzetbegoviç'in ifadesiyle "*İktidarın herhangi bir sınırlamasının başladığı zamanda ve yerde hukuk başlar*"[3].

Anayasa yargısının arkasında da gücün hukuk ve adaletle buluşturulması düşüncesi yatmaktadır. Siyasal iktidarı anayasanın çizdiği sınırlar içinde tutarak temel hak ve özgürlükleri koruma kaygısı, geçen yüzyılda Anayasa yargısının kurumsallaşması sonucunu doğurmuştur. Özellikle iki büyük savaş sırasında yaşanan katliamlara ve sistematik hak ihlallerine yönelik tepki ulusal düzeyde anayasa mahkemelerini, uluslararası düzeyde ise insan hakları mahkemelerini ortaya çıkarmıştır.

Ne var ki insan maalesef çabuk unutan bir varlıktır. Yaşanan onca savaş, katliam ve sistematik hak ihlallerinden sonra aynı akıl ve vicdan tutulmasına tekrar tekrar tanıklık etmek büyük bir trajedi olsa gerektir.

Diğer yandan hiçbir kurumun varlığı tek başına kendisinden beklenen fonksiyonu garanti edemez. Bu manada anayasa mahkemelerinin varlığı da temel hak ve özgürlüklerin korunması için yeterli değildir. Etkili ve işlevsel bir Anayasa yargısı, kurumsal perspektiften bakarak biri *harici* diğeri *dâhili* diyebileceğimiz iki temel şartın gerçekleşmesine bağlıdır.

Harici şart anayasal sisteme "*kuvvetler ayrılığı"* ilkesinin hâkim olmasıdır. Bu ilke gücün farklı ellerde toplanmaması durumunda hak ve özgürlükleri korumanın imkânsız olacağı fikrine dayanmaktadır. Nitekim Babanzâde İsmail Hakkı, kuvvetler ayrılığının neredeyse "*elfaz-ı küfür*" olarak algılandığı bir dönemde yazdığı bir kitapta bütün kuvvetlerin tek elde toplanmasının kaçınılmaz olarak keyfî yönetime yol açacağını ifade etmiştir[4].

Bu sebeple uzun ve acı tecrübelerden sonra kuvvetler ayrılığı ilkesi modern anayasaların olmazsa olmaz unsuru hâline gelmiştir. Böylece demokratik anayasalar yasama, yürütme ve yargı erklerinin denge ve denetlemenin

2 Blaise Pascal, *Pensées*, trans. J. Warrington, (London: Everyman's Library, 1960), 192 [411-298], s. 53

3 Aliya İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasında İslam*, 3. Baskı, Çev. S. Şaban, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2015), s. 299.

4 Babanzâde İ. Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye* (1913), Haz. F. Balcıoğlu ve A.B.Balcıoğlu, (Ankara: Erguvanî Yayınevi, 2014), s. 334.

ötesine geçerek birbirlerinin yetki alanına müdahale etmemesini sağlamaya yönelik düzenlemelere yer vermişlerdir.

Kuvvetler ayrılığının etkili şekilde uygulanması, genelde yargının özelde Anayasa yargısının bağımsızlığı bakımından zorunludur. Hangi hükûmet sistemi benimsenirse benimsensin rejimleri demokratik hukuk devleti kılan şartların başında, bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığı gelmektedir. Yargı bağımsızlığının temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesinin ön şartı olduğu da artık hepimizin malumudur.

Etkili bir Anayasa yargısının dâhili şartı ise anayasa mahkemelerinin *hak eksenli* paradigmayı benimsemeleridir. Hak eksenli paradigmadaki "*hak*" kelimesinin tıpkı İngilizce'deki "*right*" kelimesi gibi çift anlamlı olduğunu belirtmek gerekir. Bilindiği gibi "*hak*" bir yandan "*adalet*", diğer yandan da "*sahip olunan şey*" anlamında kullanılmaktadır. Bu bağlamda hak eksenli paradigma kelimenin iki anlamıyla da *hak*kın tespiti ve teslimini gerektirmektedir.

Başka bir ifadeyle bu paradigma anayasal adaleti sağlayarak temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan bir yargısal yaklaşımı icbar etmektedir. Bu da her şeyden önce, bir yorum topluluğunu oluşturan anayasa yargıçlarının hak eksenli yaklaşımı içselleştirmelerine bağlıdır. Unutmamak gerekir ki adalet ancak onu uygulayacak kişilerin adil olmasıyla sağlanabilir.

Ne var ki adil olmak kolay değildir. Tam da bu nedenle adaleti "*ender rastlanan erdem*" olarak gören Alman filozof Nietzsche, *saygımızı adil olan kişiden daha fazla hak eden kimsenin bulunmadığını* çünkü onda tüm erdemlerin birleşeceğini söyler. Nietzsche'ye göre bu erdemlere ve yargılama yetkisine sahip "*adil kişinin eli, teraziyi tutarken titremez artık*"[5].

Sayın Cumhurbaşkanım,

Konuşmamın bundan sonraki kısmında buraya kadar yapılan kavramsal açıklamalar ışığında Türk Anayasa Mahkemesinin 60 yılını kısaca değerlendirmek istiyorum. Bireysel başvurunun uygulamaya geçtiği 23 Eylül 2012 gününü anayasal milat olarak kabul edersek Mahkemenin tarihini ilk 50 yıl ve son 10 yıl olarak iki döneme ayırmak mümkündür.

Esasen Anayasa yargısı tarihini bu şekilde ikiye ayırmak ve ikinci dönemi hak eksenli paradigmanın hâkim olduğu dönem olarak nitelemek bireysel başvuruyu ihdas eden anayasa koyucunun iradesiyle de uyumludur. Anayasa değişikliğinin gerekçesinde ve teklife ilişkin Anayasa Komisyonu Raporu'nda bireysel başvurunun Türk Anayasa yargısında bir dönüm noktası olduğu açıkça ifade edilmiştir.

5 Friedrich Nietzsche, *Tarihin Yaşam İçin Yararı ve Sakıncası*, 6. Basım, Çev. M. Tüzel, (İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2021), ss. 42-43.

Anayasayı değiştiren irade değişiklik gerekçesinde bireysel başvuruyu "*Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu"*nu yükleyecek bir kurum olarak değerlendirmiştir. Anayasa Komisyonu Raporu'nda da "*bugüne kadar Devletçi anlayışla, Devleti ve sistemi koruyan"* bir organ olarak algılanan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyla birlikte "*artık özgürlükçü kararlar veren özgürlükleri güvenceye alan*" bir mahkeme olarak algılanacağı belirtilmiştir.

Anayasa koyucu tarafından öngörüldüğü gibi bireysel başvuruyla birlikte Anayasa Mahkemesi belirgin şekilde bir paradigma değişimi yaşamış, hak eksenli bir yaklaşımla temel hak ve özgürlükleri koruyan ve geliştiren bir misyon yüklenmiştir. Nitekim Mahkememiz, bazı kararlarında hak eksenli yaklaşımın Anayasa yargısına hâkim olması gerektiğini ve anayasal hükümlerin ancak bu yaklaşımla yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebileceklerini açıkça vurgulamıştır[6].

Bunun yanında Anayasa Mahkemesi hak eksenli yaklaşımın bir yansıması olarak devletin temel görevinin temel hak ve özgürlükleri korumak olduğunu birçok kararında ifade etmiştir. Mahkemeye göre "*Demokrasilerde devlete düşen görev, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır*"[7].

Diğer yandan Mahkememiz, temel hak ve özgürlükleri korumaya çalışırken güvenliği bir kenara bırakmamaktadır. Mahkeme bazı istisnaları olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin mutlak olmadığını; Anayasa'da öngörüldüğü üzere kamu yararı, kamu düzeni ve güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sebeplerle sınırlandırılabileceğini de belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi bilhassa kamu güvenliği ile özgürlükler arasında hassas bir dengeleme yapmakta, Mevlâna Celâleddin Rûmi'nin asırlar önce ifade ettiği gibi adaletin tecellisi için *her şeyi yerli yerine koyma*ya gayret göstermektedir[8].

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bundan tam yedi yıl önce, sizlerin de teşrif ettiği 53. kuruluş yıl dönümü töreninde, yine bu salonda yaptığım ilk konuşmada Anayasa Mahkemesinin paradigma değişimi sürecinin henüz başında bulunduğunu, alınacak çok mesafe olduğunu, bu değişimin tamamlanması ve istikrarlı bir hâle getirilmesi gerektiğini ifade etmiştim. Bu beyan aynı zamanda başkan olarak sorumluluk üstlendiğimiz dönemin de istikametini yansıtmaktaydı.

6 Bkz. *Ali Kuş* [GK], B. No: 2017/27822, 10/2/2022, § 50.

7 AYM, E.2016/165, K.2017/76, 15/3/2017, § 17.

8 Mevlânâ Celâleddin-î Rûmî, *Mesnevî-i Ma'nevî*, Çev. D.Örs ve H. Kırlangıç, 3. Basım, Cilt II, (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2015), VI/2597, s. 866.

Geldiğimiz aşamada bireysel başvuruyla başlayan paradigma değişiminin norm denetimini de içine alacak şekilde önemli ölçüde gerçekleştiğini memnuniyetle ifade etmek isterim. Anayasa Mahkemesi hem norm denetiminde hem de bireysel başvuruda hak eksenli yaklaşımla Türk hukuk pratiğine yön verecek nitelikte kararlar almıştır ve almaya devam etmektedir. Bu kararlar bir yandan hukuk düzeninin Anayasa ile uyumlu hâle gelmesini sağlamış diğer yandan da temel hak ve özgürlüklerin koruma alanını genişleterek standartları yükseltmiştir.

Mahkemenin benimsediği hak eksenli paradigma Anayasa hükümlerinin temel hak ve özgürlükler lehine yorumlanması sonucunu doğurmuştur. Bunun uygulamaya iki şekilde yansıdığını söyleyebiliriz. Birincisi yeni paradigmanın hâkim olmasıyla birlikte kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, laiklik ve demokratik devlet gibi devletin yapısına ve işleyişine ilişkin anayasal ilkeler özgürlükçü bir yaklaşımla ele alınmıştır.

İkinci olarak da temel hak ve özgürlüklere dair anayasal hükümler bu hak ve özgürlüklerin güvence alanını genişletici şekilde yorumlanmıştır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi anayasal ilke ve kuralları hak eksenli bir yaklaşımla yorumlarken meşruiyetini sorgulatacak nitelikte bir yargısal aktivizmden ve jüristokratik davranışlardan da özenle kaçınmıştır.

Bu aşamada hak eksenli paradigmanın anayasal ilkeler ve hükümlerin yorumlanmasına yönelik yansımalarını bazı kararlar üzerinden somutlaştırmanın faydalı olacağını düşünüyorum.

Türk Anayasa yargısındaki paradigma dönüşümünün laiklik ilkesinin özgürlükçü yorumuyla başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun başlamasından sadece üç gün önce, 20 Eylül 2012 tarihinde verdiği bir kararda, o döneme kadar yargısal paradigmaya hâkim olan ve daha ziyade yasakları meşrulaştırıcı bir işlev gören katı pozitivist laiklik anlayışını terk etmiş; bunun yerine din ve vicdan özgürlüğünü güvenceye alan esnek ve özgürlükçü laiklik yorumunu benimsemiştir.

Mahkeme bu kararında laiklik ilkesinin dini bireyin iç dünyasına hapsetmediğini, din ve inancın toplumsal görünürlüğüne imkân tanıdığını ve bunu güvenceye aldığını belirtmiştir. Mahkemeye göre *"Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır… Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin ve toplulukların sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri bir hukuksal ve siyasal düzeni tesis etmektir"*[9].

9 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012; AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018, § 13.

Anayasa Mahkemesi laikliğin hak eksenli yorumuyla "*Kur'an-ı Kerim"* ve "*Hz. Peygamberimizin Hayatı*" derslerinin ortaokul ve liselerde isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasını Anayasa'ya uygun bulmuştur. Mahkeme aynı yaklaşımla kişilere seçenek sunan il ve ilçe müftülüklerine evlendirme yetkisi verilmesine ilişkin kuralın da laikliğe aykırı olmadığını, aksine evlenmenin dinî töreninin yapılmasını kolaylaştırmak suretiyle bireylerin din ve vicdan özgürlüğünü koruyucu bir işlev gördüğünü vurgulamıştır[10].

Özgürlükçü laiklik yorumunun belki de en bariz yansıması başörtüsüne yönelik yasakların hak ihlali teşkil ettiğine dair bireysel başvuru kararlarında görülebilir. Mahkememizin hak eksenli laiklik yorumuna göre kişilerin dinî inançları gereği taktıkları başörtüsü, Anayasa'nın 24. maddesinde korunan din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi altındadır. Bu kapsamda duruşma salonundan başörtülü olduğu için çıkarılan avukatın başvurusunda din özgürlüğünün ve ayrımcılık yasağının ihlaline karar verilmiştir[11].

Aynı şekilde başörtüsü yasağı nedeniyle üniversiteden ilişiği kesilen öğrencinin almış olduğu bursları iade etmek zorunda kalması da din özgürlüğü ve eğitim hakkının ihlali olarak görülmüştür. Her iki kararda da Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini, başörtüsünü yasaklayan herhangi bir kanun hükmü olmadığını, ayrıca Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önceki kararlarının yasaklamalara *kanuni* dayanak olamayacağını belirterek ihlal sonucuna ulaşmıştır[12].

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, devletin bir azınlık cemaatinin dinî liderini seçme konusunda kendi içinde yaşadığı anlaşmazlıklara zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olmaksızın müdahale etmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda yapılan bireysel başvuruda dinî cemaat içinde bir grubun seçim talebinin idare tarafından reddedilmesi başvurucuların din özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir[13].

Kısacası Anayasa Mahkemesi, hak eksenli yaklaşımla laikliği belli bir inancı veya onun pratiğini yasaklayan uygulamaları da kişileri buna zorlayan müdahaleleri de aynı ölçüde dışlayan, ayrıca kişilerin engellemelere maruz kalmadan dinî inançlarının gereklerine göre yaşayabilmelerini güvence altına alan bir anayasal ilke olarak yorumlamıştır. Bunun sonucu olarak da daha önce temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın gerekçesi olarak kullanılan laiklik ilkesi yeni dönemde bunların güvencesi olarak yorumlanıp uygulanmıştır.

Benzer bir durum *demokratik devlet* ilkesi için de geçerlidir. Anayasa Mah-

10 AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018, § 26.
11 *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.
12 *Tuğba Arslan*, § 98; *Sara Akgül* [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018, § 103.
13 *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* [GK], B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

kemesi gerek Anayasa'nın 2. maddesinde korunan demokratik devlet ilkesini gerekse 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak yer alan "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramını hak eksenli şekilde yorumlamaktadır. Mahkemeye göre demokrasi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini en geniş şekilde güvence altına alan bir hukuksal ve siyasal düzeni gerektirmektedir.

Demokratik hukuk düzeninde özgürlük esas, sınırlama istisnadır. Anayasa Mahkemesinin bilhassa ifade özgürlüğü bağlamında sıklıkla vurguladığı gibi "*Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı; anayasal bir özgürlük üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendini göstermesini gerektirmektedir"*[14].

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesi, anayasal ilkeleri özgürlükçü yorumlamanın yanında temel haklara ilişkin anayasal hükümleri de bunların koruma alanını genişletecek şekilde yorumlama yoluna gitmiştir. Sözgelimi Anayasa'nın 38. maddesinde lehe olan ceza hükümlerinin geçmişe yürütülmesi gerektiğine dair açık bir düzenlemeye yer verilmediği hâlde hak eksenli bir yorumla lehe düzenlemelerin geçmişe yürütülmesi gerektiğine karar verilmiştir[15].

Benzer şekilde Anayasa'da *aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama* (*ne bis in idem*) *ilkesi* açıkça düzenlenmediği hâlde Mahkememiz bu ilkeyi Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görmüş ve buna ilişkin uyulması gereken anayasal ilkeleri belirlemiştir[16]. Yine bu kapsamda Anayasa Mahkemesi yakın tarihli kararlarında Anayasa'nın 70. maddesinde öngörülen kamu hizmetine girme hakkının sadece göreve alınma sırasında değil kamu hizmetinde bulunma ve ayrılma sırasında da geçerli olduğuna hükmetmiştir[17].

Bunun dışında Anayasa Mahkemesi, sözgelimi ifade ve basın özgürlüklerinin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının, grev hakkı, sendika kurma ile toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme haklarının etkili bir şekilde korunmasını sağlayan, gerçek olmayan değer üzerinden kamulaştırma yapılmasını ve kamulaştırmasız el atmaları engelleyen, çevrenin ve kültür varlıklarının korunması yönündeki devletin pozitif yükümlülükleri ile bağdaşmayan kuralların hukuk dünyasından ayıklanmasını sağlayan çok önemli kararlar vermiştir.

14 Bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68.
15 AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/4/2019, §§ 13-20; AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/01/2021, §§ 20-25.
16 *Ünal Gökpınar* [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, § 50; AYM, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021.
17 AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021; AYM, E.2020/77, K.2021/93, 16/12/2021.

Hiç kuşkusuz son 10 yılda yaşanan paradigmatik dönüşümü yansıtan kararların tamamına değinmek bu konuşmanın sınırlarını aşacaktır. Bu nedenle sabrınızı zorlamadan sadece ifade etmek isterim ki bu dönemin içtihat birikimi kapsamında geliştirilen anayasal ilkelerin temas etmediği herhangi bir toplum kesimi ve hukuki bir mesele neredeyse kalmamıştır.

Gerçekten de Mahkememiz kadın ve çocuklardan ebeveynlere, gazeteciler ve siyasetçilerden sanatçılara, çalışanlar, emekliler ve iş insanlarından sendikacılara, hükümlüler ve göçmenlerden dinî azınlıklara kadar hemen her toplumsal kesimin anayasal hak ve özgürlüklerini koruyan kararlara imza atmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararların bir kısmında ülkemizin sosyal, ekonomik ve siyasal durumu ile güvenliği bakımından önemli sonuçlar doğuran olaylar ve davaları da ele almış, bu kapsamda yapılan bireysel başvuruları ve tedbir taleplerini karara bağlamıştır.

Kısacası yukarıda bir kısmını zikrettiğim kararlarla Anayasa Mahkemesi, bu dönemde anayasa koyucunun hedeflediği şekilde hak eksenli paradigmayı benimseyerek özgürlükçü perspektifle hareket eden bir mahkemeye dönüşmüştür.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türk Anayasa Mahkemesinin hak eksenli paradigmayı hayata geçirmesi bir iyi uygulama örneği ve başarı hikâyesidir. Üstelik bu değişimin ülkemizin son 10 yılında yaşadığı olağanüstü şartlar ve zorluklara rağmen gerçekleştiği dikkate alındığında söz konusu başarının boyutları daha iyi anlaşılabilecektir.

Bu bağlamda 15 Temmuz 2016'da gerçekleşen darbe teşebbüsü sonrasında yaşanan olağanüstü hâl şartlarını bilhassa zikretmek gerekir. Mahkememiz bir yandan alınan tedbirlere ilişkin olarak sayısı 100 bini aşan bireysel başvuru yüküyle diğer yandan da etkileri devam etmekte olan oldukça çetrefil hukuki meselelerle başa çıkabilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu dönemde temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin anayasal denetimine ilişkin temel ilkeleri belirlemiş ve FETÖ/PDY yapılanmasını ayrıntılı olarak incelemiştir. Bu temel ilke ve esaslar çerçevesinde tutuklamalar, pasaport iptalleri, *ByLock* programı verilerinin delil olarak kullanılması ve kamu görevinden çıkarmalar gibi OHAL döneminde alınan birçok tedbirle ilgili kararlar verilmiştir.

Olağanüstü dönemin ortaya çıkardığı hukuki sorunlara 2017 Anayasa değişiklikleriyle başlayan yeni anayasal kurumların yorumu ve uygulanmasına ilişkin zorluklar da eklenebilir. Anayasa Mahkemesi özellikle Anayasa yargısı pratiğimizde daha önce örneği olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi konusunda Anayasa'nın karmaşık sayılabilecek hükümlerini siste-

matik bir bütünlük içinde yorumlamak suretiyle temel ilke ve esasları belirlemiş, açılan davaların bir kısmını karara bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi tüm bunları yaparken dünyadaki gelişmeleri de yakından takip etmiş, uluslararası alanda diğer anayasa mahkemeleri ve bölgesel insan hakları mahkemeleriyle bilgi ve tecrübe paylaşımını sürdürmüş, düzenlenen muhtelif toplantılarda hak eksenli yaklaşımı anlatma fırsatı bulmuştur. Bu kapsamda Anayasa yargısı alanında Mahkememizin girişimiyle başlayan iki uluslararası oluşumdan kısaca bahsetmek istiyorum.

Birincisi, zatıalinizin de katılımı ve desteğiyle 14 Aralık 2018 tarihinde İstanbul Dolmabahçe'de yapılan toplantıyla başlayan süreç, geçen yıl Eylül ayında Endonezya'da yayımlanan "*Bandung Deklarasyonu*"yla sonuçlanmış, böylece İslam Ülkeleri Anayasa yargısı Konferansı kurulmuştur. Bu teşkilatın ilk kongresi 2022 yılının sonunda İstanbul'da yapılacak ve böylece süreç başladığı yerde tamamlanmış olacaktır.

İkinci girişimin sonuçlanması için yılın sonunu beklememize gerek kalmayacaktır. Türk Devletleri Teşkilatına üye ve gözlemci devletlerin katılabileceği Türk Devletleri Teşkilatı Üyeleri Anayasa yargısı Konferansının (TÜRK-AY) kuruluşuna dair deklarasyonu 27 Nisan 2022 günü Dolmabahçe'de görüşeceğiz. Bu iki uluslararası oluşumun şimdiden hayırlı olmasını ve Anayasa yargısı alanındaki iş birliği ve dayanışmamıza önemli katkılar sunmasını temenni ediyorum.

Anayasa Mahkemesi, oldukça sancılı bir süreçte tüm zorluklara ve olumsuzluklara rağmen kendisinden beklenen işlevi başarılı bir şekilde yerine getirmiştir. Eminim ileride Türk Anayasa yargısının bu dönemine dair yapılacak objektif çalışmalar bunu teslim edecektir. Bu vesileyle bu süreçte fedakârca çalışarak Mahkememize katkı yapan, bahsedilen başarı öyküsünün mimarları olan Başkanvekillerimiz, üyelerimiz ve raportörlerimiz başta olmak üzere tüm mensuplarımıza teşekkür ediyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bilindiği üzere değişimi gerçekleştirmek kadar hatta ondan daha önemli olanı değişimin sürdürülmesidir. Anayasa Mahkemesi bu iradeye ve birikime sahiptir. Bunun yanında Anayasa yargısı alanındaki akademik birikimden yararlanmak ve bir anlamda teori ve pratiği buluşturmak amacıyla Mahkememiz bünyesinde 2018 yılında Anayasa yargısı Araştırmaları Merkezinin (AYAM) kurulduğunu belirtmek isterim. AYAM'ın bugünkü sempozyum gibi düzenlediği bilimsel toplantılar ve yaptığı yayınlar yoluyla Mahkememizin hukuk dünyasıyla etkileşimine ve hak eksenli içtihadın geliştirilmesine önemli katkılar sağladığına ve sağlamaya devam edeceğine inanıyorum.

Bununla birlikte, diğer alanlarda olduğu gibi adaletin tesisi ve temel hakların korunması da yasama, yürütme ve yargı organları arasında Anayasa'nın Başlangıç kısmında belirtilen *iş bölümü ve iş birliği*ni gerektirmektedir.

Bu iş birliğinin bilhassa bireysel başvurudaki iş yüküyle başa çıkma konusunda gerekli olduğunu belirtmek zorundayım. Gerçekten de her fırsatta dikkat çekmeye çalışıyorum, Mahkememiz maalesef 60 yıllık tarihinin en yoğun iş yüküyle karşı karşıyadır. Anayasa Mahkemesinin önünde norm denetiminden bireysel başvuruya, Yüce Divan yargılamalarından siyasi parti kapatma davalarına kadar hemen her görev alanıyla ilgili çok sayıda derdest dosya bulunmaktadır.

Özellikle bireysel başvuru sayısı inanılmaz bir hızla artmaktadır. Şu anda önümüzde 95 bin civarında başvuru bulunmaktadır. Mahkememiz bireysel başvurunun kabul edildiği diğer ülkelerdeki anayasa mahkemeleriyle hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesiyle karşılaştırılmayacak kadar ağır bir iş yüküyle başa çıkmaya çalışmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda kurduğu sistemi daha etkili hâle getirmek için sürekli yeni tedbirler almakta ve yoğun bir gayretle başvuruları karara bağlamaktadır. Nitekim 2012 yılından bu yana yapılan başvuruların yaklaşık yüzde 80'i hakkında karar verilmiş, özellikle son iki yılda yıllık bazda 45 bin başvuru sonuçlandırılmıştır[18].

Her vesileyle ifade ettiğimiz gibi bu ağır iş yükünü azaltmanın en etkili yolu, ihlallerin kaynağına müdahale etmektir. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesince ihlale neden olduğu tespit edilen kanun hükümleri, idari veya yargısal kararlar ortadan kaldırılmalıdır. Bu sayede aynı veya benzer konularda yapılabilecek yeni bireysel başvurular ve ihlaller önlenebilecektir. Ülkemiz hukuk sistemi bakımından çok önemli bir kazanım olan bireysel başvurunun etkili ve başarılı bir hak arama yolu olarak gelecek nesillere aktarılması tüm kamu kurumlarının, gerçek ve tüzel kişilerin, kısacası hepimizin gayretlerine bağlıdır.

Sonuç olarak temel hak ve özgürlüklerin korunması konusundaki *iş bölümü ve iş birliği*, gücün adaletle birleştiği, hukukun üstünlüğünün sağlandığı, insanlarının huzur, mutluluk ve refah içinde yaşadığı, insan-toplum-devlet ilişkilerinin sağlıklı ve dengeli bir şekilde kurulduğu demokratik bir siyasal düzenin tahkimine katkı yapacaktır. Bu yöndeki iş birliği aynı zamanda bizi Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün işaret ettiği ve Anayasa'da ifadesini bulan muasır medeniyet düzeyini aşma hedefine daha da yaklaştıracaktır.

18 İstatistikler için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb_2022-1_tr.pdf

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Konuşmama son vermeden önce emeklilerimizden geçtiğimiz dönem içinde vefat edenlere Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

60. kuruluş yıl dönümü nedeniyle düzenlediğimiz "*Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Anayasanın Yorumlanması*" konulu sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Başta oturumları yönetecek olan Yargıtay ve Danıştay Başkanlarımız olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcımıza, hocalarımıza, tüm konuşmacılara ve sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçen herkese katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Son olarak biraz sonra açılışını yapacağımız "*Anayasa Tarihi Galerisi*"nin Mahkememiz ve ülkemiz için hayırlı olmasını diliyorum. Buradaki amacımız Sened-i İttifak'tan bugüne anayasacılık tarihimizi ve Anayasa yargısındaki gelişmeleri dönüm noktaları itibarıyla tanıtmaktır. Galeri'deki bilgi ve belgelerin bilhassa yurt dışından gelen misafirlerimiz ve üniversite öğrencilerimiz bakımından ilgi çekici ve faydalı olacağını umuyorum. Bu vesileyle yoğun bir hazırlık sürecinde emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum.

Bu duygu ve düşüncelerle, törenimizi teşriflerinizden dolayı hepinize bir kez daha şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyetle huzurlu günler diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 61. KURULUŞ YIL DÖNÜMÜ TÖRENİ
(25 Nisan 2023)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin 61. kuruluş yıl dönümü vesilesiyle düzenlediğimiz törene hoş geldiniz, şeref verdiniz. Sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Bu yıl Cumhuriyet'imizin yüzüncü yılını kutluyoruz. Bu nedenle düzenlediğimiz sempozyumun konusunu "*Yüzüncü Yılında Cumhuriyet ve Anayasa Yargısı*" olarak belirledik. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle *Cumhuriyet'in anayasal kimliği* üzerine bazı değerlendirmeleri sizlerle paylaşmak istiyorum.

Öncelikle belirtmek gerekir ki her anayasanın zaman ve mekân içinde oluşan, gelişen ve yaşayan bir kimliği vardır. Bir milletin geçmişi ve bugünü arasındaki etkileşim, kırılmalar ve süreklilikler bu kimliğin şekillenmesinde etkili olmaktadır. Başka bir ifadeyle anayasal kimlik başta anayasayı yorumlamak ve uygulamakla görevli anayasa mahkemeleri olmak üzere hukuksal ve siyasal aktörlerin kararlarıyla şekillenmekte, toplumsal ihtiyaçlar ve gelişmeler dikkate alınmak suretiyle sürekli yenilenmektedir[1].

Bu bağlamda Türk anayasa kimliğinin en belirleyici niteliği hukuk devletidir. Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2. ve 14. maddelerini birlikte okuduğumuzda Cumhuriyet'in diğer vasıflarının aynı zamanda hukuk devletini niteliklerini görürüz. Buna göre *Türkiye Cumhuriyeti, millî egemenliğe, kuvvetler ayrılığına, adalete ve insan haklarına dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir*. Esasen Anayasa'nın kalan kısmı bir anlamda bu cümlenin hatta *hukuk devleti* ilkesinin açıklaması mahiyetindedir.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini Anayasa'nın *ana* ilkesi olarak belirlemiştir. Mahkemeye göre hukuk devleti *Anayasa'nın tüm maddelerinin*

1 Bu konuda bkz. Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity*, (Cambridge: Harvard University Press, 2010).

yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir[2].

Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti aynı zamanda *sosyal* bir hukuk devletidir. Asırlar önce ünlü düşünür Fârâbi, erdemli ya da ideal devletin insanın mutluluğunu sağlayan devlet olduğunu belirtmiştir[3].

Anayasa'nın 5. maddesi uyarınca kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, bu amaçla sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayan engelleri kaldırmak devletin görevleri arasındadır. Anayasa Mahkemesine göre de kişilerin refah ve mutluluğunu sağlamaya yönelik olarak sosyal devletin *herkes için insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyini gerçekleştirmesi gerekmektedir*[4].

Sayın Cumhurbaşkanım,

2010 anayasa değişikliğiyle hukuk sistemimize giren bireysel başvuru, insan haklarına dayalı hukuk devletinin daha etkili şekilde hayata geçirilmesine hizmet etmektedir. Bu kapsamda bireysel başvurunun on yılı aşan uygulaması, Cumhuriyet'in niteliklerinin hak eksenli bir yaklaşımla yorumlanmasına çok önemli katkılar yapmıştır.

Bu katkının en bariz örneğini laiklik ilkesinin yorumunda bulabiliriz. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ilkenin hâkim olduğu bir hukuk düzeninde dinî tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzının *devletin müdahalesi dışında ancak koruması altında* olduğu belirtilmektedir[5]. Mahkememiz, hak eksenli laiklik yorumuyla bir yandan avukatın başörtülü olduğu için duruşma salonundan çıkartılmasını, diğer yandan da gayrimüslim bir azınlık cemaatinin dinî liderinin seçimine devlet tarafından müdahale edilmesini din özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür[6].

Öte yandan Anayasa Mahkemesi sıklıkla *demokratik hukuk devleti* terkibini kullanarak günümüzün geçerli demokrasi anlayışı olan anayasal demokrasiye vurgu yapmaktadır. Anayasa'nın Başlangıç kısmında *egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu* ancak egemenliği millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi veya kuruluşun *hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeninin* dışına çıkamayacağı belirtilmiştir[7].

---

2 *Kenan Kalkan* [GK], B. No: 2018/36174, 15/2/2023, § 48.

3 Farabi, *İdeal Devlet*, 9. Baskı, Çev. A. Arslan, (İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2020), s. 98.

4 AYM, E.2022/51, K.2022/94, 20/07/2022, § 17.

5 AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

6 Bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014; *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* [GK], B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

7 AYM, E.2018/81, K.2021/45, 24/06/2021, § 34.

Kuşkusuz *hürriyetçi demokrasinin* gereklerinden biri ve belki de en önemlisi temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasıdır. "*Demokratik anayasanın temeli özgürlüktür.*" sözüyle Aristoteles bundan yaklaşık 2.500 yıl önce demokratik rejimlerin yönünü belirlemiştir[8].

Bilindiği üzere demokratik anayasalar esas olarak özgürlükleri korumak amacıyla, egemenliği kullanan güçlerin ayrılmasına ve sınırlandırılmasına yönelik anayasal ilke ve kurallara yer vermişlerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi Anayasa'da yer verilen kuvvetler ayrılığı ilkesinin gayesi *yetki aşımlarının ortaya çıkmasını ve temel hakların ihlal edilmesini engellemek*tir[9].

Sayın Cumhurbaşkanım,

Cumhuriyet'in herkesin eşit ve özgür bireyler olarak kendilerini ait hissettikleri demokratik bir hukuk devleti olarak yoluna devam etmesi hepimizin ortak hedefidir. Bu hedefin tam olarak gerçekleşmesinin biri toplumsal, diğeri de hukuksal ve siyasal düzlemde olmak üzere iki temel şarta bağlı olduğunu düşünüyorum.

Öncelikle toplumsal düzeyde bizim gibi olmayanlarla, bizden farklı düşünen ve yaşayanlarla sağlıklı bir ilişki kurmak durumundayız. "*Öteki*" olarak gördüklerimizin ontolojik varlığını kabul etmedikçe bu sağlıklı ilişkiyi kurma imkânı da yoktur. Kendimize hak gördüğümüzü "*öteki*"ne de hak görerek, adaleti ve özgürlüğü sadece kendimiz için değil başkaları için de isteyerek, farklılıklarımızla birarada yaşamanın iklimini hep birlikte oluşturmak zorundayız.

Diğer yandan demokratik Cumhuriyet'in geleceği hukuksal ve siyasal düzlemde kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve bu kapsamda yargı bağımsızlığının tam manasıyla hayata geçirilmesine bağlıdır. Belirtmek gerekir ki hangi hükûmet sistemi benimsenmiş olursa olsun demokratik anayasalarda yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasa'mızın "*Mahkemelerin bağımsızlığı*" kenar başlıklı 138. maddesinde, hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre karar verecekleri, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere -tavsiye ve telkinde bulunmak dâhil- hiçbir surette müdahale edilemeyeceği ve mahkeme kararlarının geciktirilmeksizin yerine getirileceği belirtilmektedir. Bu hâliyle 138. maddeye demokratik hukuk devletinin sigortası diyebiliriz.

8 Aristoteles, *Politika*, 16. Basım, Çev. M. Tunçay, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2014), s. 220.
9 AYM, E.2006/113, K.2011/102, 16/06/2011.

Bu maddeyi yorumlayan Anayasa Mahkemesine göre, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı hâkimin çekinmeden ve endişe duymadan, herhangi bir dış etki altında kalmadan, tarafsız tutumla ve özgürce karar verebilmesini gerektirmektedir[10]. Bu da hâkimler için coğrafi teminat gibi birtakım anayasal ve yasal güvencelerin yanında, sağlam bir kişilik ve kirlenmemiş bir yargısal vicdanla mümkündür.

Esasen anayasal kimliğin birçok unsuru gibi yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi de yeni değildir. Söz gelimi ilk anayasamız olan Kanun-i Esasî'deki "*Mahkemeler her türlü müdahelâttan azadedir*." (mad. 86) hükmüyle yargı bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

Meşrutiyet Dönemi'nde bu hükmün uygulamasını bizzat yaşayarak gören kişilerden biri Namık Kemal'dir. Ünlü şair, yazılarında devletin devamının ve halkın bahtiyar olmasının yolunun adaletten geçtiğini ifade eder. Örneğin bir şiirinde şöyle der: "*Bulunmazsa adalet milletin efrâdı beyninde, Geçer bir gün zemîne arşa çıksa pâye-i devlet*."

Kısacası, adaletin olmadığı yerde devletin payesi veya gücü arşa çıksa bile bir gün yerle bir olur. Namık Kemal, adaletin sağlanmasının birinci şartının yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatı olduğunu belirtmiştir[11].

Ancak Namık Kemal, adaletin ve yargı bağımsızlığının aslında söylem değil bir eylem meselesi olduğunu tutuklu yargılandığı bir davada tecrübe etmiştir. Bunu ona öğretecek olan da birkaç yıl önce yazdığı mektupta kendisinden "*nebbâş*" yani "*mezar soyguncusu*" diye bahsettiği İstinaf Mahkemesi Başkanı Abdüllatif Suphi Paşa'dan başkası değildir.

Duruşma yoğun bir ilgi altında gerçekleşir. Yapılan telkinlerin de etkisiyle, başta Namık Kemal olmak üzere hemen herkes mahkûmiyet kararı beklemektedir. Ancak beklenenin tersine, Namık Kemal'i hürriyetine kavuşturan bir karar verilmiştir.

Mahkeme Başkanı Suphi Paşa akşam evde kızı bu kararı verirken korkup korkmadığını sorduğunda, tüm zamanların hâkimlerine unutulmaz bir ders niteliğinde olan şu cevabı vermiştir: "*Yarın Hünkârın da, benim de huzuruna çıkacağımız bir hâkim vardır ki, yalnız ondan korkarım!*"[12].

10 AYM, E.2022/50, K.2022/107, 28/09/2022, § 133.

11 Namık Kemal, "Adlün sâatün hayrun min ibâdeti elfi sene", *Hürriyet Gazetesi*, Sayı 52, 21 Haziran 1869; *Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi*, II. Cilt (1869-1870), Hazırlayan: A.E Topal, (İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2018), s. 11.

12 Mithat Cemal Kuntay, *Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında*, Cilt 2, (İstanbul: Maarif Basımevi, 1956), s. 217.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasal kimliğimizi oluşturan tüm bu ilke ve değerlerin en büyük güvencelerinden biri bağımsız ve tarafsız yargıdır. Bu nedenle demokratik hukuk devleti olarak Cumhuriyet bizden yargı alanında da Mustafa Kemal Atatürk'ün ifadesiyle "*fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür*" yargı mensupları ister.

Diğer yandan bireysel başvuru gibi Cumhuriyet'in hukuk alanındaki kazanımlarını ve insan haklarına dayanan devlet olma niteliğini korumak için egemenliği kullanan kurumların iş birliği içinde olması bir zorunluluktur. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre kuvvetler ayrılığı ilkesi erklerin birbirleriyle bağlantısız bir şekilde çalışmalarını değil aksine Anayasa'nın Başlangıç kısmında belirtildiği üzere "*medeni bir işbölümü ve işbirliği*" içinde çalışmalarını gerektirmektedir[13].

Kurumsal "*iş birliği*", bilhassa bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak varlığını devam ettirmesi ve bu suretle temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunabilmesi bakımından hayati derecede önemlidir. Zira iş birliği yoluyla bireysel başvurunun objektif etkisi hayata geçirilmediği takdirde, artan başvuru sayısını azaltmak ve ihlalleri önlemek mümkün olmayacaktır.

Her vesileyle belirttiğimiz üzere bireysel başvuruyu başarılı şekilde uygulamanın en etkili yolu ihlallerin kaynağını kurutmaktır. Bunun için Anayasa Mahkemesince ihlale neden olduğu tespit edilen kanun hükümlerinin idari veya yargısal kararların süratle ortadan kaldırılması, bu suretle yeni ihlallerin önlenmesi gerekmektedir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi hem norm denetiminde hem de bireysel başvuruda kendisine verilen görevleri yerine getirirken Anayasa ile çizilen yetki haritasının dışına çıkmamaya özen göstermektedir. Bu anlamda Mahkememiz ne yargısal aktivizme tevessül etmekte ne de anayasal ve yasal yetkilerini kullanmaktan imtina ederek kendini sınırlamaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Hiç kuşkusuz tüm yargı kararları gibi Anayasa Mahkemesi kararları da eleştirilebilir. Dahası eleştirilmelidir zira eleştirinin olmadığı yerde yargısal içtihadın gelişmesi mümkün değildir. Bu bağlamda kararlarımızı okuyup analiz eden ve böylece bize ayna tutan eleştirilerden faydalanıyoruz. Bunu yapanlara da gerçekten müteşekkiriz.

13 AYM, E. 2017/20, K. 2018/75, 5/7/2018, § 28.

Bununla birlikte özellikle bireysel başvuruda verilen kararları içtihat bütünlüğünden soyutlamak suretiyle bunlarla ilgili olarak yüzeysel şekilde yapılan genellemelerden fayda sağlanmayacağını bilmek gerekir. Aynı şekilde çoğu kez doğru düzgün okumadan en hassas ve teknik konulara dair kararları bile 140 karakterle yorumlamaya çalışanların da temel hakların korunmasına yönelik içtihadın gelişimine herhangi bir katkısı olamamaktadır.

Ayrıca kararları eleştirmek yerine kararlara imza atanları hedef alan, insaf ve izanla bağdaşmayan, son tahlilde kişisel ve kurumsal itibarı zedelemeye yönelik ithamların da hiçbir faydası yoktur. Aksine Anayasa Mahkemesine ve mensuplarına yapılan ağır saldırılar toplumun yargıya güvenini sarsarak en fazla demokratik hukuk devletine ve onu korumakla görevli olan yargıya zarar vermektedir.

Bu vesileyle her türlü olumsuzluğa ve zorluğa rağmen büyük bir fedakârlıkla görev yapan başkanvekillerimize, üyelerimize, raportörlerimize ve tüm çalışanlarımıza şükranlarımı sunuyorum. Emeklilerimizden geçtiğimiz dönem içinde vefat edenlere Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

Son olarak kuruluş yıl dönümü nedeniyle düzenlediğimiz sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Oturum başkanlarına, tüm konuşmacılara, katılımcılara ve sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçen herkese katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Bu duygu ve düşüncelerle, törenimizi teşriflerinizden dolayı hepinize bir kez daha şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyet diliyorum.

B. ANDİÇME TÖRENİ KONUŞMALARI

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELERİ RECAİ AKYEL VE YUSUF ŞEVKİ HAKYEMEZ'İN ANDİÇME TÖRENİ AÇIŞ KONUŞMASI
(5 Ekim 2016)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesine yeni seçilen üyelerimizin yemin törenine hoş geldiniz diyor, sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Birazdan yemin ederek görevlerine başlayacak olan üyelerimizi tebrik ediyor, kendilerine başarılar diliyorum.

Uzun yıllardır kamu yönetimi alanında çalışmaları olan, kaymakamlık ve valilik görevlerinden sonra Sayıştay Başkanlığı yapan Doç. Dr. Recai Akyel'in bu engin birikimini anayasa yargısı alanına taşıyacağına ve Mahkememize önemli katkılar yapacağına inanıyorum.

Aynı şekilde, anayasa hukuku alanındaki çalışmalarıyla tanınan, özellikle de Türk Anayasa Mahkemesinin temel haklar yaklaşımı üzerine eserler kaleme alan Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez'in, Mahkememizin hak eksenli içtihatlarının geliştirilmesine ciddi katkılar yapacağına olan inancımı ifade etmek istiyorum.

Yeni üyelerimizi tekrar tebrik ediyor, üyeliklerinin şahısları, aileleri, Mahkememiz ve ülkemiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Ayrıca Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği çerçevesinde Mahkememizin dördüncü kez düzenlediği "yaz okulu" programı için 13 ülkeden gelen ve aramızda bulunan misafirlerimize de hoş geldiniz diyorum.

Malumları olduğu üzere, ülkelerin ve milletlerin tarihinde kader anları, kırılma noktaları vardır. 15 Temmuz 2016 bu ülke için böyle bir gündür. 15 Temmuz'da, sadece Türk siyasi tarihinin değil, modern demokrasi tarihinin en önemli olaylarından birine tanıklık ettik.

O gece zıt duyguları yaşadık. Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde örgütlenmiş bir cunta bize önce zilleti yaşattı. Onca çabayı, demokratik birikimi yok etmeye çalışarak, tarihimizin karanlık sayfaları olarak andığımız dönemlere dönme ihtimalinin utancını yaşattılar.

Ancak aynı gece aziz milletimiz kahramanca bir direniş göstererek bu zilleti kaldırdı ve bize izzeti yaşattı. Karanlık başlayan o gece, demokratik bir direnişe şahit oldu ve gelecek nesillere gururla aktaracağımız bir demokrasi destanı yazıldı. O gece merhum Aliya İzzetbegoviç'in *"Tarih, daima aynı hikayeyi tekrarlar: Ölmeye hazır olan insanlar, ölmeye hazır olmayanlara karşı galip gelirler."* sözü bir kez daha doğrulandı.

Bu vesileyle bu izzeti ve onuru bize yaşatan başta Sayın Cumhurbaşkanımız olmak üzere tüm devlet adamlarına, iktidar ve muhalefet partilerinin liderlerine, vatanperver Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet mensuplarına, demokratik ve kararlı bir tavır sergileyen medyaya ve her şeyin ötesinde ellerinde bayraklarından başka bir şey olmadan canları pahasına tankların karşısına dikilen cesur ve yürekli milletimize Mahkememiz ve şahsım adına şükranlarımı sunmayı bir borç biliyorum.

Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesinin varlık nedeni Anayasa'yı ve onun güvenceye aldığı temel hak ve özgürlükleri korumaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi üyeleri, görevlerine başlarken "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve temel hak ve özgürlükleri" koruyacaklarına namusları ve şerefleri üzerine yemin ederler. Elbette Mahkeme, Anayasa'yı ve hakları koruma görevini yine Anayasa'nın kendisine tanıdığı yetkiler çerçevesinde yerine getirir.

15 Temmuz darbe teşebbüsünün amacı, esas itibariyle demokratik anayasal düzeni ve onun koruduğu temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaktı. Bu teşebbüs sonuç almış olsaydı daha önce olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin Anayasa'yı ve temel hakları koruma görevi anlamsız hale gelecekti.

Tam da bu nedenle, o meşum gecede karanlığın en koyu noktasında anayasa yargısı tarihinde ilk kez Anayasa Mahkemesi bir açıklama yaptı. Açıklama şöyleydi: *"Anayasal düzene karşı her türlü demokrasi dışı girişimi reddediyor ve demokratik hukuk devletinin yanında olduğumuzun aziz milletimizce bilinmesini istiyoruz."* Bu açıklamayı Anayasa ve temel hakları koruma görevimizin bir gereği olarak gördük.

Bu vesileyle Anayasa Mahkemesi üyelerinin, yaptıkları yemine sadık kalarak her türlü antidemokratik ve anayasa dışı saldırı karşısında Anayasa ile temel hak ve özgürlükleri koruma görevini hakkıyla yerine getireceklerine olan inancımı bir kez daha ifade etmek isterim.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bu darbe teşebbüsünün arkasındaki anlayışı, zihniyeti ve yapısal sorunları iyi okumak zorundayız. Tüm darbelerde ve darbe girişimlerinde olduğu gibi, 15 Temmuz'un arkasında da "vesayetçi" anlayış yatmaktadır. Bu anlayış, hakikatın sihirli küresini elinde tuttuğunu düşünen bir zümrenin toplumu, devleti şekillendirme ve yola getirme, tabir yerindeyse "adam etme" hezeyanını ifade etmektedir.

Farklı zamanlarda farklı ideolojik payandalara yaslanan sivil-askeri bürokratik vesayetçilik, kurumsal düzeyde demokratik siyasi aklın yetersiz olduğu varsayımına dayanır. Bireysel düzeyde ise kişinin kendi hâline bırakılmaması, yönlendirilmesi gerektiği, aksi hâlde doğru karar veremeyeceği düşüncesinden beslenir. Her iki durumda da kurumsal ve bireysel akla ipotek koyma söz konusudur. Tam da bu nedenle ünlü filozof Kant, vesayetçiliği "tasavvur edilebilen en büyük despotizm" olarak nitelendirir.

15 Temmuz'un arkasındaki vesayetçiliği daha da koyu ve tehlikeli kılan, vasilerin sivil ve siyasal toplumun tüm katmanlarını ele geçirmeye çalışan ve bu amaçla faaliyet gösteren bir yapılanma içinde olmalarıdır. Bu da karşı karşıya kalınan tehlikeyi öncekilerle karşılaştırılmayacak kadar ağırlaştırmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 4 Ağustos 2016 tarihinde oybirliğiyle verdiği kararda bu hususa dikkat çekmiş ve aynen şöyle demiştir: *"FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarının neredeyse tamamında örgütlenmesi ve somut darbe teşebbüsünün bu yapılanmadan kaynaklanmış olması, potansiyel (olası) tehdidi var olan (mevcut) tehlikeye dönüştürmüş, demokratik anayasal düzeni sürdürmek bakımından olağanüstü tedbirler alınmasını zorunlu kılmıştır."*

Esasen vesayetçiliğin bu topraklardaki varlığı yeni değildir. 1913 Babıali Baskını'ndan bu yana millî iradeyi ortadan kaldırmaya yönelen vesayetçiliğin klasik, modern ve postmodern türlerine tanık olduk. Bu tanıklığın ulaştığı sonuç şudur: Darbelerin ve darbe girişimlerinin hiçbir haklı gerekçesi olamaz. Hiç kimse veya hiçbir kurum şu ya da bu metinden, seküler ya da dini kökenli herhangi bir ideolojiden darbelere gerekçe çıkaramaz. Türkiye'de demokratik anayasal rejimin asıl koruyucusu milletin kendisidir.

Darbeler siyasi irademize ve aklımıza giydirilen deli gömleğidir. Darbecilik, milli iradeyi gasp etmeye çalışan, vesayetçi elitizmin pençesinde demokrasiyi içten içe kemiren iflah olmaz bir hastalık, tam bir siyasi sapkınlıktır. Bu hastalığa duçar olanlara bir kez daha hatırlatmak gerekir ki, demokrasilerde iktidara gelmenin yegâne yolu sandıktır. Anayasa'yı değiştirmenin ya da yeni anayasa yapmanın yolu da milletin teveccühünü ve tercihini kazanmaktan,

dolayısıyla parlamentodan geçmektedir. Bunun dışındaki her yol, hiçbir meşruiyeti olmayan çıkmaz yoldur.

15 Temmuz aynı zamanda bu hastalıklı, seçkinci ve antidemokratik zihniyetle hesaplaşmanın da miladıdır. Bu millet, canı ve kanı pahasına darbelere geçit vermeyeceğini, egemenliğin kendisine ait olduğunu göstermiştir. İnanıyorum ki 15 Temmuz, Türkiye'nin darbeler ve darbe teşebbüsleri makus talihinin kırıldığı, anayasal demokrasinin gerektirdiği zihniyet devriminin başladığı gün olacaktır.

Demokrasiyi, anayasayı, hukuku ortadan kaldırmaya çalışanlar karşısında tüm bu değerleri, dolayısıyla bireylerin başta yaşam hakları olmak üzere anayasal hak ve hürriyetlerini korumak, devletin temel görevi, dahası varlık nedenidir. Bu bir tercih meselesi değil, anayasal zorunluluktur. Ancak bunun nasıl ve hangi yöntemlerle gerçekleştirileceği siyasi iradenin anayasal çerçevede yapacağı tercihlere bağlıdır.

Evet, anayasalar toplum sözleşmesidir, ancak Abraham Lincoln'a atfedilen ifadeyle "intihar sözleşmesi" değildir. Bu nedenle hiçbir anayasa, demokratik anayasal düzeni ortadan kaldırmaya kasteden eylemler karşısında kayıtsız kalamaz. Modern demokratik anayasaların neredeyse tamamında bu tür durumlarda temel hak ve özgürlüklerin daha fazla sınırlanmasına izin veren olağanüstü yönetim usulleri öngörülmüştür. Bunun nedeni olağanüstü rejimlerin temelinde "zaruret" olgusunun bulunmasıdır. Devlet ve milletin varlığına yönelik ağır tehditler hiç kuşkusuz bir zaruret hali oluşturur.

Ancak demokratik olağanüstü yönetim usulü anlayışı, anayasaların bütünüyle askıya alınmasını, temel hak ve hürriyetlerin tamamen kullanılamaz hale getirilmesini reddeder. Bu nedenle, olağanüstü hâl hukuksuzluk hâli değildir. Nitekim olağanüstü hâl hukuku Anayasa'da detaylı bir şekilde düzenlenmiş, olağanüstü durumlarda temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahalenin şartları ve sınırları açıkça belirlenmiştir. Elbette amaç, demokratik anayasal düzene, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere yönelik tehdidin mümkün olan en kısa sürede bertaraf edilerek olağan duruma dönülmesidir.

Esasen demokratik anayasaların amacı bireyin hak ve özgürlüklerini güvence altına alan anayasal düzeni korumaktır. Bunun da yolu toplumsal düzeni ve güvenliği sağlamaktan geçmektedir. Çünkü güvenliğin olmadığı yerde özgürlüklerden bahsetmek zordur. Güvenlik, bu anlamda hem bireysel bir hak, hem de diğer hak ve özgürlüklerin korunmasının ön şartıdır. Özgürlük ise, yine Aliya İzzetbegoviç'in ifadesiyle, *"hayatımıza anlam veren şeydir"*. Bu nedenle özgürlük ve güvenlik birbirine karşıt değil, biri diğerini tamamlayan değerlerdir.

Güvenlik ve özgürlük onurlu bir bireysel ve toplumsal yaşam için aynı ölçüde vazgeçilmezdir. Tıpkı teneffüs ettiğimiz hava gibi, varlığında değerini bilmeyiz, ama yokluğunda nefes alamayız.

Güvenlik ve özgürlük gibi iki hayati değer arasındaki ilişkiyi düzenlerken başvuracağımız temel değer hiç kuşkusuz adalettir. Adalet, hukuk düzeninin çimentosu, mülkün yani devletin temelidir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin daha kırılgan hale geldiği olağanüstü dönemlerde adaletin tesisi çok daha önemlidir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

15 Temmuz siyasi tarihimizin belki de en büyük krizlerinden biridir. Devlet ve millet olarak bize düşen, birlik içinde bu krizi aşarak demokratik hukuk devletini adalet, güvenlik ve özgürlük temelinde sağlam ve güçlü bir şekilde yeniden yapılandırarak geleceğe taşımaktır.

15 Temmuz sonrası oluşan birlik, ülkenin tüm farklı unsurlarını çatısı altında toplayarak "biz" düşüncesini yeniden inşa etmiştir. Hiç kuşkusuz bu birlik, her konuda herkesin aynı şekilde düşünmesi ve farklı olanın aynılaştırılması değildir. Tersine esas olan bizim gibi düşünmeyen, bizim gibi inanmayan ve bizim gibi yaşamayanları da kuşatacak bir birlik ve beraberliktir.

Bu anlayışla 15 Temmuz'da bir kez daha hortlayan darbeci zihniyete milletçe verilecek en güzel cevap, demokratik ve özgürlükçü yeni bir anayasa yapmaktır. Darbelerin ve darbe teşebbüslerinin arkasındaki vesayetçi anlayışı tamamen tasfiye eden, milletin siyasi özne olduğunu ilan eden ve insan haklarına dayanan demokratik hukuk devletini tüm kurum ve kurallarıyla tesis eden yeni bir anayasa, hepimizin özellikle de demokratik siyasetin 15 Temmuz şehitlerine ve gazilerine olan vicdan borcudur. Esasen 15 Temmuz sonrası oluşan toplumsal ve siyasal birlik ruhu, yeni anayasa için gerekli iklimi de sağlamıştır.

Demokratik ve özgürlükçü bir yeni anayasa, bir yandan Cumhuriyetimizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk'ün işaret ettiği muasır medeniyet seviyesinin üzerine çıkılması, diğer yandan da demokratik kazanımların taçlandırılması bakımından son derece önemlidir.

Ancak belirtmek gerekir ki, anayasa her şey değildir. Dahası insanların yüreğindeki özgürlük ateşi söndüğünde Anayasa'nın da hiçbir anlamı kalmaz. II. Dünya Savaşı sırasında Amerikalı yargıç Learned Hand, Central Park'ta yaptığı ve "Özgürlüğün Ruhu" ismiyle meşhur olan konuşmasında şöyle der: *"Anayasalara, yasalara ve mahkemelere çok fazla umut bağladığımızı düşünüyorum. Bunlar yanlış umutlar, inanın bana yanlış umutlar. Özgürlük*

insanların yüreğindedir; orada öldüğü zaman hiçbir anayasanın, yasanın ve mahkemenin yapacağı bir şey olamaz."

15 Temmuz darbe teşebbüsü bu topraklarda insanımızın yüreğinde özgürlüğün ölmediğini, onu yüreklerde yaşatmak için yaşamlarından vazgeçmeye hazır milyonlarca kişinin olduğunu ortaya koymuştur. Bu da göstermektedir ki, özgürlük ve demokrasi birileri tarafından yukarıdan lütfedilmiş veya bağışlanmış değil, toplumsal zeminde kazanılmış, uğruna bedeller ödenmiş ve tamamıyla hak edilmiş değerlerdir. Şimdi bu değerleri koruyarak tüm gerekleriyle hayata geçirmek ve gelecek kuşaklara aktarmak en büyük görevimizdir.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, dünya demokrasi tarihine geçecek bir olay olan 15 Temmuz konusunda "hür dünya", maalesef iyi bir sınav verememiştir. Her fırsatta demokratik değerlerin sahibi ve savunucuları olarak ortaya çıkanlar, Türkiye'de ölümcül silahlarla demokrasinin taammüden katledilme girişimi ve onun karşısında sergilenen demokratik direniş karşısında "kuzuların sessizliği"ni oynamışlardır.

Buna karşılık darbe girişiminin ertesi günü dayanışma mesajları yayınlayanlar da olmuştur. Örneğin 35 ülkenin üye olduğu Afrika Anayasa Yargısı Konferansı, 16 Temmuz günü yayınladığı ve bize gönderdiği mesajla darbe girişimini reddettiğini ve Türk Anayasa Mahkemesi ile dayanışma içinde olduğunu ifade etmiştir. Aynı şekilde Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği'nin darbeyi reddeden dayanışma açıklaması da bizim için değerlidir

Bu vesileyle anayasa yargısı alanında faaliyet gösteren bu iki uluslararası kuruluşun yöneticilerine, ilgili anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin başkanlarına şükranlarımı sunuyorum.

Konuşmamın sonunda, tüm şehitlerimize ve Anayasa Mahkemesinin vefat eden emekli başkan ve üyelerine Allah'tan rahmet, gazilerimize ve hayatta olan emekli üyelerimize de sağlık ve afiyet diliyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Yemin törenimizi teşriflerinizden dolayı şükranlarımı sunuyor, güzel ve huzurlu günler diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYESİ YILDIZ SEFERİNOĞLU'NUN ANDİÇME TÖRENİ AÇIŞ KONUŞMASI
(20 Şubat 2019)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesine yeni seçilen üyemizin andiçme törenine hoş geldiniz, şeref verdiniz. Sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Öncelikle birazdan ant içerek görevine başlayacak olan Üyemiz Yıldız Seferinoğlu'nu tebrik ediyor, yeni görevinin kendisi, ailesi, Anayasa Mahkemesi ve ülkemiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum. Sayın Seferinoğlu'nun engin mesleki tecrübesiyle Anayasa Mahkemesine katkılar yapacağına olan inancımı ifade etmek istiyorum.

Bilindiği üzere, kamusal görev ifa eden kişilerin göreve başlarken yemin etmeleri evrensel bir uygulamadır. Bu bir sadakat ve taahhüt beyanıdır. Burada amaç, göreve başlayanlara sadakat borçlu oldukları değerler ile uymayı taahhüt ettikleri tutum ve davranışları, daha yolun başındayken hatırlatmaktır.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi üyeleri olarak göreve başlarken, bir yandan Anayasayı ve temel hak ve hürriyetleri koruyacağımıza dair söz veriyoruz. Diğer yandan da görevimizi yaparken her türlü etki ve kaygıdan uzak olarak sadece vicdanımızın emrine uyacağımızı taahhüt ediyoruz.

Esasen Anayasa Mahkemesinin varlık nedeni andiçme metninde özetlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın üstünlüğünü ve bireylerin temel haklarını, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı içinde korumakla görevli bir yüksek yargı kurumudur. Hiç kuşkusuz Mahkeme, Anayasayı koruma görevini anayasal sınırlar içerisinde hareket ederek yerine getirmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Kadim devlet geleneğimizde adalet, devletin varlığını devam ettirmesinin temel şartı olarak kabul edilmiştir. Yusuf Has Hacip, bin yıl önce yazdığı "Kutadgu Bilig"de daha sonra Osmanlı devlet anlayışına da damgasını vuracak

olan "adalet dairesi"ni çok iyi anlatmıştır. Adalet dairesi, merkezinde "adalet"in bulunduğu, bir iyi yönetim formülüdür.

Buna göre, *"Memleket tutmak için çok asker ve ordu lâzımdır, askerini beslemek için de çok mal ve servete ihtiyaç vardır, bu malı elde etmek için halkın zengin olması gerektir, halkın zengin olması için de adil kanunlar konulmalıdır".* Yusuf Has Hacib'e göre, «Hangi bey memlekette âdil kanun koydu ise o, memleketini tanzim etmiş ve gününü aydınlatmıştır".

Bugün de önemli ölçüde geçerli olan "adalet dairesi"nin hayata geçmesi, devletin adil kanunlarla bağlı olmasına, daha güncel ifadeyle temel hak ve hürriyetlere dayanan hukuk devleti olarak örgütlenmesine bağlıdır. Başka bir ifadeyle adalet, yönetimin hukukun üstünlüğüne dayanmasını ve bu yolla bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumasını gerektirmektedir.

Merhum Aliya İzzetbegoviç de siyasi ve hukuki meşruiyetin kaynağı olarak adaleti görür. Aliya'nın ifadesiyle *"Güç ve kanun sadece adaletin vasıtalarıdır".* Bu yönüyle hukuk, adaletin gerçekleşmesinin en önemli aracıdır. Adalet devletin, hukuk da adaletin temelidir.

Hukuk, her toplum için ekmek, su ve teneffüs ettiğimiz hava kadar hayati bir ihtiyaçtır. Dolayısıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması ve sürdürülmesi, bir ülkenin geleceğinin teminatıdır.

Bu bağlamda Anayasa'da ifadesini bulan ve millî hedefimiz olan "çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma", ancak tüm kural ve kurumlarıyla hukuk devletinin tesisiyle mümkündür. Tam da bu nedenle, hukuk devleti anayasal kimliğimizin temeline yerleştirilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti, diğer nitelikleri yanında, adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletidir.

Hukuk devleti, temel hak ve hürriyetleri güvenceye alan devlettir. Geçen yüzyılın en etkili siyaset felsefecilerinden biri olan Robert Nozick'e göre "bireylerin hakları vardır" ve *"Bu haklar öylesine güçlü ve kapsamlıdır ki"* devletin yetki haritasını belirler.

Anayasa mahkemeleri, özellikle bireysel başvuru yoluyla bu yetki haritasının sınırlarını belirlemeye çalışırlar. Bu bağlamda ülkemizde 2010 anayasa değişikliğiyle bireysel başvurunun kabul edilmesi, temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından bir milattır.

Devrim niteliğindeki bu değişiklik, Türkiye'de anayasa yargısının bireysel başvurudan önce ve sonra olmak üzere iki dönemde incelenmesi sonucunu doğurmuştur.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bu vesileyle, bir kez daha bu önemli kurumu hukuk sistemimize kazandırmada, başta zatıaliniz olmak üzere, emeği geçen herkese şükranlarımı sunuyorum. Aynı şekilde, tüm zorluklara rağmen, bireysel başvuruyu etkili bir hak arama yolu olarak uygulamaya çalışan Anayasa Mahkemesinin değerli üyeleri ve raportörleri ile her düzeyde görev yapan personelimize de buradan teşekkür ediyorum.

Bilindiği üzere bireysel başvuru yoluyla, temel hakların ihlal edildiği iddialarının uluslararası yargı organlarına taşınmadan iç hukukta incelenmesi mümkün hale gelmiştir. Esasen bireysel başvurunun pratik amacı da budur. Anayasa Mahkemesinin altı yıldır, bireysel başvuruya konu her hak ve hürriyetle ilgili verdiği nitelikli kararlar sayesinde bu amacın önemli ölçüde gerçekleştiğini memnuniyetle ifade etmek isterim. Bu nedenle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her fırsatta Mahkememiz tarafından verilen kararlara atıfla bireysel başvuru yolunun etkili olduğunu, dolayısıyla kendisine başvurulmadan önce mutlaka tüketilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, artan iş yüküne rağmen bireysel başvuruları makul bir sürede sonuçlandırmaya gayret göstermektedir. 23 Eylül 2012'den bugüne kadar toplam 216 bin civarındaki başvurudan 176 bin kadarını sonuçlandırmış bulunmaktayız. Bu kapsamda, yapılan başvuruları karşılama oranımız da her geçen yıl artmaktadır. 2018 yılında Mahkemenin gelen bireysel başvuruları karara bağlama bakımından performansı yaklaşık % 93 olarak gerçekleşmiştir. Bu oranın alınan tedbirlerin etkisiyle bu yıl % 100'ün üzerine çıkmasını bekliyoruz.

Bilindiği gibi bireysel başvuru olağanüstü bir hak arama yoludur. Bu nedenle, bu kurum Anayasa Mahkemesini her türlü yargısal uyuşmazlığın nihai olarak çözüleceği bir temyiz merciine dönüştürmüş değildir. Mahkememizin bireysel başvurudaki kararları da bunu göstermektedir. Nitekim başvuruların çok büyük bir kısmı ya kanun yolu şikâyeti ya da başvuru şartlarını taşımayan şikâyet mahiyetinde olduğu için kabul edilemezlik kararlarıyla sonuçlanmaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Mahkememizin önünde yoğun işyükü ve tamamen yeni olan hukuksal kurumlarla ilgili ilkeler geliştirme gibi bazı zorluklar vardır. Ancak, tüm zorluklara karşın, Anayasa Mahkemesi, norm denetiminde ve bireysel başvuruda 2012 yılından bu yana istikrarlı bir şekilde hak-eksenli yaklaşımını devam

ettirmektedir. Hak eksenli yaklaşım, temel hak ve hürriyetleri esas alan insanı yaşatma paradigmasına dayanmaktadır.

Mevlana diyor ki, *"Beden Hz. Meryem'e benzer ve her birimiz o bedende bir İsa taşırız"*. Dolayısıyla ne istiyorsanız onun sancısını, tutkusunu ve arzusunu taşıyacaksınız.

Anayasa Mahkemesi olarak, yine Mevlana'nın pergel metaforundan mülhem, bir ayağımız bu toprakların değerlerinde sabit, diğer ayağımızla tüm dünyaya açılarak anayasal adaletin tesisi için çaba gösteriyoruz. Anayasanın ve temel hak ve hürriyetlerin tam olarak korunduğu, karşılaştırmalı anayasa yargısında iyi uygulama örnekleri arasında yerini alan ideal bir anayasallık denetiminin derdini ve arzusunu taşıyoruz.

Zira biliyoruz ki, etkili bir anayasallık denetimi demokratik hukuk devletinin varlığını devam ettirmesinde hayati bir işlev görmektedir.

Konuşmamın sonunda, geçen yıl emekliye ayrılan değerli üyelerimiz Nuri Necipoğlu'na ve Osman Alifeyyaz Paksüt'e Anayasa Mahkemesine yaptıkları katkılardan dolayı bir kez daha teşekkür ediyor, kendilerine ve diğer tüm emekli mensuplarımıza huzurlu bir emeklilik dönemi diliyorum.

Yeni seçilen Üyemiz Sayın Seferinoğlu'nu da tekrar tebrik ediyor, görevinde başarılar diliyorum.

Andiçme törenimizi teşriflerinizden dolayı hepinize şükranlarımı sunuyor, güzel ve huzurlu günler temenni ediyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYESİ SELAHADDİN MENTEŞ'İN ANDİÇME TÖRENİ AÇIŞ KONUŞMASI
(25 Temmuz 2019)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesine yeni seçilen üyemizin andiçme törenine hoş geldiniz, şeref verdiniz. Sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Birazdan yemin ederek görevine başlayacak olan üyemiz Selahaddin Menteş'i tebrik ediyor, başarılar diliyorum. Yeni görevinin kendisi, ailesi, Mahkememiz ve ülkemiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum. Uzun yıllar kürsüde hâkimlik ve Adalet Bakanlığında üst düzey yöneticilik yapan Sayın Menteş'in engin mesleki birikimiyle Anayasa Mahkemesine önemli katkılar yapacağına olan inancımı ifade etmek isterim.

Yemin törenleri, mesleki sorumluluklarımızı hatırlamak ve sözlerimizi yenilemek bakımından eşsiz bir fırsat sunuyor. Anayasa Mahkemesi üyeleri olarak göreve başlamadan önce Anayasayı ve temel hak ve özgürlükleri koruyacağımıza, görevimizi her türlü etki ve kaygıdan uzak olarak sadece vicdanımızın emrine uyarak yerine getireceğimize dair söz veriyoruz.

Bu kısa yemin metni bile anayasa yargısının ve yargıcının ne kadar ağır bir sorumluluk üstlendiğini göstermek için yeterlidir. Belki de bu sorumluluğun en ağır kısmı temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Yemin metninde bu hususun Anayasa'nın yanında, ayrıca ve özel olarak zikredilmesi anlamlıdır.

Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesi temel hak ve hürriyetleri koruyarak anayasal adaleti sağlama görevini norm denetimi ve bireysel başvuru yoluyla yerine getirmektedir. Bu iki alanda da Mahkememiz hak-eksenli yaklaşımla karar vermeye devam etmektedir.

Bu vesileyle bireysel başvuruda karşılaşılan bazı zorluklara ve son gelişmelere kısaca değinmek istiyorum.

2010 Anayasa değişikliğiyle hukuk sistemimize dâhil edilen bireysel başvuru hiç kuşkusuz Türk anayasa yargısında yapılan en büyük reformdur.

Bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetler alanında standartların belirlenmesi ve yükseltilmesi bakımından önemli bir kazanımdır.

Gerçekten de bireysel başvuru sayesinde bireyler hak ihlali iddialarını uluslararası yargı organlarına taşımadan ülkemiz sınırları içinde dile getirme ve giderim sağlama imkânına sahip olmuşlardır. Mahkememiz yaklaşık yedi yıllık tecrübesiyle yaşama hakkından adil yargılanma hakkına, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından ifade özgürlüğüne, özel hayata saygı hakkından mülkiyet hakkına kadar bireysel başvuru kapsamındaki her hak ve özgürlükle ilgili ilke ve esasları belirlemiştir. Bu ilkelerin uygulanmasıyla da binlerce kişinin maruz kaldığı hak ihlalleri giderilmiş, bu suretle adalet talepleri karşılanmıştır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Belirtmek gerekir ki bireysel başvurunun amacı ülkedeki her bir hak ihlalini tek tek ele almak suretiyle gidermek değildir. Esasen bu mümkün de değildir. Nitekim bireysel başvuru istatistikleri, bireysel başvuru sayısının, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin iş yükünün gitgide arttığını göstermektedir.

Bireysel başvurunun başladığı 23 Eylül 2012'den bugüne toplam yaklaşık 236 bin başvurudan 190 bin kadarını sonuçlandırmış bulunmaktayız. Bugün itibariyle derdest başvuru sayısı 46 bin civarındadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önünde 47 ülkeden toplam 56 bin kadar başvuru olduğu düşünüldüğünde Mahkememizin iş yükü daha iyi anlaşılacaktır.

Mahkememiz gitgide artan ve yıllık 40-45 bin bandına ulaşan başvuru sayısıyla başa çıkabilmek için baştan itibaren gerekli tedbirleri almakta ve bu konuda yoğun bir çaba göstermektedir.

Bununla birlikte yedi yıllık tecrübe bireysel başvurunun işleyişine dair bazı yasal değişikliklerin zorunlu hale geldiğini göstermektedir. Bu kapsamda (1) acil durumlarda bölüm başkanlarının geçici tedbir kararı vermesinin sağlanması; (2) başvuru süresinin bir aydan iki aya çıkarılarak, çok fazla emek ve zaman kaybına yol açan eksiklik bildiriminin kural olarak kaldırılması; (3) içtihadi ve ilkesel açıdan önemli başvurulara yoğunlaşmak için, anayasal önem kriterinin tek başına kabul edilemezlik kriteri olarak benimsenmesi ve (4) uzun yargılama şikâyetlerinin öncelikle Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan komisyon tarafından incelenmesi gerekmektedir. Bu yöndeki kanun değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından bir an önce gerçekleştirilmesi bireysel başvurunun etkili bir yol olarak devamına önemli bir katkı yapacaktır.

Bununla birlikte bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak varlığını sürdürmesi, yasal değişikliklerin ötesinde, son kertede ihlale yol

açan yapısal sorunların çözülmesine bağlıdır. Bireysel başvurunun objektif amacı ve etkisi, hak ihlalinin kaynağını tespit ederek ve gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayarak benzer ihlallerin engellenmesidir. Bu da kurumlar arasında etkili ve verimli bir iş birliğini gerektirmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bilindiği üzere, bireysel başvuruda hak ihlalleri kamu otoritelerinin tasarruflarından, temel hak ve hürriyetlere yönelik negatif ve/veya pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle, kamu gücünün yapmaması gerekeni yapması veya yapması gerekeni yapmaması hak ihlaline sebep olabilmektedir.

Bu noktada özellikle Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarında ihlalin giderimine ilişkin değerlendirmelerinin ilgili mercilerce dikkate alınması ve uygulanması büyük önem taşımaktadır. Mahkememiz hak ihlali bulduğu başvurularda öncelikle ihlalin kaynağındaki kamu gücü işlemine ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır. Bu kaynak idari veya yargısal bir tasarruf olabildiği gibi, bazen doğrudan yasama tasarrufu da olabilmektedir.

İhlal yargı kararından kaynaklanıyorsa, giderim için yargılamanın yenilenmesine ve kararın bir örneğinin ilgili derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmektedir. Bir başvuruda belirtilen ihlal gerekçelerinin mahkemeler tarafından aynı ya da benzer uyuşmazlıklarda da dikkate alınması, yeni ihlallerin, dolayısıyla yeni başvuruların önüne geçecektir.

Diğer yandan ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı durumlarda yargılamanın yenilenmesinin hiçbir anlamı yoktur. Mahkememiz bir süredir, bu durumlarda, giderimin tam olarak sağlanması ve yeni ihlallerin engellenmesi için ihlale sebep olan kanun hükmünün kaldırılması veya değiştirilmesi gerektiğine, dolayısıyla kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesine karar vermektedir. Burada yasama organından beklenen, söz konusu hak ihlalinin kaynağı olan yasal hükmü ortadan kaldırması veya değiştirmesidir.

Ayrıca yapısal bir sorunun sürekli hak ihlaline yol açması durumunda Anayasa Mahkemesi tek tek başvuruları incelemek yerine, başvurulardan birini değerlendirmek suretiyle yetkili organdan yapısal sorunu gidermesini isteyebiliyor. "Pilot karar" denilen bu usulle bir yandan Mahkemenin aynı mahiyetteki binlerce başvuruyu incelemesi önlenmekte, diğer yandan da sürekli ihlale neden olan yapısal bir sorunun çözülmesinin yolu açılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu anlamda ilk pilot kararını kısa bir süre önce vermiştir. Mahkeme bu kararda hakkında sınır dışı kararı alınan

başvurucunun etkili başvuru hakkının kanundan kaynaklanan nedenle ihlal edildiğine, 1500'ün üzerindeki benzer başvuruda da bu ihlalin gideriminin ilgili yasal hükmün değiştirilmesine bağlı olduğuna karar vermiştir. Bu karar Meclisimize gönderilmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Anayasa'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyetinin, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik bir hukuk devleti olduğunu ifade etmektedir. Anayasanın başlangıç kısmında ise kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet organları arasında "medenî bir iş bölümü ve işbirliği" olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımdaki "işbölümü" denetim ve dengeleme sistemini sağlayarak hak ve özgürlüklerin korunmasına katkı yapmaktadır. Anayasada zikredilen "işbirliği" ise devletin kurumlarının ortak hedeflere yönelik olarak birlikte çalışması anlamına gelir. Hiç kuşkusuz temel hak ve hürriyetlerin korunması yasama, yürütme ve yargının bu ortak hedeflerinden biridir. Böyle olduğu için devletin başı olan Cumhurbaşkanının ve milletvekillerinin yemin metinlerinde de bu ortak hedef "herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerden yararlanması ülküsü" olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle temel hakların korunması konusunda devlet organları arasındaki "işbirliği" anayasal bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu vesileyle temel hak ve hürriyetlerin korunması için özveriyle çalışan tüm Mahkememiz mensuplarına, hak ihlallerinin önlenmesi ve bu anlamda bireysel başvuru yükünün hafifletilmesi için çaba gösteren yasama, yürütme ve yargı mensuplarına şükranlarımı sunuyorum.

Son olarak, belirtmek isterim ki, yemin törenleri geleni karşılama, gidenleri de anma vesilesidir. Bu anlamda Sayın Menteş'e "Aramıza hoş geldiniz" diyor, başarılı ve bereketli bir çalışma dönemi temenni ediyorum.

Öte yandan son bir yıl içinde emekli olan üyelerimiz Nuri Necipoğlu, Osman Paksüt ve Serruh Kaleli'ye de sağlıklı ve mutlu bir emeklilik dönemi diliyorum.

Aynı şekilde geride bıraktığımız yıl içinde vefat eden Mahkememiz emekli başkanlarından Mahmut Celalettin Cuhruk ile emekli üyelerimizden İhsan Pekel'e Allah'tan rahmet, yakınlarına baş sağlığı diliyorum.

Emeklilik ve ölüm mahkemenin kadıya mülk olmadığını bize hatırlatıyor. Sadi Şirazi diyor ki: "*Asıl mutlu kişi, şöhretini ilmiyle adaletine borçludur. Gelen, gider; eken, biçer. İnsana iyi ya da kötü bir ad kalır geride*". Giderken bu kubbede hoş bir sadâ bırakabilirsek ne mutlu bize.

Bu duygu ve düşüncelerle sözlerime son verirken, törenimizi teşriflerinizden dolayı bir kez daha şükranlarımı sunuyor, hepinize sağlık ve afiyet diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYESİ BASRİ BAĞCI'NIN ANDİÇME TÖRENİ AÇIŞ KONUŞMASI (9 Haziran 2020)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesine yeni seçilen üyemizin andiçme törenine hoş geldiniz diyor, sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Öncelikle üyemiz Basri Bağcı'yı tebrik ediyor, yeni görevinin kendisi, ailesi, Mahkememiz ve ülkemiz için hayırlı olmasını diliyorum. Sayın Bağcı'nın engin mesleki tecrübesiyle ve özellikle insan hakları alanındaki bilgi ve birikimiyle anayasa yargısına önemli katkılar sunacağına inanıyorum.

Bugün burada maskeli ve mesafeli bir ortamda sıra dışı bir yemin töreni gerçekleştiriyoruz. Umarım bu şekilde yaptığımız son tören olur.

Bu yemin töreni, içinde bulunduğumuz durumu çok iyi özetliyor. Dünya uzun bir süredir tehlikeli bir salgınla mücadele ediyor. Belki de tarihte ilk kez küresel ölçekte bir karantinayı yaşıyoruz. Günlük hayattaki alışkanlıklarımız, rutinlerimiz değişiyor.

Diğer yandan hayatın yavaşladığı bu gibi dönemler, kişisel, kurumsal hatta toplumsal muhasebeyi beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda mevcut salgın bize en az iki gerçeği hatırlatmıştır. Birincisi, tüm dünyaya yayılan ve gelişmiş devletleri bile çaresiz bırakan salgın, ulusal ve uluslararası düzeyde yardımlaşmanın ne kadar önemli olduğunu göstermiştir.

Fikir ve ruh köklerimizde yardımlaşma kavramının özel bir yeri olduğu hepimizin malumudur. Söz gelimi, bundan on bir asır önce yaşayan ünlü düşünür Farabi erdemli toplum ve devlete ulaşabilmenin yolunun yardımlaşmadan geçtiğini belirtmiştir. Farabi'ye göre, gerçek manada mutluluğu elde etmek amacıyla insanların yardımlaştığı toplum, erdemli toplumdur. Tüm şehirlerin aynı amaçla birbirine yardım ettiği millet, erdemli millettir. Erdemli evrensel toplum ise bütün milletlerin mutluluğa erişmek için birbirleriyle yardımlaşmasıyla ortaya çıkabilir.

Bu küresel salgının bize hatırlattığı diğer gerçek de temel hak ve özgürlüklerin vazgeçilmez olduğudur. Hepimizi uzun süre evlere hapseden salgın, insanın insanca var olmasının ön şartını oluşturan başta yaşam hakkı olmak üzere kişi özgürlüğü, seyahat özgürlüğü ve ibadet özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin ne kadar değerli olduğunu bize bir kez daha göstermiştir.

Hak ve özgürlüklerin korunmasının demokrasinin en önemli unsurlarından biri olduğu bilinmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi çok sayıda kararında demokrasileri "*temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler*" olarak nitelendirmiştir.

Temel hakların korunması, hukuki olduğu kadar aynı zamanda ahlaki bir meseledir. Bizim gibi olmayan, bizim gibi düşünmeyen ve bizim gibi yaşamayanların da haklarının olduğunu kabul etmemiz gerekir. Başka bir ifadeyle haklar düşüncesi "öteki"ni de hakların öznesi olarak tanımayı gerektirmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bilindiği üzere bilhassa Batı'da hastalıklı bir "öteki" tasavvurundan kaynaklanan ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve İslamofobi, temel hak ve özgürlükleri ciddi şekilde tehdit etmeye devam ediyor. Bu kavramlar ölümcüldür. Burada "öteki" olanı yok etmeye, postmodernist düşünür Lyotard'ın anlatımıyla ona kaderi yakılmak olan "çöp muamelesi" yapmaya yönelik bir ruh halinden bahsediyoruz.

Bu nedenle ırkçılık ve yabancı düşmanlığı insanlığın geleceği açısından mevcut salgından çok daha tehlikelidir. Sınırlarına dayanan mültecileri ülkeye almamak için gerektiğinde öldüren, hatta onları koronavirüsün sebebi olarak gösterip şeytanlaştıran bir anlayışla erdemli topluma ulaşılamaz. Aynı şekilde renginden ya da inancından dolayı bir insana nefes alma hakkı tanımayan bir yaklaşımla da erdemli evrensel toplum inşa edilemez.

Bu marazi zihniyetin panzehiri insanı "eşref-i mahlûkat" olarak gören, adalet temelli çoğulcu anlayıştır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında vurguladığı gibi çoğulcu toplumda devletin farklılıkları ve farklı olanları tehditler karşısında koruma yükümlülüğü vardır.

Diğer yandan bireylerin ayrımcılığa ve şiddete maruz kalmadan bir arada yaşayabileceği erdemli bir toplum ve devletin temeli adalettir. Bir elinde terazi, diğerinde kılıç olan gözleri kapalı adalet figürü, adaletin üç unsurunu oluşturan tarafsız yargıyı, hakkaniyete uygun yargılamayı ve yargı kararlarının uygulanmasını sembolize eder.

Evvela adaletin gözü bağlıdır, tarafların kim olduğuna bakmaksızın onlara eşit muamelede bulunur. Kuşkusuz hâkimin veya mahkemenin tarafsızlığı, her şeyden önce bağımsız olmayı gerektirmektedir. Anayasa'nın 138. maddesine göre "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz*".

Adaletin ikinci sembolü terazidir. Bu terazi sayesinde, uyuşmazlıklar hakkaniyete uygun olarak çözüme bağlanır ve kamu düzeni sağlanır. Tam da bu nedenle Mevlâna, "*Hakk'ın terazisi*" dediği hâkimi bir "*rahmet*" ve "*kıyametteki adalet denizinden bir damla*" olarak nitelendirmiştir. Gerçekten de adil yargılama uygulamasıyla hukuk, toplum ve devlet hayatı bakımından bir rahmettir. Bu yüzden hukuksuz kalan devlet, yaşam destek ünitesine bağlı bir hasta gibidir.

Üçüncü olarak adalet, hâkimlerin adalet terazisinde tartarak verdikleri kararların uygulanmasını zorunlu kılar. İki tarafı da keskin kılıç hukukun üstünlüğünü ve adaletin yaptırım gücünü anlatır. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, mahkemeye erişim hakkının en önemli unsurlarından biri yargı kararlarının etkili bir şekilde yerine getirilmesidir. Zira aksi durumda mahkemeye erişilmiş ve yargılama yapılmış olması anlamsız hâle gelir.

Netice olarak adalet, bağımsız ve tarafsız yargı tarafından verilen hakkaniyete uygun kararların hakkıyla icrasını gerektirmektedir. Bir ülkede yargıya yönelik toplumsal güvenin sağlanması ve sürdürülmesi adaletin bu üç unsurunun hayata geçirilmesine bağlıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesinin temel görevi günümüzde adaletin ete kemiğe bürünmüş hâllerinden biri olan temel hak ve özgürlükleri korumaktır. Bu nedenle göreve başlarken üyeler olarak Anayasa'yı ve temel hak ve özgürlükleri koruyacağımıza yemin ediyoruz.

Memnuniyetle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda bir yandan artan iş yüküyle mücadele etmekte, diğer yandan da hak-eksenli kararlar vermektedir. Mahkememiz salgın sürecinde de gerekli tedbirleri almak suretiyle uygun yöntemlerle çalışmalarını sürdürmektedir.

Bireysel başvuruyu başarıyla uygulayan hiçbir ülkede bizde olduğu kadar başvuru yapılmamaktadır. Mahkememize sadece 2019 yılında 43 bin civarında başvuru yapılmıştır. Bununla birlikte geçen yıl 40 bin kadar başvuru sonuçlandırılmıştır. Dolayısıyla yapılan başvuruları karşılama oranı son iki

yılda yaklaşık yüzde 93 düzeyinde gerçekleşmiştir. Bu performansın iyi olduğunu, ama yeterli olmadığını biliyoruz. Hedefimiz, en az gelen başvuru sayısı kadar başvuruyu aynı yıl içinde sonuçlandırmaktır.

Bu vesileyle, her türlü zorluğa rağmen fedakârca çalışan tüm mesai arkadaşlarıma katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Diğer yandan, temel hak ve özgürlükleri koruyacak şekilde karar vermek tek başına yeterli değildir. Bilhassa bireysel başvuru sonucunda verilen kararlar ışığında uygulamanın değişmesi, adaletin tesisi ve tecellisi bakımından son derece önemlidir.

Bir önceki yemin töreninde de ifade ettiğim üzere, ihlal kararlarının biri subjektif, diğeri de objektif olmak üzere iki sonucu bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi ihlal tespit ettiği bireysel başvurularda başvurucu açısından ihlalin nasıl giderileceğini de belirlemektedir. Bu kapsamda yeniden yargılama yapılmasına, sadece tazminata veya her ikisine birden hükmedilebilmektedir.

İhlal kararlarının somut başvuru ve başvurucuyu aşan objektif etkisi ise çok daha önemlidir. Bireysel başvurunun nihai amacı, tek tek tüm hak ihlallerini gidermekten ziyade, yeni ihlallerin ortaya çıkmasını engellemektir. Bu da Anayasa Mahkemesi kararlarındaki ilkelerin, benzer olaylarda yeni başvuruların yapılması beklenmeden, tüm idari ve yargısal mercilerce dikkate alınmasını gerektirmektedir. İhlalin kanundan kaynaklandığı durumlarda ise yeni ihlalleri önlemenin yolunun yasal değişiklikten geçtiği her türlü izahtan varestedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Konuşmama son vermeden önce geride bıraktığımız dönemde vefat eden Mahkememiz emekli üyelerinden Mahir Can Ilıcak'ı rahmetle anıyor, yakınlarına baş sağlığı diliyorum. Aynı şekilde salgın nedeniyle hayatını kaybedenlere de Allah'tan rahmet, hastalarımıza acil şifalar diliyorum. Bu süreçte özveriyle görev yapan tüm sağlık çalışanlarımıza ve salgınla mücadelede emeği geçen herkese teşekkür ediyorum.

Son olarak, yemin törenlerinin karmaşık duygulara yol açtığını biliyoruz. Bir yanda aramızdan ayrılanların hüznü, diğer yanda aramıza katılanların sevinci var. Her durumda bu törenler bize geçici olduğumuzu, mahkemenin kadıya mülk olmadığını hatırlatıyor. Afyon Kadısı Hafız Ali, 1782 yılında görevinden ayrılırken mahkeme defterine "*Değildir mansıb-ı dünya cihanda kimseye bâkî"* diye kayıt düşüyor. Gerçekten de baki kalan, mansıblar yani makamlar değil, bu kubbede hoş bir sadâ olacak.

Bu duygularla Sayın Bağcı'yı tekrar tebrik ediyor, görevinde başarılar diliyorum. Emekli olan Başkanvekilimiz Recep Kömürcü'ye de Mahkememize katkıları için teşekkür ediyor, kendisine ve tüm emekli mensuplarımıza huzurlu bir emeklilik dönemi temenni ediyorum.

Yemin törenimizi teşriflerinizden dolayı şükranlarımı sunuyor, hepinize sağlık ve afiyet diliyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYESİ İRFAN FİDAN'IN ANDİÇME TÖRENİ AÇIŞ KONUŞMASI
(9 Şubat 2021)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Yemin törenimize hoşgeldiniz diyor, sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Sözlerimin başında birazdan yemin edecek olan Üyemiz İrfan Fidan'ı tebrik ediyor, kendisine yeni görevinde başarılar diliyorum. Sayın Fidan'ın üyeliğinin şahsı, ailesi, Mahkememiz ve ülkemiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Bilindiği üzere yemin kadim bir gelenektir. Bundan yaklaşık 2500 yıl önce Lycurgus'un söylediği "*Demokrasimizi bir arada tutan güç yemindir*" sözü, yeminin işlevini çok iyi anlatır. Gerçekten de dünyanın hemen her yerinde devlet yetkisini kullananlar, göreve başlarken, toplumu bir arada tutan anayasayı koruyacaklarına dair milletin huzurunda söz verirler.

Anayasa Mahkemesi üyeleri olarak koruyacağımıza yemin ettiğimiz Anayasa'nın ruhunu ve kimliğini oluşturan ortak değerler vardır. Bizi birleştiren ve bir arada tutan bu değerlerin başında bu yıl kabulünün yüzüncü yılını kutladığımız İstiklâl Marşımız gelmektedir.

İstiklâl Marşı bu birleştirici işlevini kısa bir süre önce Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda da icra etmiştir. Meclis'te grubu bulunan tüm siyasi partilerden milletvekillerinin imzaladığı ortak bir önergeyle içinde bulunduğumuz yıl "İstiklâl Marşı Yılı" ilan edilmiştir.

Bu kapsamda İstiklâl Marşı'nın anayasal anlamına giriş mahiyetinde birkaç hususu sizlerle paylaşmak istiyorum.

Evvela belirtmek gerekir ki, her vesileyle okuduğumuz veya dinlediğimiz millî marşımız aynı zamanda Anayasa'yla güvence altına alınmış bir metindir. Anayasa'nın 3. maddesine göre Türkiye devletinin millî marşı "İstiklâl Marşı"dır. Madde gerekçesinde de "*Mehmet Akif'in yazdığı ve İstiklâl Harbimiz-*

den beri Türk milletinin millî marşı olan 'İstiklâl Marşı'"nın toplumu birleştiren bir sembol olduğu vurgulanmıştır. Gerekçeye göre İstiklâl Marşımız "*Türk Devletinin ve Milletinin etrafında toplandığı kutsal simgeler*"den biridir. Bu nedenle Mehmet Akif, "*O benim eserim değil, milletin eseridir!*" diyerek İstiklâl Marşı'nı *Safahat*'a almamıştır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

"İstiklâl Marşı", adı üstünde, bir bağımsızlık manifestosudur. Bu manifestonun şiarı ise hiç kuşkusuz hürriyettir. "*Ben ezelden beridir hür yaşadım, hür yaşarım*" sözüyle başlayan üçüncü dörtlük kanaatimce İstiklâl Marşı'nın özünü oluşturmaktadır.

Bu söz aynı zamanda Anayasa'nın da fikrî özeti gibidir. Bu bağlamda *İstiklâl Marşı'nın temel kavramlarından biri olan "hürriyet"in birey, toplum ve devlete dönük üç anayasal boyutu*nun olduğu söylenebilir.

- *Bireysel açıdan hürriyet kavramı temel hak ve hürriyetlere sahip olmayı ifade eder.* Buna göre milleti oluşturan fertler, insan olmaları nedeniyle ezelden beri hak ve hürriyetlerin öznesidir. Anayasa'nın temel amacı da fertlerin doğuştan sahip olduğu bu hak ve hürriyetleri güvence altına almaktır.

- *Toplumsal açıdan hürriyet ise başka milletlerin boyunduruğu, esareti altında olmamayı, kendi kaderini özgürce belirlemeyi, kısacası istiklâli anlatır.* Milletimiz en son 15 Temmuz direnişiyle hürriyetine ve istiklâline canı pahasına sahip çıkmış, kendisine zincir vurulamayacağını bir kez daha tüm dünyaya göstermiştir. Diğer yandan milletin ağır bedellerle elde ettiği bağımsızlığının korunması, Anayasa'nın devlete yüklediği temel görevlerden biridir.

- *Son olarak devlete bakan yönüyle hürriyet millete ait olan egemenliğin kullanımına tekabül eder.* Bu anlamda hürriyet devlet organlarının toplum sözleşmesi mahiyetinde olan anayasaya uygun olarak serbestçe karar alabilmesini gerektirir. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'ndan bu yana tüm anayasalarımızda "*egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu*" değişmez bir ilke olarak yer almıştır. Mevcut Anayasa'nın "*Egemenlik*" kenar başlıklı 6. maddesi uyarınca da "*Türk milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır*".

Kısacası Anayasa, İstiklâl Marşı'nda ifadesini bulan *milletin hürriyetinin, hakimiyetinin ve istiklâlinin* sembolüdür. Tam da bu nedenle Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayan üstün hukuk kurallarıdır.

Öte yandan hukukun üstünlüğü, İstiklâl Marşı'nın temel değerlerinden olan milletin varlığı, birliği ve istiklâlini sağlamanın da gereğidir. Nitekim İstiklâl Marşımızın şairi, *Safahat'ta* Asım'a şöyle seslenir:

"*Ver bütün kudreti kânûna ki vahdet yürüsün...*
Yoksa millet değil ancak dağınık bir sürüsün..."

Dolayısıyla tüm anayasal ve yasal kurumların ortak sorumluluğu olan hukukun üstünlüğüne saygı ve bunun gereği olan Anayasa'ya sadakat, aynı zamanda İstiklâl Marşı'na vefanın ve onun ruhuna bağlılığın da zorunlu bir sonucudur.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bilindiği üzere, Anayasa'ya göre egemenliği kullanan yetkili organlardan biri de Anayasa Mahkemesidir. Kuruluşundan bu yana kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesinin görev alanı zamanla genişlemiştir. Özellikle 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren hayata geçen bireysel başvuruyla birlikte anayasa yargısında yeni bir döneme girilmiştir.

Bireysel başvuru, zât-ı devletlerinin büyük çabası ve milletimizin iradesiyle hukuk sistemimizde gerçekleştirilen önemli bir reform ve kazanımdır. Anayasa Mahkemesince kısa süre önce verilen bir kararda da vurgulandığı üzere bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan nihai ve en etkili ulusal hak arama yoludur.

Anayasa koyucunun ifadesiyle bireysel başvurunun amacı "*haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecek*" iyi işleyen ulusal bir hak arama yolu oluşturmaktır. Bu noktada memnuniyetle belirtmek isterim ki, bazı arızi sorunlara rağmen bu amaç önemli ölçüde gerçekleşmekte ve bireysel başvuru ülkemizde başarılı şekilde uygulanmaktadır.

Düzenli şekilde yayınladığımız istatistikler de bireysel başvurudaki başarının boyutunu ortaya koymaktadır. Rakamlara bakıldığında son dört yıldır Anayasa Mahkemesine yıllık bazda ortalama 40 bin başvuru yapıldığı görülmektedir. Bugün itibarıyla derdest başvuru sayısı da 40 bin civarındadır. Bunun anlamı son dört yıldır Mahkememizin yapılan müracaat kadar başvuruyu sonuçlandırmış olmasıdır. Dahası geçen yıl salgın şartlarına rağmen 45 binin üzerinde başvuru sonuçlandırılmış, böylece gelen başvuruyu karşılama oranı yüzde 112'ye çıkmıştır.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi yoğun iş yüküyle başa çıkmanın yanında, bireysel başvuruya konu temel hak ve hürriyetlere ilişkin içtihat hukukunu da her geçen gün geliştirmektedir. Dolayısıyla Mahkememiz, kararlarıyla, anayasal haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları,

anayasa koyucunun amacı doğrultusunda ve insanımızın hak ettiği şekilde yükseltmektedir.

Bununla birlikte bireysel başvuru ülkemizde nispeten yeni bir kurumdur. Dolayısıyla bazı uygulama sorunlarının ortaya çıktığı da hepimizin malumudur. Bunların başında ihlal kararlarının icrası gelmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi ihlal tespit ettiğinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetmektedir. Esasen bu durum Mahkemenin takdiri veya tercihine bağlı bir mesele olmayıp, Kanun'dan ve bireysel başvurunun doğasından kaynaklanan bir zorunluluktur.

Bu aşamada ilgili kurumlara düşen görev ise ihlali ortadan kaldırmak ve benzeri ihlallerin önlenmesini sağlamak için gerekenleri yapmaktır. Bu kapsamda kural olarak mümkün olduğunca durumun eski hâle getirilmesi, başka bir ifadeyle ihlalden önceki duruma dönülmesi sağlanmalıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 153. ve 6216 sayılı Kanun'un 50. maddeleri karşısında idari ve yargısal makamlar, Anayasa Mahkemesi kararlarını uygulamakla yükümlüdür. Bu mutlak yükümlülük esasen Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzeninin ve hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve buna bağlı olarak uygulanma zorunluluğu, anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasının da güvencesidir. Temel hakların daha iyi korunması amacıyla ihdas edilen bireysel başvuru kurumunun etkili olabilmesi verilen ihlal kararlarının gecikmeksizin yerine getirilmesine bağlıdır.

İfade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmaması, Anayasa'yı tamamen anlamsız ve işlevsiz hale getirebilir. Anayasa'nın anlamsız hâle geldiği, bireylerin ve toplumun hukuka ve devlete olan güveninin sarsıldığı yerde ise bizleri bir arada tutan değerleri koruma imkânı kalmayacaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Son olarak belirtmek gerekir ki, hak, hukuk ve hürriyet gibi kavramların anayasalarda yer alması tek başına yeterli değildir. Bunların korunması için anayasal hükümlerin hayata geçirilmesi ve ortak anayasal değerlerin korunması noktasında toplumun tüm kesimlerinin duyarlı olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, görev alanına giren konularda hak eksenli bir yaklaşımı benimseyerek ortak anayasal değerlerimizin hayata geçirilmesi için büyük bir çaba göstermektedir. Mahkememiz Anayasa'da yer alan adalet, eşit-

lik, temel hak ve özgürlükler, egemenlik, bağımsızlık ve demokratik hukuk devleti gibi küllî değerleri, verdiği kararlarla bir anlamda ete kemiğe büründürmek suretiyle korumanın gayreti içindedir.

Bu nedenle bir yıldır tüm insanlığı derinden etkilemekte olan salgına rağmen fedakârca çalışan başkanvekillerimiz, üyelerimiz, raportörlerimiz ve diğer tüm mesai arkadaşlarıma teşekkür ediyorum.

Bu vesileyle bize yüzüncü yılını kutladığımız anlamlı ve muhteşem bir millî marş hediye eden büyük şair ve mütefekkirimiz Mehmet Akif Ersoy'a Allah'tan rahmet diliyorum. İstiklâl Marşı'nı yazdıran millî mücadelenin, başta Gazi Mustafa Kemal Atatürk olmak üzere tüm kahramanlarını, onu gözyaşları içinde ve alkışlarla kabul eden Gazi Meclisimizin mebuslarını ve tüm şehitlerimizi rahmetle, minnetle anıyorum.

Konuşmamı tamamlarken yeni Üyemiz Sayın Fidan'ı tekrar tebrik ediyor, emekli olan üyelerimiz Serdar Özgüldür ve Burhan Üstün'e de huzurlu bir emeklilik dönemi temenni ediyorum. Aynı şekilde vefat eden tüm mensuplarımıza Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlıklı bir ömür diliyorum.

Törenimizi teşriflerinizden dolayı hepinize şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyet diliyorum.

Sağ olun, var olun.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYESİ KENAN YAŞAR'IN ANDİÇME TÖRENİ AÇIŞ KONUŞMASI (16 Şubat 2022)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

And içme törenimize hoşgeldiniz, diyor; sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Öncelikle yeni Üyemiz Kenan Yaşar'ı tebrik ediyor; üyeliğinin kendisi, ailesi, Mahkememiz, ülkemiz ve milletimiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum. Sayın Yaşar'ın serbest avukatlık ve baro başkanlığı görevlerinde edindiği tecrübeyle Anayasa Mahkemesine önemli katkılar yapacağına inanıyorum.

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi üyelerinin görevi yemin metninde özetlenmiştir. Yasama ve yürütme yetkisini kullananlar gibi Anayasa Mahkemesi üyeleri olarak bizler de göreve başlarken Anayasayı ve temel hak ve özgürlükleri koruyacağımıza dair söz veriyoruz.

Bu sözün manevi şahsiyetin en değerli unsurları olarak kabul edilen namus ve şeref üzerinden verilmesi, aslında korunması gereken değerlerin bireysel ve toplumsal hayatımız bakımından vazgeçilmez olduğunu göstermektedir. Gerçekten de devletin varlık nedeni insanın huzur ve mutluluğunu sağlamaktır. Bunun yolu da hukukun üstünlüğünün sağlanması suretiyle temel hak ve özgürlüklerin korunmasından geçmektedir.

Temel hak ve özgürlükler zaman ve mekân bakımından bazı değişikliklerden geçerek günümüze ulaşmış ve bugün insanlığın ortak değerleri haline gelmiştir. Evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin daha ziyade geçen yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıktığı doğrudur. Bununla birlikte toplumsal bir varlık olan insanın birtakım haklara sahip olduğu, hatta devletin varlığını sürdürmesinin bu hakların korunmasına bağlı olduğu düşüncesi tarihsel olarak çok daha geriye gitmektedir.

Bu anlamda hak ve adalet eksenli düşüncenin izlerini ve uygulamasını medeniyet havzamızda ve ruh köklerimizde bulmak zor değildir. Sözgelimi

İbn Haldun, *Mukaddime*'de insanın haklarının ve hukukunun korunmadığı durumlarda devletin zarar göreceğini söylemiştir.

Daha önemlisi İbn Haldun, insanların haklarının yargısal olarak korunması gerektiğini ve bu konudaki sorumluluğun hâkimlerde olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle İbn Haldun'u sadece sosyolojinin kurucusu değil, aynı zamanda insan hakları yargısının fikrî öncülerinden biri olarak kabul etmek yanlış olmaz.

Sayın Cumhurbaşkanım,

İnsanın hakları, hukuk ve adalet üzerine *Mukaddime*'de söylenenlerin benzerlerini, devlet geleneğimizde önemli yere sahip olan siyasetnamelerde de bulmak mümkündür. Nizâmülmülk'ten Tunuslu Hayreddin Paşa'ya kadar yönetim üzerine düşünen hemen herkes adaletin tesisi ile temel hakların korunmasının toplum ve devlet hayatının devamı bakımından hayati derecede önemli olduğunu vurgulamışlardır.

Öte yandan tarihsel tecrübe adaletin sağlanmasının bir söz ya da söylem değil eylem meselesi olduğunu göstermiştir. Adaletin gerçekleşmesi, gerçekleştiğinin de görülmesi gerekir. Eylem olarak adalet hakkaniyete uygun tarafsız bir yargılama yaparak hakkı tespit etmeyi ve tespit edilen hakkı teslim etmeyi gerektirmektedir.

Bu vesileyle, kelimenin bütün zenginliğiyle "*hak*"kı tespit ve teslim anlamında adaletin önemini çok iyi anlatan iki tarihî mektuba kısaca değinmek istiyorum.

Bunlardan ilki Halife Hz. Ömer'in Basra'ya hâkim olarak tayin ettiği Ebu Musa'ya yazdığı ve yargılama hukukunun temel esaslarını özlü bir şekilde anlattığı mektuptur. Bu mektupta Hz. Ömer hâkimin önüne gelen davada taraflara bakışlarında bile eşit davranmak suretiyle karar vermesi, ardından da verdiği kararı uygulaması gerektiğini söyler. Zira Hz. Ömer'e göre "*Uygulanmayan bir hakkı söylemenin, icra edilmeyen bir hükmü vermenin faydası yoktur*."

Adaletin önemine dair ikinci mektup, Osmanlı Devleti'ni yaklaşık yarım asır boyunca yöneten Kanuni Sultan Süleyman'ın Gazi Bâli Bey'e gönderdiği Hatt-ı Hümayûndur. Kendisinden vezirlik talep eden bürokratını Kanuni şöyle uyarmıştır: "*Her şeyin başı adalettir. Adaletle hükmedersen her günün ibadete sayılır… Eğer hükmünün geçtiği yerlerde yapılan zulümden ve haksızlıktan dolayı kıyamet gününde azar işitirsek senin eteğine yapışırım*."

Bu mektupların mesajı açıktır. Mülkün de memleketin de temeli adalettir. Birey, toplum ve devletin huzur içinde varlığını devam ettirebilmesi hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, adil bir yönetimle hakkın tespiti ve teslimine bağlıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bilindiği üzere günümüzde anayasal adaletin sağlanmasında ve temel hakların korunmasında anayasa mahkemeleri önemli bir rol oynamaktadır. Bu anlamda kuruluşunun üzerinden altmış yıl geçen Türk Anayasa Mahkemesi de özellikle bireysel başvurunun kabulüyle birlikte temel hak ve özgürlükleri koruma görevini en iyi şekilde yerine getirmenin gayreti içindedir.

Mahkememiz gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuru ve diğer işlerde hak eksenli yaklaşımla kararlar vermeye devam etmektedir. Bu kararlarda yaşam hakkından, adil yargılanma hakkına, özel hayata saygı hakkından ifade özgürlüğüne kadar, Anayasa ve kanunlarla güvence altına alınan insanımızın temel hak ve hürriyetlerinin demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurları olduğu vurgulanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, 2010 Anayasa değişikliğiyle hukuk sistemimize giren ve 2012 yılından itibaren uygulamaya geçen bireysel başvuru yolu, ülkemizde hakkın tespiti ve teslimi anlamında adaletin tecellisine çok önemli katkılar yapmıştır ve yapmaya devam etmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı üzere bireysel başvuru kurumu temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinde bireylere en üst düzeyde güvence sağlamaktadır.

Diğer yandan bireysel başvurudaki on yıllık tecrübemiz, bize bu hak arama yolunun etkili olabilmesinin verilen ihlal kararlarının yerine getirilmesine bağlı olduğunu göstermiştir. Anayasa Mahkemesi, yargı kararlarının icrasının yargılama sürecinin tamamlayıcı unsuru olduğunu, kararın uygulanmaması hâlinde yargılamanın da bir anlamının kalmayacağını belirtmiştir. Yargılamanın anlamsız hale geldiği yerde ise toplumun hukuka ve yargıya olan güveninin zedeleneceği açıktır.

Önemine binaen sıklıkla vurguladığımız üzere, bireysel başvurunun amacı sadece başvuruya konu somut ihlalin giderilmesi değildir. Bunun yanında bireysel başvurunun objektif etkisi, ihlal kararlarının dikkate alınarak aynı konuda ortaya çıkabilecek yeni ihlallerin önlenmesini gerektirmektedir.

Bu noktada Anayasa Mahkemesinin ihlalin kaynağına ilişkin tespitleri önem kazanmaktadır. Hak ihlali yerleşik idari uygulamadan, yargısal yorumdan veya bizzat kanundan kaynaklanabilmektedir. İhlalin kaynağına göre idarenin, yargı veya yasama organının harekete geçerek Anayasanın ihlaline neden olan sorunu ortadan kaldırması ve benzer ihlalleri önlemesi beklenmektedir.

Sonuç olarak, hukuk sistemimiz açısından büyük bir kazanım olan bireysel başvurunun sürdürülebilmesi verilen kararların yeni ihlalleri önleyecek

şekilde uygulanmasına bağlıdır. Bu da hiç kuşkusuz idarenin, mahkemelerin ve yasama organının sadece somut ihlali gidermekle yetinmeyip yeni ihlallerin önlenmesine yönelik tedbir almasını gerektirmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Bu vesileyle bireysel başvurunun hukuk sistemimize kazandırılmasında ve etkili şekilde uygulanmasında emeği geçen herkese, tüm kurum ve kuruluşlarımıza şükranlarımı sunuyorum. Bu kapsamda temel hak ve özgürlükleri koruma görevini yerine getirmek için fedakârca çalışan Başkanvekillerimize, üyelerimize, raportörlerimize ve tüm personelimize katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Aynı şekilde geçen hafta emekliye ayrılan üyemiz Celal Mümtaz Akıncı'ya da bir kez daha teşekkür ediyor, diğer emeklilerimizle birlikte kendisine sağlıklı ve mutlu günler diliyorum. Ayrıca geçtiğimiz dönem içinde vefat eden emekli üyelerimizden Erol Cansel, Cafer Şat, Lütfi Tuncel ve Yavuz Nazaroğlu ile diğer mensuplarımıza Allah'tan rahmet, yakınlarına baş sağlığı diliyorum.

Aslında emeklilik ve ölümler aynı zamanda bize ifa ettiğimiz görevlerin geçici olduğunu bir kez daha hatırlatıyor. Başlayan her şey bitiyor. Önemli olan bu kubbede hoş bir sadâ bırakabilmektir.

Bu duygu ve düşüncelerle üyemiz Kenan Yaşar'ı bir kez daha tebrik ediyor, yeni görevinde başarılar diliyorum. Sizlere de teşriflerinizden dolayı şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyet temenni ediyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYESİ MUHTEREM İNCE'NİN ANDİÇME TÖRENİ AÇIŞ KONUŞMASI (17 Ekim 2022)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Yemin törenimize hoş geldiniz, şeref verdiniz. Sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Sözlerimin başında Bartın'da meydana gelen maden kazasında vefat eden işçilerimize Allah'tan rahmet, ailelerine sabır ve yaralılara da acil şifalar niyaz ediyorum.

Diğer yandan biraz sonra yemin ederek görevine başlayacak olan Üyemiz Muhterem İnce'yi tebrik ediyor, başarılar diliyorum. Sayın İnce'nin üyeliğinin şahsı, ailesi, Mahkememiz ve ülkemiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Bilindiği üzere, bireysel ve toplumsal hayatın en temel erdemi adalettir. Toplumun örgütlü hali olan devletlerin devamı da ancak adaletle mümkündür. Tam da bu nedenle tarih boyunca adalet tüm dinlerin ve seküler ideolojilerin merkezî değeri olmuştur.

Nitekim Tevrat'a göre Hz. Musa halkına, "*Adaleti, yalnızca adaleti izleyeceksiniz*" diye öğüt verir. Yeni Ahit'e göre Hz. İsa kavmine, "*Görünüşe göre yargılamayın, yargınız âdil olsun*" diye seslenir[1]. Kuran-ı Kerim'e göre de "*Allah, size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder*"[2].

Hiç kuşkusuz adaletin bu önemi, onu tecelli ettirmekle görevli hâkimlerin omuzlarına ağır bir yük yüklemektedir. Bu yüzden hemen her medeniyette adaletsiz ve haksız şekilde hükmetmenin ağır bir vebal olduğuna dair kuvvetli bir inanış vardır.

Sözgelimi Sadî Şirâzî yaklaşık sekiz asır önce hükmetmek ve adaleti tesis

1 Tesniye, 16/20; Yuhanna, 7/24.

2 Nisâ, 4/58.

etmekle yükümlü olanları şöyle uyarmıştır: "*Kulaktaki pamuğu çıkar, halka adaletini göster,/ Yoksa o büyük adalet günü açıkta kalırsın*"[3].

Aslında bu sözler adaletin söylem değil, eylem meselesi olduğunu, gerçekleşmesi ve gerçekleştiğinin de görülmesi gerektiğini bize bir kez daha hatırlatmaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesi üyeleri olarak göreve başlarken Anayasa'yı ve temel hakları koruma görevimizi, "*her türlü etki ve kaygıdan uzak olarak*" yerine getireceğimize dair yemin ediyoruz. Böylece daha göreve başlarken anayasal adaleti sağlamanın ön şartının yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı olduğunu kendimize hatırlatıyoruz.

Esasen korumayı taahhüt ettiğimiz Anayasa, bağımsızlık ve tarafsızlığı yargının vazgeçilmez nitelikleri olarak kabul etmektedir. Anayasa'nın 9. maddesine göre "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*." Mahkemelere ve hâkimlere ait olan bu yetki başka herhangi bir kişiye veya organa devredilemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, yargı bağımsızlığı hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değildir. Anayasayla sağlanan "*bu teminatın amacı adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak [şekilde] dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir*"[4].

Gerçekten de yargıya yönelik güven ve inancın sarsılması, bir demokratik hukuk devletinin başına gelebilecek en büyük felaketlerden biridir. Bu sebeple hukukun üstünlüğü anlayışı, yargının bağımsızlığına halel getirecek, tarafsızlığı konusunda toplumu şüpheye düşürecek her türlü tavır ve davranıştan kaçınmayı gerektirmektedir.

Diğer yandan, yargı bağımsızlığı, anayasal kimliği oluşturan ilkelerin başında gelen kuvvetler ayrılığının da bir gereğidir. Yargının ve yargıcın bağımsız olmadığı yerde kuvvetler ayrılığından, kuvvetler ayrılığının olmadığı yerde de temel hak ve özgürlükleri güvenceye alan bir anayasanın varlığından söz etmek zordur.

Zira anayasaların temel işlevi, kamu gücünün tek elde toplanmasını önlemek ve hukukun üstünlüğünü sağlamak suretiyle temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Nitekim ünlü düşünür Spinoza, yaklaşık 350 yıl önce kaleme aldığı *Teolojik-Politik İnceleme*'de devletin nihai amacının, güvenliği

3 Sadî Şirâzî, *Bostan ve Gülistan*, Hazırlayan: O. Koca, (İstanbul: Beyan Yayınları, 2016), s. 246.
4 AYM, E. 2021/8, K. 2021/40, 03/06/2021, § 7.

sağlamak suretiyle kişileri korkudan azade kılmak ve özgürlüğü korumak olduğunu belirtmiştir[5].

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesi varlık sebebi olan Anayasa'yı ve temel hak ve özgürlükleri koruma görevini en iyi şekilde ifa etmenin gayreti içindedir. Bugünkü tören vesilesiyle, üzerinden 10 yıldan fazla zaman geçen kendi yemin törenimi hatırladım. Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 50. yıl dönümüne denk gelmişti. Henüz bireysel başvuru başlamamış, hükümet sistemi değişmemişti.

Aradan geçen 10 yıl Anayasa Mahkemesi açısından yeniliklerin ve türlü zorlukların yaşandığı bir dönem olmuştur. Anayasa Mahkemesine bir yandan bireysel başvuruları inceleme, diğer yandan da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetleme görev ve yetkisinin verilmesi, anayasa yargısının alanını genişletmiş ve yeni sınamaları beraberinde getirmiştir.

Bu süreçte yaşanan darbe girişimi ve COVID-19 salgını gibi olağanüstü durumlar, anayasa yargısı alanındaki değişim ve dönüşümü daha da sancılı bir boyuta taşımıştır. Tüm bu sebeplerle, sanırım bu dönemi Türk anayasa yargısının "*en uzun on yılı*" olarak nitelemek yanlış olmaz.

Bugün geldiğimiz noktada memnuniyetle ifade etmek isterim ki, Anayasa Mahkemesi olağanüstü güçlüklere rağmen paradigmatik dönüşümünü önemli ölçüde tamamlamış, gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda hak eksenli bir yaklaşımla zengin bir içtihat oluşturmuştur.

Anayasa Mahkemesinin hak eksenli yaklaşımla inşa ettiği bu içtihat birikimi, bir yandan hukuk düzeninin Anayasa ile uyumlu hâle gelmesini sağlamış, diğer yandan da temel hak ve özgürlüklerin koruma alanını genişleterek standartları yükseltmiştir.

Mahkememiz, bilhassa 10. yılını kutladığımız bireysel başvuruyla birlikte, yaşama hakkından ifade özgürlüğüne, adil yargılanma hakkından örgütlenme özgürlüğüne kadar tüm anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik önemli kararlar vermiş ve vermeye devam etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bu süreçte her zaman demokratik hukuk düzeninin yanında olmuş, temel hak ve özgürlükleri korumak için yoğun bir uğraş vermiştir. Bunu yaparken de ne yargısal aktivizme ne de kendini sınırlama yoluna tevessül etmiştir. Mahkememiz istikrarlı bir şekilde bir yandan Anayasa'nın çizdiği sınırları aşmadan, diğer yandan da kendisine tanınan anaya-

5 Benedict de Spinoza, *A Theologico-Political Treatise, A Political Treatise*, trans. R.H. M. Elwes, (NY: Dover Publications, 1951), ss. 258-259.

sal ve yasal yetkileri kullanmaktan imtina etmeden görevlerini hakkıyla ve hassasiyetle yerine getirmenin çabası içinde olmuştur.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin geleceğine yönelik belki de en çetin sınama, söz konusu süreçte benimsenen hak eksenli yaklaşımın korunması ve sürdürülmesidir. Anayasa yargısının varlık nedeninin anayasanın üstünlüğünü ve temel hakları korumak olduğu dikkate alındığında, hak eksenli yaklaşımın sürdürülmesinin ülkemizin ve insanımızın menfaatine olduğu izahtan varestedir.

Bu vesileyle, çok zor şartlara rağmen anayasa yargısında âdeta bir başarı hikayesi yazan başkanvekillerimize, üyelerimize, raportörlerimize ve tüm mensuplarımıza yürekten şükranlarımı sunuyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Malumları olduğu üzere, yemin törenleri mahkemenin kadıya mülk olmadığını hatırlatan anlardır. Şirâzî diyor ki: "*Asıl mutlu kişi, şöhretini ilmiyle adaletine borçludur. Gelen, gider; eken, biçer. İnsana iyi ya da kötü bir ad kalır geride*"[6]. Önemli olan giderken şu kubbede hoş bir sadâ bırakabilmektir.

Bunu yaparak üyelik süresini tamamlayan Hicabi Dursun'a Anayasa Mahkemesine yaptığı katkılardan dolayı teşekkür ediyor, bundan sonraki meslekî hayatında başarılar, özel hayatında da huzur ve mutluluk diliyorum.

Ayrıca bu süreçte vefat eden emekli üyemiz Mustafa Yakupoğlu'na ve daha önce aramızdan ayrılan tüm mensuplarımıza Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlık ve afiyet diliyorum.

Sözlerime son verirken, and içme törenimizi teşriflerinizden dolayı sizlere şükranlarımı sunuyor, sağlıklı ve huzurlu günler temenni ediyorum.

6 Şirâzî, *Bostan ve Gülistan*, s. 39.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYESİ YILMAZ AKÇİL'İN ANDİÇME TÖRENİ AÇIŞ KONUŞMASI (8 Şubat 2024)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Misafirler,

And içme törenimize hoş geldiniz diyor, sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Anayasa Mahkemesi üyeliğine Danıştay kontenjanından seçilen Yılmaz Akçil'i tebrik ediyor, üyeliğinin şahsına, ailesine, Mahkememize ve ülkemize hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Bu törenin benim açımdan ayrı bir anlamı olduğunu belirtmek isterim. Sayın Akçil cübbesini giydireceğim son üyemiz olacak. Dolayısıyla, ettiğimiz yemine, giydiğimiz cübbeye ve yerine getirdiğimiz göreve dair görüşlerimi son kez sizlerle paylaşmaya çalışacağım.

Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesi üyeleri olarak göreve başlarken Anayasa'yı ve temel hak ve hürriyetleri koruyacağımıza, görevimizi sadece vicdanımızın emrine uyarak yerine getireceğimize büyük Türk Milleti önünde söz veriyoruz.

And içme, bir anlamda ahitleşme, anTlaşmadır. AnTlaşma ise ahde vefayı gerektirir. Bu nedenle verilen sözün tutulması anlamına gelen ahde vefa, toplum ve devlet hayatı için vazgeçilmez önemi haiz ahlâkî ve hukukî bir ilkedir. Öyle ki devletin devamı, toplum sözleşmesi mahiyetindeki anayasanın ve onun varlık nedeni olan temel hak ve özgürlüklerin korunmasına, bu da son tahlilde ahde vefa ilkesinin hayata geçirilmesine bağlıdır.

Günümüzde ahde vefa ilkesinin yaşanan ters dalgalarla zedelendiğini görüyoruz. "*Öldürmeyeceksin!*" emrine muhatap olanlar hiçbir ilke ve değer tanımadan aylardır çocuk, kadın ve masum on binlerce insanı katlediyorlar. Dahası katlettiklerini insan değil "*insansı yaratıklar*" olarak tanımlayarak, yaptıklarını meşrulaştırmaya çalışıyorlar.

Dünyanın her yerine yayılan, akıl ve vicdan tutulmasıyla muzdarip bu marazi zihniyetin ıslahı ancak ahlâk ve adalete dönüşle mümkündür. Siyasetnâme geleneğinin öncülerinden olan ve iki bin yıl önce yazılan *Kelile ve Dimne*'de filozof Beydebâ, bugün de geçerli olan şu tavsiyede bulunuyor: "*Kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma! Adalet ancak böyle sağlanır. Üstelik adalet hem Allah'ın rızasını kazandırır hem de insanları memnun eder*"[1].

Adaletin tesis edilmesi suretiyle temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yargı kurumuna ve hâkimlere çok büyük sorumluluklar düştüğü bilinmektedir. Bu bağlamda Uluslararası Adalet Divanı'nın, "*Öldürmeyeceksin!*" emriyle uyumlu kararı -tüm eksiklerine rağmen- uluslararası düzeyde yargısal sorumluluğun yerine getirilmesi bakımından olumlu bir adım olarak görülebilir.

Diğer yandan, hâkimlik görevine başlarken giyilen cübbe adaleti ve onun omuzlara yüklediği ağır sorumluluğu temsil etmektedir. İnsanlar o cübbenin önünde adaletin tecelli edeceğine, haksızlığın giderileceğine ve uyuşmazlıkların kavgasız bir şekilde çözüme kavuşturulacağına inanırlar. Tam da bu nedenle büyük düşünür Mevlâna, hâkimin toplum için bir "*rahmet*" ve "*adalet denizinden bir damla*" olduğunu söylemiştir[2].

Giydiğimiz cübbelerin anlam ve önemini çok iyi anlatan meşhur bir kıssa vardır. Yaralı bir kuş Hz. Süleyman'a gelerek kanadını bir dervişin kırdığını söyler. Hz. Süleyman dervişi hemen çağırtır ve yargılamaya başlar.

Derviş kendini şöyle savunur: "*Efendim, kuşu avlamak istedim. Önce kaçmadı, teslim olacağını düşünüp üzerine atladım, bu esnada kanadı kırıldı.*" Müşteki kuş bu sözlere hemen itiraz eder ve şöyle der: "*Avcı olsa hemen kaçardım. Onu derviş kıyafetinde gördüğüm için kaçmadım. Derviş olmuş birinden bana zarar gelmez diye düşündüm*."

Hz. Süleyman bu sözleri haklı bulmuş ve ceza olarak dervişin kolunun kırılmasına hükmetmiş. Ancak yaralı kuş bu karara da itiraz etmiş ve demiş ki: "*Efendim, kolunu kırarsanız iyileşince yine aynı şeyi yapar. Siz en iyisi üzerindeki derviş hırkasını çıkarın ki, benim gibi kuşlar bundan sonra aldanmasın*."

Yargı mensupları olarak bu kıssadan çıkaracağımız hisse bellidir. Üzerimizdeki cübbeler, toplumun adalete güveninin sembolüdür. Bu güveni sarsacak, aşındıracak davranışlardan kaçınmak da göreve başlarken yaptığımız yeminlere sadakatin, ahde vefanın gereğidir.

1 Beydebâ, *Kelile ve Dimne*, Çev. Z. Eliaçık, (İstanbul: İnsan Yayınları, 2017), s. 308.
2 Mevlâna Celâleddin Rûmî, *Mesnevi*, 3. Basım, Çev. D. Örs ve H. Kırlangıç, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2010), II. Cilt, VI. Kitap, 1490, 1495, s. 376.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesi, norm denetimi ve bireysel başvuruda özellikle son on yılda karşı karşıya kaldığı ağır sınamalardan başarıyla çıkabilmiştir. Mahkememiz bir yandan kanunlaşan onlarca olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde ilk kez ilkeleri ve temel kriterleri belirlemiş, diğer yandan da bireysel başvuruda ağır iş yükünü başarılı bir şekilde yöneterek anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin standartları ortaya koymuştur.

Bu vesileyle bir kez daha ifade etmek gerekir ki, bireysel başvuru Türk yargı tarihinin en büyük reformlarının başında gelmektedir. Bu kurumun kabul edilmesindeki amaç, anayasa koyucunun ifadesiyle, *"bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması"*nı sağlamak ve sorunu ülke sınırları içinde çözerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan "*başvuru sayısını azaltmak"*tır[3].

Anayasa Mahkemesi, anayasa koyucunun ortaya koyduğu bu amaçlar doğrultusunda hak eksenli bir yaklaşımla Anayasa'yı yorumlamış ve kronikleşmiş birçok hukukî meselenin çözümüne verdiği kararlarla katkı sağlamıştır.

Bu kapsamda başörtüsü kullandığı için duruşma salonundan çıkarılan avukatın, üniversiteden atılan öğrencinin ve işine son verilen devlet memurunun başvurularında Mahkememiz, başörtüsünü yasaklayan bir kanuni düzenleme bulunmadığını, ayrıca bu yasağın gerekçesi olarak gösterilen mahkeme kararlarının da "*kanunilik şartı*"nı sağlamadığını belirterek ihlal sonucuna ulaşmıştır[4]. Benzer gerekçelerle azınlık cemaatlerinin dini liderlerinin seçimine müdahale edilmesi de din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bulunmuştur[5].

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi yaşama hakkından ifade özgürlüğüne, mülkiyet hakkından örgütlenme özgürlüğüne kadar bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklerle ilgili olarak yüzbinlerce karar vermiş, bunu yaparken de başvurucunun kimliğine hiçbir zaman bakmamıştır.

Bu bağlamda, aralarında ağır cezalara mahkûm edilmiş ve cezaları kesinleşmiş olanların da bulunduğu her görüşten milletvekilinin ve siyasetçinin hak ihlali iddiaları incelenmiş, bunların bir kısmında ihlale hükmedilmiştir[6].

---

3 "Teklifin Madde Gerekçesi" ve "Anayasa Komisyonu Raporu", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018), ss. 922-923.

4 Bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/06/2014, §§ 91, 98; *Sara Akgül* [GK], B. No. 2015/269, 22/11/2018; *B.S.*, B. No: 2015/8491, 18/07/2018.

5 Bkz. *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* [GK], B. No: 2014/17354, 22/05/2019.

6 Örneğin bkz. *Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013; *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013; *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014; *Ayhan Bilgen* [GK], B. No: 2017/5974, 21/12/2017; *Eren Erdem*, B. No: 2019/9120, 9/6/2020; *Kadri Enis Berberoğlu (2)* [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020; *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021;

Aynı şekilde, Mahkememiz farklı görüşlerden yayın kuruluşu, gazeteci veya yazarın yaptığı başvurularda ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir[7].

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi kamu görevlisinin, esnafın, işçinin, çiftçinin, kısacası toplumun her kesiminden insanımızın başvurularını hassasiyetle incelemiş, başvuruların bir kısmında anayasal hak ve özgürlüklerin ihlaline hükmetmiştir.

Esasen tüm bu kararlarla birlikte, anayasa koyucunun öngördüğü gibi, bireysel başvurunun sorunu ülkemizin hukuk düzeni içinde çözme işlevi önemli ölçüde yerine getirilmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım

Bu noktada uzun süredir hukuk gündemine damgasını vuran bireysel başvuruyla ilgili yanlış bilinen veya yanlış anlaşılan bazı hususları bir kez daha dile getirmek istiyorum.

İlk olarak, belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi anayasa şikâyeti olarak da anılan bireysel başvuruda anayasaya uygunluk denetimi yapmaktadır. Norm denetiminde bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya uygunluğu denetlenirken, bireysel başvuruda bu normların yorumu ve uygulanması sonucu tesis edilen kamu gücü işlemlerinin anayasallık denetimi yapılmaktadır. Bu şekilde yapılan bir anayasallık denetiminin de kanun yolu denetiminden farklı olduğu açıktır.

Bu kapsamda, daha önce defalarca ifade ettiğimiz üzere, bireysel başvuru bir temyiz yolu değildir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın yorumu ve uygulanmasının söz konusu olmadığı durumlarda kural olarak bireysel başvuruya konu olaydaki olguların ve bunlara uygulanan kuralların yorumuna, delillerin değerlendirilmesine, verilen kararın sonucu itibarıyla doğru veya haklı olup olmadığına bakmamaktadır. Mahkememiz, kendisine verilen görev ve yetki çerçevesinde, sadece yargılama sürecinde başvurucunun anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğini incelemektedir.

İkinci olarak, norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuruda da Ana-

---

Mustafa Hidayet Vahapoğlu, B. No: 2019/19608, 22/2/2022; *Aykut Erdoğdu*, B. No: 2019/14067, 20/6/2023; *Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

7 Örneğin bkz. *Emin Aydın* [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015; *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015; *Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017; *Özgen Acar ve diğerleri*, B. No: 2015/15241, 31/10/2018; *Ali İhsan Karahasanoğlu*, B. No: 2017/21000, 20/11/2019; *Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. (3)*, B. No: 2016/5653, 9/1/2020; *Hacı Yakışıklı ve diğerleri*, B. No: 2019/13768, 26/5/2021; *Hüseyin Kocabıyık*, B. No: 2020/15593, 22/11/2022; *Özgür Boğatekin* [GK], B. No: 2020/23730, 14/6/2023; *Artı Media Gmbh* [GK], B. No: 2019/40078, 14/9/2023.

yasa Mahkemesi önündeki anayasal uyuşmazlığı anayasa hükümlerini yorumlayarak karara bağlamaktadır. Kuşkusuz bireysel başvuruya konu yargısal karar sürecinde temyiz mercileri dahil tüm mahkemeler de Anayasa'yı yorumlamaktadır. Ancak Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca olağan kanun yolları tüketildikten sonra söz konusu yorumlara dayanan yargısal kararlara karşı bireysel başvuru yapılabilmektedir. Bu durumda Anayasa'yı kesin ve bağlayıcı olarak yorumlayarak yargısal nitelikteki kamu gücü işlemini denetleme yetkisi hukuk düzenimizde sadece Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

Son olarak, bireysel başvurunun etkili olabilmesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına bağlıdır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesinin ihlalin tespiti yanında onun giderilmesi için yapılması gerekenlere hükmetmesi de anayasal ve yasal zorunluluktur. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması, kural olarak ihlal öncesi hâle getirmeyi gerektirmektedir. Bunun yolu da -ihlal eğer yargı kararından kaynaklanıyorsa- ihlale neden olan kararın ortadan kaldırılmasından geçmektedir.

Belirtmek gerekir ki, hiç kimsenin Anayasa Mahkemesinin anayasa hükümlerine ilişkin yorumunu ve kararlarını beğenme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak beğenmesek de bir hukuk devletinde bu kararlara uyulması anayasal zorunluluktur. Nitekim Anayasa'nın 153. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararları kesin olup "*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar*".

Öte yandan, Anayasa'nın üstünlüğünü ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamayı amaçlayan anayasa yargısının işlevsel olması verilen kararların yerine getirilmesine bağlıdır. Karara uyulmaması durumunda hukukun üstünlüğü ilkesi zedeleneceği gibi yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır.[8]

Esasen ihlal kararlarının icrası, sadece Anayasa'nın 153. maddesinin değil, aynı zamanda ve her şeyden evvel Anayasa'nın hepimizi bağlayan ve kullandığımız yetkilerin meşruiyetini sağlayan bir toplum sözleşmesi olmasının, bu sözleşmeye sadakat yükümlülüğünün ve ahde vefa ilkesinin zorunlu sonucudur.[9]

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

On iki yıllık görev süresinin sonuna yaklaşan bir Anayasa Mahkemesi üyesi olarak, burada çalışma arkadaşlarıma karşı birikmiş vefa borcumu ödemek istiyorum.

8 AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, 2/10/2014; *Kadri Enis Berberoğlu (3)* [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 101.

9 *Şerafettin Can Atalay (3)* [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023, §§ 61-62.

Tüm zorluklara ve olumsuzluklara rağmen görevlerine başlarken yaptıkları yemine vefa gereğince hak eksenli bir yaklaşımla Anayasa'yı ve insanımızın temel haklarını koruma görevini en iyi şekilde yerine getirmenin gayreti içinde olan fedakâr başkanvekillerimize, üyelerimize, raportörlerimize ve tüm çalışma arkadaşlarıma derin saygılarımı ve gönülden şükranlarımı sunuyorum.

Bu vesileyle, Anayasa Mahkemesinden emekli olan mensuplarımızdan vefat edenlere Allah'tan rahmet, hayatta olanlara da sağlıklı ve huzurlu bir ömür temenni ediyorum.

Ayrıca iki gün önce birinci yılını geride bıraktığımız Kahramanmaraş depremlerinde hayatını kaybeden kardeşlerimize bir kez daha Allah'tan rahmet, ailelerine ve milletimize baş sağlığı diliyorum.

Yine iki gün önce İstanbul'da Çağlayan Adliyesi girişinde yaşanan terör saldırısını lanetliyor, adalet ve emniyet camiamıza geçmiş olsun dileklerimi sunuyorum. Saldırıda hayatını kaybeden vatandaşımıza rahmet, yaralı polislerimize ve vatandaşlarımıza da acil şifalar diliyorum.

Sözlerimi tamamlarken, bir süre önce görevi sona eren Anayasa Mahkemesi Üyesi Muammer Topal'a ve yerine atanan Yılmaz Akçil'e yeni görevlerinde başarılar diliyorum.

Törenimizi teşriflerinizden dolayı hepinize şükranlarımı sunuyor, sağlıklı ve huzurlu günler temenni ediyorum.

C. DİĞER KONUŞMALARI

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ, DEMOKRASİ VE ZORLUKLAR*
(16 Ekim 2015)

Saygıdeğer Katılımcılar,

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Sn. Jagland'a beni bu konferansa davet etme nezaketinde bulundukları ve bu seçkin kitleye hitap etme fırsatı sundukları için teşekkürlerimi ifade etmek isterim.

Konuşmam iki ana kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda, konferansın alt başlığını oluşturan soruya cevap vermeye çalışacağım. Konuşmamın ikinci kısmında ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin(AYM) ifade özgürlüğüne yaklaşımının genel bir incelemesine yer vereceğim.

1. Demokrasinin Bir Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün demokrasi için halen bir ön koşul olup olmadığı sorusuna verilecek müspet cevap, hem araçsal hem de esasa ilişkin gerekçelere işaret etmek durumundadır. İfade özgürlüğü en az üç nedenle demokrasi için halen bir ön koşuldur.

İlk olarak, demokratik bir toplumun gerekleri olan çeşitliliği ve çoğulculuğu sürdürebilmek için ifade özgürlüğüne sahip olmamız gerekir. Milliyet, etnisite, din, ideoloji, yaşam biçimi ve bu gibi başkaca yönlerden çeşitlilik arz eden bir toplumda yaşıyoruz. Çağdaş demokrasi çoğulcu olduğundan ve olması gerektiğinden, farklı ve sıklıkla birbiriyle uyumsuz yaşam biçimlerinin, fikir ve ideolojilerin birlikte yaşayabilmesi gereklidir. İfade özgürlüğü, bu denli çeşitli ve çoğulcu toplum ve siyasetin korunması ve sürdürülebilmesi için etkin bir araçtır.

İfade özgürlüğü kişinin başkalarına seslenme özgürlüğüdür. Bireyler arasında diyalogun bir önkoşulu olan konuşma eylemi, bizleri toplum içinde birbirimize muhatap kılmaktadır. Bu nedenle, kişinin sessizliğe mahkûm

---

* Avrupa Konseyi tarafından 13-14 Ekim 2015 tarihlerinde Strazburg'da düzenlenen "İfade Özgürlüğü: Demokrasi için Halen bir Önkoşul mu?" konulu Konferansın açılış oturumunda yapılan konuşmanın Türkçe çevirisi.

edilmesi onu başkalarına seslenmekten mahrum kılmaktadır. Lyotard'a göre, ölüm cezası açık biçimde yanlıştır; çünkü o "*konuşanın konuşma topluluğundan dışlanmasını çağrıştırır*"[1].

Bir başka ifadeyle, öldürmek "*diğerinin muhataplık rolünü reddetmek*"[2] anlamına gelmektedir.

Lyotard'ın bu görüşü, terörizm için de geçerlilik arz edebilir; zira terörizm, yalnızca yaşam hakkına değil, ifade özgürlüğüne yönelik olarak da ciddi bir tehdittir. Terör, kişileri konuşma topluluğundan ayıran bir şiddet eylemidir.

Üç gün önce, Türkiye terörizmin bu yıkıcı ve elim etkisini bir kez daha tecrübe etmiştir. İki intihar bombacısı Ankara'da en az 97 sivili katletmiştir. Katledilenlerin hiçbir surette diğerlerine seslenme imkânı olmayacak. Katledilenlerin çoğu barış gösterisi hazırlığı içerisindeydi. Terörizm, üzerlerine kara bir sessizlik gibi çöktü. Bu nedenle, terörizmle mücadele ifade özgürlüğünün korunmasının bir ön koşuludur.

İkinci olarak, demokrasi herkesin fikirlerini ifade etmek suretiyle katılabileceği özgür bir kamusal etkileşim ortamı gerektirir. Yasaların yapımı süreci dâhil olmak üzere karar alma sürecine, ancak belli politikalar konusunda görüşlerimizin özgür ifadesi yoluyla katılım sağlayabiliriz. Bu nedenle, ifade özgürlüğü, "demokratik bir yönetim biçiminin işleyişi için vazgeçilmez"[3] bir siyasi değerdir.

Son olarak, ifade özgürlüğü demokratik toplumun gerçekleştirilmesinde yalnızca bir araç olarak değil, kendi içerisinde bir amaç olarak görülmektedir. İfade özgürlüğünün bu esasa ilişkin ya da kurucu gerekçesi, bireylerin ahlaki sorumlulukları ile ilgilidir. Ahlaken sorumlu özneler olarak bireylerin özgürce fikir almaları ve bu fikirleri ifade edebilmeleri gerekmektedir[4]. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılması, demokratik toplumun ahlaken sorumluluk taşıyan hür özneleri olarak bireylerin radikal özerkliklerini ihlal edecektir.

İfade özgürlüğüne, düşüncelerimizin iletilebilmesinin yegâne aracı olduğundan da değer veriyoruz. Düşünme eylemi, insan varoluşunun kalbinde yer alır. Descartes'in "*Düşünüyorum, öyleyse varım*" şeklinde çevrilen Cogito' su bu varoluşsal kesinliği ifade eder. Descartes'ten çok daha önce, Mevlana

---

1 Jean-François Lyotard, "The Other's Rights", Stephen Shute and Susan Hurley (eds.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993*, (New York: Basic Books, 1993), s. 144.

2 *A.g.e.* s. 147.

3 Thomas I. Emerson, Towards A General Theory of the First Amendment (New York: A Vintage Books, 1966), s. 10

4 Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), s. 200.

Celaleddin Rumi, düşünceyi insanoğlunun özü olarak değerlendirmiştir. Rumi, "*insanın düşünceden ibaret olduğunu, geri kalanının ise yalnızca et ve kemik*" olduğunu kaydeder. Düşünen ve konuşan varlıklar olarak kendimizi gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne gereksinimimiz vardır. Bu nedenle, söz konusu özgürlüğün reddi, insanoğlunun doğasının ihlali olacaktır.

2. İfade Özgürlüğünün Karşısındaki Üç Güçlük

İfade özgürlüğü, demokrasinin bir önkoşulu olmasına karşın, hiçbir surette mutlak bir özgürlük değildir. İfade özgürlüğü, ancak başkalarının haklarının korunması, ulusal güvenlik ve kamu güvenliği gibi belli gerekçelerle sınırlandırılabilir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün Anayasanın ilgili hükümlerinde ifade edilen belirli sebeplerle sınırlandırılabileceğini öngörmektedir. İfade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaları değerlendirirken AYM üç aşamalı bir test uygulamaktadır. İlk olarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin kanunla yani Meclisin yapmış olduğu yasa ile öngörülmüş olup olmadığına karar vermektedir. İkinci olarak Mahkeme, özgürlüğün kısıtlanmasında meşru bir amacın varlığını incelemektedir. Üçüncü olarak ise Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına atıfta bulunmak suretiyle demokratik gereklilik testini uygulamaktadır. AYM ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel şartlarından birisi olduğunu sürekli olarak vurgulamıştır. Bu nedenle, ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için kamu idaresi, böyle bir sınırlandırmayı gerektiren zorunlu bir toplumsal ihtiyacın yani zorlayıcı sebeplerin mevcudiyetini kanıtlamak durumundadır.

Bugünün anayasa mahkemelerinin ifade özgürlüğünün muhakemesinde karşı karşıya bulunduğu üç temel zorluk söz konusudur. Bu zorluklar; (a) mahremiyet ve itibarın korunması, (b) terörizmle mücadele ve (c) İnternetin düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

2.1 Mahremiyetin, Şeref ve İtibarın Korunması

Hakaret, iftira, karalama ve nefret söylemi gibi eylemlerin anayasaların özgür ifadeye ilişkin hükümlerince korunmadığı genellikle kabul edilse de bu söylemlere uygulanacak hukuki yaptırımlara yönelik olarak küresel düzeyde herhangi bir fikir birliği yoktur. Örneğin Türk Ceza Kanunu hakaret ve karalama için hapis cezası öngörmektedir ancak davaların birçoğunda hapis cezaları ya ertelenmekte ya da "adli para cezasına" çevrilmektedir.

AYM, bazı kabul edilebilirlik kararlarında hakaretin suç olmaktan çıkarılması yönündeki Parlamenterler Asamblesi kararlarına atıfta bulunmuş ve olağan hukuk yollarının tüketilmediğine dikkat çekmek suretiyle kabul edilemezlik hükmü vermiştir. Buna uygun olarak, hakaret ve karalama suçlarına

ilişkin davalarda bireysel başvuru öncesinde medeni hukuk yollarının *da* tüketilmiş olması gerekir.[5]

Bununla birlikte, bu husus Yahudi düşmanlığı (antisemitizm) ve İslamofobi gibi "nefret söylemi" davaları için geçerli değildir. Jeremy Waldron'un beliğ ifadesi ile, nefret söyleminin yasaklanması "insanların incitilmesinin önüne geçmekten" ziyade "insan onurunu tecavüzlere karşı korumayı" amaçlar.[6] Nefret söyleminin yasaklanmasının siyasi sebebi, demokratik bir toplumda savunmasız bir insan topluluğuna belli ölçüde teminat ve güvence sunmaktır[7].

AYM, hakaret ve karalama ile "nefret söylemi" arasında ayrım yapmaktadır. Yakın zamanda görülen bir davada başvurucu "nefret söylemine" maruz kaldığını iddia etmiştir. Mahkeme, insan hakları hukukuna ilişkin çok sayıda uluslararası belgeye atıfta bulunarak "nefret söyleminin" sınırlarını netleştirmeye gayret etmiştir. Mahkeme, "nefret söylemine" ilişkin davalarda başvurucunun ceza yargılaması ile birlikte mevcut medeni hukuk yollarını tüketmiş olmasının gerekmediğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, bu ilkeleri bahse konu başvuruya uyguladıktan sonra, söz konusu ifadelerin başvurucunun görüş ve eylemlerine ilişkin devam etmekte olan bir kamusal tartışmaya ait unsurlar olduğu ve bu nedenle "nefret söylemi" olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.[8]

Hiç şüphesiz ifade özgürlüğü büyük ölçüde, özellikle en sert eleştirileri hoşgörüyle karşılaması beklenen kamu gücü kullananların görüş ve düşüncelerini eleştirme konusunda bireylerin özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Mahkemeye göre, siyasi ifade özgürlüğü salt "*bütün demokratik sistemlerin temel ilkesi*" olduğu için daha fazla korunmayı hak etmektedir.[9]

Başvurucu hakkında verilen kararın ertelenmesinin, söz konusu müdahaleyi kabul edilebilir ve gerçekleştirilmesi hedeflenen meşru amaçla orantılı kılıp kılmayacağı konusu da Mahkeme tarafından ele alınmıştır. İleride yaptırıma maruz kalabilme ihtimalinin yazarlar üzerinde caydırıcı etki yaratacağını ve böylelikle fikirlerini açıklamaktan veya basın faaliyetlerinde bulunmaktan kaçınacaklarını ifade eden Mahkeme'nin bu soruya cevabı olumsuz olmuştur.[10] Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün "şöhretin korunması" amacıyla sınırlandırılmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

---

5 *Adnan Oktar (2),* Başvuru No: 2013/514, 2/10/2013, § 35.

6 Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012), ss. 105-106.

7 A.g.e., ss. 100-104.

8 *Fetullah Gülen*, [GK], Başvuru No: 2014/12225, 14/7/2015, par. 43-45.

9 *Bekir Coşkun,* [GK], Başvuru No:2014/12151, 4/6/2015, par. 64.

10 *Bekir Coşkun,* par. 70.

Mahkeme, yakın zamanda verdiği kararlarından birinde, özel kişilere nazaran bir büyükşehir belediye başkanı gibi, siyasileri ve kamu görevlilerini içeren kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının daha geniş olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.[11] Söz konusu davada bir radyasyon onkolojisi uzmanı olan başvurucu, Ankara Büyükşehir Belediyesinin sunduğu içme suyunun kalitesini eleştiren bir basın açıklaması yayınlamıştır. Bunun sonrasında büyükşehir belediye başkanına hakaret ettiği için 750 TL para cezasına çarptırılmıştır. İlk derece mahkemesinin kararına göre, içme suyunun kalitesine ilişkin herhangi bir bilimsel kesinlik olmadığı için başvurucunun ifadeleri eleştirinin ötesine geçmiştir.[12]

AYM, bir kamusal tartışmaya katılmak için bilimsel kesinliğin gerekli görülmesinin söz konusu kamusal tartışmaya katılımı imkânsız hale getireceğini ve bu nedenle açık toplumun gerekleri ile uyumsuz olduğunu belirterek bu gerekçeyi reddetmiştir.[13]

2.2 Terörizm Çağında İfade Özgürlüğü

Terörizm sadece yaşam hakkına değil, ifade özgürlüğü de dâhil olmak üzere bütün hak ve özgürlüklere karşı en önemli tehditlerden birisidir. Terörizm, insanlara yalnızca öldürerek değil, demokratik ortamı zehirlemek suretiyle de sessizliği dayatır. Bu nedenle, şiddeti teşvik eden ve öven ifadeler ifade özgürlüğü kapsamı dışında yer alır.

Terörizm; demokratik siyasi düzeni felce uğratmayı ve çoğulcu sivil toplumu zayıflatmayı amaçladığından, temel siyasi değerleri koruyarak terörle mücadele etmemiz gerekir. Avrupa Konseyinin İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Kılavuz İlkelerinde yer alan şu prensibi aklımızdan çıkarmamamız gerekmektedir: "*Terörle mücadele ederken insan haklarına, hukukun üstünlüğüne ve gerektiğinde uluslararası insanî hukuka saygı yalnızca mümkün değil, aynı zamanda mutlak surette gereklidir.*"[14]

Bu ilkeyi gözeten AYM, oldukça zorlu davalarda dahi ifade özgürlüğünü korumaya çalışmaktadır. Örneğin, bir bireysel başvuru davasında, terör örgütü lideri olan başvurucu, devlet makamlarınca kitabına el konulduğu ve kitabın kısmen imha edildiği gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini öne sürmüştür. İlk derece mahkemesi kararında bahse konu kitabın kapağında yer alan haritayı, terörist bir örgütün lideri olan yazarın kimliğine ve son olarak kitabın içeriğindeki kimi sayfaları dikkate alarak, kitabın söz konusu terör ör-

---

11 *Ali Rıza Üçer (2)* [GK], Başvuru No: 2013/8598, 2/7/2015, § 61.

12 *Ali Rıza Üçer (2)*, § 13, 58.

13 *Ali Rıza Üçer (2)*, § 59.

14 AK, Bakanlar Komitesi, *İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Kılavuz İlkeleri*, H (2002) 4, Strasburg, Temmuz 2002.

gütünün propagandasını yapmak üzere yazıldığını belirtmiştir.[15]

Türk Anayasa Mahkemesi, el koyma kararının her bir argümanını detaylı olarak ele almıştır. Mahkemeye göre, kitabın kapak sayfası, yazarın kimliği ve şiddeti teşvik gibi görünen bazı sayfaları kitabın bütününden ayrı olarak ele alınamaz. Tam tersine, kitabın mesajı ve amacı bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Her ne kadar kitabın bazı sayfaları toplumun bir kesimi için gerçekten rahatsız edici hatta sarsıcı olsa da, kitabın bütünü "Kürt sorunu" olarak adlandırılan sorunun eleştirel ve tarihi analizi şeklindedir. Kitabın yazar, diğer birçok hususun yanı sıra, "Kürt gerçekliğinin" tanınması ve sorunun silahlı direnişe başvurmadan barışçıl yollarla çözülmesi çağrısı yapmaktadır.

Mahkeme, diğer kitle iletişim araçları ile mukayese edildiğinde, terör örgütünün değişen ideolojisini tarif etmeyi amaçlayan kitabın sınırlı bir grup insana hitap ettiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, kitabın nüshalarının bu yönde herhangi bir yargı kararı olmaksızın ilgili makamlarca imha edildiğine işaret etmiştir. Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün önemini vurgulayan Mahkeme, söz konusu kitaba el konulmasının ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması meşru amaçları ile orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.[16]

2.3 Internet çağında ifade özgürlüğü

Başvurucunun doğrudan AYM'ye başvuru yaptığı ve oldukça ses getiren *Twitter* davasında Mahkeme, ilk olarak kabul edilebilirlik konusunu incelemiştir. Bireysel başvuruda bulunmadan önce bütün hukuk yollarının tüketilmiş olması gerektiği Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesi Kanununda açıkça ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kural olarak bireysel başvuruda bulunulmadan önce bütün mevcut kanun yollarının tamamının tüketilmesi gerektiğini hatırlatmıştır. Ancak Mahkeme bu kanun yollarının etkili ve hak ihlallerini ortadan kaldırabilecek mahiyette olması gerektiği hususunu açıklığa kavuşturmuştur. Ayrıca, muhtemel hak ve özgürlük ihlallerinin önüne geçebilmek için acil eylemin gerekli olduğu olağanüstü koşullarda, diğer kanun yollarının tüketilmesi kriteri gözetilmeksizin de bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine hükmedilebileceğini ifade etmiştir.

Mahkeme, idare mahkemelerinin hak ihlalini giderebileceği yönünde makul bir ihtimalin olmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Ankara İdare Mahkemesince verilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen

---

[15] *Abdullah Öcalan* [GK], Başvuru No: 2013/409, 25/6/2014, par. 14. Kararın İngilizce tam metni www.anayasa.gov.tr/ adresinde mevcuttur.

[16] *Abdullah Öcalan*, § 102, 106, 112.

yetkili makamların Twitter üzerindeki yasağı kaldırmamaları ve bu konuda isteksiz davranmaları, bu kabul edilebilirlik kararının alınmasının temel sebebi olmuştur. Mahkeme, yasağın kaldırılması noktasındaki belirsizliğin milyonlarca insanın ifade özgürlüğünü etkilediğini belirtmiştir.[17]

Başvurunun esasına ilişkin olarak da Mahkeme, Twitter'a erişimin tümden yasaklanmasın kanunla öngörülmüş bir müdahale olmaması nedeniyle kamu makamlarınca ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, ilgili kanun maddesinin idare organına (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) herhangi bir yargı kararı olmaksızın Twitter gibi internet sitelerine erişimi tamamen engelleme yetkisi vermediğini açıkça ifade etmiştir.[18]

Mahkeme *Youtube* kararında da hukuki dayanağı olmayan yasağın ifade özgürlüğünün ihlali olduğunu tespit ermiştir. Mahkeme bu davayı incelerken, Strazburg Mahkemesinin *Yıldırım v. Türkiye* davasındaki kararına atıfla, kanunun kalitesini sorgulamış ve hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunların belirlilik ve öngörülebilirlik kıstaslarını karşılaması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, İnternet Kanununun ilgili hükümlerinin bu koşulları sağlamadığına karar vermiştir.[19]

Hem *Twitter* hem de *Youtube* kararlarında Mahkeme, ifade özgürlüğünün yaygın olarak kullanılan ve etkili bir aracı olarak, internet ve sosyal medyanın demokratik toplumda çok önemli bir rol oynadığını belirtmiştir. Mahkeme, internetin bu fonksiyonu göz önüne alındığında, yetkili makamların interneti düzenlerken dikkatli ve sorumlu bir biçimde hareket etmesi gerektiğini ifade etmiştir.[20]

Sonuç

İnternet'in sağladığı belirli imkânları kullanan terörizm, günümüzde demokrasi ve ifade özgürlüğüne yönelik en büyük meydan okumayı teşkil etmektedir. Belki de terörizme verilecek en iyi cevap, terörizmin yıkmayı amaçladığı siyasi değerlerin korunması ve geliştirilmesinde demokratik güçlerin işbirliğini sağlamaktır.

Bu nedenle, demokrasinin temel taşı olan ifade özgürlüğüne saygı gösterirken terörizmin tüm türleriyle mücadele edilmesi gerekliliği hususunda mutabakata varmalıyız. Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün hayati rolü göz önünde tutulduğunda, anayasa ve yüksek mahkeme hâkimleri olan bizlerin kısıtlayıcı önlemler karşısında daha ihtiyatlı olmamız gerekmektedir.

---

17 *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, Başvuru No: 2014/3986, 2/4/2014, § 26. Kararın tam metni www.anayasa.gov.tr/ adresinde mevcuttur.

18 *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, § 49.

19 *Youtube Llc Corporation Company ve diğerleri* [GK], Başvuru No: 2014/4705, 29/5/2014, § 56-57. Kararın İngilizce tam metni www.anayasa.gov.tr/ adresinde mevcuttur.

20 Y*aman Akdeniz ve diğerleri*, § 39; *Youtube Llc*, § 52.

Bu önlemler, terörizmle mücadele adına uygulanıyor olsalar dahi, ifade özgürlüğünü keyfi biçimde sınırlandırıyor olabilirler.

İfade özgürlüğü; yalnızca çoğulcu siyaset ve sivil toplum için gerekli değildir, kendimizi ahlaki sorumluluk taşıyan bireyler olarak gerçekleştirebilmemizin de bir ön koşuludur. Konuşmamı Rumi'nin özgür ifadeye ilişkin bilgelik dolu sözlerine atıfta bulunarak sonlandırmak isterim: "*Köle değilsin, bu yüzden Sultan gibi konuş; fikirlerini dilediğince ifade et*".[21]

[21] Aktaran Ergin ERGÜL, *Rumi: A Source of Inspiration for Universal Justice and Peace,* (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014), s. 49.

15 TEMMUZ DARBE TEŞEBBÜSÜ VE OLAĞANÜSTÜ HAL: TÜRKİYE'DE ANAYASAL DEMOKRASİ İÇİN YENİ BİR MEYDAN OKUMA*
(18 Ağustos 2016)

Saygıdeğer Katılımcılar,

Hanımefendiler Beyefendiler,

Endonezya Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Hidayat'a içten misafirperverliğinden dolayı teşekkür ederim.

Burada bulunmanın ve böylesine seçkin meslektaşlara hitap etmenin benim için büyük bir zevk olduğunu ifade etmek isterim.

Malum olduğu üzere, ülkemiz yakın geçmişte alçak bir darbe teşebbüsü yaşadı. Neyse ki darbeciler başarısız oldular ve Türk halkının sergilediği cesur direniş sayesinde demokratik rejimimiz ayakta kalmayı başardı.

Şüphe yoktur ki kısa bir süre önce gerçekleşen darbe teşebbüsü, anayasal demokrasimizin şimdiye dek karşılaştığı en ciddi tehditlerden biridir.

15 Temmuz 2016 Tarihinde Ne Oldu?

Size kısa bir video göstererek o gece ne olduğuna dair kısa bir bilgi vermek isterim.

Darbe teşebbüsünün gerçekleştiği gün gerçekten de Türkiye'de herkes için korkunç bir gündü. O gün, Cengiz Aytmatov'un kelimeleriyle ifade etmek gerekirse, yüz yıldan fazla süren bir gündü. Savaş uçakları (F-16lar) bulunduğumuz yerden sadece birkaç kilometre uzaklıkta olan Parlamentoyu bombalamaya başladığında evdeydim. Sanki bizim üzerimize bomba atılıyor gibiydi. Henüz 12 yaşında olan en küçük oğlum titreyen bir sesle sürekli şu soruyu soruyordu: "*Baba, bu savaş uçakları bizi bombalayacak mı?*". "Hayır" dedim, fakat oğluma verdiğim cevabın doğru olduğundan emin değildim.

---

* Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği'nin Endonezya'da düzenlenen "Vatandaşların Anayasal Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi" konulu 3. Kongresi'nde yaptığı konuşma.

Emin değildim, çünkü ertesi gün, ordu içinde bir grubun/cuntacının kendi halkına ateş açarak bir terör saldırısı başlattıkları ve Türkiye Büyük Millet Meclisini, Cumhurbaşkanlığını ve çeşitli emniyet birimlerini bombaladıkları ortaya çıktı.

Cumhurbaşkanımız, Parlamentomuz, tüm siyasal partilerimiz, medyamız ile ordumuzun ve emniyet güçlerimizin büyük bir bölümünün yoğun çabaları sayesinde, bu teşebbüs kısa süre içinde engellendi. Hepsinden önemlisi, bu darbe teşebbüsünün engellenmesinde Türk halkının demokratik iradesi ve direnişi belirleyici olmuştur. Başarısız olan bu darbe teşebbüsü, Türk halkının farkındalığının ve Türk demokrasisinin güçlendiğinin de bir göstergesidir.

Darbe Teşebbüsüne Yargıdan Gelen Tepkiler

Anayasa Mahkemesi olarak darbe teşebbüsünde bulunulduğunun anlaşıldığı ilk saatlerde bir basın açıklaması yaptık. Açıklamada demokratik anayasal düzene karşı her türlü demokrasi dışı teşebbüsü reddettiğimizi ve demokratik hukuk devletinin yanında olduğumuzu belirttik. Basın açıklamamızın Türk halkının darbe karşısında dayanışma içerisinde hareket etmesine katkı sağlayarak ve darbecilerin motivasyonunu kırarak anayasal düzeni ve demokratik değerleri koruma yönünde önemli bir rol oynadığını düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesinin darbe teşebbüsüne yönelik bu tepkisinin ardından Danıştay, Yargıtay ve Askerî Yargıtay gibi diğer yüksek mahkemeler de bu teşebbüse tepki gösterdiler. 16 Temmuz 2016 tarihinde, darbe teşebbüsüne ilişkin soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından darbeyi tertiplediği ve/veya darbenin arkasındaki örgütle bağlantılı olduğu düşünülen binlerce kişi hakkında gözaltı kararı verildi. Bu kişiler arasında Mahkememizin iki (2) üyesi, yüz kırk (140) Yargıtay üyesi, kırk sekiz (48) Danıştay üyesi ve ilk derece mahkemelerinde görevli üç binden (3.000) fazla hâkim ve savcı da bulunmakta idi.

Yetkililer, daha en başından itibaren darbe teşebbüsünün Türkiye'de "Paralel Devlet Yapısı" olarak da bilinen "Gülenist Terör Örgütü" (FETÖ) tarafından planlandığını ve uygulandığını ifade ettiler.

Darbe teşebbüsü öncesinde düzenlenen iddianamelerde ve mahkeme kararlarında da belirtildiği gibi bu grup devletteki önemli görevlerde, bilhassa güvenlik, yargı ve sivil bürokraside paralel bir örgüt oluşturmuştur. Uzun bir süre, sade bir "İslami fraksiyon"dan ziyade "mesiyanik" bir örgüt gibi hareket etmiş ve devlet kurumlarında gizlilik içinde çalışmıştır. "Gizlenme" örgüt üyelerinin ana taktiğidir. Bu grubun üyeleri, örgüt ile olan bağlarını gizlemeleri gerektiği yönünde talimat almaktadırlar (Anayasa Mahkemesinin 4.8.2016 tarihli, E. 2016/6 (D. İş) K. 2016/12 sayılı kararı, § 15).

Hükümetin Tepkisi: Olağanüstü Hâl

Olağanüstü hal, hemen hemen tüm anayasalarda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dâhil olmak üzere uluslararası insan hakları hukukunda düzenlenen bir tedbirdir.

Bakanlar Kurulu devlet kurumlarına sızarak devletin güvenliği ve bekası açısından ciddi bir tehdit oluşturan "FETÖ" terör örgütüne karşı kapsamlı ve etkili biçimde mücadele etmek amacıyla, 20 Temmuz 2016 tarihinde, tüm Türkiye'de doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan edilmesine karar vermiştir.

Ayrıca Fransa gibi Türkiye de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde öngörülen ve Sözleşme'de yer alan yükümlülüklerinin 3 aylık bir süre boyunca daraltılması yönünde derogasyon hakkına başvurmuştur.

Menfur bir terör saldırısı olan bu darbe teşebbüsü, Fransa'daki ya da herhangi bir başka Avrupa devletindeki terör saldırılarına kıyasla daha geniş çaplı ve yıkıcıdır. Yarattığı travmatik etki yönünden ise ancak ABD'deki 11 Eylül saldırısıyla kıyaslanabilir.

Anayasamıza göre olağanüstü hâl süresince, Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, olağanüstü hâlin gerektirdiği meselelere ilişkin olarak kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Normal şartlarda, Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyebilmektedir. Ancak, Anayasa'nın 148. maddesine göre, olağanüstü hâl, sıkıyönetim veya savaş sırasında çıkarılan bir kanun hükmünde kararname, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilemez. Buna karşın, olağanüstü hâl süresi içinde, idari işlem ve eylemlere karşı yargı yoluna başvurmak mümkündür. Olağanüstü hal süresi boyunca idare mahkemeleri için tek sınırlama, bu süre içerisinde alınan idari kararlar ve yapılan işlemler ile ilgili davalarda yürütmeyi durdurma kararı veremeyecek olmalarıdır.

Bireyler için, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı da mevcuttur. Nihayetinde, bireyler iç hukuk yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi kararları ile yetinmezlerse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de başvuruda bulunabilirler.

Yetkili merciler olağanüstü hâl ilanının amacının vatandaşlarımızın temel haklarını kısıtlamak değil, darbe teşebbüsünün arkasındaki terör yapılanmasını daha hızlı ve etkili bir şekilde ortadan kaldırmak olduğunu defaatle açıkladılar.

Olağanüstü hâle ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin iki ana amacının olduğu görülmektedir. Birincisi, sosyal ve siyasal hayatı sivilleştirmek ve

silahlı kuvvetler üzerinde tam demokratik ve sivil denetimi sağlamaktır. Bu maksatla, sözgelimi, kara, hava ve deniz kuvvetleri Milli Savunma Bakanlığına bağlanmış, askeri liseler kapatılmıştır.

Kanun hükmünde kararnamelerin ikinci amacı ise, Milli Güvenlik Kurulu tarafından darbe teşebbüsünden önce terör örgütü olarak belirlenen "Paralel Devlet Yapısı"nı tamamen yok etmektir.

667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'de Anayasa Mahkemesi üyeleri dâhil yargı mensuplarının (3.madde) ve bütün devlet memurlarının (4.madde), terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin meslekten veya kamu görevinden çıkarılmalarına karar verileceği açıkça belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin Tavrı

Demokratik anayasal düzenin "koruyucularından" biri olan Anayasa Mahkemesi olarak darbe teşebbüsü sırasında ve ardından derhal tepki gösterip acil önlemler aldık.

İlk önce, ceza soruşturması kapsamında gözaltına alınan ve akabinde tutuklanan iki üye hakkında disiplin soruşturması başlatıldı. Anayasa Mahkemesi, 667 sayılı KHK uyarınca iki üyenin meslekten çıkarılmasına karar verdi.

Buna ek olarak, Mahkeme yönetimi diğer kamu kurum ve kuruluşlarından Anayasa Mahkemesine görevlendirme ile gelen toplamda on üç (13) raportörü görevinden alarak kurumlarına iade etti. Bu raportörlerden sekizi (8) hakkında açığa alma ve gözaltı kararları verildiğini biliyoruz.

Ayrıca, 29 Temmuz 2016 tarihinde, anılan KHK'nın 4.maddesi uyarınca, bir (1) kadrolu raportör, yedi (7) kadrolu raportör yardımcısı ve elli altı (56) memurun nihai bir değerlendirme yapılana kadar görevden uzaklaştırılmasına karar verilmiştir.

Mahkemenin iki üyenin meslekten çıkarılmasına ilişkin kararında, darbe teşebbüsünün anayasal demokrasi için ne anlama geldiği açıklanmış, 667 sayılı KHK'nın ilgili hükmü yorumlanmıştır. Söz konusu karara göre, 15 Temmuz darbe teşebbüsü anayasal düzen, anayasal haklar ve özgürlükler ile ulusal güvenliğe karşı en yıkıcı saldırıdır. Bu saldırı, Türk demokrasi tarihine kara bir leke olarak geçmiştir (§ 68).

Yine kararda, anılan KHK'nın 3. maddesinin parametreleri de şu şekilde yorumlanmıştır: Anılan madde uyarınca meslekten çıkarma tedbirinin Anayasa Mahkemesi üyeleri bakımından uygulanabilmesi için;

a. Üyenin, terör örgütlerine veya MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara "üyeliği", "mensubiyeti" veya "iltisakı" yahut bunlarla "irtibatı" olduğunun değerlendirilmesi,

b. Bu değerlendirmenin Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca yapılması gerekmektedir.

İhraç kararı verilebilmesi için Anayasa Mahkemesi üyeleri ile terör örgütü ve terör faaliyetleriyle diğer bir deyişle darbe teşebbüsüyle arasında kesin bir bağ kurulması aranmamış; MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen "yapı", "oluşum" veya "gruplar"la bağ kurulması yeterli görülmüştür (§ 84).

Diğer taraftan, KHK'nın aynı maddesine göre meslekten çıkarma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu bağın yapıya, oluşuma veya gruba "üyelik" veya "mensubiyet" şeklinde olması zorunlu değildir. "İltisak" ya da "irtibat" bulunması yeterlidir (§ 85).

Son olarak bu maddede, terör örgütleri veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplar ile üyeler arasındaki bağın "sübut" derecesinde ortaya konulması aranmamaktadır. Böyle bir bağın Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca "değerlendirilmesi" yeterli görülmüştür. Buradaki değerlendirme Genel Kurulun salt çoğunluğunda oluşacak bir "kanaati" ifade etmekte olup bu kanaat cezai sorumluluğun bulunup bulunmadığından bağımsız olarak oluşacak bir kanaattir (§ 86).

Yine, KHK'nın 3. maddesinde bu kanaate varılabilmesi için belli bir tür delile dayanma zorunluluğu da öngörülmemiştir. Bu kanaatin hangi hususlara dayanılarak oluşacağı Genel Kurulun salt çoğunluğunun takdirine bırakılmıştır. Burada önemli olan belli bir kanaate varılırken keyfîlikten uzak durulmasıdır (§ 87).

Bu ilkeleri mevcut olaya uygulayan Mahkeme, somut olayın özellikleri, anılan yapı ile ilgileri olduğuna dair sosyal çevre bilgisi ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin zaman içinde oluşan ortak kanaatlerini birlikte dikkate alarak, anılan üyelerin söz konusu yapı ile meslekte kalmalarıyla bağdaşmayacak nitelikte bağlarının olduğunun değerlendirildiği sonucuna ulaşmıştır (§ 98).

Anayasa Mahkemesi, bu üyelerin Anayasa Mahkemesinde görev yapmaya devam etmeleri halinde yargının güvenilirliği ve saygınlığının da zedeleneceğini vurgulayarak meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına oybirliğiyle karar vermiştir (§§ 99, 100).

Sonuç

Türkiye, ülkemizin daha önce hiç karşılaşmadığı şekilde yıkıcı bir terörist darbe teşebbüsü ile karşılaştı.

Şunu özellikle belirtmek isterim ki Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hâl süresince bireylerin temel hak ve özgürlüklerini teminatı olacağına kimsenin şüphesi olmasın. Ülkemiz darbe teşebbüsü sonrası hızla normalleşmekte ve Mahkememiz bu normalleşme sürecinde üzerine düşeni yapmaya devam edecektir.

Olağanüstü hal KHK'ları Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru sayısını, dolayısıyla iş yükünü artırabilir. Ancak etkili yöntemler kullanarak bu sorunun üstesinden geleceğimize inancım tamdır.

Anayasa Mahkemesi ya da Yüksek Mahkeme Başkanları ve hâkimleri olarak bizim şu gerçeğin çok iyi farkında olmamız gerekir: Demokratik anayasal devlet olmadıkça Anayasa Mahkemelerince ya da Yüksek Mahkemelerce korunacak bir anayasal hak da olmayacaktır.

İlginiz için teşekkür ederim.

GÖÇE BAĞLI OLARAK YABANCI DÜŞMANLIĞI, IRKÇILIK VE İSLAM KARŞITLIĞI*

(2-3 Mart 2017)

Sayın Katılımcılar,

Değerli Konuklar,

Sizleri en içten duygularımla, sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

Öncelikle Türkiye Ombudsmanı Sayın Şeref Malkoç'a nazik davetlerinden dolayı teşekkür ediyor, kısa bir süre önce üstlendiği ombudsmanlık görevinde başarılar diliyorum.

Aynı şekilde böylesine hayati bir konuda uluslararası bir sempozyum düzenlediği için Kamu Denetçiliği Kurumu'nu ve emeği geçen tüm çalışanlarını tebrik ediyorum.

Hepimizin bildiği ve günlük hayatımızda gözlemlediği basit bir tespitle başlamak istiyorum: Toplumsal hayatta çeşitlilik esastır. Farklı dinden, inançtan, ırktan, ideolojiden, dünya görüşünden insanlarla birlikte yaşıyoruz. Bu bir tercih ya da iyi kötü meselesi değil, sosyolojik bir gerçekliktir. Toplumsal hayata hakim olan çeşitliliğin yönetimi ise siyaset ve anayasa teorisinin en kadim ve çetrefil sorunlarının başında gelmektedir.

İnsan haklarına dayanan demokratik hukuk devletinin en önemli amacı, farklılıkların birarada yaşatılmasıdır. Bunun da ön şartı bizim gibi düşünmeyen, bizim gibi inanmayan, aynı dili konuşmadığımız kişilerle, kısacası "ötekiler" ile sağlıklı bir ilişki kurabilmek ve birlikte yaşayabilmektir.

Biraz sonra başlayacak panelin konusunu oluşturan "yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslam karşıtlığı" gibi kavramlar, farklılıkların yönetiminde dikkate alınması ve tedavi edilmesi gereken tutum ve davranışlardır. Bunlar esasen ontolojik düzeyde ben-merkezci bir anlayışın, patolojik bir "ben-öteki" ya da "biz-ötekiler" ilişkisinin yansımalarıdır.

---

* Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından hazırlanan "Göç ve Mülteciler" Konulu IV. Uluslararası Ombudsmanlık Sempozyumu için yaptığı konuşma.

Yabancı düşmanlığı, yerli olanın sonradan gelene ve farklı olana karşı beslediği olumsuz duyguları ifade eder. Yabancı ötekidir. Bizim gibi düşünmeyen, yaşamayan, kısacası farklı olandır.

Açıkça ifade etmek gerekir ki, özellikle bugünkü Batı dünyası bu toplumsal ve siyasi hastalıklardan muzdariptir. "Öteki"ne yaşama hakkı tanımayan bu hastalıklı anlayışların her geçen gün zemin kazanması, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi değerlere ve bu değerlerin biçimlendirdiği siyasal sistemlere yönelik en büyük tehdittir. Kısacası, yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslamofobi çağımızın kara ve karanlık yüzleridir.

Yabancı düşmanlığı, uzun geçmişe ve tarihsel köklere sahiptir. Geçen yüzyılın ikinci yarısından itibaren yoğunlaşan Batı'ya göç ve özellikle 11 Eylül 2001 terör saldırıları bu hastalıkların yaygınlık kazanmasında etkili olmuştur. Batı'ya göç tarihsel ve kültürel köklerde mevcut olan yabancı düşmanlığı, ırkçılık, ayrımcılık ve İslamofobiyi yeniden canlandırmıştır.

Yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslam karşıtlığının yansımalarını ajanslara düşen haberlerden izleyebiliyoruz. Camilerin kundaklanması, müslümanların öldürülmesi, başörtülü kadınların saldırıya maruz kalmaları ve müslümanların kutsallarına hakaretler İslamafobik davranışların başında gelmektedir. Bu davranışlar gereği gibi cezalandırılmadığında, modern Ku Klux Klan'lar cesaretlenmekte, yeni Auswitch'lerin ve Srebrenitsa'ların yolu açılmaktadır.

İnsan-Odaklı Anlayış

Saygıdeğer Konuklar,

Yabancı düşmanlığı ve ırkçılıkla mücadelenin yolu "insan" odaklı bir anlayışın toplumsal ve siyasal alanda hakim kılınmasından geçmektedir. Bu anlayışın Doğu'da da Batı'da da çok güçlü kökleri bulunduğu bilinmektedir.

Rudyard Kipling, meşhur şiirinde Doğu ve Batı'nın arasındaki mesafenin kapanmayacağını şöyle ifade eder: *"Doğu Doğudur, Batı Batıdır/ ve bu ikisi hiçbir zaman biraraya gelmeyecektir/Ta ki yer ve gök, Tanrı'nın büyük hüküm kürsüsünde hazır bulunana kadar".*

Ancak, Kipling'e inat, Doğu ve Batı'nın insan-odaklı anlayışta birleşebileceği söylenebilir. Zira bu konuda Dünyanın iki yanında da zengin bir tarihsel ve kültürel birikime sahibiz.

Bu toprakların ruh köklerini oluşturan Yunus Emre, Mevlana ve Hacı Bektaş-ı Veli gibi düşünürler, insanı merkeze alan, hoşgörüyü ve sevgiyi topluma hakim kılmaya çalışan mesajlarıyla, birlikte yaşama kültürüne eşsiz katkılarda bulunmuşlardır. Hacı Bektaş-ı Veli, *"Hakikatin ikinci makamı, yetmiş iki milleti ayıplamamaktır"* der. Yunus Emre'nin, *"Yaradılanı severim, yaradandan*

ötürü" sözü, Mevlana Celalettin Rumi'nin *"Ne olursan ol yine gel"* çağrısı aynı hakikate işaret ediyor.

Bu hakikat insanın kendi içinde değer olduğu, bir araç olmadığı ve tam da bu nedenle saygıyı/hoşgörüyü hak ettiği hakikatidir.

Doğu gibi Batı da homojen değildir. Yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslamofobiyi üreten/besleyen düşünceler yanında, çoğulculuğu ve hoşgörüyü savunan güçlü düşünce gelenekleri de mevcuttur. Ünlü filozof Kant bu geleneğin en önemli temsilcilerinden biridir.

Kant, 1795 yılında kaleme aldığı "Ebedi Barış" adlı makalesinde "misafirperverlik hakkı"ndan bahseder. Buna göre, bir yabancı kendi toprağından başka bir yere gittiğinde düşman muamelesi görmeme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bir şekilde sınırlarımızdan içeri giren yabancılara, bir iyilik ya da hayırseverlik gereği değil, onların haklarına saygı gereği düşmanca davranmama yükümlülüğümüz vardır.

Kant'ın "misafir perverlik hakkı", bugün özellikle mülteciler için geçerlidir. Türkiye, üçmilyondan fazla mülteciye kapısını ve yüreğini açarak, aslında "öteki"nin "misafirperverlik hakkı"nın korunmasına tarihi bir katkı yapmaktadır.

Buna karşılık Kant'ın torunları maalesef onun misafirperverlik hakkına ilişkin düşünsel mirasına sahip çıkamıyor. Batı'da birçok ülkede mülteciler, sınırlardan içeri girmemesi gereken "virüs" muamelesi görüyor. Kimi yerde bu kişilerin paralarına el konuluyor, kimi yerde kontrol amaçlı bileklik takılıyor, kimi yerde de sadece belli bir dine mensup olanlar kabul ediliyor. Dahası, sınırları geçmek isteyenlerin vurulması gerektiğini söyleyenler bile çıkıyor.

Diğer yandan da, mültecilerin Batı'ya doğru umut yolculuğu trajedilere dönüşüyor. Denizi geçmek isteyen insanlar boğuluyor, kıyılara çocuk cesetleri vuruyor. Aslında kıyıya vuran, "öteki"nin yüzüne yansıyan insanlığın cesetleridir. Kıyıya vuran bu cesetler, "kalbi sökülmüş bir çağ"ın utanç görüntüleridir. Bu görüntüler, insanlığın suçüstü halidir…

Nefret Söylemi (Hate Speech)

Değerli Konuklar,

Yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslam karşıtlığını besleyen en önemli unsurlardan biri nefret söylemidir. Nefret söylemi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30/10/1997 tarihli ve 97(20) sayılı Tavsiye Kararı'nda *"ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik, ayrımcılık ve düşmanlıkla ifade edilen hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı*

diğer nefret biçimlerini yayan, tahrik eden, teşvik eden veya haklı gösteren tüm ifade biçimlerini kapsayacak şekilde" tanımlanmıştır.

Kapsamı konusunda bazı tartışmalar olmakla birlikte, ulusal, ırkçı ve dinsel temelli nefret söylemi, insan haklarıyla ilgili uluslararası belgelerde yasaklanmıştır. Sözgelimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, nefret söyleminin ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağını açıkça belirtmiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi de hoşgörü ve insan onuruna eşit saygının demokratik çoğulcu toplumun temellerini oluşturduğunu, bu nedenle demokrasilerde *"hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini cezalandırmanın ve hatta bunları önlemenin gerekli görülebileceğini"* vurgulamıştır.

Nefret söylemi, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik toplumu dinamitlemektedir. Bu nedenle, nefret söylemiyle kültürel, toplumsal, siyasal ve hukuksal tüm alanlarda kararlılıkla mücadele edilmelidir.

Bu bağlamda, bugün küresel bir boyut kazanan terör ve terörizmle mücadelede kullanılan dile dikkat edilmelidir. İslam ve terörü yan yana getiren, teröre sıfat olarak İslamı seçen söylemlerden kaçınmak gerekir. Bu tür söylemler, İslamofobi endüstrisini güçlendirmektedir. Unutmayalım ki terör, faillerinin dininden, ırkından ve siyasi görüşünden bağımsız olarak, çokkültürlü ve çoğulcu bir demokratik toplum idealinin önündeki en önemli engellerden biridir.

Diğer yandan, insan haklarının evrenselliği, bu hakların sadece bizim gibi olanlar için değil farklı olanlar için de geçerli olduğunu kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır. İnsan haklarının öznesi, vatandaş değil "insan"dır. Evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde hak ve özgürlüklerin öznesi olarak "herkes" ibaresi kullanılmıştır.

Aynı şekilde Anayasamızda da bazı siyasi hakların dışında temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler *"herkes"* ya da "hiç kimse" şeklinde başlar. Nitekim, bireysel başvuru kapsamında çok sayıda yabancı uyruklu kişi Anayasa Mahkemesine başvuru yapmıştır.

Anayasa Mahkemesine şu ana kadar yabancılar tarafından 736 başvuru yapılmıştır. Bu başvuruların 212'si haklarında sınırdışı kararı verilen yabancılara aittir. 212 başvurunun 142'sinde Mahkeme, sınır dışı etme işleminin tedbiren durdurulmasına karar vermiştir.

Başvuruların bir kısmında yabancıların Müslüman oldukları için ülkelerinde ayrımcılık ve İslam karşıtlığı ile karşılaştıkları, birkaçında da din

değiştirerek Hristiyanlığa geçtikleri için ülkelerinde güvende olmadıklarına dair iddialar bulunmaktadır.

Değerli Katılımcılar,

Elbette kavramlar ve kurumlar tarihsel süreçte ve farklı coğrafyalarda farklı biçimler kazanır. Ancak bugün geldiğimiz noktada savunduğumuz adalet, özgürlük, insan hakları, hukuk devleti, çoğulculuk, hoşgörü gibi değerler Doğu ve Batı'nın ortak değerleridir. Bu değerleri ve özellikle de öteki'nin "misafirperverlik hakkı"nı koruyan, farklılıkları tehdit olarak görmeyen, toplumsal ve siyasal çoğulculuğu önemseyen insan-odaklı bir kültürü ve pratiği geliştirerek gelecek nesillere aktarmak hepimizin ortak sorumluluğudur.

Bu kapsamda genelde yabancı düşmanlığına özelde İslamofobiye karşı mücadele etmenin iki yolu vardır. Birincisi, biraz önce ifade edildiği gibi insan-odaklı anlayışı yaygınlaştırmaktır. İnsan masum doğar; kötülüğü ve düşmanlığı sonradan öğrenir. Gerçekten de yabancı düşmanlığı, ırkçılık, İslamofobi gibi tutumlar, kişilerin içine doğdukları toplumda sonradan öğrendikleri/öğretildikleri sapmalardır.

Bu nedenle yapılması gereken, bu öğrenme sürecini tersine çevirmektir. Tarihte ve doğada kötülüğün de iyiliğin de örnekleri vardır. Tüm mesele bizim bugünü ve geleceği inşa ederken hangisini tercih edeceğimizle ilgilidir.

İkincisi, hukuksal mücadelenin araçlarını gözden geçirerek daha etkili olmalarını sağlamaktır. Gerek ulusal hukuk düzenlerinde gerekse uluslararası insan hakları hukukunda özellikle nefret söylemi ve ırkçılıkla mücadele konusunda daha kararlı bir duruş sergilenmelidir. Unutmamak gerekir ki, nefret söylemine müsamaha yabancı düşmanlığı ve ırkçılığın değirmenine su taşıyacaktır.

Sonuç Yerine: "İnsan Olmak ve İnsan Kalmak"…

Konuşmamı, bilge devlet adamı Aliya İzzetbegoviç'i rahmetle anarak tamamlamak istiyorum. Tarih 25 Mart 1994... İki yüz bin (200.000) Boşnak öldürülmüş, altı yüz bin (600.000) insan yerinden yurdundan sürülmüş, 800 cami bombalanmış, Bosna-Hersek'in şehirleri ve köyleri yerle bir edilmiş, sadece Saraybosna'daki askeri hastane 160 kez bombalanmış... Tüm bunları anlattıktan sonra diyor ki Aliya *"İnsan olmak ve insan kalmak, Allah'a ve kendimize karşı sorumluluğumuzdur."*

Aliya İzzetbegoviç, bütünüyle ahlaki bir kavram olarak nitelediği "insan olmak ve insan kalmak" kavramının siyasi dildeki ve uygulamadaki karşılığını da şöyle ifade eder:

"Politik dilde bu, hukuka uygun bir devlet kurmaya çalışacağız, demektir. Bu, aynı zamanda uygulamada şu anlama gelir: Bu devlette, hiç kimse dininden, ulusal ya da politik inancından dolayı zulme uğramayacak. Bu bizim en temel yasamız. İmtihanda bu nedenle başarılı olduk. Yasal otoritenin ve Bosna-Hersek ordusunun kontrolünde olan yerlerde hala katedrallerden ve kiliselerden yükselen çan seslerini duyabilirsiniz."

Umarız, yaşlı Dünyamız geçmişte yaşanan acı tecrübelerden ders çıkararak İzzetbegoviç'in gösterdiği aydınlık yolda ilerler.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

OLAĞANÜSTÜ HÂLLERDE ANAYASAL İLKELERİN İDAMESİ*

(28-30 Haziran 2017)

Saygıdeğer Katılımcılar,

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Başlamadan önce Gürcistan Anayasa Mahkemesi'nin Başkanına, tüm üyelerine ve çalışanlarına içten ve sıcak misafirperverlikleri için teşekkür etmek istiyorum.

Aynı zamanda Sayın Zaza Tavadze'ye böyle seçkin meslektaşlarıma konuşma imkânı verdiği için ayrıca teşekkür ederim.

Bana ayrılan kısıtlı süre içerisinde, anayasa mahkemelerinin olağanüstü zamanlardaki potansiyel rolü hakkında özellikle Türkiye'nin en son yaşadığı tecrübeye atfen birkaç şey söylemek isterim.

Basit bir ifadeyle başlayayım: *"Her zamankinden daha çok insan haklarının yanında durmalıyız."* Jacques Derrida, 11 Eylül terör saldırılarından bir kaç hafta sonra verdiği bir röportajda böyle diyor ve devamla "İnsan haklarına ihtiyacımız var. Onlara ihtiyaç duymaktayız ..."[1] şeklinde insan haklarının önemini vurguluyordu.

Gerçekten de, Derrida'nın bu basit ifadesi anayasa mahkemelerinin olağanüstü zamanlarda izlemesi gereken yönü işaret etmektedir. Bu açıklama çok basit gibi görünse de, hakların olağanüstü hâllerde korunması amacını gerçekleştirmek son derece zordur.

Anayasa mahkemeleri bireylerin temel hak ve özgürlüklerine devlet kurumlarının olası ölçüsüz müdahalelerine karşı onları korumak amacıyla anayasal sınırları güvenceye almak için vardırlar. Anayasa mahkemelerinin bu rolü, yürütmenin artan yetkilerinden dolayı anayasal hakların daha kırılgan ve hassas olduğu olağanüstü hâllerde çok daha önemlidir.

---

* Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansının Gürcistan'da Düzenlenen XVII. Kongresine Katılımında Yaptığı Konuşma

1 Jacques Derrida, "Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides- A Dialogue with Jacques Derrida", in Giovanna Borradori, *Philosophy In a Time Terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, (Şikago: The University of Chicago Press, 2003), s. 32.

Neredeyse bütün anayasalar olağanüstü hâl ilanı için gerekli şartları düzenlemekte ve olağanüstü hâl kararnameleri ve işlemleri için temel koşulları belirlemektedir. Bu nedenle olağanüstü hâller için hukuki bir çerçeve sunan bir "olağanüstü hâl anayasası" na sahip olduğumuz söylenebilir.

Olağanüstü halde kritik rollerini ifa etmek için, anayasa mahkemeleri en az şu üç hususta dikkatli olmalıdırlar. Birincisi, anayasal yetkileri kullanan mahkemeler, kendilerinin de anayasaya bağlı olduklarını unutmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, olağanüstü hâlde sadece "olağanüstü hâl anayasası" nda kendilerine tanınan yetkileri kullanmalıdırlar. Mahkemelerin anayasaya yönelik saygıları özellikle olağanüstü hâllerde çok önemlidir, çünkü böyle zamanlarda herhangi bir yargısal aktivizm meşruiyet krizlerine yol açabilir. Anayasa mahkemeleri anayasanın sınırları içerisinde hareket ederek anayasal hakları korumalıdırlar.

İkincisi, yargısal ve/veya anayasal denetim bir kanun ya da idari eylemi belli gerekçelere dayanarak kanuna ya da anayasaya aykırı ilan etmenin ötesine gitmemelidir. Hak ve özgürlüklerin korunması için hangi politikaların gerekli olduğunu dikte etmek mahkemelerin görevi değildir. "Bu [düzenleme] *a, b, c, … gerekçelerinden* dolayı kabul edilemezdir; [kanun koyucu olarak] daha iyi bir yol bulun" şeklindeki yaklaşım bir anayasa mahkemesi için daha uygun bir bakış açısı olarak görülmektedir[2]. Örneğin, anayasa mahkemeleri terörizmle mücadeleye yönelik politikaların esaslı bir analizini yaparak kendi görüşlerini yürütmeye empoze etmekten kaçınmalıdır. Diğer bir deyişle, etkili bir terörle mücadele politikası, yürütme organına geniş takdir yetkisi bırakmayı ve belli bir ölçüde yargısal ılımlılığı gerektirmektedir. Bu yaklaşım, "yürütmenin ulusal güvenliğe karşı tehditlere kaynakları, yetkisi ve esnekliğiyle cevap verebilecek tek organ olduğu" şeklindeki yaygın varsayıma dayanmaktadır[3].

Üçüncüsü, yürütme ulusal güvenlik tehditlerini değerlendirme ve bu tehditleri ortadan kaldırma açısından daha iyi bir konumda olmasına rağmen, sınırsız yetkilere de sahip değildir. Yürütme yasalar çerçevesinde hareket etmeli ve olağanüstü hâlde de hukukun üstünlüğü hakim olmalıdır[4]. Bundan dolayı, anayasa mahkemelerinin rolü "terörizme karşı mücadelenin kanunlar çerçevesi dışında değil içinde yapılmasını sağlamaktır"[5].

2 Ian Shapiro, *Democratic Justice*, (New Haven: Yale University Press, 1999), s. 61.

3 Eric A. Posner ve Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 4. Ayrıca bkz. Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, (Oxford: Oxford University Press, 2006).

4 Bkz. David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), s. 2.

5 *Dialogue between Judges- Proceeding of the Seminar 29 January 2016*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Strazburg, 2016, s. 27.

Özetlemek gerekirse, olağanüstü hâllerde mahkemeler, yürütme gücünün işlem ve eylemlerini incelemek için sınırlandırılmış yetkilere sahiptirler. Kamu düzenine karşı var olan terör tehdidini ortadan kaldırmak kesinlikle mahkemelerin yetkisinin ötesindedir. Terörizm sorununu çözmek yürütme ve yasamanın görevidir. Mahkemelerin görevi ise devlet kurumlarının "olağanüstü hâl anayasası" ve kanunlar dairesinde hareket etmelerini sağlamaktır.

Değerli Meslektaşlarım,

Olağanüstü hallere yönelik bu prensiplerin uygulanması hakkında daha ayrıntılı bilgi vermek için Türkiye'deki duruma değinmek isterim. Şu an devam eden olağanüstü hâl, 249 kişinin şehit olmasına ve 2000'den fazla insanın yaralanmasına neden olan 15 Temmuz 2016 askeri darbe teşebbüsünün ardından ilan edilmiştir.

Belirtmem gerekir ki, menfur bir terör saldırısı olan darbe teşebbüsü, Fransa ya da herhangi bir Avrupa devletinde gerçekleşen terör saldırıları ile karşılaştırıldığında daha geniş çaplı ve yıkıcıydı. 15 Temmuz olayı yarattığı travmatik etki bakımından yalnızca ABD'deki 11 Eylül (9/11) terör saldırılarıyla karşılaştırılabilir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri *"(darbe teşebbüsünün) amacına ulaşması hâlinde Türkiye'de demokrasiyi ortadan kaldıracağını ve Avrupa Konseyi'nin tüm değerlerini bertaraf edeceğini"* vurgulamıştır[6]. Aynı şekilde, Venedik Komisyonu da olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri hakkında görüşünde *"demokratik hükümete karşı girişilen bir askeri darbenin, doğası gereği, demokrasi ve hukukun üstünlüğü değerlerinin inkârı anlamını taşıdığını"* belirtmiştir"[7].

Gerçekten de 15 Temmuz darbe teşebbüsü anayasal demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına şiddetli bir saldırıydı. Bundan dolayı, darbe teşebbüsünün ilk saatlerinde, anayasanın koruyucusu olarak Türk Anayasa Mahkemesi (AYM), şu açıklamayı yapmıştır: "*Anayasal düzene karşı her türlü demokrasi dışı girişimi reddediyoruz ve demokratik hukuk devletinin yanındayız."*

Bu darbe teşebbüsü üzerine Bakanlar Kurulu 20 Temmuz 2016 tarihinde, FETÖ/PDY ve diğer terör örgütlerine karşı kapsamlı ve etkili bir şekilde mücadele edebilmek için, 90 günlüğüne ülke çapında olağanüstü hâl ilan etmiş, 19 Nisan 2017 tarihinden geçerli olmak üzere ise üçüncü kez 3 aylık bir süre için olağanüstü hâlin uzatılmasına karar vermiştir.

Olağanüstü hâlin ilan edilmesinin ardından, Türkiye Avrupa Konseyine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi uyarınca derogasyon hak-

6 Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine ilişkin Memorandum, CommDH(2016)35, Strazburg, 7 Ekim 2016, par. 4.

7 Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667- 676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, CDLAD(2016)037, Strazburg, 12 Aralık 2016, par. 7.

kını kullandığını bildirmiştir. Derogasyon, olağanüstü hâl 19 Temmuz 2017 tarihine kadar uzatıldığından hâlâ yürürlüktedir.

Olağanüstü hâl, Türk Anayasa Mahkemesi açısından da norm denetimi ve bireysel başvuru (anayasa şikayeti) düzeyinde ağır bir meydan okumayı beraberinde getirmiştir. Norm denetimi konusunda, Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'larının Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine konu olamayacağını açık bir şekilde belirten Anayasa'nın 148. maddesine dayanarak bu KHK'ların anayasallığının denetlenmesi konusundaki iptal talebini reddetmiştir[8].

Ancak Anayasa Mahkemesi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanarak kanunlaştıkları takdirde OHAL KHK'larının anayasal denetimini yapma yetkisine sahiptir.

Ayrıca olağanüstü hâl döneminde alınan idari kararlar ve yapılan işlemler yargı denetimine tâbidir. Olağanüstü hal süresi boyunca idare mahkemeleri için tek sınırlama, bu süre içerisinde alınan idari kararlar ve yapılan işlemler ile ilgili davalarda yürütmeyi durdurma kararı veremeyecek olmalarıdır.

Norm denetimine kıyasla, bireysel başvuru olağanüstü hâllerde daha karmaşık sorunları karşımıza çıkarmaktadır. Bu konulara değinmeden önce, Türkiye'de bireysel başvuru sistemi hakkında birkaç söz söylemek isterim. Bireysel başvuru sisteminin 2012 yılında kabulü Türkiye'de anayasal hak ve özgürlüklerin korunması yolunda devrim niteliğinde bir adım olmuştur. Kısa bir süredir uygulanmasına rağmen Mahkeme bireysel başvurunun temel hakların korunması bakımından etkili bir yol olduğunu kanıtlamıştır.

Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvurunun etkililiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce de teyit edilmiştir[9]. Kısa bir süre önce Strazburg Mahkemesi, başvuranların AYM nezdinde bireysel başvuru yolunu tüketmedikleri gerekçesiyle OHAL KHK'larının uygulanmasına ilişkin başvuruları reddetmiştir[10].

Olağanüstü hal sırasında Mahkeme bireysel başvuru ile ilgili iki temel meydan okuma ile karşı karşıyadır. Birincisi, iş yükü şu an çarpıcı biçimde yükselmiş ve 105.000'in üzerine çıkmıştır. Bu başvuruların yüzde 75'i olağanüstü hâl tedbirleri, özellikle de kamu görevinden çıkarılma ve tutukluluklar hakkındadır. AYM önündeki derdest başvuruların sayısı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 47 devletten gelen ve derdest olan toplam başvuru sayısından daha yüksektir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nez-

8 E.2016/166, 2016/159, 12.10.2016 ; E.2016/67, K. 2016/160, 12.10.2016.

9 *Hasan Uzun / Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/04/2013.

10 *Zeynep Mercan / Türkiye*, B. No: 56511/16, 17/11/2016; *Zihni / Türkiye*, B. No: 59061/16, 29/11/2016.

dinde Türkiye'ye karşı yapılan başvuruların büyük ölçüde son zamanlardaki olağanüstü hâl tedbirleri doğrultusunda arttığını da belirtmeliyim.

2 Ocak 2017 tarihli ve 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "İnceleme Komisyonu"nun kurulmasının, kamu görevinden çıkarılma gibi olağanüstü hâl tedbirlerine karşı yapılan şikâyetlerin incelenmesi yolunda olumlu bir adım olduğu şüphesizdir. Komisyonun bu ay başvuruları kabul etmesi ve böylece AYM'nin iş yükünü hafifletmesi beklenmektedir.

AYM kendisine bireysel başvuru yapılmadan önce Komisyonun tüketilmesi gereken etkili bir yol olup olmadığına henüz karar vermemiştir. Bununla birlikte geçen ay Strazburg Mahkemesi, bir öğretmenin olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi ile ihraç edilmesini konu alan, *Köksal / Türkiye* (Başvuru No 70478/16) davasında oybirliğiyle başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Strazburg Mahkemesi başvurucunun kararları idare mahkemelerinin yargısal denetimine tabi olan, İnceleme Komisyonuna başvurmuş olması gerektiğini belirtmiş, idare mahkemelerinin verdiği kararların bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınabileceğini de ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin önündeki ikinci meydan okuma ise anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik mevcut hak-eksenli yaklaşımını sürdürmektir. Olağanüstü hâl döneminde yapılan bireysel başvurularda Mahkeme, olağanüstü hâl tedbirlerinin icap ve koşullarını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesini yorumlayacak ve uygulayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesiyle neredeyse aynı olan Anayasa'nın 15. maddesine göre, olağanüstü hâllerde "durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir". Söz konusu madde ayrıca işkence yasağı, masumiyet karinesi, din ve vicdan özgürlüğü gibi sınırlanamayan mutlak hak ve özgürlüklere de yer vermektedir[11].

Saygıdeğer Meslektaşlarım,

Geçen hafta AYM, darbe teşebbüsünde yer aldığı iddia edilen kişilerin tutukluluğuna ilişkin ilk bireysel başvuru hakkında karar vermiştir[12]. Bugün Resmî Gazete'de yayımlanan bu karar, benzer davalarda uygulanacak temel anayasal ilkeleri belirlemiş olması nedeniyle çok önemlidir.

11 Bkz. Vahit Bıçak & Zühtü Arslan, *Constitutional Law in Turkey*, Second Edition, (Kluwer Law International, 2016), s. 217-221.

12 *Aydın Yavuz ve Diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017.

Bu öncü kararda AYM kamu otoritelerinin olağanüstü hâle yol açan tehlikelerin ortadan kaldırılmasıyla ilgili tedbirlerin alınması ve politikaların benimsenmesi konusunda çok geniş takdir yetkisine sahip olduklarının fakat bu yetkilerinin sınırsız olmadığının altını çizmiştir. Anayasa'da güvence altına alınan anayasal ilkeler ışığında bireysel başvuru konusu olağanüstü hâl tedbirlerini incelemek AYM'nin görevidir[13].

Bu bağlamda Mahkeme Anayasa'nın 15. maddesinin hükümlerini ilk defa sistematik biçimde yorumlayıp uygulamıştır. Mahkeme olağanüstü hâlde anayasal haklara herhangi bir müdahalenin 15. maddede belirtilen üç kriteri karşılaması gerektiğine dikkat çekmiştir. Başka bir deyişle, AYM olağanüstü hâl tedbirleri ile ilgili bireysel başvurularda üç aşamalı test uygulamaktadır.

Öncelikle, bir olağanüstü hâl tedbiri Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan sınırlanamaz, mutlak (çekirdek) haklar ile özgürlüklere müdahale teşkil etmemelidir. İkincisi, müdahale ya da kısıtlama milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmamalıdır. Bu iki kriteri uygularken Mahkeme, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan genişletilmiş, sınırlanamayan haklar ve özgürlükler listesine özel bir atıfta bulunmuştur. Üçüncüsü, sınırlanabilir haklar ve özgürlüklere getirilen herhangi bir kısıtlama durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. 15. madde altındaki son test aşaması çok iyi bilinen ölçülülük ilkesinin uygulanmasını içermektedir[14].

AYM bu ilkeleri somut olaya uygulamak suretiyle başvurucunun tutukluluğunun kanuna aykırı olduğu ve 11 aylık tutukluluk süresinin makul olmadığı iddialarını kabul edilemez bulmuştur. Gerçekten de Mahkeme bu sonuca varırken Anayasa'nın 15. maddesine atıfta bulunmamıştır, çünkü bu iddiaları zaten olağanüstü hâlde olmayan zamanlarda yani normal hukuk rejiminde bile kabul edilemez bulmuştur. Diğer bir deyişle, bu iddialar zaten olağan hallerde uygulanan kabul edilebilirlik testini geçmeyi başaramamaktadır. Bundan dolayı Mahkeme başvurunun bu kısımlarını kabul edilemez ilan etmek için 15. maddeye değil de 13. maddeye dayanmıştır[15].

Diğer yandan AYM, tutukluluğun uzatılmasına yapılan itirazların 8 ay 18 gün boyunca duruşmasız olarak incelendiği iddiasını kabul edilebilir bulmuştur. Mahkemeye göre bu durum Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir. Nitekim Mahkeme daha önce olağan halde benzer olaylarda ihlal tespit etmiştir.

13 *Aydın Yavuz ve Diğerleri*, § 210.
14 *Aydın Yavuz ve Diğerleri*, §§ 196-211.
15 *Aydın Yavuz ve Diğerleri*, §§ 301, 320.

Ancak, başvurucunun tutukluluğunun uzatılması olağanüstü hâl sırasında gerçekleştiği için, bu tedbir Anayasa'nın 15. maddesi doğrultusunda değerlendirilmelidir. Darbe teşebbüsünün ardından çok sayıda hâkim ve savcının görevden el çektirilmesine ve yine çok sayıda kişinin tutuklanmasına dikkat çekmek suretiyle "durum"u değerlendiren Mahkeme, tutukluluk halinin duruşma yapılmaksızın 8 ay 18 gün sürdürülmesinin "durumun gerektirdiği ölçüde" bir tedbir olması nedeniyle ölçüsüz olmadığına karar vermiştir[16].

AYM'nin bu yaklaşımının uluslararası insan hakları hukuku, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadıyla uyumlu olduğu kanaatindeyim.

Sonuç olarak anayasa mahkemeleri olağanüstü hâllerde çok zor, bir o kadar da kritik roller üstlenmektedir. Böyle zamanlarda, anayasa mahkemelerine düşen görev, "olağanüstü hâl anayasası" altında yürütmenin genişletilmiş yetkilerine saygı duyarken temel hakları korumaya çaba göstermektir.

Konuşmama Derrida'nın 11 Eylül'den sonra söylediklerini yineleyerek son vermek istiyorum: *"Her zamankinden daha çok insan haklarının yanında durmalıyız."*

İlginiz için teşekkür ederim.

16 *Aydın Yavuz ve Diğerleri*, §§ 350-359.

ALİYA İZZETBEGOVİÇ'İN DÜŞÜNCESİNDE ÜÇ KAVRAM: ADALET, HUKUK VE HÜRRİYET*

(19 Ekim 2018)

Değerli Katılımcılar,

Hanımefendiler, Beyefendiler,

Sizleri en kalbi duygularımla, sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

Bugün bu toplantıda bir araya gelmemize vesile olan büyük insanı, merhum Aliya İzzetbegoviç'i rahmet ve minnetle anıyorum. Mekânı Cennet olsun.

Böylesine parlak bir kutup yıldızının ölüm yıl dönümü nedeniyle onun öğrenim gördüğü üniversitede düzenlenen bu konferansta bulunuyor olmaktan büyük bir memnuniyet duyduğumu ifade etmek isterim. Bu fırsatı verdikleri için de konferansı düzenleyenlere şükranlarımı arzediyorum.

Hiç kuşkusuz Aliya İzzetbegoviç ismi çok boyutlu bir insanı çağrıştırıyor. Kararlı bir mücadele adamı, cesur bir komutan, adil ve bilge bir devlet başkanı… Kanaatimce tüm bu yönleri arasında Aliya'yı biricik ve kalıcı kılan onun her şeyden evvel bir düşünür olmasıdır.

Gerçekten de çok sayıda kişinin düşünce hamurunu yoğuran ve zihin dünyalarını aydınlatan bir düşünürü vefatının 15. yılında anmak üzere burada toplanmış bulunuyoruz. Tefekkür ve tezekkür anlamında düşünceye ne kadar az rastlandığı, bu açıdan dünyamızın gitgide çoraklaştığı dikkate alındığında kelimenin tam anlamıyla bir mütefekkiri anmak çok daha anlamlı hale gelmektedir.

Bu noktada Aliya'nın da eserlerinde atıf yaptığı bir düşünürü, Martin Heidegger'i anmak isterim. 1955 yılında, hemşehrisi olan bir bestecinin 175. doğum yıl dönümü nedeniyle yaptığı konuşmada Heidegger tam da bu düşünce fakirliğinden bahseder. İnsanın düşünmediğini, hatta düşünmekten

---

* Saraybosna Üniversitesi'nde düzenlenen "Aliya İzzetbegoviç ve Onun Hukuk ile Devlet Anlayışı" konulu Konferansta yaptığı konuşma.

kaçtığını, bu nedenle anma toplantılarının düşünceden uzak olduğunu, hatta düşünce-sizlikle yan yana durduğunu söyler[1]. Hâlbuki Heidegger'a göre, "*insan düşünen, yani, tefekkür eden (meditating) bir varlık"*tır[2].

Bugün burada Heidegger'in tanımına tam olarak uyan Aliya İzzetbegoviç'in adalet, hukuk ve hürriyet kavramları etrafında geliştirdiği düşünce üzerinde konuşmak istiyorum. Hiç kuşkusuz Aliya'nın düşüncelerini tüm boyutlarıyla ortaya koyma iddiasında değilim. Bana ayrılan zaman da, onun eserlerini Türkçe ve İngilizce çevirilerinden okumam nedeniyle birikimim de buna izin vermez. Benimkisi, Aliya'nın zengin düşünce dünyasına mütevazı ve tamamlanmamış bir giriş çabasıdır.

Buyurun onun zengin tefekkür dünyasına girmeyi hep birlikte deneyelim.

1. Genel Değerlendirme: Doğu-Batı Arasında Köprü Olmak

Değerli Katılımcılar,

Nobel Edebiyat Ödülü sahibi İngiliz şair Rudyard Kipling'in meşhur şiirini bilirsiniz. Diyor ki: "*Doğu doğudur, Batı da Batı/Ve bu ikisi hiçbir zaman bir araya gelmeyecektir; ta ki yer ve gök, Tanrı'nın büyük hüküm kürsüsünde hazır bulunana kadar*".

Aliya, Doğu ve Batının arasında durup, bu ikisini biraraya getirmek isteyen biriydi. Burada Doğu ve Batı medeniyetini çok iyi bilen, her iki dünyanın ruh ve düşünce köklerini detaylarına kadar analiz etmiş bir düşünürden bahsediyoruz. Sadece "Doğu Batı Arasında İslam" kitabını okuduğumuzda bile, onun bir yandan antik Yunan'dan bugüne batı düşüncesine, diğer yandan İslam'ın ilk döneminden günümüze Doğu düşüncesine olan hâkimiyetini görmek mümkün. Bu kitap, Aristoteles'ten Heidegger'e, Sophocles'ten Nietzsche'ye, Stoacılardan Frankfurt Okuluna, Batı klasiklerinden Rus edebiyatına kadar düşünce, sanat, tarih, medeniyet, teknoloji, hukuk gibi kavram ve kurumların ele alındığı bir zihinsel yolculuğa çıkarır sizi.

Ancak, Aliya'nın bu eseri okuyucuyu bilgilendirmeye yönelik bir düşünce ya da felsefe tarihi değildir. Onun bir tezi vardır. Kanaatimce Aliya'nın tüm kitaplarında ve hayatı boyunca savunduğu temel tez şudur: *"Evet doğu doğudur, batı da batı. Ancak bu ikiliyi biraraya getirecek olan, bu ikisinin sahibi olan Allah'tır."* Aliya'ya göre iyi ve kötü gibi ahlaki davranışları, sorumluluğu ve son kertede insani varoluşu anlamlı kılan da tarihi yapan da yaratıcıdır.

Aslında bu durum, tam da doğu ve batı arasında köprü misyonunun bir

1 Martin Heidegger, *Discourse on Thinking*, Çeviren: J.M.Anderson ve E.H. Freund, (New York: Harper Books, 1956), s. 45.

2 *Ibid*., s. 47.

yansımasıdır. Aliya, bunu Bosna-Hersek'in kimlik meselesi olarak görür. Bu bir yandan Avrupalı olmayı, diğer yandan da kendine ait değerleri korumayı gerektirmektedir. Vefatından iki yıl önce, gazeteci rahmetli Akif Emre'ye verdiği mülakatta Aliya'nın son sözleri bu meseleye ilişkindir. Aliya, Türkiye gibi *"Bosna-Hersek'in Doğu-Batı arasında köprü olması gerektiğini", bu bağlamda "iki güçlü kaynağa, Batı kültürü ve Doğu geleneğine yaslanmak zorunda"* olduğunu, bunun da *"Boşnakların ve Türklerin çözmesi gereken temel sorun"*u oluşturduğunu ifade etmiştir[3].

2. Adalet: "En Yüksek Emir"

Aslında Aliya, bu yakıcı kimlik meselesini ortaya koyarken, farklı zamanlarda onun temel parametrelerini de açıklamıştır. Bu kimliğin siyasal/toplumsal düzen boyutunda temel bir kavram olarak "adalet" karşımıza çıkmaktadır.

Doğu'nun ve Batı'nın sahibi, bu ikiliyi bir araya getirecek olan "adalet"i emretti (Araf, 7/29; Nahl, 16/90). Aliya'nın ifadesiyle "en yüksek emir" olan adalet "hem şahsi hem de sosyal bir fazilettir". Bu yönüyle adalet kişinin hem insan hem de vatandaş olarak terbiyesine yönelik bir işlev görür[4].

Dolayısıyla denebilir ki Aliya'nın tüm hayatı boyunca savunduğu düşünce, farklılıkların birarada yaşayabildiği, eşitlik ve özgürlük temelinde adil bir siyasal/hukuksal düzenin kurulmasıdır. Gerçekten de Aliya, kendisinden önceki birçok düşünür gibi farklılıkların birlikte yaşayacağı adil bir dünya için çaba göstermiştir.

Aliya'yı "öteki" ile sağlıklı bir ontolojik ilişkinin hayati derecede önemli olduğunu savunan Kant, Rawls, Derrida ve Foucault gibi modern ve post-modern düşünürlerden ayıran iki temel özellik vardır. Birincisi, Aliya'nın bu konudaki görüşlerinin kaynağında onun kimliğini belirleyen ve düşünce sistemine hâkim olan İslam anlayışının bulunmasıdır. İkincisi ise diğer düşünürlerden farklı olarak Aliya'nın düşüncelerini bir devlet adamı olarak belli ölçüde uygulamaya geçirmiş olmasıdır.

Aliya İzzetbegoviç, adaletin tezahürünü "öteki" ile kurulan ilişkide görür. Kuşkusuz bu ilişkinin odağına da doğuştan gelen bir meziyet olmaktan ziyade sonradan öğrenilen ve zor gelişen bir davranış biçimi olan hoşgörüyü oturtur. Zira "tabii olan hoşgörüsüzlüktür". Aliya, bu nedenle, söz konusu davranışı kazanmanın ve uygulamanın yıllar alan bir süreç olduğunu söyler. Nitekim

3 A. İzzetbegoviç, *Konuşmalar*, 19.Baskı, Çevirenler: F.Altun ve R. Ahmetoğlu, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2015), s. 253; A. İzzetbegoviç, *Geleceği Yenilemek*, Derleyen: A. Öz, 3. Baskı, (İstanbul: Pınar Yayınları, 2018), s. 123.

4 A. İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasında İslam*, 3. Baskı, Çeviren: S. Şaban, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2015), ss. 286-287.

bir caminin yanında sinagogun, onun yanında bir kilisenin bulunmasını kabullenmek yüzyılları almıştır[5].

Aliya "her zaman hem camiden ezan hem de kiliseden çan sesinin duyulacağı, medeni hayat konsepti"ni sahipleniyor ve savunuyordu.[6] BM Genel Kurulu'nun 49. Birleşiminde yaptığı konuşmada şöyle diyordu: "*Bizim Bosna dediğimiz şey Balkanlarda sadece bir toprak parçası değildir. Çoğumuz için Bosna sadece vatan değil, o bir fikirdir. Bu, farklı din, farklı millet ve kültür geleneklerine sahip insanların bir arada ve beraber yaşayabileceğinin inancıdır*"[7].

Öte yandan Aliya, şahsında geliştirdiği bu davranış biçiminin ruh köklerinin İslam olduğunu söyler. 1994 yılında Almanya'da yayınlanan bir dergiye verdiği mülakatta *"Siz Avrupa hoşgörüsüne bağlı bir Müslüman olarak tanımıyorsunuz"* şeklinde başlayan bir soruyu şöyle düzeltir: "*Benim hoşgörüm, Avrupa değil İslam kökenlidir. Eğer hoşgörülüysem, öncelikle ve en çok Müslüman olduğum için, ancak ondan sonra Avrupalı olduğum içindir*"[8]. Aynı mülakatta bu hoşgörünün tarihsel yansımalarını da anlatmaktan geri durmaz. Türklerin aslında çok da yumuşak bir idare anlayışına sahip olmadığını, ancak yüzyıllar süren hâkimiyetlerinde Balkanlar'da hiçbir dinin mabedini yıkmadığını söyler.

Aliya'nın bahsettiği bu hoşgörünün somutlaşmış halini Fatih Sultan Mehmed'in 1463 yılında yazdığı "Ahidnamesi"nde bulmak mümkündür. Sultan Mehmed bu metinde Bosnalı [Fransisken] ruhbanlara ve kiliselerine hiç kimsenin engel olmamasını, onların ülkede güven içinde ve serbestçe yaşayacaklarını, hiç kimsenin "*kendilerine ve canlarına ve mallarına ve kiliselerine ve dışarıdan ülkeye gelenlerine"* dokunmayacağını, saldırıp incitmeyeceğini taahhüt etmektedir.

Fatih'in "Ahidnamesi"nden yaklaşık doksan yıl sonra, 1563 yılında Cenevre'de bu hoşgörü anlayışının tam zıddı bir anlayışın elim bir yansıması yaşanmıştır. Miguel Servet adında bir İspanyol, dini kanaatlerinden dolayı sapkınlıkla itham edilmiş ve düşük ateşte kitaplarıyla birlikte yakılarak ölüme mahkûm edilmiştir[9]. Dini hakikatleri inkâr suçu (blasphemy), her zaman diri diri yakılarak ölümle cezalandırılmasa da, İngiltere başta olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde uzun yıllar varlığını sürdürmüştür[10].

---

5 İzzetbegoviç, *Konuşmalar*, s. 49.

6 A. İzzetbegoviç, *Köle Olmayacağız*, Çeviren: R. Ademi, 4.Baskı, İstanbul: Fide Yayınları, 2018, s. 179.

7 *Ibid*., ss. 204-205.

8 A. İzzetbegoviç, *Tarihe Tanıklığım*, 14. Baskı, Çevirenler: A. Erkilet, A. Demirhan ve H.Öz, (İstanbul, Klasik Yayınları, 2016), s. 195.

9 S. Zweig, *Castellio Calvin'e Karşı ya da Bir Vicdan Zorbalığa Karşı*, çeviren: M.Topal ve K.Koçak, (İstanbul: İletişim yayınları, 2018), ss. 144-147.

10 H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, (Oxford: Oxford University Press, 1963), s. 44.

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, ölümcül fanatizme karşı vicdanın sesini yükseltenler de her devirde olmuştur. Yine bir din âlimi olan Castellio, Servet'in yakılmasına sebep olan anlayışı mahkum edecek bir hoşgörü manifestosu yayınlamıştır. Castellio tüm bu vahşetin Hz. İsa'ya mal edilmesini şu sözlerle eleştirmiştir: *"Ah, yalnızca iblisin isteği ve icadı olabilecek böylesi şeyleri İsa'nın üzerine atmak, insanların ne alçakça cüreti!"*[11].

Diğer yandan Aliya, adil bir toplumsal ve siyasi düzenin temel felsefesini "insan olmak ve insan kalmak" ilkesi olarak ifade etmiştir. Bu ilke, bir yandan bireysel ve varoluşsal olarak hayatımızı anlamlandırma, diğer yandan da kendisini farklı konumlandıran ve anlamlandıranlarla birlikte barışçıl bir şekilde birarada yaşamının anahtarını sunmaktadır. Başka bir ifadeyle, "insan olmak ve insan kalmak" biri moral/ahlaki, diğeri de hukuki/siyasi olmak üzere iki ilkeyi bünyesinde barındırmaktadır.

Bütünüyle ahlaki olan "insan olmak ve insan kalmak" kavramı, siyasal dile çevirildiğinde ortaya demokratik hukuk devleti anlayışı çıkar. Aliya'nın ifadesiyle *"Politik dilde bu, hukuka uygun bir devlet kurmaya çalışacağız, demektir."* Devam ediyor Aliya: *"Bu, aynı zamanda uygulamada şu anlama gelir: Bu devlette, hiç kimse dininden, ulusal ya da politik inancından dolayı zulme uğramayacak. Bu bizim en temel yasamız"*[12].

"İnsan olmak ve insan kalmak" şeklinde ifade edilen moral ve siyasal ilkenin, bir yandan hukukun üstünlüğüne diğer yandan da bireylerin temel hak ve özgürlüklerine dayanan demokratik bir devleti gerektirdiği açıktır.

"İnsan olmak ve insan kalmak" şeklinde ifade edilen moral ve siyasal ilkenin, bir yandan hukukun üstünlüğüne diğer yandan da bireylerin temel hak ve özgürlüklerine dayanan demokratik bir devleti gerektirdiği açıktır.

3. Hukuk: "İki Kutuplu Birlik"

Hukuk, Aliya'nın siyasi düşünce ve pratiğinde merkezi bir yer işgal eder. "*Doğu Batı Arasında İslam*" adlı eserinde hukuk anlayışını, Marksist ve pozitivist yaklaşımları eleştirmek suretiyle ortaya koyar. Marx "Yahudi Meselesi" başlıklı yazısında doğuştan ve insan haysiyetinin gereği olarak sahip olunan insan haklarını, toplumdan soyutlanmış egoist burjuva bireyinin hakları olarak görür. Jeremy Bentham da bu hakları "metafizik saçmalık" olarak nitelendirir[13].

Aliya, Marksizmin hukuku, egemenlerin iradesi, siyasi bilincin yansıması ve siyasi tedbir olarak gören yaklaşımını kabul etmez. Ona göre hukuk, "bir yandan gaye güdücüdür, sosyaldir, siyasidir; objektiftir ve tamamen dünyaya

11 Zweig, *Castellio Calvin'e Karşı*, s. 173

12 İzzetbegoviç, *Konuşmalar*, s. 75.

13 İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasında İslam*, s. 298. Aynı konuda bkz. Z. Arslan, "Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights", *Res Publica*, 5 (1999): 195-215, ss. 197-199.

dönüktür; öbür taraftan ise normatiftir, ahlakidir". Başka bir ifadeyle hukuk, hem siyasi hem de ahlaki yönü olan "iki kutuplu bir birliktir"[14].

Bu iki kutupluluğu açıklarken "fiziki" ve "ahlaki" kuvvet tabirlerine başvurur. Marksizmin içinde hukuka yer yoktur, zira "hukuk fiziğe zıttır". Fiziği esas alan anlayışta her alanda "kesinlik" olduğu için "olmalı" şeklinde bir normatif alan düşünülemez. Aliya devlet ve hukuk arasındaki ilişkiyi de şöyle ifade eder: "*Devlet ile iktidar fiziki, mahkeme ile hukuk ise ahlâkî kuvvetin ifadesidir. Mahkemenin (hukukun) manevi kuvvetinin devletin fiziki kuvvetine denk olabileceğini kabul etmek, fikrin maddeden, ruhun da eşyadan üstünlüğünü kabul etmek demektir*"[15].

Diğer yandan Aliya, Hegel'in Romalıların hukuk anlayışına dair tespitlerinden hareketle hukukun amacını ortaya koyar. Hegel'e göre Romalılar "*vicdan ve kalpten bağımsız, harici olan hukuk prensibini keşfetmişlerdir*"[16]. Aliya hukukla ilgili bu ifadeyi "çelişkili" bulmuş ve şu tespiti yapmıştır: *"Hukuk asla sadece harici değildir, özü bakımından o, kendisine doğru çabaladığı adalet fikridir"*[17].

Aliya'ya göre hukukun en önemli işlevi, temel hak ve özgürlükleri korumak için iktidarı sınırlandırmaktır. Onun ifadesiyle "İktidarın herhangi bir sınırlamasının başladığı zamanda ve yerde hukuk başlar"[18]. Tam da bu nedenle Aliya demokrasiyi hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağlı bir yönetim anlayışı olarak görür. Buna göre, demokrasi çoğunluğun sınırsız yönetimi olmayıp, çoğunluk iradesinin hukukla sınırlandırılmasını gerektirir[19].

Diğer yandan hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği de mahkeme kararlarına uymaktır. Aliya, 1990 yılında yaptığı bir konuşmada eski Yugoslavya yöneticilerini Anayasa Mahkemesinin bir iptal kararına uymadıkları için Anayasayı ihlalle suçlar. Ona göre "*Anayasa'ya aykırı kanun yapmak ayrı bir şeydir -çünkü bu bilmezlikten de olabilir- Anayasa Mahkemesi'nin aykırılık hususunda verdiği kararından sonra böyle bir kanunda ısrar etmek ise ayrı bir şeydir"*[20].

Aliya'nın bu sözleri, baskı rejimlerinde bile hukukun ve onu uygulayan mahkemelerin azınlıkta kalanları, "öteki" olarak görülenleri koruma işlevinin bulunduğunu anlatmaktadır. Hukuk, "öteki" olarak kabul edilenlere adil davranılmasını gerektirmektedir. Tam da bu nedenle Aliya şu önemli tespiti

14 İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasında İslam*, s. 302.

15 *Ibid*., s. 305.

16 İzzetbegoviç, *Özgürlüğe Kaçışım: Zindandan Notlar*, 21. Baskı, Çeviren: H.T.Başoğlu, (İstanbul: Klasik yayınları, 2015), s. 171.

17 *Ibid*., s. 172.

18 İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasında İslam*, s. 299.

19 A. Izetbegović, *Inescapable Questions: Autobiographical Notes*, (Leicester: Islamic Foundation, 2003), s.68; İzzetbegoviç, *Tarihe Tanıklığım*, s. *77.*

20 İzzetbegoviç, *Köle Olmayacağız*, s. 14.

yapar: *"Her sosyal düzenin hukukiliğinin mihenk taşı, muarızlarına ve azınlıklara karşı takındığı tutumdur"*[21].

4. Hürriyet: "Hayatımıza anlam veren şey"

Adaletin ve hukukun günümüzde en önemli tezahürü ve ete kemiğe bürünmüş hali, temel hak ve hürriyetlerdir. İnsanın sadece insan olmaktan dolayı hak ve hürriyetlere sahip olduğu fikri, Doğunun ve Batının ortak mirasıdır. Osmanlı'nın son döneminde Divan-ı Temyiz Başkanlığından Maarif Nazırlığına, birçok alanda görev yapmış olan Mehmet Tahir Münif Paşa, 1884 yılında basılan *Hikmet-i Hukuk* (Hukuk Felsefesi) adlı kitabında hakların evrenselliğini çok güzel anlatmıştır. Münif Paşa'ya göre *"Hukûk-ı tabî'iyye (doğal hukuk) insanın fıtratında mevcûd olan şeylerdir; bin sene evvel şöyle idi ammâ şimdi böyle olmak lâzım gelir denemez; kezâlik Avrupa'da öyledir ammâ Asya'da da böyle olmak iktizâ eder denemez; zirâ hikmetin memleketi ve yeri ve yurdu olmaz; hikmet her yerde hikmettir"*[22].

Gerçekten de söz gelimi inanç ve ifade özgürlüğünü farklı düşünürler farklı temellerde savunmuşlardır. John Locke, 1685 yılında yazdığı *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*'ta inanç özgürlüğünü İncil'e atıfla savunuyordu. Locke şöyle diyordu: *"İsa'nın Kilisesinin başkalarına zulmedip, ateş ve kılıç ile onları kendi inancını ve doktrinini benimsemeye zorlaması gerektiğini Yeni Ahit'in hiçbir kitabında hâlâ bulamadım"*[23].

Aliya İzzetbegoviç'e göre ise "Düşünce ve inanç hürriyeti, her şeyden evvel başka türlü düşünmek ve inanmak hakkı"dır[24]. İzzetbegoviç, 1994 yılında verdiği bir konferansta inanç, düşünce ve ifade özgürlüğünü Kur'ana atıfla haklılaştırıyordu. Kendisine sorulan *"Savaştayız, neden sansürü devreye sokmuyorsunuz?"* sorusunu şöyle cevaplamıştır: "*Yaşadığım onca şeyden sonra asla bu tür yasaklara taraftar olmayacağım... Bu yalnızca bir ilke sorunu değildir, aynı zamanda bir verimlilik sorunudur. Yasakların ve baskının insanları ikna etmek konusunda yapabilecek bir şeyi olmadığına inanıyorum*". Aliya, devamında, soruyu soran kişiye Kur'andaki *"Dinde zorlama yoktur"* ayetini hatırlattığını, geniş yorumlandığında bunun "inançlarda, düşüncelerde herhangi bir baskının söz konusu olamayacağı" anlamına geldiğini ifade etmiştir[25].

Tam da bu noktada Aliya'nın "Dinde zorlama yoktur" ayetinden hareketle, özgürlük ve ahlak arasında kurduğu muazzam bağlantıya dikkat çekmek

21 İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasında İslam*, s. 299.
22 Münif Paşa, *Hikmet-i Hukûk*, Hazırlayan: G.Doğan, (Konya: Çizgi Kitabevi, 2016), § 2, s. 22.
23 Locke, *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*, Çeviren: M. Yürüşen, (Ankara: Liberte, 2004), s. 36.
24 İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasında İslam*, s. 299.
25 İzzetbegoviç, *Tarihe Tanıklığım*, s. 62.

gerekir. Aliya'nın düşüncesinde insani varoluşu anlamlı hale getiren ezelden beri seçmeye mahkûm ve mecbur kılınmasıdır. Başka bir ifadeyle varoluşun temelinde hürriyet vardır.

Aliya insanın özgürlüğe mahkûmiyetini şöyle ifade eder: "*İnsan cennetten çıkarıldığından beri kendisine verilen hürriyetten kurtulamıyor, iyilik ve kötülük dramının içinden dışarı çıkamıyor, hayvan veya melek gibi masum olamıyor. Kendi hürriyetini seçmeye ve kullanmaya, iyi veya kötü olmaya, tek bir kelimeyle insan olmaya mecburdur. Bu seçme kabiliyeti, neticesi ne olursa olsun, kâinatta mümkün olan varoluşun en yüksek şeklidir*"[26].

Aliya "hayatımıza anlam veren şey"[27] olarak nitelendirdiği hürriyet ile ahlak arasındaki ilişkiyi de şu veciz sözlerle açıklar: «*Diktatörlük günahı yasaklasa bile ahlaksızdır, demokrasi ona izin verse bile ahlaklıdır. Ahlakilik özgürlükten ayrılamaz. Ancak hür fiil ahlaki fiildir. Bir diktatörlük özgürlüğü, dolayısıyla seçme imkanını ortadan kaldırmak suretiyle, kendi temellerinde ahlakçılığın nefyini içerir. Bu noktaya kadar, tarihteki tüm tezahürler ne olursa olsun, din ile diktatörlük birbirlerini karşılıklı olarak dışlarlar*"[28].

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan şunu çıkarabiliriz: Aliya, adalet, hukuk ve hürriyet kavramlarından hareketle, telifi imkânsız farklılıkların bulunduğu bir dünyada birlikte yaşamanın ön şartının fanatizmden uzak kalma olduğunu savunmaktadır. Bu kadim meseleyi ele alırken de bir yandan *"Dinde zorlama yoktur"*, *"Allah adaleti emreder"* gibi Kur'ani hakikatlere, diğer yandan da aynı kaynaktan beslenen "insan olmak ve insan kalmak gibi" ahlaki ilkelere dayanmaktadır.

Sonuç Yerine

Değerli Katılımcılar,

Aliya'nın düşüncesi ve pratiği sadece Avrupa'nın değil tüm dünyanın uzun süredir yaşadığı akıl tutulmasından çıkışın yolunu göstermektedir. Bu akıl tutulması toplumsal siyasal ve hukuksal alanda "öteki"ni dışlayan tek boyutlu bir anlayışın hâkim olması olarak ortaya çıkmıştır. Bu akıl tutulmasının tüm siyasal kurumlara dahası yargıya da sirayet etmiş olması durumun vahametini göstermektedir.

Aliya, Bosna savaşını da bu anlamda, hoşgörüyü üreten "akıl" (aklıselim) ile onu ortadan kaldırmayı hedefleyen "akıl tutulması" (çılgınlık) arasındaki çatışma olarak değerlendirir. Bu çatışmada Saraybosna'da aynı kare içinde bulunan cami, katedral, kilise ve sinagog hoşgörüyü, dolayısıyla aklıselimi,

26 İzzetbegoviç, *Doğu Batı Arasında İslâm,* s. 77.

27 İzzetbegoviç, *Konuşmalar*, s. 235.

28 İzzetbegoviç, *Özgürlüğe Kaçışım*,s. 78.

aynı şehirde 160 kez bombalanan askeri hastane ve temellerine kadar yakılan millî kütüphane ise "akıl tutulması"nı temsil etmektedir[29].

Aslında bu çatışma, çok daha önceye dayanan felsefi bir arkaplana sahiptir. Bir tarafta farklılığı zenginlik kaynağı olarak gören, "öteki" ile birlikte yaşamayı sadece toplumsal çeşitliliğin dayattığı bir zorunluluk değil aynı zamanda ahlaki bir ödev olarak gören çoğulcu bir anlayış var. Diğer yanda ise araçsal akla yaslanan, "öteki"ni yok edilmesi gereken bir tehdit olarak gören ve farklılıkları aynılaştırarak homojen bir toplum hayali kuran tek-tipçi anlayış var.

Aliya bu çatışmadan çoğulculuğu savunan aklıselimin galip çıkacağından emindir. Saraybosna'da her gün bombaların düştüğü, binlerce insanın hayatını kaybettiği, binlercesinin sakat kaldığı, tarihi binaların yerle bir edildiği bir dönemde bile tüm olumsuzlukları zikrettikten sonra şöyle seslenmişti: *"İnsan olmak ve insan kalmak, Allah'a ve kendimize karşı sorumluluğumuzdur"*[30].

Aliya bu sözüyle ve örneklik teşkil eden hayatıyla günümüz toplumlarının yaşadığı "akıl tutulması"ndan çıkışın reçetesini de sunmaktadır.

Bize düşen ise sadece seçme kabiliyetimizi kullanmaktır.

29 İzzetbegoviç, *Köle Olmayacağız*, s. 157; İzzetbegoviç, *Konuşmalar*, ss. 71-72.

30 İzzetbegoviç, *Konuşmalar*, s. 75.

İSLAM İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI 1. YARGI KONFERANSI AÇILIŞI*
(14 Aralık 2018)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Misafirler,

Öncelikle sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum. Konferansımıza hoşgeldiniz diyor, teşriflerinizden dolayı zatıalinize ve tüm misafirlerimize şükranlarımı sunuyorum.

Bilindiği üzere, içinde bulunduğumuz "Muayede Salonu", tarih boyunca çok önemli olaylara tanıklık etti. Bunlardan belki de en önemlisi, anayasacılık ve parlamento tarihimizin dönüm noktalarından biri olan Osmanlı Meclisi Mebusanının açılış törenidir.

Sultan II. Abdülhamid'in, 20 Mart 1877 tarihinde bu salonda okunan açış nutku konferansımızın temasıyla yakından ilgilidir. Osmanlı Devleti'nde ilk kez toplanan Meclis'in açılışını yapmaktan duyduğu memnuniyeti ifade ettikten hemen sonra şunları söylemişti: *"Hepinizin malumu olduğu üzere, devlet ve milletlerin gelişmesi, büyüklük ve kudreti ancak adalet vasıtasıyla olur. Devleti Aliyyemizin kuruluşundan itibaren kudret ve kuvvetinin dünyaya yayılması, hükümet işlerinde adalete ve tebaanın her sınıfının hak ve menfaatlerine riayet olunmasıyla gerçekleşti. Büyük ecdadımız Fatih Sultan Mehmed Han merhumun hürriyetin temini ile din ve mezhep serbestiyeti hakkında gösterdiği müsaadeler herkesin malumudur."*

Bu salonda o gün hazır bulunan Avrupa devletlerinin elçileri ile yüzde kırkı gayri müslimlerden oluşan Mebusan Meclisi üyeleri, Sultan Abdülhamid'in söylediklerini çok iyi anlamışlardı. Zira Sultan Fatih'in 1463 tarihli "Ahidname"si hepsinin malumuydu. Buna göre Bosnalı [Fransisken] ruhbanlara ve kiliselerine hiç kimse dokunmayacak, ülkede güven içinde ve serbestçe yaşayacaklardı. Hiç kimse "kendilerine ve canlarına ve mallarına ve kiliselerine ve dışarıdan ülkeye gelenlerine" müdahale etmeyecek ve saldırıp onları incitmeyecekti.

---

* İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) Üye ve Gözlemci Devletlerin Anayasa ve Yüksek Mahkemeleri 1. Yargı Konferansı Açılışında Yaptığı Konuşma

Fatih'in temel hakları ileri düzeyde koruyan "Ahidname"sinden yaklaşık yüzyıl sonra Cenevre'de bu anlayışın tam zıddı bir uygulamanın trajik bir yansıması yaşanmıştır. Dinî kanaatlerinden dolayı Miguel Servet adında bir İspanyol, sapkınlıkla suçlanmış, yargılama sonunda düşük ateşte kitaplarıyla birlikte yakılmak suretiyle ölüme mahkûm edilmiş ve cezası ibreti âlem için şehrin meydanında infaz edilmiştir.

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, ölümcül bağnazlığa karşı vicdanın sesini yükseltenler de her devirde ve her yerde olmuştur. Nitekim kendisi de bir din âlimi olan Castellio, Servet'in yakılmasına sebep olan zihniyeti mahkûm eden bir manifesto yayınlamış ve tüm bu vahşetin Hz. İsa'ya mal edilmesini şu sözlerle eleştirmiştir: "*Ah, yalnızca iblisin isteği ve icadı olabilecek böylesi şeyleri İsa'nın üzerine atmak, insanların ne alçakça cüreti!*"

Malumları olduğu üzere geçmiş ders ve ibret almak içindir, oraya takılıp kalmak ve orada yaşamak için değil. Bugüne geldiğimizde de maalesef dünyanın dört bir yanında aynı vahşetin ve alçakça cüretin yansımalarını görüyoruz. Fanatizmin pençesinde kutsal adına ve onun adını kirletme pahasına işlenen cinayetler bugün de devam ediyor.

İstismar edilen kutsallar ve istismarcılar değişebilmekte, ancak bağnazlığın beslendiği kaynak aynı kalmaktadır. Biz ve öteki ayrımının sürekli yeniden üretilmesi, "öteki" olanın birlikte yaşanılacak değil yok edilecek bir varlık olarak görülmesi, kutsal adına yapılan kötülüklerin anası olmaya devam etmektedir.

"Öteki" ile sağlıklı bir ilişkinin kurulmasının önündeki en önemli engelin, bağnazlık olduğu, bunun da bugün özellikle Batı'da yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslamofobi olarak ortaya çıktığı bilinmektedir. Hızla yayılan bu virüs, farklılıkların bir arada yaşaması için gerekli ortamı her geçen gün daha fazla zehirlemektedir.

Daha vahimi, insan hakları bakımından veba mesabesinde öldürücü olan bu hastalığı tedavi etmesi beklenenlerin tavrı da ne yazık ki hayal kırıklığına yol açabilmektedir. Batı'da özellikle yüksek mahkemelerin yabancı düşmanlığını ve İslamofobiyi besleyecek yönde kararlar vermesi gerçekten endişe vericidir. Müslümanlara yönelik seyahat yasağını onaylayan, üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağını haklılaştıran, çalışanın başörtüsünden dolayı işten çıkarılmasını ayrımcılık olarak görmeyen ulusal ve uluslararası düzeydeki mahkeme kararları, İslamofobik politikaları tahkim etmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

İslam coğrafyasına baktığımızda da çok iyi bir manzara göremiyoruz. Kıyıya vuran çocuk cesetleri, açlıktan ölen çocukların bir deri bir kemik hali,

bombalanmış bir kasabada yakınlarını yitirmiş ve eli yüzü kan içinde kalmış bir çocuğun korkudan donmuş bakışları vicdanlarımızı kanatmaya devam ediyor. Bu görüntüler, "kalbi sökülmüş bir çağ"da insanlığın suçüstü halidir.

Adı "barış" anlamına gelen ve Peygamberinin sıfatı "emin" olan bir dinin mensuplarının, bir kaç istisna dışında, yaşanan cinayetler, katliamlar ve haksızlıklar karşısında kuzuların sessizliğine bürünmesi gerçekten ibret vericidir. Diğer yandan İslam ülkelerinin, adalet, hukukun üstünlüğü, demokrasi, temel hak ve özgürlükler gibi alanlarda da iç açıcı bir durumda olduğu maalesef söylenemez. Bu noktada özeleştiri yapmalı, hukukun üstünlüğü ve temel haklar gibi değerlerin korunması konusunda çok da parlak durumda olmadığımızı belirtmeliyiz.

Bu durumu en iyi ve açık şekilde anlatan kişi merhum Aliya İzzetbegoviç olmuştur. İslam Konferansı Teşkilatı'nın 1997 yılında Tahran'da düzenlediği toplantıda Aliya şöyle seslenmişti: "Çok açık konuştuğum için beni bağışlayın. Güzel yalanların yardımı olmaz, ama acı gerçekler bir ilaç olabilir... İslam en iyisi, ama biz en iyisi değiliz".

Aliya'nın bu sözlerinin, üzerinden yirmi yıl geçmesine rağmen, bugün de geçerli olması üzüntü vericidir. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki "biz en iyisiyiz" diyeceğimiz konular da bulunmaktadır. Kant, Levinas ve Derrida gibi Avrupalı düşünürlerin kafa yordukları "misafirlik hakkı" ve "misafirperverlik etiği" gibi düşüncelerin hayata geçirilmesi noktasında "biz en iyisiyiz". Bu düşünürlerin vatanı olan coğrafyada mülteciler, ekmeklerine ortak olacak, yaşam ve zihin konforlarını bozacak diye tel örgülü sınırlardan içeri sokulmaması gereken tehlikeli "yaratık"lar olarak görülmektedir.

Buna karşılık ülkemiz, ruh köklerinde ve kültüründe bulunan *"misafir rızkıyla ve bereketiyle gelir"* anlayışıyla, milyonlarca mülteciye ev sahipliği yapmaktadır. Böylece Türkiye, lügatlarında "bereket" kelimesinin karşılığı olmayanların "misafirsevmezlik" politikası ve uygulamasının karşısında, tüm dünyaya örnek olacak bir misafirperverlik politikasını hayata geçirmektedir.

Değerli Misafirler,

Doğu'dan ve Batı'dan örneklerini verdiğimiz sorunlar ve içinde bulunduğumuz durum sadece ulusal düzeyde değil dünya düzeninde de bir değişimi zorunlu kılmaktadır. Bu değişimin yönü adalet ve hürriyettir. Hz. Ali'ye atfedilen güzel bir söz vardır. *"Devletin dini adalet, adaletin devleti hürriyettir"*. Gerçekten de hürriyetin olmadığı yerde adalet, adaletin olmadığı yerde ise hiçbir ahlaki, siyasi veya toplumsal değer yoktur.

Hiç kuşkusuz adaletin günümüzdeki en önemli yansıması, ete kemiğe bürünmüş hali bireylerin temel hak ve özgürlükleridir. Bu hak ve özgürlükler,

her birimizin insan haysiyetine uygun şekilde, insanca yaşaması için gerekli, vazgeçilmez ve devredilmez kazanımlardır.

Adaletin sağlanması ve temel hakların korunması noktasında en büyük sorumluluk mahkemelere düşmektedir. Bilhassa anayasallık denetimi yapan yüksek mahkemelerin varlık nedeni, hukukun üstünlüğünü sağlamak suretiyle temel hak ve özgürlükleri güvenceye almaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

İslam ülkelerindeki yüksek mahkemelerin kendilerinden beklenen bu rolü hakkıyla yerine getirebilmesi için üç hususun önemli olduğu kanaatindeyim.

Birincisi, hukukun üstünlüğü, temel haklar ve hürriyetler bize yabancı olan, dışarıdan tevarüs ettiğimiz değerler değildir. Bunlar, adları ve zamanla aldıkları şekiller ne olursa olsun, adalet esaslı medeniyet ve kültür dünyamızın öz değerleridir. Örneğin Kur'an-ı Kerim'de *"Ey iman edenler! Adaleti titizlikle ayakta tutan, kendiniz, ana-babanız ve akrabanız aleyhinde de olsa Allah için doğru şahitlik eden kimseler olun. Hislerinize uyup, adaletten sapmayın…"* (4/135) şeklindeki ayet bile, tek başına, adalet eksenli bir anlayışı ortaya koymak bakımından yeterlidir.

Elbette kavramlar ve kurumlar tarihsel süreçte ve farklı coğrafyalarda farklı biçimler kazanır. Ancak adalet, hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler, çoğulculuk, hoşgörü gibi evrensel değerler, bugün geldiğimiz noktada Doğu'nun ve Batı'nın ortak mirasıdır. Bu değerleri koruyan insan-odaklı bir hukuk kültürünü ve pratiğini geliştirerek gelecek nesillere aktarmak hepimizin, özellikle de yüksek mahkemelerin müşterek sorumluluğudur.

İkinci olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesi hukukun üstünlüğü ile temel hak ve hürriyetlerin korunması için son derece önemlidir. Türk Anayasa Mahkemesinin kararlarında da vurgulandığı üzere, yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin farklı ellerde olması anlamında kuvvetler ayrılığı, temel hak ve özgürlüklerin en önemli teminatlarından biridir.

Ancak belirtmek gerekir ki, kuvvetler ayrılığı, kuvvetler çatışması da değildir. Aslında hayatın birçok alanında geçerli olan *"düello mu düet mi?"* ikilemi burada da geçerlidir. Millet adına devlet yetkisi kullanan organların, milletin hak ve hukukunu birlikte korumaları için düelloya değil, düete ihtiyaçları vardır. Nitekim Anayasamız, kuvvetler ayrımının yasama, yürütme ve yargı organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediğini, bu organlar arasında medeni bir iş bölümü ve işbirliğinden ibaret olduğunu belirtmektedir.

Üçüncü ve son olarak yargının hukukun üstünlüğü ve temel hakları

korumak için bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Aksi takdirde yargının, yasama ve yürütme tasarruflarını hukuka uygunluk bakımından denetlemesi, bireysel hak ve özgürlükleri koruması imkânsız hale gelir.

Mecelle'de ifade edildiği gibi *"Hâkim, beyn-el-hasmeyn adl ile me'murdur"*. Başka bir ifadeyle hâkim taraflara adaletle, eşit olarak muamele etmekle yükümlüdür. Bu da hâkimin bağımsız ve tarafsız olmasını gerektirir.

Aklı ve vicdanı hür olmayanların, omuzlarının üzerinde başkasının kafasını taşıyanların, dini de istismar ederek bu ülkeye ne büyük zararlar verdiğini hep birlikte yaşayarak gördük. İslam coğrafyasının bu yaşananlardan ders çıkarması, bağımsız ve tarafsız yargıyı temin etmenin hayati derecede önemli olduğunu kavraması, gerekliliğin de ötesinde zorunluluk arz etmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Misafirler,

Bugün bu tarihi mekânda bir ilk gerçekleşmektedir. Birleşmiş Milletler'den sonra en fazla üyeye sahip olan İslam İşbirliği Teşkilatına (İİT) üye devletlerin anayasa mahkemeleri, anayasa konseyleri ve benzeri görev yapan yüksek mahkemeleri ilk kez bir konferansta bir araya geliyor. Bunun yanında, üye olmayan birçok misafir ülkenin yüksek mahkemeleri ile bazı uluslararası kuruluş temsilcileri de aramızda bulunuyor.

Bu konferansı genel hatlarıyla ifade etmeye çalıştığım sorunları ve çözüm yollarını konuşmak için organize ettik. Konferansın amacı, mahkemelerimiz arasında bilgi ve tecrübe paylaşımını sağlamak, bilhassa hukukun üstünlüğü ve temel hakların korunması noktasında iyi uygulama örneklerini birlikte değerlendirmektir.

Alanında ilk olan bu konferansın kalıcı bir platformun oluşturulmasına da öncü olmasını umuyoruz. Bu kapsamda yüksek mahkemelerimiz arasında kurulacak bir yargı forumu, ortak hukuki sorunların tartışılması, mahkemelerin işleyişine dair konuların ele alınması, fikir alışverişi ve tecrübelerin paylaşılması için çok önemli bir fırsat sağlayacaktır. Esasen yüksek mahkemeler olarak hukukun üstünlüğü ve temel haklar alanında karşılaştığımız sorunlara kalıcı çözümler bulmak, bu konuda taşıdığımız ağır sorumluluğun da bir gereğidir.

Bu vesileyle, aynı zamanda İslam İşbirliği Teşkilatının dönem başkanlığını yapan Sayın Cumhurbaşkanımıza, tüm katılımcılara ve organizasyonda emeği geçen herkese katkılarından dolayı teşekkür ediyorum. Konferansın verimli ve başarılı geçmesini temenni ediyorum.

Sözlerime son vermeden, ruh köklerimizden Mevlana Celaleddin-i Rumi'yi vuslatının 745. yılında rahmetle anıyorum. Aynı şekilde tüm şehitlerimizi ve bu tarihi mekanda hayata veda eden Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ü rahmet ve minnetle anıyoruz.

Konuşmamı Mevlâna'nın sözleriyle tamamlamak istiyorum. Şöyle diyor: *"İnsanın değeri neyle ölçülür, bilir misin? Aradığı şeyle… İnsan neyi ararsa ona layıktır".*

Hukukun üstünlüğüne ve temel haklara dayanan adil bir dünya arayışıyla, hepinize saygılar sunuyorum.

"ORD. PROF. DR. ALİ FUAT BAŞGİL'İN ANISINA SEMPOZYUM VE ARMAĞAN TAKDİM TÖRENİ"NİN AÇILIŞI*

(17 Nisan 2019)

Değerli Katılımcılar,

Sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Her birimizin fikriyatının ve kimliğinin şekillenmesinde bazı simalar çok özel rol oynamıştır. Bu anlamda benim için "iki Ali"nin özel bir yeri var. Lise yıllarının başlarında Ali Fuat Başgil'in, üniversitede ise Aliya İzzetbegoviç'in fikirleriyle tanıştım.

Geçen yıl merhum İzzetbegoviç'in mezun olduğu Saraybosna Üniversitesi Hukuk Fakültesinde bir konferansta onun hukuk ve adalet anlayışı üzerine bir konuşma yapma fırsatı bulmuştum. Şimdi de rahmetli Başgil'in hayatının önemli bir kısmını geçirdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde onun anısına hazırlanan armağanın takdim töreninde ve sempozyumda bulunmaktan büyük bir mutluluk duyduğumu belirtmek isterim.

Hiç kuşkusuz Başgil ve İzzetbegoviç farklı dönemlerin ve coğrafyaların insanlarıdır. Ancak bu durum, ortak yanlarını tespite engel değildir. Her şeyden evvel her ikisi de kelamı ve kalemi çok kuvvetli, Doğunun ve Batının ilmine ve hikmetine vâkıf, toplumun değerleriyle barışık olan gerçek anlamda aydınlardı. Vefatlarından sonra geriye konferans konuşmaları, mülakatlar, makaleler ve monografilerden oluşan onlarca ciltlik ve binlerce sayfalık bir külliyat bıraktılar.

Diğer yandan her ikisi de teori ve pratiği, düşünce ve eylemi kişiliklerinde mecz etmiş çok boyutlu, çok yönlü insanlardı. Bilindiği üzere Aliya meslek olarak hukukçu olmanın yanında aynı zamanda bir mütefekkir, komutan, lider, siyasetçi ve devlet adamıydı.

---

* "Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Sempozyum ve Armağan Takdim Töreni"nin Açılışında Yaptığı Konuşma

Başgil de, Armağandaki yazımın giriş kısmında da belirttiğim gibi, birbiriyle ilişkili, iç içe geçen en az üç boyutlu bir kimliğe sahipti. Başgil, öncelikle üretken, verimli bir teşkilatı esasiye hukukçusuydu. Türkiye'de sadece laiklik konusunda yazdıklarıyla değil, anayasa yargısına dair fikirleriyle de bir öncüydü.

İkincisi, temel hak ve hürriyetler, demokrasi, din, inanç, eğitim ve dil gibi konularda konferanslar ve gazete yazılarıyla toplumu bilgilendiren bir eğitimciydi. Başgil aslında teknik sayılabilecek bu konuları, kullandığı sade dil ve üslubuyla geniş kitlelere aktarma başarısını göstermiştir. Gerçekten de Nurettin Topçu'nun ifadesiyle, Başgil'in "yazıları, gazetelerden kesilmiş, Erzurum köylerinde dağdaki bir köylünün kasketinin altında veya Adana'da bir köylü odasının duvarında levhalanmış duruyordu".

Ali Fuat Başgil'in üçüncü önemli özelliği de muhtemelen geniş kitlelerin kendisine yönelik teveccühünün de etkisiyle, siyasete kayıtsız kalmamış olmasıdır. Başgil günlük siyasi gelişmeleri yorumlayan, gazete yazıları ve konuşmalar yoluyla görüşlerini kamuoyuyla paylaşan, nihayet 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra aktif siyasete giren, tehdit üzerine siyasetten çekilen ve yurt dışına giden ancak siyasetten de kopamayan, 1965 seçimlerinde milletvekili seçilerek Mecliste Anayasa Komisyonu Başkanlığı yapan bir siyasetçidir.

Anayasa hukukçusu, eğitimci ve siyasetçi Başgil'in doğal olarak fikri kimliği de yaşadığı dönemin etkilerini yansıtacak şekilde zengindir. Ali Fuat Başgil fikirlerini boşlukta oluşturmamıştır. Nihayetinde, kendi ifadesiyle, "Meşrutiyet ihtilalini", ardından Osmanlı İmparatorluğunun çöküşünü, Cumhuriyetin kuruluşunu ve 27 Mayıs askeri darbesini görmüş olan birinden bahsediyoruz. Hiç kuşkusuz tüm bu olaylar ve yaşadığı dönem, herkes gibi, Başgil'in düşüncelerini de derinden etkilemiştir. Bu nedenle, herkes gibi Başgil'i de yaşadığı dönemin şartları içinde değerlendirmek gerekir.

Bu bağlamda Başgil'in düşünce hayatında kimi dönüşümlerin yaşandığı bilinmektedir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, içinde yaşadığı dönemin de etkisiyle, 1930'lı yıllarda ve 1940'lı yılların ortalarına kadar açıkladığı görüşlerinde otoriteryen ve kolektivist eğilimler görülürken, özellikle İkinci Dünya Harbinden sonra bireyi ve onun özgürlüğünü esas alan "liberal-muhafazakâr" bir çizgi benimsediği bilinmektedir.

Değerli katılımcılar,

Ali Fuat Başgil'in yukarıda açıklamaya çalıştığım üç özelliğinden belki de en öne çıkanı onun anayasa hukukçuluğudur.

"Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Sempozyum ve Armağan Takdim Töreni"nin Açılışı

Bilindiği üzere anayasacılığın temelinde siyasi iktidarın etkili şekilde sınırlandırılması gerektiği düşüncesi yatar. Anayasa hukukçusu olarak Başgil'in çıkış noktası da aynıdır. Başgil'e göre Devlet, vatandaşların insan olmaktan kaynaklanan haklarını tanımak ve teminat altına almak için "hukuka tâbi olmak zorundadır".

Bir "adalet rejimi" olarak demokrasinin çoğunluğun iktidarını sınırlayacak tedbirleri alması gerekir. Başgil'in ifadesiyle *"Ekseriyetin hükümeti demek olan modern demokrasi, efsanelerdeki kuyruğunu ısıran canavara benzememek için, bünyesinde sakladığı bu tehlikeyi önlemek ve tedbir almak, vatandaş hak ve hürriyetlerini garantiye bağlamak ve bunun için teminat müesseseleri kurmak zorundadır"*. Ancak bu kurumlar sayesinde demokrasi, "hürriyet ve hakkaniyet rejimi" olabilir.

Başgil, siyasal iktidarı sınırlandırma konusunda "birbirini ikmal ve takviye eden" üç tedbir öngörmektedir. Bu tedbirler;

(1) Anayasa'da devlet organlarını ve bunlar karşısında vatandaşların hak ve vazifelerini açık bir şekilde tarif ve tespit etmek;

(2) Anayasa'nın diğer kanunlar karşısında üstünlüğünü kabul ederek, sert anayasa sistemi yoluyla bu üstünlüğü korumak;

(3) Kanunların Anayasa'ya uygunluğunu tarafsız bir yargı organının denetimi altına koymaktır.

Bu bağlamda tedbirlerden ilki kuvvetler ayrılığı ilkesini içermektedir. Başgil, Montesquieu'ya atıfla şöyle der: *"Devletin üç fonksiyonu bir elde toplanınca, istibdat ve tahakküm zuhur etmekte ve o memlekette hakkın ve hürriyetin teminatı kalmamaktadır…"*

Başgil, kuvvetler ayrılığı ile demokrasi arasındaki sıkı ilişkiyi şu sözlerle anlatmıştır: "*Ferdin hak ve hürriyetlerinin teminata bağlanmadığı bir memlekette demokrasi yoktur. Fert hürriyetlerini teminata bağlayan bir prensip olmak itibariyle, kuvvetler ayrılığı demokrasi rejiminin temel taşlarından biridir*".

Başgil'in temel hakların teminatı bağlamında ikinci önerisi, "anayasanın üstünlüğü" ilkesinin hayata geçirilmesidir. Ona göre Anayasa'nın üstünlüğü meselesi "demokrasi hukukunun mihveri"dir. Başka bir ifadeyle, demokrasinin varlığını devam ettirmesi anayasanın üstünlüğünün korunmasına bağlıdır. Başgil'in ifadesiyle "anayasanın üstünlüğüne dayanmayan bir demokrasi er, geç oligarşiye istihale etmeye mahkûmdur".

Başgil'in temel hak ve hürriyetlerin teminatı olarak gördüğü kurumların üçüncüsü ve belki de en önemlisi anayasa yargısıdır. Başgil, meslek hayatı boyunca anayasa yargısı fikrini, Anayasa'nın üstünlüğü temelinde savunan bir esas teşkilat hukukçusu olmuştur.

1924 Anayasası'nın 103. maddesindeki "*Hiçbir kanun Anayasa'ya aykırı olamaz*" hükmünün nasıl hayata geçirileceği, bu kapsamda kanunların anayasaya uygunluğu denetimine izin verilip verilmediği meselesi dönemin en tartışmalı konularından biri olmuştur.

1924 Anayasası döneminde kanunların iptal davasına konu edilemeyeceği hususunda görüş ayrılığı yoktu. Aynı şekilde kişilerin mahkemeler önünde bir kanun hakkında aykırılık davası açma yetkilerinin olmadığı da kabul edilmekteydi. Tartışma mahkemelerin davada uygulayacakları kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığını defi yoluyla inceleme yetkisine sahip olup olmadıkları noktasında odaklanmaktaydı.

Ali Fuat Başgil ve bazı anayasa hukukçuları mahkemelerin defi yoluyla bu denetimi yapabileceklerini, dahası yapmaları gerektiğini savunuyorlardı. Bu görüşün temelinde hiç kuşkusuz anayasanın üstünlüğü fikri vardı. Buna göre her kanun, kurallar hiyerarşisinin en tepesinde bulunan Anayasa'ya uygun olmak zorundadır. Hukuki kurallar meşruiyetini son kertede Anayasa'dan alırlar. Başgil'in ifadesiyle *"Teşkilat Kanunu'nun hududunu aşan her nevi karar, kanun ve icraat hangi makamdan sadır olursa olsun, gayri meşrudur ve gayri kanunîdir; hukuken mevcudiyeti ve hiçbir kıymeti yoktur"*.

1924 Anayasası'nın defi yolu dahil hiçbir şekilde kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetimine izin vermediğini savunanlar görüşlerini iki temel argümana dayandırmışlardır. Birincisi, Anayasa'nın *"Hiçbir kanun Anayasa'ya aykırı olamaz."* hükmü ve diğer hükümleri hâkimlere değil kanun koyucuya hitap etmekte olup hâkimler tarafından doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip değildir. İkincisi, Anayasa'nın 52. maddesinin nizamnamelerin (tüzüklerin) kanunlara uygunluğunun denetimi yetkisini bile hâkimlere bırakmadığı dikkate alındığında kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminin hâkimlere bırakılmadığı "evleviyetle" ileri sürülebilir.

Başgil, yargısal denetimin karşısındaki bu argümanların doğru olmadığını savunmuştur. Anayasa sadece kanun koyucuya değil, hâkimlere ve diğer kamu görevlilerine de hitap etmektedir. Bu nedenle *"Hiçbir kanun Anayasa'ya aykırı olamaz"* hükmü mutlak bir anlam ifade etmekte, aynı zamanda hâkimleri de bağlamaktadır. Başka bir ifadeyle, hâkimler bir davada Anayasa'ya açıkça

aykırı bir kanun hükmünü uyguladıklarında Anayasa'nın 103. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı davranmış olacaklardır.

1924 Anayasası döneminde anayasallık denetiminin lehinde ve aleyhinde sunulan argümanlar, bazı mahkeme kararlarına da yansımıştır. Konunun açıkça tartışıldığı ilk karar Akşehir Asliye Hukuk Hâkimi tarafından verilmiştir. Kararın Yargıtay tarafından bozulması üzerine Hâkim Refik Gür ilk kararında direnmiştir. Direnme kararında, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gelişmelere atıf yapılmış, Türk Anayasası'nın da hâkime anayasallık denetimi yapma yetkisini verdiği, aksi takdirde Anayasa'ya muhalif kanunun tatbikinin söz konusu olacağı, bunun da bizatihi Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.

Akşehir Asliye Hukuk hâkiminin direnme kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından "evvelki hükümde ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan" bozulmuştur. Bozma kararı, (a) kanunların Anayasa'ya aykırı olup olmadığını değerlendirme yetkisinin mahkemelere verildiğini kabul etmek için bu konuda anayasal veya yasal bir düzenleme bulunması gerektiği, (b) tüzüklerin kanuna aykırılığı iddiasının ancak TBMM tarafından tetkik edilebileceğine ilişkin anayasal hüküm, "tüzükten daha yüksek durumda olan kanunların Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunun mahkemelerce tetkik edilemeyeceğine açık bir işaret" teşkil etmekte olduğu gerekçelerine dayandırılmıştır.

Ali Fuat Başgil, Gür'e yazdığı mektupta verilen hükmün ve gerekçesinin "cidden enteresan" olduğunu, gerek davanın esası gerekse de kanunların Anayasa'ya uygunluğu bakımından görüşlerine tamamıyla katıldığını ifade etmiştir.

Diğer yandan, Başgil'in anayasa yargısına ilişkin düşüncelerini bir bütün olarak anayasal sisteme yönelik değerlendirmeleri kapsamında ele almak gerekir. Başgil'e göre kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyecek bir Anayasa Mahkemesi kurulmuş olsaydı bile 1924 Anayasası'nın "eksik ve sakat sistemi" nedeniyle vatandaşların hak ve hürriyetlerini teminat altına almada en az üç nedenle başarılı olması mümkün değildi. Bu nedenler, Anayasa'da a) laiklik gibi din ve vicdan hürriyetinin kullanım alanını belirleyen bir ilkenin tarifinin yapılmamış olması, b) kanun koyucuya hak ve hürriyetleri dilediği gibi sınırlama yetkisinin verilmesi ve c) 1937 değişikliğiyle "devletçilik" prensibine yer verilmesidir.

Başgil, hak ve hürriyetlerin korunması için parlamentonun kanun şeklinde tecelli eden iradesini denetleyecek bağımsız bir yargı organına

ihtiyaç olduğunu, ancak bu yetkinin mevcut mahkemelere mi yoksa ayrıca kurulacak yüksek bir "Anayasa Mahkemesi"ne mi verileceğinin bir tercih meselesi olduğunu belirtmiştir.

Başgil'in tercihi ikincisidir. Bu tercihi diğer mahkemelerin ve hâkimlerin tarafsızlığından şüphe ettiği için değil, "sırf kanunlar üzerindeki murakabe işinin geniş ve çok mükemmel bir ihtisas isteyen ve ayrı bir istiklal teçhizatına muhtaç olan bir iş olduğu" için yaptığını söylemiştir.

Esasen Başgil, Türkiye'de kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyecek bir müstakil mahkemenin kurulması yönündeki tercihini çok daha önce, 1948 yılında açıklamıştır. Başgil seçim kanununa ilişkin olarak kaleme aldığı kitapçıkta seçim ihtilaflarını çözmek üzere bir "Yüksek Seçim Mahkemesi" kurulmasını önermiş, kitapçığın sonuna da şu şekilde bir "not" eklemiştir: "*Bu mahkemeye "Anayasa Mahkemesi" adı, teşkilâtı ve salâhiyeti verilerek kanunların Anayasa'ya aykırılığı iddialarını da halle memur edilebilir. Ve bu suretle hukuka bağlı devlet sisteminin bizdeki en büyük bir eksiği ikmal edilmiş olur*".

Başgil, kurulacak olan Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin sınırları, çalışma usulü gibi teknik hususların başka ülkelerin tecrübeleri ve ülkemizin ihtiyaçları dikkate alınarak karara bağlanabileceğini belirtmiştir. Burada "bütün mesele, vazıı kanunluk salahiyetinin suiistimaline meydan vermemek ve ferdin insanlık haklarını ölçüyü aşkın kanunlara çiğnetmemektir".

Değerli Katılımcılar,

Başgil'in hak ve hürriyetlerin teminatları olarak savunduğu kuvvetler ayrılığı, Anayasa'nın üstünlüğü ve anayasa yargısına dair düşünceleri bugün de güncelliğini korumaktadır. Ancak Başgil'i asıl kalıcı ve güncel kılan, tüm bu ilke ve kurumların ötesinde gerçek teminatın eğitim/terbiyeden geçtiğini savunmuş olmasıdır. Gerçekten de Başgil, temel hak ve hürriyetlerin, anayasa yargısı, çift meclis ve referandum gibi hukuki ve siyasi tedbirlerle korunması gerektiğini savunmakla birlikte bunun yetersiz olduğunu da her fırsatta vurgulamıştır.

Bu nedenle demokrasi ve özgürlüklerin her şeyden önce ve her şeyin ötesinde bir eğitim/terbiye meselesi olduğunu savunmuştur. Başgil, Tanzimattan bu yana hürriyet rejiminin bir türlü yerleşmemesinin sebebini "hürriyet zevk ve terbiyemizin eksikliğinde" bulmuştur.

Diğer yandan, Başgil söz konusu terbiyenin fıtrî ya da ırkî değil, kesbî ve içtimaî olduğunu, bu nedenle de aile ve okul başta olmak üzere toplumsal kurumlarda alınan eğitimle kazanılabileceğini söyler. Demokrasi, bu

anlamda, yerleşmesi için çaba sarfedilmesi ve hak edilmesi gereken bir hürriyet rejimidir. Başgil'in ifadesiyle *"Hak ve hürriyet, bu nimetler üzerine titizlikle titreyen vakarlı insanların nasibidir."*

Ali Fuat Başgil kişiliği, fikirleri ve mücadelesi ile günümüze de ışık tutmaktadır. Ancak maalesef toplum olarak bu büyük hukukçuya hakettiği ilgiyi göstermekte yeterince cömert değiliz. Umarım İstanbul Hukuk Fakültesinin bu Armağanı gecikmiş de olsa Başgil Hoca'nın fikirlerine yönelik ilgiyi ve bilimsel çalışmaları canlandırmaya katkı yapar.

Sözlerimi tamamlarken bu tarihi binada toplanmamıza vesile olan Ali Fuat Başgil'i rahmet ve minnetle anıyorum. Ruhu şâd, mekânı cennet olsun. Dr. Ali Fuat Başgil adına yayımlanan "Armağan"ın hayırlı olmasını, sempozyumun başarılı geçmesini temenni ediyor, hepinizi bir kez daha saygıyla selamlıyorum.

MUTLAK BİR HAK OLARAK MASUMİYET KARİNESİ*

(20 Kasım 2020)

Değerli Katılımcılar,

Öncelikle hepinizi en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Konuşmamın başında bu yıl 10. kez düzenlenen festivalin başarılı geçmesini diliyor, organizasyonda emeği geçen herkesi tebrik ediyorum.

Ayrıca bu yılki konu seçiminden dolayı da sizleri kutluyorum. Özellikle internet ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşması, masumiyet karinesinin korunmasını günümüzde çok daha önemli hâle getirmiştir.

Diğer temel haklar gibi, masumiyet karinesinin de uzun ve zorlu bir tarihi serüveni var. Birçok coğrafyada bir zamanlar suçluluk karinesi hâkimdi. Arthur Schopenhauer, Avrupa'da 15. yüzyıla kadar suç isnadı altındaki bir kişinin suçsuz olduğunu yeminli şahitlerle ispatlaması gerektiğini, bu şahitleri bulamadığında Tanrı'nın yargısının devreye girdiğini, bunun da düello çağrısı olduğunu belirtir[1].

Masumiyet karinesi uzun mücadeleler sonunda İkinci Dünya Savaşı'nın ardından evrensel ve bölgesel insan hakları belgelerinde yerini almaya başlamıştır. 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi (mad.11/2) ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (mad. 6/2) masumiyet karinesini adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak belirlemişlerdir.

Türkiye'de ise masumiyet karinesinin kökleri Osmanlı Devleti'nin son döneminde hazırlanan Mecelle'ye uzanır. Mecelle'nin 8. maddesinde "*Berâet-i zimmet asıldır*" hükmü yer alır. Buna göre aslolan kişinin borçsuzluğudur. Bir kişi birinden alacağı olduğunu ileri sürüyorsa bunu ispat etmek durumundadır. Kısacası iddiacı iddiasını ispatla yükümlüdür. Medeni hukuk metni olan Mecelle'de yer alan bu ilke ceza hukukuna masumiyet ya da suçsuzluk karinesi olarak geçmiştir.

---

* 10. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivalinin "Ben Masumum" Konulu Akademik Programının Açılışında Video Konferans Yöntemiyle Yapılan Konuşma

1 A. Schopenhauer, *Yaşam Bilgeliği Üzerine Aforizmalar*, (İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2006), s. 75.

Bugüne geldiğimizde Anayasa'nın 38. maddesinde "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" denmektedir. Diğer yandan Anayasa koyucu masumiyet karinesini olağanüstü durumlarda dahi sınırlandırılamayacak mutlak bir ilke olarak kabul etmiştir. Anayasa'nın 15. maddesine göre savaş, seferberlik ve olağanüstü hâlde dahi "*suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*".

Saygıdeğer Katılımcılar,

Anayasa Mahkemesi gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda masumiyet karinesinin yorumuna ve uygulanmasına ilişkin önemli kararlar vermiştir. Anayasa Mahkemesi suçsuzluk karinesini "*hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılmasını güvence altına alan temel bir hak*" olarak tanımlamaktadır[2].

Anayasa Mahkemesi, masumiyet karinesiyle ilgili bireysel başvurularda bu temel hakkın sağladığı güvencenin iki yönüne işaret etmektedir. Birincisi suç isnadı altında olan kişinin suçluluğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar suçsuz olduğunun kabulü gerekir.

Masumiyet karinesinin ikinci yönü ise hüküm sonrasına ilişkindir. Buna göre ceza yargılaması mahkûmiyet dışında bir kararla sonuçlandığında kişinin suçlu görülmemesi, özellikle hakkında verilen beraat kararının sorgulanmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun verdiği iki kararla masumiyet karinesinin bu iki yönünü kısaca açıklamak istiyorum. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki yönüyle de masumiyet karinesi ihlallerinde yargı organlarının gerekçesi ve kullandığı dil belirleyici olmaktadır.

Bilindiği üzere, bir eylemle ilgili ceza davasının varlığı veya sonuçlandırılması, aynı eylemle ilgili hukuk davası veya idari dava yürütülmesine engel değildir. Ancak ceza davası devam ederken veya beraat sonrasında, eş zamanlı olarak yürüyen ya da daha sonra başlayan davalarda bir kişinin suçlu gösterilmesi, beraat kararının sorgulanması veya hakkında şüphe uyandırılması masumiyet karinesini ihlal edecektir.

Masumiyet karinesinin birinci yönüyle ilgili olarak Mahkememiz *S.M.* kararında hakkında hem ceza soruşturması hem de 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca tedbir süreci yürütülen başvurucunun şikayetini değerlendirmiştir.

Mahkeme başvuru hakkında, verilen tedbir kararında ve buna

2 AYM, E. 2018/101, K. 2019/3, 13/2/2019, § 16.

yapılan itiraza ilişkin kararda *şiddet uygulayan* ifadesinin kullanılmasının, başvurucunun ceza soruşturmasına konu eylemi işlediği izlenimini doğurması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir[3].

Anayasa Mahkemesi daha yeni tarihli *Barış Baş* kararında ise masumiyet karinesinin ikinci yönüyle ilgili bir karar vermiştir. Bu kararda öğrencisine tokat attığı iddiasıyla ilgili olarak hakkında eş zamanlı bir şekilde hem ceza soruşturması hem de disiplin soruşturması başlatılan bir öğretmenin başvurusu ele alınmıştır.

Başvurucu hakkında ceza kovuşturması sonunda tokat atma eylemi sabit görülmeyerek beraat kararı verilmiştir. Buna rağmen Bölge İdare Mahkemesi, kendisini tokat atma fiilinin dışında gerçekleşen örneğin başvurucunun öğrenciye bağırması ve onu kravatından sertçe tutarak başını çevirmesi gibi fiillerle sınırlı tutmamış, aksine tokat atma fiiline ilişkin olarak da değerlendirme yaparak bu fiilin sabit olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, beraat kararını sorgulayan bu yaklaşımın masumiyet karinesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır[4].

Burada ceza mahkemesi kararının isabetsiz olduğu, gerçekte çocuğun yüzündeki kızarıklığın ve buz uygulanmasının tokat atma eyleminin sabit olduğunu gösterdiği söylenebilir. Mahkeme bu hususu da dikkate alarak masumiyet karinesinin önemini şu şekilde vurgulamıştır. *Barış Baş* [GK], B. No: 2016/14253, 2/7/2020.

"*Ceza Mahkemesi kararındaki isabetsizlik masumiyet karinesine istisna getirilmesini gerektiren bir durum değildir. Masumiyet karinesine saygı gösterilmesindeki kamusal yarar, bazı durumlarda haksızlık teşkil eden fiili işleyenin disiplin yönünden yaptırımsız kalmasını bile haklılaştıracak derecede önemlidir*"[5].

Diğer yandan kamu otoritelerinin devam eden yargılama sürecinde veya beraat kararından sonra kişilerin suçlu olduklarına dair açıklama yapmaları masumiyet karinesini ihlal edebilir. Bu nedenle sorumluluk makamında olan yetkililerin bilhassa yargılama sürecinde özenli bir dil kullanmaları gerekmektedir.

Değerli Katılımcılar,

Masumiyet karinesi ve diğer temel hakların etkili bir şekilde korunması, sadece kurallara, kurumlara ve kişilere bağlı değildir. Bir dördüncü "K" daha gerekir. O da kültürdür. Temel hakların korunması "öteki"nin ontolojik varlığını kabul eden bir kültürün yeşermesi ve yerleşmesine bağlıdır. Zira

3 *S.M.* [GK], B. No: 2016/6038, 20/6/2019.
4 *Barış Baş* [GK], B. No: 2016/14253, 2/7/2020.
5 *Barış Baş*, § 66.

masumiyet karinesi dahil, temel hakların korunması önemli ölçüde bizim dışımızdakilere bağlıdır. Burada asıl mesele, "öteki"nin de temel hakların öznesi olduğunu kabul etmektir.

Festivalin akademik toplantısına "*Ben Masumum*" şeklinde çarpıcı bir konu başlığı seçilmiş. Ancak "*Masumum*" kadar "*Masumsun*" da diyebildiğimiz bir anlayışa sahip olmamız gerekiyor. Aslında bu anlayışın kaynakları Doğu'nun irfanında ve bu coğrafyanın ruh köklerinde fazlasıyla mevcuttur. Mevlânâ, Yunus Emre ve Hacı Bektaş-ı Veli'nin söylemleri analiz edildiğinde "öteki"ne saygının merkezi bir yer teşkil ettiği görülecektir. Söz gelimi Sadi Şirazi diyor ki "*Başkasının acısını paylaşmayana insan denemez!*"

Kısacası, masumiyet karinesinin etkili şekilde korunabilmesi "öteki"ne saygı kültürünün geliştiği, hukuk ve adaletin hâkim olduğu bir sosyal ve siyasal iklimi gerektirmektedir. Esasen hukuk ve adaletten ayrılmak, sadece toplumsal ve siyasal düzeni yozlaştırmaz, aynı zamanda insanı insan olmaktan uzaklaştırır.

Bu bağlamda son sözü bu hakikati günümüzden yaklaşık 2.500 yıl önce dile getiren Aristo'ya bırakmak istiyorum. Muallim-i evvel olarak anılan Aristo'ya göre "*Yaşayan varlıkların en mükemmeli olan insan, hukuk ve adaletten ayrıldığında mahlûkatın en kötüsü olur.*"[6]

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyor, hepinize sağlık ve afiyet diliyorum.

6 *The Politics of Aristotle or A Treatise on Government*, Everyman's Library, trans. W. Ellis, (London: J.M. Dent & Sons Ltd., 1912), Bölüm 2, 1253a, s. 5.

"MESLEKİ HAYAT BAĞLAMINDA ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI" SEMPOZYUMU AÇIŞ KONUŞMASI*

(28 Haziran 2021)

Değerli Konuklar,

Öncelikle düzenlediğimiz sempozyuma hoş geldiniz, diyor; sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği üzere her yıl nisan ayında gerçekleştirdiğimiz kuruluş yıl dönümü etkinliklerini COVID-19 nedeniyle maalesef ertelemek zorunda kalmıştık. Bu kapsamda ertelediğimiz bilimsel toplantıyı bugün gerçekleştirmekten ve sizlerle bir araya gelmekten dolayı duyduğum memnuniyeti ifade etmek isterim. İnşallah bundan sonraki kuruluş yıl dönümü etkinliklerini ertelemeden sağlıklı bir ortamda yapma imkânına kavuşuruz.

Sözlerimin başında sempozyuma katılarak bildirileri, soru ve yorumlarıyla katkı sunacak olan tüm katılımcılara şükranlarımı sunuyorum. Başarılı ve verimli bir sempozyum olmasını temenni ediyorum.

Değerli Katılımcılar,

Hepimizin sıkça duyduğu, özellikle yorum bilimle uğraşanların çok kullandığı bir deyiş var: "*Başlangıçta söz vardı*…" Aslında varlıkla ilgili teolojik ve metafizik anlamlara sahip olan bu söz, çoğunlukla kelamın evveliyetini ve önceliğini ifade etmek için kullanılmaktadır.

Sözün konusu hukuk ve adalet olduğunda aslında güneşin altında söylenmedik yeni bir söz bulmak kolay değil. Söylenmesi gereken her şey binlerce yıldır söylenegelmektedir. Mesela Aristoteles 2.500 yıl önce adaleti bireysel ve toplumsal hayatın üzerine inşa edilmesi gereken temel erdem olarak nitelendirmiştir. Aristoteles'e göre "*Yaşayan varlıkların en mükemmeli olan insan, hukuk ve adaletten ayrıldığında mahlûkatın en kötüsü olur*"[1].

Adaletin temel erdem olduğu, insanın ve devletin yaşamını devam ettirmesinin ona bağlı olduğu fikri, Selçuklularda zirvesine ulaşan siyasetname

---

* "Mesleki Hayat Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı" Sempozyumu Açış Konuşması.

1 *The Politics of Aristotle or A Treatise on Government*, Everyman's Library, trans. W. Ellis, (London: J.M. Dent & Sons Ltd., 1912), Bölüm 2, 1.253-a, s. 5.

geleneğinin de ortak temasını oluşturur. İslam dünyasının meşhur hukukçularından Maverdi, yaklaşık bin yıl önce yazdığı "*Dürerü's-Sülûk"* adlı siyasetnamesinde hükümdarlara her şeyden evvel adil olmalarını öğütler. Mâverdî'nin aktardığına göre Aristoteles'in öğrencisi olan Büyük İskender cesaretin mi yoksa adaletin mi üstün değer olduğunu merak eder. İskender Hindistan seferinde karşılaştığı Hint filozoflarına bunu sorar. Aldığı cevap ilginçtir. Der ki filozoflar "*Adalet sağlanırsa cesarete ihtiyaç kalmaz*"[2].

Değerli Konuklar,

Hukuku uygulamakla ve adaleti tesis etmekle görevli olan başta hâkimler olmak üzere yargı mensuplarının şiarı 3A yani akıl, ahlak ve adalet olmalıdır. Akıl iradeyi, bağımsızlığı, düşünme ve bilgi sahibi olma kapasitesini ifade eder.

Yargı mensubu aklını kullanmak zorunda olan kişidir. Bu nedenle hâkim ve savcılar, sadece akıllarını kullanırlarken cesarete ihtiyaç duyabilirler. Kant'ın belirttiği üzere kendi aklını kullanmaya cesaret edemeyenler, vesayet altında kalmaya mahkûmdur. Vesayet altındaki yargısal akıl ise adaleti tesis edemez.

Bunun en canlı ve yıkıcı örneğini ülkemizi 15 Temmuz darbe girişimine götüren süreçte yaşadık. Akıllarını ve vicdanlarını başkalarına teslim edenlerin yaptıkları ve yaşattıkları hukuksuzluklara hep birlikte şahit olduk. İki hafta sonra beşinci yılını idrak edeceğimiz 15 Temmuz "Demokrasi ve Millî Birlik Günü" vesilesiyle ifade etmek isterim ki bu meşum darbe teşebbüsünden çıkarılması gereken en önemli derslerden biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının ve bunun yanında yargı mensuplarının sadece hukuka bağlı kalarak karar vermelerinin sağlanmasının demokratik hukuk devletinin geleceği bakımından hayati derecede önemli olduğu gerçeğidir.

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden çok önce bu salonda yaptığım ilk konuşmada konuya ilişkin görüşlerimi şu sözlerle paylaşmıştım: "*Unutmayalım ki fikri ve vicdanı hür olmayandan hâkim olmaz. Aklını ve vicdanını başkalarına kiralayan veya iradesine ipotek konmasına izin veren kişiden hâkim olamaz. Hukuk devletinde, uzaktan kumandalı yargı da, yargıç da düşünülemez*."

Esasen bu sözler, farklı zaman ve mekânlarda farklı kelimelerle ifade edilse de evrensel hukuk devleti anlayışının esaslarıdır. Bu esaslardan uzaklaşıldığında hukuk ve adalet açığı ortaya çıkacaktır. Hukuk ve adalet açığı bir ülkenin geleceği bakımından her türlü açıktan daha tehlikelidir. Zira bu açık, temeli adalet olması gereken devlete yönelik toplumsal güveni ve inancı zedeleyecektir.

---

2 Ebü'l-Hasen El-Mâverdî, *Dürerü's-Sülûk Fî Siyâseti'l-Mülûk: Mâverdî'nin Siyâsetnâmesi*, Haz. A. Arı, İstanbul, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2019, s. 68.

Önemle vurgulamak gerekir ki hukuk devletinde adaletin yegâne adresi mahkemelerdir. Mahkemelerin adalet arayışına cevap veremediği, bağımsız ve tarafsız yargılama ilkelerine uygun şekilde uyuşmazlıklara çözüm üretemediği bir yerde hukuk dışı arayışların ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Değerli Katılımcılar,

Hukuk ve adalete dair bu değerlendirmelerden sonra biraz da bugünkü sempozyumun konusu olan özel hayata saygı hakkı üzerinde durmak istiyorum. Bu hakla ilgili hukuki meseleler kuşkusuz bize has değildir. Bugün dünyanın hemen her yerinde en çok tartışılan konuların başında özel hayatın korunması gelmektedir.

İnsanların toplu olarak yaşamaya başlamasından ve devletin ortaya çıkışından itibaren mahremiyetin korunması oldukça önemli hâle gelmiştir. Devlet baştan beri bir yönetim tekniği olarak bireylerin özel hayatını gözetim altında tutma eğiliminde olmuştur. Başka bir ifadeyle devletin gözü daima bireylerin üzerindedir.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımına geçmeden önce özel hayatın kontrolü ya da gözetlenmesi konusunda yıllar önce ifade edilen ve bugünü de önemli ölçüde açıklayan bazı görüşlere kısaca değinmek istiyorum.

İngiliz hukukçu Jeremy Bentham, 18. yüzyılda yazdığı mektuplarda "*panoptikon*" adını verdiği bir bina tasarımını anlatır. Bentham; İngiliz hükûmetine bu tasarımın sadece hapishanelerde değil aynı zamanda fabrikalar, hastaneler ve okullar gibi gözetim altında tutulacak her tür insanın bulunduğu bütün kurumlarda uygulanmasını salık vermiştir.

Panoptikon yani gözetimevi, dairesel bir binadır. Binanın ortasında bir avlu, avlunun ortasında yüksek bir kule vardır. Kulede bulunan gözetmenler, kulenin etrafını çevreleyen hücrede olan herkesi görebilmekte ve özel bir boru sistemiyle de konuşulanları duyabilmektedirler. Bentham'a göre gözetleme ilkesinin en önemli amacı, gözetlenen kişilerin "*Yaptıkları her şeyin bilindiğine dair kendilerinden emin olmalarını sağlamaktır*"[3].

Bentham'dan yıllar sonra bir başka İngiliz George Orwell, "*1984*" adlı romanında distopik bir dünyanın korkutucu tasvirini yapmıştır. Orwell gözetimin bir anlamda içselleştirilmesini şöyle dile getirmiştir: "*Çıkardığınız sesin işitildiği, karanlıkta olmadığınız sürece, her hareketinizin izlendiği varsayımı, içgüdüsel bir alışkanlık haline dönüşmüştü, bununla yaşamanız gerekiyordu- yaşıyordunuz*"[4].

3 Jeremy Bentham, *Panoptikon: Gözün İktidarı*, 3. Baskı, Çev. B. Çoban ve Z. Özarslan, İstanbul: Su Yayınları, 2019, s. 74.

4 George Orwell, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Çev. N. Akgören, 6. Baskı, İstanbul: Can Yayınları, 2004, s. 10.

Orwell'e göre "*büyük birader*" iktidarının en etkili gözetleme aracı televizyondur. Televizyonun "*hem alıcı hem verici olarak kullanılmasını sağlayan teknik gelişmeler, özel hayata son verdi*"[5].

Orwell, kitabını tamamladığı 1948 yılından iki yıl sonra yani internetin ve akıllı cep telefonlarının icadından çok önce aramızdan ayrıldı. Bugün yaşasaydı kitabında tasvir ettiği distopik dünyanın kusursuz şekilde gerçekleştiğini hatta aşıldığını hayretle gözlemlerdi. Muhtemelen de dijital çağ olarak ifade edilen bugünlerde neredeyse adım başı rastlanan kameralarla karanlıkta olanları bile izleyebilen, yazılımlarla konumları takip edebilen, görünmeden gören, her yerde hazır ve nazır bir "*küresel büyük birader*"in ortaya çıktığını görmekten dolayı dehşete düşerdi.

Diğer yandan 1984 yılında dünyaya veda eden ünlü Fransız düşünür Michel Foucault da gözetim toplumunun arkeolojisini çok iyi şekilde ortaya koymuştur. Foucault panoptizmin hâkim olduğu bir toplumda yaşadığımızı, bunun bireyler üzerinde uygulanan, "gözetleme", "denetleme" ve "ıslah etme" şeklinde üç boyuta sahip bir iktidar ilişkisine dayandığını ayrıntılı bir şekilde anlatmıştır[6].

Değerli Katılımcılar,

Bu kavramsal açıklamalar çerçevesinde belirtmek gerekir ki içinde yaşadığımız internet çağında ve gözetim toplumunda kişilerin özel hayatlarının korunması çok daha zorlaşmıştır. Buna paralel olarak da özel hayata saygı hakkını korumaya yönelik anayasal ve yasal güvencelerin etkili bir şekilde hayata geçirilmesi çok daha önemli hâle gelmiştir.

Anayasa'nın 20. maddesine göre herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Anayasa koyucu "*Özel hayatın … gizliliğine dokunulamaz.*" şeklinde kesin bir dille özel hayatın mahremiyetinin önemine işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesi gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda, eksiksiz bir tanımı bulunmayan "*özel hayat*" kavramının kişiye ait oldukça geniş bir alanı kapsadığını belirtmiştir. Gerçekten de kişilerin şeref ve itibarlarının korunmasından kişisel verilerinin işlenmesine, başkalarıyla mahrem ilişkilerinden mesleki hayatına müdahalelere kadar bir dizi konu özel hayata saygı kapsamına girmektedir.

Mahkemeye göre özel hayata saygı hakkıyla korunan hukuki değerlerin başında kişisel bağımsızlık gelmektedir. Bu hak bireyin kişiliğini gerçekleştirmesi ve geliştirmesi bakımından hayati derecede önemlidir. Özel hayata say-

5 Orwell, *age*, s. 167.

6 Michel Foucault, *Büyük Kapatılma,* Çev. I. Ergüden ve F. Keskin, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2000, s. 237.

gı hakkı bir yandan kişinin istenmeyen tüm müdahalelerden uzak, kendine ait mahrem alanda yaşama hakkına işaret etmekte; diğer yandan da kişiliğini serbestçe geliştirmesine yönelik birçok hukuki menfaate dikkat çekmektedir[7].

Özel hayata saygı hakkının kapsamına giren konulardan biri de kişilerin mesleki hayatlarını etkileyen müdahalelerdir. Anayasa Mahkemesi bu konuda yapılan bazı müdahaleleri Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında incelemektedir. Kuşkusuz müdahalenin meşru amacı tespit edilirken Anayasa'nın diğer maddeleri de dikkate alınmaktadır.

Bu kapsamda bilhassa Anayasa'nın 129. maddesinde belirtilen "*sadakat*" yükümlülüğü önem taşımaktadır. Bu madde gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdür. Dolayısıyla devlet sadakat yükümlülüğüne aykırı davranan kamu personeli hakkında idari tedbirler alabilmektedir.

Bu yükümlülüğün gereklerini devlet hem kamu hizmetine alma hem de bu hizmetten çıkarma sürecinde değerlendirme yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi, 2019 yılında verdiği bir kararında kamu görevlilerinin anayasaya sadakat ve devlete bağımlılık yükümlülüğünün -bilhassa devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından- daha sıkı nitelikler aranmasını ve birtakım sınırlamaların getirilmesini gerektirebileceğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre özellikle "*Millî güvenlik açısından önem arz eden kadrolara atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda kanunla temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getir*[il]*mesi elbette mümkündür*"[8].

Bu durum devlete sadakat ve bağlılık çerçevesinde kamu görevinden çıkarma konusunda da evleviyetle geçerlidir. Başka bir ifadeyle devlet, anayasal sadakat yükümlülüğüne aykırı tutum ve davranış içinde olduğunu tespit ettiği kamu görevlilerinin görevden çıkarılmaları veya başka türlü idari yaptırıma tabi tutulmaları yönünde işlem yapabilecektir. Bu anlamda kamu görevinden çıkarma, mesleki hayat ile özel hayat arasındaki yakın ilişkiden dolayı sebep ve/veya sonuca dayalı olarak kişinin özel hayata saygı hakkına müdahale olarak nitelendirilebilmektedir[9].

Buradan hareketle mesleki hayata müdahale bağlamında özel hayata saygı hakkının mutlak olmadığı, belli şartlar altında sınırlandırılabileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bu sınırlamalar elbette sınırsız değildir. Bu bağlamda temel haklara yönelik sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde

7 AYM, E.2020/82, K.2021/20, 18/3/2021, § 7.
8 *Fatih Saraman* [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019, § 82.
9 *Tamer Mahmutoğlu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, §§ 85-90.

belirtilen şartlara uygun olması gerekmektedir.

Bu kapsamda ilk olarak olağanüstü dönemler dışında özel hayata saygı hakkının sınırlandırılması ancak kanunla mümkündür. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin kararlarında da sıkça vurgulandığı üzere Türk anayasal sisteminde hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenleme yapma yetkisi sadece yasama organına aittir.

Ancak temel hakları sınırlandıran bir kanunun bulunması tek başına yeterli değildir. Temel hakları sınırlayan kanun hükmünün erişilebilir, öngörülebilir, açık ve net olması, bunun yanında da kamu otoritesinin keyfî uygulamalarına karşı kişileri koruyacak güvenceleri içermesi gerekir. Bu nedenle kanunun şeklen var olması yetmez, ayrıca kaliteli olması da gerekir.

Öte yandan özellikle mesleki hayat bağlamında özel hayata saygı hakkının sınırlandırılmasında kanunilik şartı bakımından önemli bir konu da yargı organlarının çok sık olmamakla birlikte kanunu, öngörüldüğü amaç dışında yorumlayarak genişletmesidir. Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında özel hayata saygı hakkını sınırlayan kanuni düzenlemelerin yargı organlarınca "*makul olmayacak biçimde genişletici ve öngörülemez bir yoruma tabi tutulduğu*" gerekçesiyle kanunilik şartına uyulmadığı, bunun da hak ihlaline yol açtığı tespitinde bulunmuştur[10].

Bu noktada belirtmek gerekir ki kanunilik şartını sağlayan sınırlamaların ihlale yol açmaması için sınırlamanın meşru bir amacının bulunması, ayrıca demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

Öte yandan özel kişiler, başka bir ifadeyle işçi işveren arasındaki ilişkilerde de kişilerin özel hayatına saygı hakkının korunmasına yönelik devletin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında özellikle işverenlerin çalışanlarının özel hayatına saygı göstermesi gerektiğini, devletin bunu sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüğü bulunduğunu, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda özel hayata saygı hakkının ihlal edilebileceğini belirtmiştir.

Bu kapsamda Mahkememiz örneğin özel bir şirkette çalışan başvurucunun e-posta hesabının içeriğinin işveren tarafından gerekli anayasal güvenceler sağlanmadan incelenmesi ve iş akdinin feshedilmesi olayında özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.[11] Aynı şekilde hastalığı nedeniyle haksız şekilde işten ayrılmaya zorlanan başvurucunun esaslı iddialarının derece mahkemelerince

10 Bu konuda bkz. *Mehmet Çetinkaya ve D.K.* [GK], B. No: 2018/27392, 15/4/2021, § 49.
11 *E.Ü.*[GK], B. No: 2016/13010, 17/9/2020.

incelenmemiş olması sebebiyle devletin pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmediğine, dolayısıyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir[12].

Değerli Konuklar,

Sonuç olarak özel hayata saygı hakkının ve mahremiyetin güvence altına alınması, bireyin maddi ve manevi varlığının, özerklik ve özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi bakımından son derece önemlidir. Bunun yanında unutmamak gerekir ki temel hak ve özgürlüklerin korunduğu, hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti aynı zamanda refah devletinin de olmazsa olmaz şartıdır.

Esasen güneşin altındaki diğer sözler gibi bu söz de yeni değildir. Osmanlı Devleti'nde bir dönem sadrazamlık da yapmış olan Tunuslu Hayreddin Paşa yıllar önce bu tespiti yapmış ve yazdığı kitapla bunu bize aktarmıştır. Kanun-i Esasi'nin ilanından sekiz yıl önce yayımladığı kitabında Avrupa'da gezdiği ülkelerin kurumlarına dair gözlemlerini paylaşan Tunuslu Hayreddin Paşa'ya göre "*En yüksek refah mertebelerine ulaşan ülkeler, hürriyetin ilkelerini ve siyasi tanzimata denk gelen anayasayı yerine oturtan ülkelerdir*[13].

Kuşkusuz dün olduğu gibi bugün de hürriyet ilkelerini ve Anayasa'yı yerine oturtma konusunda en büyük görev yargıya düşmektedir. Bu görev hakkıyla yerine getirildiğinde yargıya güven de arzu edilen düzeye yükselecektir. Bu nedenle yargı mensupları olarak sürekli bir öz eleştiri ve muhasebe içinde kendimizi gözden geçirmek ve yenilemek durumundayız. Bu bizim hukuka, adalete ve son kertede mensubu bulunduğumuz milletimize olan vicdan borcumuzdur.

Değerli Konuklar,

Saygıdeğer Katılımcılar,

Sözlerime son verirken sempozyumun organizasyonunda emeği geçen mesai arkadaşlarımı tebrik ediyor, katılımlarıyla katkı yapacak olan herkese teşekkür ediyorum.

Sempozyumu teşriflerinden dolayı hepinize bir kez daha şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyet diliyorum.

12 *T.A.A.*, B. No: 2014/19081, 1/2/2017.

13 Tunuslu Hayreddin Paşa, *Ülkelerin Durumunu Öğrenmek İçin En Doğru Yol-* Akvemü'l- Mesâlik fî Marifeti Ahvâlü'l-Memâlik, çev. S. Muhammed, İstanbul: Büyüyenay Yayınları, 2017, s. 132.

ÇOĞULCU DEMOKRASİYİ GELİŞTİRMEDE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN ROLÜ*

(16 Eylül 2021)

Saygıdeğer Meslektaşlarım,

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Bugün burada siz değerli katılımcılarla birlikte olmaktan duyduğum memnuniyeti dile getirmek isterim.

Değerli dostum ve meslektaşım Endonezya Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Enver Osman'a bu etkinlik çerçevesinde bizi ağırladığı için teşekkürlerimi sunarım.

Bir sonraki etkinlikte tüm katılımcılarla, maske takmak zorunda kalmaksızın bir arada olabilmeyi temenni ediyorum.

Bu kısa konuşmada Türk Anayasa Mahkemesinin çoğulcu demokrasi anlayışına yaptığı katkıdan bahsetmek istiyorum.

Anayasa mahkemelerinin esas görevine ilişkin oldukça basit ve genel nitelikte bir tespitle başlayalım: Yasama ve yürütme işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan anayasa mahkemelerinin varlık nedeni, anayasalarda yer alan temel değerler, prensipler ve hükümlerin korunmasıdır.

Demokrasi, anayasalarla korunan, korunması gereken temel bir değerdir. Günümüzde, neredeyse tüm anayasalarda, farklı terminoloji kullanılarak ifade edilmiş olsa bile, hukukun üstünlüğü ilkesi ve insan haklarının yanı sıra demokrasinin iyileştirilmesi ve geliştirilmesine yönelik hükümler yer almaktadır.

Bilindiği üzere, antik zamanlardan bugüne, demokrasi çoğunluğun iktidarı olarak tanımlanagelmiştir. Bu bağlamda, Thucydides *"Anayasamıza ... demokrasi adı verilir, çünkü iktidar azınlığın değil, çoğunluğun elindedir."* demiştir[1].

---

* İslam İşbirliği Teşkilatı'na Üye Devletlerin Anayasa Mahkemeleri (J-OIC) 2. Yargı Konferansı'nda yapılan konuşma, Bandung, Endonezya, 16 Eylül 2021.

1 Thucydides, *The Peloponnesian War (Peloponnessos Savaşları)*, Cilt II, Bölüm 37. AB Anayasası (Avrupa için bir Anayasa oluşturan Antlaşma Taslağı) Başlangıç Bölümünde yer verilmiştir.

Ancak, çoğulcu bir toplumda, demokrasi anlayışı ve pratiği çoğunluğun mutlak hakimiyetini esas alamaz. Demokrasinin, iktidarı belirleyen seçimler olmadan tasavvur edilemeyeceği bir gerçektir. Diğer taraftan demokrasi bireysel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla iktidardaki çoğunluğa yönelik anayasal sınırlamaların uygulanmasını da gerekli kılmaktadır.

Modern demokrasi yalnızca çoğunluğun iktidarından ibaret değildir. Merhum Aliya İzzetbegoviç, demokrasinin bu yönünü Bosna Hersek'in kuruluşundan çok önce vurgulamıştır. Aliya, 27 Mart 1990 tarihinde yaptığı konuşmada, demokrasiyi *"çoğunluğun hakimiyeti olarak değil, hukuk devleti olarak"* tanımlamıştır. İzzetbegoviç demokrasi tanımını şu şekilde temellendirmiştir: *"Yasanın denetiminde olmayan çoğunluk yönetimi kendisini kaçınılmaz olarak çoğunluğun tiranlığına dönüştürür ve çoğunluğun tiranlığı da en az diğerlerininki kadar tiranlıktır"*[2].

Bu nedenle, modern demokrasi anlayışının, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla hukukun üstünlüğü ilkesini esas aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. "Anayasal" terimi "demokrasi" nin ayrılmaz bir sıfatı hâline gelmiş ve böylece, bireylerin hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla, çoğunluğun iktidarını hukukun üstünlüğüne tabi kılmıştır.

Bu bağlamda, Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti "demokratik bir hukuk devleti" şeklinde tanımlanmaktadır. Benzer şekilde, Anayasamızın Başlangıç bölümünde, egemenliği millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun "Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi" dışına çıkamayacağı ifade edilmektedir.

Kısaca, diğer birçok anayasa gibi Türk Anayasası da anayasal demokrasiyi hukukun üstünlüğü, insan hakları, kuvvetler ayrılığı ve yargısal/anayasal denetim gibi temel kavramlarıyla birlikte güvence altına almaktadır.

Değerli Katılımcılar,

Konuşmamın bu bölümünde öncelikle şunu belirtmek isterim ki, 2012 yılında bireysel başvurunun kabul edilmesi, Türk Anayasa Mahkemesinin anayasal demokrasiye ilişkin bu kavram ve fikirleri yorumlama ve uygulama şeklini önemli ölçüde etkilemiştir. Bireysel başvuru sisteminin, genelde hukuk sistemi, özelde ise anayasa yargısı bağlamında devrim yarattığını söylemek mübalağa olmayacaktır.

Türk Anayasa Mahkemesinin anayasal demokrasinin korunmasına ve geliştirilmesine nasıl katkı sağladığı hakkında genel bir fikir sahibi olmanız için birkaç karardan bahsetmek istiyorum. Anayasa Mahkemesi demokrasiyi,

2 Aliya İzzetbegoviç, Tarihe Tanıklığım, Çev. Alev Erkilet, Ahmet Demirhan, Hanife Öz, Klasik Yayınları, 2003, s. 77.

hukukun üstünlüğü ve temel haklar ile bağlantılı bir kavram olarak yorumlamaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre temel hak ve hürriyetlerin korunması demokratik toplum için bir zorunluluktur. Bu nedenle demokratik devletin temel görevi, bu hak ve hürriyetleri korumak ve iyileştirmektir. Demokratik devletlerin bu bağlamda hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri söz konusudur.

Bir başka ifadeyle, devlet, hak ve hürriyetlerin kullanılmasına keyfi müdahalede bulunmaktan kaçınmalı ve bireyleri başkalarının müdahaleleri karşısında korumaya yönelik belirli tedbirler de dahil olmak üzere bu hak ve hürriyetlerin etkin şekilde kullanılması için gerekli tedbirleri almalıdır[3].

Anayasa Mahkemesinin demokrasinin iyileştirilmesi ve geliştirilmesinde üstlendiği rol, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin verdiği kararlardan görülebilir. Anayasa Mahkemesine göre, bu siyasi haklar, çoğulcu ve katılımcı demokrasinin vazgeçilmez unsurları arasında yer almaktadır[4].

Çoğu davada, bu siyasi haklar, ifade özgürlüğü ile birlikte ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, demokrasinin çoğulcu niteliğini sürdürecek olan temel aracın ifade özgürlüğü olduğuna sürekli vurgu yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi nazarında toplumsal ve siyasal çoğulculuk -ırkçılık, nefret söylemi ve teröre teşvik kapsamına giren söylemler hariç olmak üzere- her tür görüşün özgürce ve barışçıl şekilde ifade edilmesiyle varlığını sürdürür. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün gereğince korunmadığı durumlarda demokrasi var olamaz[5].

Şunu ifade etmeliyim ki Anayasa Mahkemesi, milletvekilleri söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün korunması konusunda daha hassas ve ihtiyatlı davranmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, seçmenlerin düşünce, talep ve çıkarlarını siyasi alanda temsil ettikleri için milletvekillerine yasama dokunulmazlığı kurumu aracılığıyla daha fazla anayasal koruma sağlandığını dile getirmiştir[6].

Anayasa Mahkemesi, söylemleri Cumhuriyet'in Anayasa'da tanımlanan idari yapısına aykırı olan milletvekilleri hakkında disiplin yaptırımı uygulanmasını öngören Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, bu kararında, demokratik bir devlette bilhassa milletvekillerinin, çoğunluğun görüşüne aykırı nitelikte olsa

3 AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 45.
4 Bkz. AYM, E. 2002/38, K. 2002/89, 8/10/2002; *Mustafa Hamarat*, B. No: 2015/19496, 17/1/2019, § 45.
5 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 112.
6 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 113.

bile, her türlü görüşü barışçıl bir şekilde savunma özgürlüğünü haiz olması gerektiğini belirtmiştir[7].

Anayasa Mahkemesi, yakın zamanda verdiği iki önemli kararda, milletvekillerinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını kullanabilmeleri bakımından yasama dokunulmazlığının oynadığı hayati rolü ele almıştır. İlgili davalarda, milletvekili olan başvurucular, yasama dokunulmazlıkları bulunmasına rağmen tutuklanmış ve daha sonra mahkûm edilmiştir.

Nitekim, başvurucuların Anayasa'nın 83. maddesi kapsamında haklarında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalara engel olacak bir yasama dokunulmazlığını haiz olup olmadıkları hususunda yargısal bir tartışma ortaya çıkmıştır. İlgili derece mahkemeleri ve Yargıtay, milletvekili olan başvuruculların Anayasa kapsamında güvence altına alınan yasama dokunulmazlığından yararlanamayacaklarına hükmetmiştir.

Haklarındaki kararların kesinleşmesi üzerine başvurucular, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları ile ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir[8]. Başvuruları inceleyen Mahkeme, yasama dokunulmazlığının, milletvekillerinin görüşlerini cezalandırılma korkusu ve herhangi bir müdahale olmaksızın ifade edebilmeleri konusundaki önemine vurgu yapmak suretiyle, başvurucular hakkında yasama dokunulmazlığının kabul edilmemesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1 Temmuz 2021 tarihinde verdiği yakın zamanlı bir kararında, yasama dokunulmazlığının mutlak olmadığını; ancak konulacak istisnaların kanun ile açık ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiş, bu tür bir yasal düzenlemenin yokluğunda ve mahkemelerin çelişkili uygulamaları sonucunda yasama dokunulmazlığı ile bağdaşmayan keyfi kararların ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, ilgili davada derece mahkemeleri başvurucunun faaliyetlerinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına imkân tanıyan anayasal istisnalar kapsamında olduğunu ikna edici bir şekilde ortaya koyamamıştır.

Mahkeme ayrıca, sosyal medya hesabında paylaştığı haberler nedeniyle terör örgütü propagandası yaptığı gerekçesiyle mahkûm edilen başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir. İlgili paylaşımların içeriği ve bağlamını inceleyen Anayasa Mahkemesi, dava konusu ifadelerin terör veya şiddete teşvik eder mahiyette olmadığı sonucuna varmıştır[9].

7 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 116.

8 Bkz. *Kadri Enis Berberoğlu* (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020 ve *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021.

9 *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], B.No: 2019/10634, 1/7/2021, §§ 168-169.

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Sonuç olarak her ne kadar anayasallık denetiminin meşruiyeti çoğunlukçu görüşler temelinde uzun süredir sorgulanmakta ise de, anayasa mahkemeleri anayasal demokrasilerin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir.

Bu durum, ifade ettiğim üzere, bireysel başvuru sisteminin devletin üç temel değeri olan hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarının korunmasını ve geliştirilmesini amaçlayan hak eksenli yaklaşımın benimsenmesinde gerekli zemini hazırladığı ülkemiz için de geçerlidir.

İlginizden dolayı şükranlarımı sunuyorum.

ÜNİVERSİTENİN ÜÇ HALİ: AKIL ÖZGÜRLÜK VE ÇEŞİTLİLİK*
(18 Ekim 2021)

Değerli Davetliler,

Sizleri en içten duygularımla, sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

2021-2022 akademik yılının açılış töreninde sizlerle birlikte olmaktan dolayı büyük bir memnuniyet duyduğumu ifade etmek isterim.

Yeni akademik yılın sağlıklı ve her açıdan verimli olmasını temenni ediyorum.

Tam on yıl aradan sonra bir akademik yılın açılışında konuşuyorum. Bu vesileyle sizlerle bir araya gelme fırsatını sağlayan sayın rektörümüze nazik davetlerinden dolayı teşekkür ediyorum.

Doğrusu siz değerli hocalarıma ve genç öğrenci arkadaşlarıma *"ne söylemeliyim"* diye bir süre düşündüm. Sonunda *"üniversite"* kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair görüşlerimi sizlerle paylaşmaya karar verdim.

"Üniversite" kelimesinin etimolojisiyle başlamak istiyorum. Bilindiği üzere Latince kökenli olan *"üniversite"* kelimesi, *"evrensel"* anlamına gelen "*universal"* ile bağlantılı bir kelimedir. Kelimenin ikinci bir anlamı ise hocalar ve öğrencilerin bir araya geldikleri *"birlik"*tir. Kısacası üniversite hoca ve öğrenci birliğidir. Bu nedenle üniversite karşılığı olarak Arapça'da "*camia"* kelimesi kullanılmaktadır.

Diğer yandan bizde üniversite kelimesinden önce kullanılan *"darülfünun"* kelimesi de *"fenler, bilimler evi"* anlamına gelmektedir.

Buna göre etimolojik kökeninden hareketle üniversiteyi *"evrensel değerler temelinde bilimsel bilginin üretimi, öğretimi ve öğrenimiyle uğraşan hocalar ve öğrenciler topluluğu"* olarak tanımlamak mümkündür.

Bu tanımdan yola çıktığımızda üniversiteye hâkim olması gereken ve birbiriyle bağlantılı üç niteliğin olduğunu söyleyebiliriz. Bunlardan birincisi akıl, ikincisi özgürlük, üçüncüsü de çeşitliliktir.

---

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi 2021-2022 Akademik Yılı Açış Konuşması, 18/10/2021.

Değerli Arkadaşlar,

Akıl, bilindiği üzere insanı diğer varlıklardan ayıran bir özelliktir. Bilginin üretimi de teknolojisi de büyük ölçüde aklın kullanımına bağlıdır. Bu nedenle aklını askıya almış veya tatile göndermiş bir üniversite olamaz. Başka bir ifadeyle *"akıl"*sız üniversite olmaz.

Öte yandan aklı kullanmak bir zihinsel erginlik belirtisidir. Bu sebeple ünlü filozof Kant, aydınlanmayı insanın ergin olmama hâlinden çıkması, başka bir ifadeyle reşit olması şeklinde tanımlar. Reşit olmak da kişinin akıl baliğ hâle gelmesidir. Kant, kişinin vesayetten kurtulup ayakları üzerinde durmasının aklını kullanması ile mümkün olacağını anlatır. Bu da her şeyden önce cesareti gerektirir. Kant'a göre aydınlanmanın mottosu *"Aklını kullanmaya cesaret et!"* (*Sapere aude!*) cümlesidir[1].

Bunu yapmadığımızda vesayetin pençesinde, henüz ergin, yetişkin olmayan varlıklar olarak yaşamaya mahkûm oluruz. Vesayetçilik ya da paternalizm ise insanı, güdülmesi gereken sürü olarak görür. Bunun sonucu, bir türlü kendi kararını kendisi veremeyen, her daim bir vasinin koruyuculuğuna muhtaç olan kişilerden oluşan bir toplumun ortaya çıkmasıdır. Böyle bir toplumda özgürlük yeşermez. Tam da bu nedenle Kant, yönetilenleri doğruyu yanlıştan, faydalıyı zararlıdan ayıramayan çocuklar olarak gören vesayetçiliği *"tasavvur edilebilen en büyük despotizm"* olarak nitelendirmiştir[2].

Değerli Arkadaşlar,

Aklın kullanılması kurumsal anlamda özerkliği, bireysel düzeyde de özgürlüğü beraberinde getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı üzere üniversitenin idari, mali ve bilimsel özerkliği bir bütün olarak üniversite özerkliğini oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu unsurlardan birine yapılacak müdahale diğer unsurları da olumsuz yönde etkileyecektir[3]. Aynı şekilde serbestçe bilimsel faaliyetlerde bulunma anlamındaki akademik özgürlük de üniversitelerin vazgeçilmez özelliklerindendir.

Üniversiteye hâkim olması gereken temel değer özgürlüktür. Zira üniversite, aklını kullanan yetişkin bireylerin eğitim ve öğretim faaliyetlerine katıldıkları mekânın adıdır.

---

1 I. Kant, "An Answer to the Question: 'What is Enlightenment?'", *Kant's Political Writings*, trans. H.B.Nisbet, (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), s. 54.

2 I. Kant, "On the Common Saying: This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice", *Kant's Political Writings*, s. 74.

3 AYM, E.2015/61, K.2016/172, 02/11/2016, § 45.

Sevgili Gençler,

Hayatınızın en önemli dönüm noktalarından birindesiniz. Bir anlamda kişiliğiniz ve kimliğinizin inşa sürecini burada, üniversite ortamında tamamlayacaksınız.

Aklını kullanan özgür bireyler olarak ne olursanız olun, kendiniz olun. Aklınızı ve beyninizi kimseye ama hiç kimseye kiraya vermeyin. Başkalarının iradenizi sıfırlamasına ve sizi araçsallaştırmasına razı olmayın. Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün işaret ettiği fikri, vicdanı ve irfanı hür olanlardan olun.

Kuşkusuz özgürlüğün ona sahip olan özneler üzerinde korkutucu bir etkisi de vardır. Erich Fromm bunu çok iyi anlatır. Geleneksel bağların çözülmesiyle birlikte kendisini yalnız ve güçsüz hisseden birey, çoğu kez çareyi özgürlükten kaçmakta bulur. Fromm, otoriter rejimlerin tahkiminde bu kaçışın ve teslimiyetin önemli bir payı olduğunu söyler[4].

Gerçekten de özgürlük başta beyin konforunuz olmak üzere rahatınızı bozabilir. Ancak tüm zorluklara rağmen özgürlükten korkmayın ve ondan kaçmayın. Zira varoluşun anlamı özgürlükle kavranabilir. Özgürlük hayatımızı anlamlı ve değerli kılan şeydir.

Özgürlükten kaçışın bir nedeni de ekonomik olarak daha konforlu bir yaşam arayışı veya kazanımların korunması olabilir. Bu noktada Kant'tan ve Fromm'dan asırlar önce yaşayan, bu toprakların ruh köklerinden biri olan Mevlâna'ya kulak verebiliriz. Şöyle diyor Mevlâna:

Yoksulluk beni ölümle tehdit etse bile,

Hürriyeti kulluğa satmam ben[5].

Hemen belirtmek gerekir ki akıl ve özgürlüğün kullanılması sınırsız değildir. Bunlar diğer değerlerle dengelenmelidir. Bu anlamda ahlak ve adaletle çevrelenmemiş bir akıl en az vesayetçilik kadar tehlikelidir. Özellikle *"öteki"* olarak görüleni sömürmeye ve yok etmeye yönelik bir araçsal aklın dünyaya çok büyük bedeller ödettiği bilinmektedir.

Dün İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan soykırımın bugün de ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve İslamofobinin araçsal bir akılla meşrulaştırılmaya çalışıldığı bilinmektedir. Bu nedenle insanlığın aklına mukayyet olması gerekmektedir.

4 E. Fromm, *The Fear of Freedom*, (London: Ark Paperbacks, 1942), ss. 179-207.

5 Mevlâna Celaleddin-i Rûmi, *Rubâîler*, Haz. H. İbrahim Sarıoğlu, (Ankara: DİB Yayınları, 2013), s. 186.

Bunun yolu da *"öteki"*nin ontolojik statüsünü kabul eden sağlıklı bir çoğulculuktan geçmektedir. Üniversite kavramındaki *"birlik"* bu anlamda *"çoklukta ya da çeşitlilikte birlik"* olarak kabul edilmelidir. Bu durum toplumun örgütlü hâli olarak tanımlanan devlet için de geçerlidir.

Değerli Arkadaşlar,

Aynı şekilde özgürlük de birlikte yaşamanın kurallarını koyan hukukla çevrelenmek durumundadır. Evet, üniversite yasakların değil özgürlüğün hâkim olması gereken bir alandır. Ancak bu özgürlüğün başkalarının özgürlüğüne halel getirmeyecek şekilde, hukuk içinde kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle 1924 Anayasası'nın 68. maddesinde *"hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırıdır"* denmiştir.

Akıl ve özgürlük, üniversitenin sahip olması gereken üçüncü bir özelliği, çoğulculuğu beraberinde getirmektedir. Aslında üniversite, toplumun ortaya çıkışından bu yana kadim bir mesele olarak tartışılan *"birlikte yaşama"*nın teori ve pratiğinin de sınandığı bir camiadır. Burada farklı coğrafyalardan ve kültürlerden gelen binlerce öğrenci bir arada yaşamanın da sınavını veriyor.

Bu noktada belirtmek gerekir ki üniversite doğası gereği çeşitliliğin mekânıdır. Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun temelinde de bu çeşitlilik olgusu bulunmaktadır.

Bu gerçeği tespit etmek için öyle çok fazla uğraşmaya, siyaset teorisinden veya antropolojiden argümanlar ortaya koymaya gerek yoktur. Bu topraklarda bizden önce yaşayıp, aklını ve gönlünü harekete geçirerek hakikat arayışında zirveye ulaşanlara kulak vermek yeterlidir. Anadolu'nun irfan kaynakları bize *"birlikte yaşama"*nın sırrını çok güzel ve sade bir şekilde anlatmıştır.

Yunus Emre yaratılanı yaratandan dolayı hoş görmek gerektiğini söyler. Hacı Bektâş-ı Veli'ye göre ise hakikatin ikinci makamı *"yetmiş iki milleti ayıplamamak"*tır[6]. Bu ve benzeri tavsiyelerle Anadolu irfanı ve tefekkürünün bize öğrettiği ilke şudur: İnsanı farklılıkları ile kabul edin ve onu ötekileştirmeyin. Bu ilkenin benimsendiği ve hayata geçirildiği yerde araçsal aklın ürettiği ırkçılık ve yabancı düşmanlığı gibi hastalıklara yer yoktur.

Değerli Davetliler,

Son olarak Anadolu irfan geleneğinin Balkanlardaki temsilcilerinden biri olan Aliya İzzetbegoviç'i anmak istiyorum. Merhum Aliya çoğulculuğun dayanaklarını kitaplarında çok iyi anlatır. Bir konuşmasında *"Benim hoşgörüm, Avrupa değil Müslüman kökenlidir"* der[7].

---

6 Hacı Bektaş-ı Veli, *Makâlât*, Haz. A.Yılmaz, M.Akkuş, A. Öztürk, (Ankara, 2011), s. 78.

7 Aliya İzzetbegoviç, *Konuşmalar*, 19. Baskı, Çev. F.Altun & R. Ahmetoğlu, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2015), s. 174.

Aliya, *"Özgürlüğe Kaçışım"* adını verdiği hapishane notlarında ise 1980 yılında Nobel Tıp ödülü alan bir genetikçi bilimcinin tespitini aktarır. Bu bilim insanına göre genetik bilimi tüm insanların, hatta tek yumurta ikizlerinin bile farklı varlıklar olduğunu ispatlamıştır. Aliya bunu şöyle yorumlar: *"Tanrı çeşitliliği seviyor"*[8].

Aliya'nın varlığın doğasındaki çeşitliliğe yaptığı bu vurguya rağmen bazı insanların çeşitliliği sevmediği hepimizin malumudur. Bu nedenle bazıları *"farklı"* olanı aynılaştırmak, bunu yapamadığında da yok etmek için her şeyi deneyebiliyor. İnsanlık tarihi maalesef bunun trajik örnekleriyle doludur.

Bize düşen ise bizden önce bu toprakların irfan abidelerinin yaptığı gibi *"ne olursan ol yine gel"* diyen bir medeniyeti ihya ve inşa etmektir.

Gerisi teferruattır…

Bu duygu ve düşüncelerle hepinizi bir kez daha selamlıyor, yeni akademik yılın başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum.

Sağ olun, var olun.

8 Aliya İzzetbegoviç, *Özgürlüğe Kaçışım: Zindandan Notlar*, 21. Baskı, Çev. H.T.Başoğlu, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2015), s. 259.

ANAYASAL ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI*
(16 Mayıs 2022)

Saygıdeğer Konuklar,

Değerli Katılımcılar,

Öncelikle sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum. Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi (AYAM) ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen sempozyuma hoş geldiniz diyor, toplantının başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum.

Sempozyumun organizasyonunda emeği geçen herkese, özellikle ev sahipliği yapan sayın Rektöre, Hukuk Fakültesinin kıymetli Dekanına ve hocalarına teşekkür ediyorum. Sempozyuma oturum başkanı ve konuşmacı olarak katkı sunacak olanlara şimdiden şükranlarımı sunuyorum.

Bilindiği üzere insani varoluşun temel ilkelerinden biri özgürlüktür. İnsan aynı zamanda hemcinsleriyle birlikte yaşamak zorunda olan bir varlık olduğu için bu ilkenin mutlak olmadığının farkındadır. Toplumsal hayatın olduğu yerde sınırsız özgürlük mümkün değildir.

Daha açık ifadeyle mutlak yalnızlık söz konusu değilse -ki değildir- özgürlük ontolojik olarak sınırlıdır. Muhammed İkbal, mutlak irade sahibi olan yaratıcının insanı "*sınırlı ego*" olarak yarattığını, bu bağlamda insanın özel inisiyatifler alabilen, irade sahibi ve özgür bir varlık olduğunu söyler[1].

Diğer yandan temel hak ve özgürlükler ile otorite arasında paradoksal bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlükler *otoriteye karşı otorite tarafından* korunmak durumundadır. Nitekim Anayasa'ya göre herkes temel hak ve özgürlüklerinin "*kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla*" Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilir. Diğer yandan temel hak ve özgürlüklerin korunması,

---

* AYAM ile Ankara HBV Üniversitesi tarafından düzenlenen "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri" Konulu Sempozyumun Açış Konuşması.

1 Mohammad Iqbal, *The Reconstruction of Religious Thought in Islam*, 4th Edition, (New Delhi: Kitab Bhavan, 1990), s. 108.

bilhassa hak ihlallerine ilişkin kararların uygulanması kamu gücünün kullanılmasını gerektirmektedir.

Özgürlük ve otorite arasındaki bu ontolojik ilişkiye yönelik olarak tarih boyunca farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Devletin ortaya çıkışını toplum sözleşmesiyle izah edenler, doğa durumunda sınırsız özgürlüğe sahip olanların güvenlik/otorite karşılığında hak ve özgürlüklerinin bir kısmından vazgeçtiklerini varsayarlar. Örneğin Thomas Hobbes'a göre devletli toplumda hukukun varlık nedeni, güvenliği temin ederek insanların birbirlerine zarar vermeden barış ve huzur içinde yaşamasını sağlamaktır. Bunun için de doğal hak ve özgürlüklerin kanunlar tarafından sınırlandırılması zorunludur[2].

Sözleşmeci düşünürlerden Kant açısından da hukuk, özgürlüğün başkalarının özgürlüğüyle birlikteliğini sağlamalıdır. Kant'a göre hukuk düzeninin temeli olan anayasa bir yandan mümkün olan en geniş beşerî özgürlüğü içermeli, diğer yandan da bu özgürlüğün başkalarının özgürlüğüyle bir arada olmasını sağlamalıdır[3].

Kant'ın ideal anayasanın içeriğine dair bu tespitinden beşerî özgürlüğün hukuk yoluyla sınırlandırılması gereği ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de modern anayasaların temel haklara yönelik olarak öngördüğü kamu yararı, kamu güvenliği veya doğrudan başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sınırlama sebeplerinin asıl amacı, herkesin özgürlüğünü başkalarının özgürlüğünü ortadan kaldırmadan kullanmasına imkân tanımaktır.

Anayasa tarihimizde de bu durum oldukça belirgindir. İlk anayasamız olan Kânûn-i Esâsî'nin 9. maddesinde Osmanlıların hürriyete malik ve başkasının "*hukuku hürriyetine tecavüz etmemekle mükellef*" oldukları belirtilmiştir. 1924 Anayasası'nın 68. maddesine göre ise doğal haklardan olan "*hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir*". Sonraki anayasalarımızda farklı bir terminoloji kullanılmış olsa da sınırlamanın bu temel amacı devam etmiştir.

Mevcut anayasa uyarınca başkalarının hak ve özgürlüklerinin başladığı yerde sınırlama da başlar. Söz gelimi mülkiyet herkes için haktır ancak kamu yararı amacıyla yapılan kamulaştırma bu hakkı sınırlar. Herkes düşünceyi açıklama özgürlüğüne sahiptir ancak diğer bir hak olan şeref ve itibarın korunması amacıyla bu özgürlük sınırlanabilir. İfade haktır ancak hakaret, şiddete teşvik veya nefret söylemi bu hakkın sınırlarıdır. Tüm bu sınırlamaların nihai amacı başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

2 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. S.Lim, 12. Baskı, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2013), s. 202, 203.

3 *Kant's Political Writings*, trans. H.B.Nisbet, (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), s. 191.

Değerli Katılımcılar,

Anayasal sistemimizde masumiyet karinesi ve işkence yasağı gibi hiçbir şart altında sınırlandırılamayacak olan çekirdek hakların dışında kalan tüm hak ve özgürlükler sınırlanabilir. Bu sınırlamaların hukuki rejimi olağan dönemlerde Anayasa'nın 13. maddesinde, olağanüstü dönemlerde ise 15. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca olağan dönemlerdeki sınırlandırmaların mutlaka kanunla yapılması, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir.

Olağanüstü yönetim usullerinin yürürlükte olduğu dönemdeki sınırlama rejimini düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi de kamu otoritelerine sınırsız bir yetki tanımamakta, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik ölçütler getirmektedir. Buna göre OHAL dönemindeki sınırlamalar milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmamalı, durumun gerektirdiği ölçüde olmalı ve çekirdek hak ve özgürlüklere dokunmamalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi olağanüstü yönetim usullerinin hukuki rejimler olduğunu, bu kapsamda alınan tedbirlerin Anayasa'ya aykırı olmaması gerektiğini sıklıkla vurgulamıştır[4].

Anayasa Mahkemesi özellikle son 10 yıllık dönemde Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde öngörülen sınırlandırma rejimlerine yönelik çok önemli ilke ve esaslar geliştirmiştir. Dahası Mahkeme, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra başlayan süreçte OHAL tedbiri niteliğindeki sınırlamaları Anayasa'nın 15. maddesi, bu nitelikte olmayan sınırlamaları ise 13. maddesi çerçevesinde incelemiş, böylece bu iki sınırlama rejimi arasındaki farklılıkları ortaya koymuştur.

Bu vesileyle OHAL KHK'larının denetimine ilişkin olarak baştan itibaren Anayasa Mahkemesine yöneltilen bir eleştiriye değinmek istiyorum. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde, olağanüstü hâlde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin (2017 değişikliğinden sonra CBK'ların) şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla *Anayasa Mahkemesinde dava açılamayacağı* belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu maddenin lafzını, anayasa koyucunun amacını ve yasama belgelerini inceleyerek *OHAL KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı*na karar vermiştir[5].

Kuşkusuz, hukuk devletinde OHAL KHK'ları dâhil tüm normların yargısal denetime açık olması beklenir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bunu belirtmiş ancak "*olması gereken*" ile "*olan*" arasındaki farkı gözeterek

4 AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016, § 11; *Aydın Yavuz ve Diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, § 167.

5 AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016; AYM, E.2016/167, K.2016/160, 12/10/2016.

Anayasa'nın yargı denetimini kısıtlayan hükümleri bulunduğunu, 148. maddenin ilgili hükmünün de bunlardan biri olduğunu vurgulamıştır.

Bu kararlar nedeniyle OHAL döneminde alınan tedbirlerin denetimsiz kaldığı, bunun sonucu olarak da temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği eleştirisi yoğun bir şekilde gündemde tutulmuştur. Hatta bazı çevrelerce OHAL döneminin olumsuzluklarının neredeyse tüm vebali Anayasa Mahkemesine yüklenmiştir.

Bu eleştirinin en az iki nedenle haklı olmadığını düşünüyorum. Birincisi Anayasa Mahkemesi sınırsız yetkilere sahip bir yüksek yargı organı değildir. Egemenliği kullanan diğer organlar gibi Mahkemenin görev ve yetkileri de Anayasa'yla belirlenmiş ve sınırlandırılmıştır. Elbette yorum anayasallık denetimi yapan mahkemelerin yetki haritasını belirlerken kullanılan en önemli araçtır. Ancak bu aracın anayasa koyucunun iradesini ortadan kaldıracak veya değiştirecek şekilde kullanılması meşruiyet tartışmasını beraberinde getirecektir.

Mahkemeler anayasayı hak eksenli şekilde ve özgürlükler lehine yorumlamalıdır. Lakin bu durum yorum yoluyla anayasayı değiştirmeye varan bir yargısal aktivizme dönüşmemelidir. Mecelle'de ifade edildiği gibi "*Mevrid-i nasda içtihada mesağ yoktur*." Başka bir ifadeyle hüküm açıksa yoruma ve içtihada yer yoktur.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesinin norm denetiminde OHAL KHK'larına ilişkin kararının bunların tamamen denetim dışı kalmasına neden olduğu görüşü doğru değildir. Zira kamuoyunda oluşturulan yanlış algının aksine OHAL KHK'ları denetim dışı kalmamış, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulup *kanunlaştıktan sonra* açılan iptal davaları ve yapılan itiraz başvuruları kapsamında incelenmiş ve incelenmeye devam edilmektedir[6]. Bu kapsamda yapılan anayasallık denetiminde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan dava konusu OHAL tedbirlerinin önemli bir kısmının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Bunun yanında OHAL tedbirlerinden kaynaklanan hak ihlali iddiaları bireysel başvuru yoluyla baştan itibaren incelenmektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda OHAL kapsamında alınan ve bu dönemle sınırlı uygulanan tedbirleri Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelemekte, bu maddeye aykırılık bulduğunda hak ihlali sonucuna ulaşmaktadır.

Değerli Katılımcılar,

Hatırlatmak gerekir ki Anayasa Mahkemesi bir yandan OHAL tedbirlerinden kaynaklanan ve bir ara 100 bini aşan yoğun başvuru yüküyle

6 Bkz. AYM, E.2018/74, K.2019/92, 24/12/2019; AYM, E.2018/159, K.2019/93, 24/12/2019.

mücadele etmiş, diğer yandan da bu dönemde temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik ilke ve esasları belirlemiştir. Bu kapsamda öncelikle ilgili haklara ve konularına göre gruplandırdığı bireysel başvuruların öncü nitelikte olanlarını karara bağlamış ve böylelikle OHAL sınırlama rejiminin genel ilkelerinin hak ve konu bazlı alt ilkelerini ortaya koymuştur. Bu suretle OHAL döneminde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından ifade özgürlüğüne kadar anayasal hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelere dair başvurular makul bir sürede karara bağlanmıştır[7].

Diğer yandan unutmamak gerekir ki olağanüstü rejimlerin en önemli özelliği geçici olmalarıdır. Nitekim 1876 Kânûn-i Esâsî'de yer verilen "*idarei örfiye*"den yürürlükteki Anayasa'da yer alan olağanüstü yönetim usullerine kadar bu yönetimler "*muvakkaten*" ve belli bir süreyle ilan edilen istisnai hâller olarak kabul edilmiştir.

Bu bağlamda en ciddi tehlikelerden biri, geçici olması gereken istisna hâlinin kalıcı hâle gelmesi, başka bir deyişle olağanüstünün olağanlaşmasıdır. Bilindiği üzere kötülük bulaşıcıdır, bazen onunla mücadele edenlere de sirayet eder. Bu nedenle Nietzsche'nin ifadesiyle "*Canavarlarla savaşan kişi kendisi bir canavara dönüşmemeye dikkat etmelidir. Uzun süre uçuruma bakarsan, (bir süre sonra) uçurum da sana bakar* "[8].

Olağanüstünün olağanlaşmasıyla mücadelede anayasa yargısına büyük görev düşmektedir. Anayasa Mahkemesi baştan itibaren olağanüstü yönetim usullerinin istisnai ve geçici nitelikte hukuki rejimler olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre bu yönetim usulleri kapsamında alınan tedbirlerin amacı olağanüstü duruma sebep olan tehlikenin kaldırılarak mümkün olan en kısa sürede olağan hukuk düzenine dönülmesini sağlamak olmalıdır. Bu bağlamda istisnai ve geçici olma olağanüstü yönetim usullerinin meşruiyetinin de bir göstergesidir[9].

Değerli Katılımcılar,

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi -bazılarının zannettiği gibi- toplumsal gerçeklikten kopuk, fildişi kulede kararlar vermemektedir. Mahkeme temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaları yorumlarken kamu düzeni ile özgürlükler arasındaki hassas ilişkiyi gözetmekte, toplum sözleşmesi

7 Öncü kararlardan bazıları için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017; *Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017; *Mehmet Hasan Altan (2)* [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018; *Şahin Alpay* [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018; *Turhan Günay* [GK], B. No: 2016/50972, 11/1/2018; *Onur Can Taştan* [GK], B. No: 2018/32475, 27/10/2021); *Tuna Tuç*, B. No: 2016/80432, 12/11/2019; *Müjdat Gürbüz*, B. No: 2017/36529, 23/5/2018; *Adnan Şen* [GK], B. No: 2018/8903, 15/4/2021.

8 Friedrich Nietzsche, *Beyond Good and Evil: Prelude to a Philosophy of the Future*, trans. R. J. Hollingdale, (London: Penguin Books, 1973), § 146, s. 102.

9 *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 166.

mahiyetinde olan anayasaların "*intihar sözleşmesi*" olmadığının bilincinde hareket etmektedir. Bu anlamda Mahkemenin benimsediği hak eksenli yaklaşım, romantik ve sınırsız bir özgürlükçülük değildir.

Anayasa Mahkemesinin hak eksenli paradigması anayasal sınırlarını aşan bir "*yargısal aktivizm*"den de, yetkilerini kullanmaktan çekinen bir "*yargısal kendini sınırlama*"dan da aynı ölçüde uzak durmayı gerektirmektedir. Mahkememiz hürriyetin ötekilerin hürriyetiyle bir arada korunması gerektiği düşüncesiyle kararlarını vermektedir. Bu amaçla Anayasa Mahkemesi, Mevlânâ'nın adalet tanımında olduğu gibi *her şeyi yerli yerine koyma*ya, herkesin hakkını ve hak ettiğini teslim etmeye çalışmaktadır.[10]

Bu duygu ve düşüncelerle beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyor, bir kez daha sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum.

Sağ olun, var olun.

10 Mevlânâ Celâleddin-î Rûmî, *Mesnevî-i Ma'nevî*, Çev. D.Örs ve H. Kırlangıç, 3. Basım, Cilt II, (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2015), VI/2597, s. 866.

TÜRKİYE'DE BİREYSEL BAŞVURUNUN DÜNÜ, BUGÜNÜ VE YARINI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME*

(23 Eylül 2022)

Değerli Konuklar,

Saygıdeğer Katılımcılar,

Hanımefendiler, Beyefendiler,

Türkiye'de bireysel başvurunun 10. yılı dolayısıyla düzenlediğimiz uluslararası konferansa hoş geldiniz, şeref verdiniz. Sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum.

Aramızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden millî yargıcımız ve kıdemli hukuk müşavirimiz, Almanya, İspanya ve Macaristan'dan akademisyenler ile Asya Anayasa Mahkemeleri Birliği bünyesinde Mahkememizin düzenlediği 10. Uluslararası Yaz Okulu programının 15 ülkeden gelen katılımcıları bulunmaktadır. Yurt dışından konferansa katılan misafirlerimize ülkemize ve Mahkememize hoş geldiniz diyor, bu anlamlı günde bizi yalnız bırakmadıkları için kendilerine teşekkür ediyorum.

Bilindiği üzere anayasa yargısının temel amacı anayasal adaleti sağlamaktır. Anayasal adalet, en genel anlamda başta temel hak ve özgürlükleri güvenceye alan maddeler olmak üzere tüm anayasal hükümlerin, bilhassa hukukun üstünlüğü, demokrasi ve kuvvetler ayrılığı gibi anayasal prensiplerin korunmasını ifade eder.

Anayasayı yorumlamak ve uygulamak suretiyle anayasal adaleti sağlamak görevi, en başta bu amaçla ihdas edilmiş olan anayasa mahkemelerine aittir. Bu mahkemeler bir yandan kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyerek, diğer yandan da bireysel başvuru veya anayasa şikâyeti yoluyla yapılan hak ihlali iddialarını karara bağlayarak anayasal adaleti tesis etmeye çalışmaktadırlar.

Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi de kurulduğu yıldan bu yana kanunların anayasaya uygunluğu denetimini yapmaktadır. Mahkemenin bu gö-

* "*Türkiye'de Bireysel Başvurunun 10. Yılı Uluslararası Konferansı*"nın açış konuşması.

rev alanı 23 Eylül 2012 tarihinde başlayan bireysel başvuru sistemiyle birlikte insan hakları yargılamasını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Böylece Türk anayasa yargısında yasama organının işlemleri yanında yürütme ve yargı organlarının temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden iş ve işlemleri de anayasallık denetiminin kapsamına dâhil edilmiştir.

Değerli Katılımcılar,

Bir kurumun yerleşmesi bakımından ilk 10 yıllık dönem çok önemlidir. Tabir yerindeyse doğumuna şahit olduğumuz, emekleme, yürümeye başlama ve konuşma dönemlerini gözlemlediğimiz, nihayet bugün 10 yaşına girdiğini gördüğümüz bir çocuktan bahsediyoruz. Zor şartlarda çok zor büyüyen bir çocuktan...

Bugün geldiğimiz noktada artık 10 yıllık bireysel başvuru kurumunu daha sağlıklı bir şekilde değerlendirebiliriz. Bu açış konuşmasında bireysel başvurunun dünü, bugünü ve yarınına ilişkin bazı tespitlerde bulunmak suretiyle genel bir değerlendirme yapmak istiyorum.

Bireysel başvurunun dününden başlayalım. Bireysel başvuru, bundan tam 10 yıl önce bugün başladığında doğrusu umut ve kaygının iç içe geçtiği karmaşık duygular içindeydik. Umutluyduk zira anayasa koyucu, bireysel başvuruyu ülkenin temel hak ve özgürlükleri koruma standardını yükseltmek için getirmişti. Umutluyduk zira bireysel başvuru hukuk tarihimizin en büyük reformlarından biriydi. Anayasa Mahkemesi olarak biz de bu kurumu başarılı ve etkili şekilde uygulayarak insanımızın temel hak ve özgürlüklerini koruma umudunu ve iradesini taşıyorduk.

Diğer yandan kaygılıydık zira bir dizi sorun ve bilinmezler yumağı bizi bekliyordu. Uzun yargılamalar gibi ülkenin kronik hukuk sorunları, buna bağlı olarak muhtemel iş yükü ve Mahkememiz dâhil yargı organlarının bireysel başvuruya yabancı oluşu, belli ölçüde de ön yargılar kaygılarımızı besleyen hususlardı.

Bu kaygının çok da yersiz olmadığı, bireysel başvurunun etkili bir şekilde uygulanması önünde ciddi engellerin bulunduğu çok geçmeden anlaşıldı. Buna karşın bireysel başvuruya yönelik umut ve irade zorluklara galebe çaldı. 10 yıllık süre içinde yaşanan tüm olumsuzluklara ve ağır travmalara rağmen bireysel başvurunun iyi uygulama örneklerinden birinin ortaya çıktığını memnuniyetle söyleyebilirim.

Bu vesileyle başta bireysel başvuru kurumunu ihdas eden anayasa koyucu iradeye, bu kurumu ülkemize kazandırmak için gayret gösteren önceki başkanlarımıza ve en önemlisi onu başarılı şekilde uygulayan başkan vekillerimiz, üyelerimiz ve raportörlerimize, her düzeyde katkı sunan yargı ku-

rumlarımıza ve mensuplarımıza, kısaca emeği geçen herkese şükranlarımı sunuyorum.

Değerli Konuklar,

Bireysel başvurunun 10 yıllık geçmişinde elde edilen başarının boyutlarını detaylıca anlatmak bu konuşmanın sınırlarını aşar. Bunu anlamak için Anayasa Mahkemesinin resmî internet sayfasında yer alan Kararlar Bilgi Bankasında rastgele kavramlar girerek arama yapmak bile yeterlidir. Bu yapıldığında bireysel başvuruda verilen on binlerce kararda ülkenin temas edilmeyen, dokunulmayan neredeyse hiçbir hukuksal meselesinin kalmadığı görülecektir.

Gerçekten de kadının soyadından kamu kurumlarında ve üniversitelerde başörtüsü yasağına, kamulaştırmasız el atmalardan internete erişimin engellenmesine, vakıf mallarından zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerine, kişisel verilerin ifşa edilmesinden gazetelere yönelik ilan ve reklam kesintisine kadar bir dizi alanda ihlaller tespit eden ve bunlara yönelik giderim sağlayan kararlar verilmiştir.

Bu kararlardan hareketle bireysel başvurunun ikisi Anayasa Mahkemesine yönelik, diğeri daha genel olmak üzere üç dönüştürücü etkisinin olduğu söylenebilir.

Birincisi, bireysel başvuru Anayasa Mahkemesini insanımızın günlük hayatına, toplumsal ve siyasal yaşamın tüm boyutlarına dokunan, hak eksenli yaklaşımla ihlal şikâyetlerini inceleyen bir yüksek yargı organına dönüştürmüştür. Söz gelimi arsasının bir bölümünden anayasal güvencelere aykırı şekilde kamulaştırma yapılmaksızın enerji nakil hattı geçirilen insanımız bireysel başvuru yoluyla Mahkememize başvurabilmiştir. Anayasa Mahkemesi de başvurucunun Anayasa'da korunan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ve zararının tazmin edilmesine hükmederek anayasal adaletin bireysel düzeyde gerçekleşmesini sağlamıştır.

İkincisi bireysel başvuru, Anayasa'nın bütüncül bir şekilde yorumlanmasına ciddi katkı sağlamıştır. Gerçekten de daha önce anayasal hükümleri soyut normlar bakımından yorumlayan Mahkememiz, bireysel başvuruyla birlikte başvurulara konu somut olay ve olguları dikkate alarak temel hak ve özgürlüklerin norm alanını yorumlamaya başlamıştır. Bu durum bireysel başvuruyla birlikte uygulamaya geçen hak eksenli yaklaşımın norm denetimine de hâkim olmasını beraberinde getirmiştir. Bireysel başvuru, bir yandan Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklere öncelik veren hak eksenli yaklaşımı benimsemesini, diğer yandan da norm denetimini de içine alacak şekilde anayasal hükümlere yönelik yorumunu zenginleştirmesini sağlamıştır.

Bireysel başvurunun üçüncü etkisi ise hukuksal, toplumsal, siyasal ve ekonomik meselelerin önemli ölçüde anayasallaşmasına neden olmasıdır. Başka bir ifadeyle kamu gücü kullanan kurumlar özellikle de derece mahkemeleri temel hak ve özgürlüklere dair anayasal hükümleri her düzeyde yorumlamaya ve uygulamaya başlamıştır.

Değerli Konuklar,

Belirtmek gerekir ki bireysel başvurunun geride bıraktığımız 10 yılı kolay geçmemiştir. Bu süreçte 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsünün ardından olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmiş, 100 bini aşan kitlesel başvuruyla karşı karşıya kalınmıştır. Doğrusu sadece OHAL döneminde değil başlangıçtan itibaren ülkemizde, bireysel başvuruyu kabul eden diğer ülkelerle karşılaştırılamayacak derecede yoğun bir başvuru yüküyle karşılaşılmıştır.

Bireysel başvurunun 10 yıllık dönemine ilişkin istatistiklere bakıldığında iş yükü noktasında yaşanan zorluklar daha iyi anlaşılabilecektir.

23 Eylül 2012 tarihinden bugüne kadar Anayasa Mahkemesine 450 bin civarında bireysel başvuru yapılmış, bunun 327 bin kadarı sonuçlandırılmıştır. Mahkememizde yaklaşık 123 bin derdest başvuru bulunmaktadır. Mevcut başvuruların 68 bin kadarı, başka bir ifadeyle yaklaşık yüzde 56'sı makul sürede yargılanma hakkına ilişkin şikâyetlerdir.

Derdest başvurulardaki uzun yargılama şikayetlerinin bu yüksek oranının ihlal kararlarına da yansıdığını görmekteyiz. Bireysel başvurunun 10 yıllık uygulamasında yaklaşık 30 bin ihlal kararı verilmiş, bu ihlal kararlarının yüzde 60'ından fazlasını sadece makul sürede yargılanma hakkı ihlalleri oluşturmuştur. Uzun yargılama ihlallerine diğer adil yargılanma hakkı ihlalleri de eklendiğinde toplam ihlal kararlarının yüzde 70'inin adil yargılanma hakkına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında mülkiyet hakkı (yüzde 10,6), ifade özgürlüğü (yüzde 8,9) ile özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı (yüzde 2,6) en çok ihlal edilen hak ve özgürlükler arasında yer almaktadır.

Esasen bireysel başvuruda derdest başvuru ve ihlal istatistikleri, başta uzun yargılamalar olmak üzere acilen çözmemiz gereken bir adil yargılama meselemiz olduğunu söylemektedir. Anayasa Mahkemesi, ihlal kararlarında bu çözümün nasıl olması gerektiğine dair tespitlerde bulunmakta; yeri geldiğinde de tespit edilen yapısal sorunun çözümü için kararı yasama organına göndermektedir.

Değerli Katılımcılar,

Bu rakamlardan hareketle bireysel başvurunun bugününü konuşabiliriz. Bugün bireysel başvuru bağlamında iki zorlu sınamanın olduğu söylenebilir.

Birincisi her geçen gün artan iş yükü, ikincisi ise 10 yıllık süre içinde hak eksenli yaklaşımla oluşturulan içtihat birikiminin tutarlı şekilde sürdürülmesidir. Bireysel başvurunun başarılı şekilde geleceğe taşınması bu iki sınamayla etkili şekilde başa çıkabilmeye bağlıdır.

İş yükü konusunda Anayasa Mahkemesi dinamik bir yargısal yönetim sağlayarak baştan itibaren gerekli tedbirleri almıştır. Mahkeme bu noktada bir yandan son iki yılda yıllık bazda ortalama 45 bin civarında bireysel başvuruyu sonuçlandırmış, diğer yandan ihlale neden olan yapısal ve sistemik sorunları tespit eden kararlar vermiştir. Bunların bir kısmı, Mahkemenin önündeki aynı konuya ilişkin çok sayıda başvurunun sonuçlandırılmasını amaçlayan pilot karar usulüyle verilen kararlardır.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun sondan başlayarak son altı ayda verdiği üç önemli ihlal kararından bahsetmek istiyorum.

Birincisi, dünkü Resmî Gazetede yayımlanan *Atilla Yazar ve diğerleri* kararıdır. Pilot karar usulüyle verilmemekle birlikte bu karar, Anayasa Mahkemesi önünde bulunan çok sayıdaki ifade özgürlüğü başvurusunu ilgilendirmektedir. Mahkeme burada hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumunu tüm boyutlarıyla ele almış, bilhassa itiraz yolunun etkisiz olması nedeniyle yapısal olarak ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlaline yol açıldığına karar vermiştir. Kararın bir örneği yapısal sorunu gidermeye yönelik gerekli yasal değişikliklerin yapılması amacıyla yasama organına gönderilmiştir[1].

İkinci olarak, pilot karar usulüyle verilen *Nevriye Kuruç* kararında Mahkememiz önündeki başvuruların yarısından fazlasını teşkil eden uzun yargılama ve buna ilişkin etkili yol meselesi ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararda yapısal bir sorun tespit ederek adil yargılanma hakkı bağlamında etkili başvuru hakkının ihlali sonucuna ulaşmış ve yasama organına bireysel başvuru öncesi etkili bir tazminat yolu oluşturulması için dört ay süre vermiştir.[2]

Üçüncü olarak, ifade ve basın özgürlüğü bakımından oldukça önemli olan *Yeni Gün Haber Ajansı ve diğerleri* kararına değinmek gerekiyor. Anayasa Mahkemesi bu kararda bazı ulusal gazetelerde yayımlanan haberler ve köşe yazıları nedeniyle çeşitli sürelerde resmî ilan ve reklamların kesilmesine karar verilmesinin başvuruculların ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Pilot karar usulüyle verilen bu kararda da ihlale yol açan kanun hükmünün değiştirilmesi ve yeni ihlallerin önlenmesi için yasama organına bildirimde bulunulmuştur[3].

1 *Atilla Yazar ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.
2 *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.
3 *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022.

Bunların dışında Mahkememiz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını da dikkate almak suretiyle hak ihlaline yol açan yapısal nitelikteki sorunları tespit eden benzer kararları önceki yıllarda da vermiştir[4]. Anayasa Mahkemesi bu kararlarla, hem temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren yapısal sorunların ortadan kaldırılmasını hem de Mahkeme önündeki iş yükünün azaltılmasını sağlamaya çalışmaktadır.

Değerli Katılımcılar,

Konuşmamın son bölümünde bireysel başvurunun yarınına dair bazı görüşlerimi sizlerle paylaşmak istiyorum. Daha önce de farklı vesilelerle ifade ettiğim üzere 10 yıl boyunca her türlü olumsuzluğa rağmen etkili bir hak arama yolu olarak kurumsallaşan bireysel başvurunun gelecek nesillere aktarılması hepimizin ortak sorumluluğudur.

Ülkemiz açısından büyük bir kazanım olan bireysel başvurunun başarılı şekilde yoluna devam edebilmesi için hepimizin yapması gerekenler bulunmaktadır.

Her şeyden evvel bireysel başvuruyu doğru anlamamız ve uygulamamız gerekir. Bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir hak arama yoludur. Bu ilke, hak ihlali iddialarının esas olarak derece mahkemeleri tarafından ele alınmasını ve çözüme kavuşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Derece mahkemelerinin incelemesinden geçmeyen bir meselenin bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi ikincillik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Nitekim, biraz önce bahsettiğimi HAGB'ye ve uzun yargılama şikâyetlerine ilişkin kararlarda Anayasa Mahkemesinin ihlal gerekçelerinden biri bireysel başvurudaki ikincillik ilkesine aykırılıktır. Buna göre HAGB kararlarına yönelik itirazın etkili olmaması sonucu bu kararlara ilişkin şikâyetler ile makul sürede yargılanma hakkının ihlaline dair şikâyetlerin ilk elden Anayasa Mahkemesi tarafından incelenecek olması, bireysel başvurunun ikincilliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır[5].

Bununla birlikte ikincillik ilkesi bireysel başvuru kapsamında temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasa hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında nihai denetim yetkisinin Anayasa Mahkemesine ait olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Anayasa Mahkemesi anayasal hükümleri norm denetimi ve bireysel başvuru yoluyla yorumlamak ve bu hükümlerin yeknesak biçimde uygulanmasını sağlamakla görevlidir.

4 Sınır dışı kararına karşı etkili yargı yolunun bulunmadığına ilişkin pilot karar için bkz. *Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019; internete erişimin engellenmesine ilişkin pilot karar için bkz. *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021; Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin (6) numaralı fıkrası ile ilgili yapısal bir sorunun tespit edildiği pilot karar için bkz. *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.

5 *Atilla Yazar ve diğerleri*, §§ 156-158; *Nevriye Kuruç*, § 87.

Diğer yandan bireysel başvurunun başarılı şekilde yoluna devam edebilmesi, ihlal kaynaklarının kurutulmasına bağlıdır. Bunun da yolu bireysel başvuruda verilen kararların objektif etkisinin yaygınlaşmasından geçmektedir. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde ihlalin kaynaklarını tespit etmek suretiyle yeni ihlalleri önleyecek şekilde temel ilke ve esasları belirlemektedir. Mahkemenin bu tespitine göre ihlalin idari bir uygulamadan kaynaklandığı durumlarda idari kurumların, yargı kararından kaynaklandığı durumda ise mahkemelerin benzer ihlallerin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde kararlar vermesi çok önemlidir. Aynı şekilde ihlalin kanundan kaynaklandığı durumlarda da yasama organının bu ihlali gidermek ve yeni ihlallerin ortaya çıkmasını önlemek için yasal değişiklik yapması gerekir.

Bireysel başvurunun objektif etkisi, Anayasa Mahkemesi herhangi bir mesele hakkında Anayasa'yı yorumlayıp ihlal kararı verdikten sonra aynı meselenin tekrar tekrar bireysel başvuruya konu olmamasını gerektirir. Bu da ancak kamu makamlarının ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını ihlal kararında ifade edilen ilke ve esaslar doğrultusunda gerçekleştirmelerine bağlıdır. Bu yapılmadığında aynı mahiyetteki uyuşmazlıklar, yeni başvurulara konu olacak ve sürekli olarak Anayasa Mahkemesinin önüne taşınacaktır. Mahkememizin birçok kararında hatırlattığı üzere "*Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır.*"[6].

Son olarak bireysel başvurunun geleceği, her şeyin ötesinde insanı merkeze alan, insanın temel haklarına ve haysiyetine saygıyı yücelten bir toplumsal/siyasal kültürün yerleşmesine ve kökleşmesine bağlıdır. Bu kültürel iklim ise ancak "*öteki*"nin ontolojik varlığını kabul etmekle oluşabilir. Aslında "*öteki*" aynadaki yansımamızdır. Her birimiz bir başkasının gözünde "*öteki*"yiz. Bu açıdan bakıldığında insan hakları aynı zamanda "*ötekinin hakları*"dır.

Dolayısıyla farklılıklarımızla birlikte yaşama kültürü yerleştikçe ve bu kültürel iklimin gerektirdiği empati, hoşgörü ve uzlaşma gibi değerler hayata geçtikçe bir hak arama yolu olarak bireysel başvurunun etkililiği ve başarı şansı da artacaktır.

Esasen "*öteki*"ne yönelik empati ve saygı, bu coğrafyanın ruh köklerinde sağlam şekilde yer almaktadır. Örneğin Sadi Şirazi, yaklaşık sekiz asır önce kaleme aldığı ve bugün Birleşmiş Milletler Binasının duvarını süsleyen meşhur "*Ademin Çocukları*" adlı şiirinde başkasının derdiyle dertlenmeyi insani vasfın gereği olarak ifade etmiştir. Sadi şöyle demiştir:

"*Başkalarının eziyetlerinden*
Sıkıntı duymayan ey insan!
Sana insan sıfatını vermek yakışmaz"[7].

6 *K.V.* [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, § 53.
7 Sadi Şirazi, *Bostan ve Gülistan*, Hazırlayan: O. Koca, İstanbul, Beyan Yayınları, 2016, s. 246.

Değerli Konuklar,

Kıymetli Katılımcılar,

Bu duygu ve düşüncelerle konuşmama son verirken bireysel başvurunun farklı boyutlarını ele alacak olan uluslararası konferansın başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Projeye destek veren Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin temsilcilerine, oturum başkanlarımıza, yurt içinden ve yurt dışından davetimizi kabul ederek bildirileriyle konferansa katkı yapacak olan değerli konuşmacılara, tüm katılımcılara ve konferansın organizasyonunda emeği geçen herkese şükranlarımı sunuyorum.

Katılımınızla toplantımızı onurlandırdığınız ve bireysel başvurunun 10. yılı sevincimizi paylaştığınız için hepinize bir kez daha teşekkür ediyor, sağlık ve afiyet diliyorum.

SOSYAL BARIŞIN KORUNMASINDA ANAYASA MAHKEMELERİNİN ROLÜ: 'UYGULAMA' KONUSUNDA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME*

(6 Ekim 2022)

Anayasa Mahkemelerinin Saygıdeğer Başkanları ve Üyeleri,

Değerli Meslektaşlarım,

Hanımefendiler, Beyefendiler,

Bugün burada Dünya Anayasa Yargısı Konferansının 5. Kongresinde siz değerli katılımcılara sesleniyor olmaktan duyduğum memnuniyeti dile getirmek isterim. Bundan tam sekiz sene önce Kore, Seul'da başarılı şekilde gerçekleştirilen 3. Kongrede yine ana konuşmacı olarak rol üstlendiğimi anımsıyorum.

5. Kongrenin de aynı şekilde başarılı ve hepimiz için faydalı olacağına eminim. Bu vesileyle, bu Kongreye ev sahipliği yapan Endonezya Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Anwar Usman'a, Mahkeme üyelerine ve emeği geçen tüm personele teşekkürlerimi sunarım.

Malumunuz olduğu üzere, Dünya Anayasa Yargısı Konferansı Kongrelerinde uygulanan formatta ana konuşmacılardan, üye devletlerin Kongrenin konusuyla ilgili kendilerine önceden yöneltilmiş olan sorulara verdikleri yanıtları dile getirmesi talep edilmektedir. Bu nedenle, bugün, ilgili mahkemelerin verdikleri yanıtlara atıfta bulunarak sosyal barışın korunmasında anayasa mahkemelerinin üstlendiği rol hakkında konuşma yapacağım.

Sunumum üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, sosyal barışın korunması ve sürdürülmesinde anayasa yargısının gerekliliği hakkında giriş niteliğinde birkaç kelam etmek istiyorum. Konuşmanın ikinci kısmında ise mahkemelerin sorulara verdikleri yanıtlar çerçevesinde anayasa mahkemelerinin toplumsal çatışmaları önleme veya çözme işlevleri ve yetkilerine ilişkin temel

---

* Dünya Anayasa Yargısı Konferansı üye devletlerinin anketteki sorulara verdiği yanıtlar çerçevesinde hazırlanan ve 5-7 Ekim 2022 tarihinde Bali'de Dünya Anayasa Yargısı Konferansı 5. Kongresinde yaptığı açış konuşması.

konular ele alınacaktır. Üçüncü kısımda ise kamusal alanda başörtüsü meselesine bazı anayasa mahkemelerinin verdiği yanıtlar üzerinde duracağım.

Değerli Katılımcılar,

Konuşmama başlarken basit bir gerçeği hatırlatmak istiyorum: Çeşitlilik barındıran bir toplumda yaşıyoruz. Aslında çeşitlilik, *"toplumsal hayatın kaçınılmaz ve daimî özelliğidir."*[1]. Başka bir ifadeyle, *"…farklı kültür, gelenek ve yaşam tarzlarının öne çıktığı"*[2] bir dünyada yaşıyoruz. Sosyal yaşamın bu niteliğinin iyi mi kötü mü olduğu tartışmasından bağımsız olarak, bu çeşitlilik aslında yaşamlarımızın bir gerçeğidir.

Şu noktada mesele, bizim bireyler olarak toplumsal yaşamın bu gerçeğine nasıl yaklaşacağımızdır. Toplumsal çeşitlilik konusunda iki farklı tutum üzerinden değerlendirme yapabiliriz. İlk tutumun, siyasi anlaşmazlıkların esas kaynağı olarak görülen çeşitliliğe karşı çıkan yaklaşım olduğunu kabul edebiliriz. Carl Schmitt, farklılıklara izin vermeyen homojenlik görüşünün en önde gelen savunucusudur. Schmitt'e göre demokrasi *"birlik"* gerektirdiği için çeşitlilik gerekirse güç kullanılarak ortadan kaldırılmalıdır.[3] Tarih, bizlere, çeşitlilik gerçeği karşısında takınılan bu tutumun baskıcı, katı yönetim yanlısı rejimleri ortaya çıkardığını göstermiştir.

İkinci tutumun ise çeşitliliği yönetmek ve onunla birlikte yaşamak olduğunu kabul edelim. Ama aslında özünde değerli olduğu için değil. Aksine, çeşitlilik ve toplumsal farklılaşmanın toplumsal çatışmalara neden olduğunu hepimiz biliyoruz. Çeşitliliği muhafaza etmemiz gerekir zira *"çeşitlilik, insan olmanın en temel özelliği olup onu baskılama yönündeki her ciddi deneme, -vicdani açıdan-bireysel yaşamların sekteye uğramasını ve insanların kendi anlayışları doğrultusunda yaşama arzusunun engellenmesini beraberinde getirecektir."*[4].

Birer toplumsal sözleşme olan anayasaların, çeşitlilik olgusu karşısında sessiz veya kayıtsız kalması mümkün değildir. Adalet, anayasaların farklı kültürleri kabul etmesini[5] ve bu toplumsal ve kültürel çeşitliliğin korunması ve devam ettirilmesi için yasal ve siyasal bir zemin sağlamasını gerekli kılar. Bu, doğruya ilişkin görüş ve algıları farklı olan bireylerin barış içerisinde bir arada yaşamasını sağlayacak tek makul yöntemdir. Bu bağlamda, temel anayasal değerleri koruma işlevini yerine getirerek anayasa yargısı, bir toplumda

1 Chandran Kukathas, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom,* (Oxford: Oxford University Press, 2003), s. 41.
2 A.g.e., s. 74.
3 Bkz. Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Çev. E. Kennedy, (Cambridge: MIT Press, 1988), s. 9.
4 Kukathas, *The Liberal Archipelago,* s. 219.
5 James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in An Age of Diversity*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), s. 8.

yaşayan bireylerin barış içerisinde bir arada yaşamasına önemli katkılar sağlar.

Bireylerin barış içerisinde bir arada yaşamasına tehdit teşkil edecek temel nedenlerden bahsedecek olursak listenin en başında her zaman *"güç"* gelmektedir. Bu husus, toplumdaki farklı gruplar arasında meydana gelen çatışmaların çoğunun *güç-paylaşımı* ile bağlantılı taleplerle ilgili olduğunu kabul edersek daha iyi anlaşılabilecektir.

Bu nedenle, gücün niteliği büyük önem arz etmektedir. Lord Acton'un dediği gibi *"Güç yozlaştırır, mutlak güç mutlaka yozlaştırır."*. Ne yazık ki, geçen zaman ile birlikte Lord Acton'un güce dair bu realist görüşünün doğruluğu teyit edilmiştir. Bununla birlikte, tarihsel tecrübeler özellikle iktidarda olmayanların hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacıyla siyasi gücün etkin şekilde sınırlandırılması gerekliliğini de ortaya koymuştur. Bu yolun sonunda, karşımıza yine anayasa yargısı çıkmaktadır.

Kısaca özetlemek gerekirse, anayasa yargısı (a) aşırı siyasi gücü sınırlandırma ve (b) temel hak ve özgürlükleri koruyarak bireylerin bir arada yaşamasını sağlama amacıyla hâsıl olmuştur. Bu iki işlevi yerine getiren anayasa mahkemeleri, toplumsal gerilimlerin yatıştırılmasına ve barışın korunmasına önemli katkılar sağlamaktadır.

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Ankette yer alan sorulara verilen yanıtlarda da değinilen, toplumsal barış açısından anayasa mahkemeleri önüne getirilen bazı temel meselelere değinmek istiyorum. Bu bağlamda, mahkemeler, genellikle politik ve sosyo-politik açıdan tartışmalı veya hassas olan meselelerden bahsetmişlerdir. Mahkemelerin ele aldığı davaların kapsamı geniş ve oldukça farklılık arz etmekte olup bu meseleler arasında bazı ülkelerdeki silahlı çatışmalar sonrasındaki durumlar da yer almaktadır.

Birçok ülke, anayasa mahkemelerine gelen başvurular arasında siyasi meseleler ve seçimle ilgili konular olduğunu bildirmiştir. Mahkemelerin verdikleri kararlar ile ülkelerindeki durumu bir şekilde "yatıştırdıkları" konusunda bu ülkelerin hepsi hemfikirdir. Bazı ülkelerde anayasa mahkemelerinin, aynı ülkedeki dilsel ayrışmalar, işveren ile işçiler arasındaki anlaşmazlıklar veya ulusal azınlık meseleleri gibi toplumsal çatışma yaşanan farklı alanlarda *"barış tesis eden anayasa yargıcı"* olarak hareket ettiğini gözlemlemek de ilgi çekici hususlardandır.

Davaların pek çoğunda mahkemelerin farklı anayasal hak ve ilkeler arasında uygun ve makul bir denge sağlaması gerekmektedir. Nitekim bu, *"gü-*

nümüzün ciddi ölçüde farklılık ve çeşitlilik barındıran demokrasilerinde bu durumla karşı karşıya kalan anayasa mahkemelerinin temel görevidir"[6].

Ülkelerin verdiği yanıtlar arasından Kanada Yüksek Mahkemesi ile başlamak istiyorum. Kanada Yüksek Mahkemesi, Quebec eyaletinin Kanada'dan ayrılmasına ilişkin ihtilaflı konuyu karara bağlamıştır. Yanıtlara ilişkin özet raporda da belirtildiği üzere, Yüksek Mahkeme, hükümetin kendisine yöneltiği soruya istinaden, Anayasa uyarınca Quebec yasama ve yürütme erklerinin, eyaletin Kanada'dan tek taraflı olarak ayrılmasına karar verme gibi bir hakka sahip olup olmadıkları hususunu değerlendirirken, anayasacılık ve demokrasi gibi anayasal ilkelere vurgu yapmıştır[7].

Yüksek Mahkemenin hükümetin sorduğu bu soruya yanıtı kısaca *"hayır"*-dı. Ancak bu kolayca söylenmiş bir *"hayır"* niteliğinde değildi elbette. Mahkeme, yaptığı değerlendirmeler sonucunda verdiği kararını, yazılı olan ve yazılı olmayan anayasal ilkelerin üzerine inşa edilen çetrefilli bir anayasal sürece dayandırmıştır. Bir tarafta anayasacılık ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin diğer tarafta demokrasinin birbirini destekleyen niteliğine vurgu yapan Kanada Yüksek Mahkemesi, Quebec yasama ve yürütme erklerinin tek taraflı olarak Kanada'dan ayrılma haklarının olmadığı, ancak bu konuda bir anayasa değişikliğine gidebilecekleri sonucuna ulaşmıştır[8].

Diğer örneklerle devam edecek olursak, Kuzey Makedonya'da ülkenin resmi bayrağının yanı sıra Arnavutluk ve Türk bayraklarının açılmasıyla başlayan etnik gerilim, Anayasa Mahkemesinin verdiği bir kararla geçici olarak, daha sonra meclisin ülkede yaşayan toplulukların bayraklarına ilişkin düzenleme içeren bir kanun ile nihai olarak çözüme kavuşturulmuştur[9].

İsviçre'de ise Federal Mahkeme, Almanca konuşulan bir kantonda yaşayan Fransızca konuşan topluluğa ilişkin davaları karara bağlamıştır. Mevcut gerilim nedeniyle idare, ayrılıkçı eylemler için kamuya açık alanlarda toplanılmasını yasaklamıştır. Federal Mahkeme, ciddi derecede tehdit riski oluşturduğu gerekçesiyle söz konusu yasakların ölçülülük ilkesine uygun olduğuna hükmetmiştir[10].

---

6 Bkz. Stephen Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism*, (Oxford: Oxford University Press, 2006), s. 251.

7 Bkz. Kanada Yüksek Mahkemesinin 'Anayasa Yargısı ve Barış' konulu ankete verdiği yanıt: https://cs.coe.int/team10/WCCJ_Congress/Shared%20Documents/CAN_SC.docx. Erişim tarihi 19 Eylül 2022, s. 5.

8 *Reference re Secession of Quebec* [1998], 2 S.C.R. 217, §§ 78, 87.

9 Daha detaylı açıklama için bkz. "'Anayasa Yargısı ve Barış' konulu ankete verilen yanıtları içeren özet rapor", Dünya Anayasa Yargısı Konferansı 5. Kongresi, Oturum B. Uygulama" (bundan böyle *Özet Rapor* olarak anılacaktır), ss. 36-37.

10 Bkz. Özet Rapor, s. 42.

Bir başka örnekte ise Belçika Anayasa Mahkemesi, işçiler ve çalışanlar arasında "bedensel" veya "düşünsel" emek temelinde farklı muamele ve sınıflandırma yapılmasının anayasaya aykırı olduğunu tespit etmiştir. Mavi ve beyaz yakalı çalışanlara yönelik tek bir yasal düzenleme yapılmasının ardından Anayasa Mahkemesi, birçok anlaşmazlığı çözüme kavuşturarak toplumsal barışı sağlamaya devam etmiştir[11].

Diğer taraftan, dünyanın çeşitli bölgelerinde artarak meydana gelen iç çatışmalar, devletler arası savaşlar ve çevresel krizler; etnik arındırma, azınlıkta olma gibi nedenler ile sosyo-ekonomik gerekçelerle kişileri kendi ülkelerini terk etmek zorunda bırakmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak yeni toplumsal gerilimler ortaya çıkmakta ve modern toplumlarımızda ayrışmaya neden olmaktadır. Günümüzde, anayasa mahkemelerinin önüne gelen en önemli konular arasında azınlık ve mültecilere ilişkin hususlar, bilhassa da mültecilerin ve sığınmacıların yaşam koşulları ile özel ve aile hayatlarına ilişkin haklar kapsamındaki meseleler yer almaktadır.

Değerli Katılımcılar,

Anayasa mahkemelerinin raporlarına göre, dini konulara dayalı toplumsal çatışmalar önlerindeki en zorlu meseleler arasındadır. Başörtüsü gibi dini sembollerin kamusal alanda kullanımına ilişkin davalarda bazı anayasa mahkemeleri, toplumsal gerilimi farklı şekillerde etkileyen kararlar vermiştir.

Örneğin, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Müslüman öğretmenlerin okullarda ders verirken başörtüsü takma özgürlüklerine ilişkin bazı davaları inceleme fırsatı bulmuştur. 2003 ve 2015 yıllarında görülen davalar, okulda başörtüsü takmalarına izin verilmeyen bir öğretmen adayı ve iki öğretmenin, yetkili makamların bu yöndeki kararlarına itirazlarını konu almıştır. Söz konusu yetkili makamlar, başörtüsünü kültürel sınır çizen siyasi bir sembol olarak nitelendirerek, meslek icra edilirken başörtüsü takılmasının devletin tarafsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığına karar vermiştir.

Yapılan bireysel başvurular üzerine Almanya Anayasa Mahkemesi, genel bir başörtüsü yasağının anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. İlgili kararda Mahkeme, okuldaki huzuru veya devletin tarafsızlığını yeterince açık bir şekilde tehlikeye atacak durumlar haricinde, dini inancın dış görünüş yoluyla ifade edilmesinin yasaklanmasının din ve inanç özgürlüğüyle bağdaşmadığını gerekçe göstermiştir. Özetle Mahkeme, okulda ve derslerde başörtüsü takan öğretmenler aleyhinde getirilen kısıtlamayı haklı gösterecek yeterince açık bir yasal dayanağın bulunmadığına işaret etmiştir[12].

11 Bkz. Özet Rapor, s. 26.

12 BVerfGE 108, 282 [Headscarf I, 2003] = GER-2003-3-018 [CODICES]; BVerfGE 138, 296 [Headscarf II, 2015] = GER-2015-1-004 [CODICES].

Diğer taraftan, 2020 yılında Federal Anayasa Mahkemesi, kadın hukuk stajyerlerinin duruşma salonuna başörtüsü takarak gelmelerine yönelik yasağı anayasaya uygun bulmuştur. Mahkeme, toplumun çoğulculuğunu yansıtması gereken devlet okullarından farklı olarak, "*adalet sisteminde kullanılan kamu gücünün, klasik hiyerarşi bağlamında devletin birey karşısında kamu gücünü kullanması anlamına gelmesi nedeniyle, daha ciddi bozulmalara yol açtığına*" işaret etmiştir[13]. Mahkeme, kanun koyucunun, hukuk stajyerlerinin ideolojik ve dini konularda tarafsız hareket etmeleri konusunda bir yükümlülük getirmesine saygı duyulması gerektiği sonucuna varmıştır[14].

Fransa'da başörtüsü ve diğer dini sembollerin yasaklanması en başından beri hararetli bir tartışmanın konusu olmuştur. 2004 ve 2010 tarihli kanunlarla, önce okullarda sonra da kamusal alanlarda başörtüsü takılması hakkında bazı yasaklar getirilmiştir. Genel olarak, Fransa mahkemeleri okullar ve mahkemeler de dâhil olmak üzere kamusal alanda başörtüsü ve peçe yasağını desteklemiştir.

Yakın geçmişte, Fransa Yargıtayı, avukatların duruşma salonlarına başörtüsü ya da diğer dini sembolleri takarak girmelerini engelleyen yasağı onaylamıştır. Dava, Baro Meclisinin mahkeme salonlarında dini sembollerin kullanılmasını yasaklayan kuralına, ayrımcılık teşkil ettiği gerekçesiyle itiraz eden bir Fransız avukat tarafından açılmıştır. Yargıtay, yasağın "*bir yandan avukatların bağımsızlığını korumak, diğer yandan adil yargılanma hakkını güvence altına almak amacıyla gerekli ve uygun*" olduğu kanaatine varmıştır[15].

Çoğunluğu Müslüman olan Türkiye'de de üniversite ve kamu dairelerindeki başörtüsü yasağının anayasaya uygunluğu konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. 2008 yılında Türk Anayasa Mahkemesi, Meclisin üniversitelerde başörtüsü yasağını kaldırmaya yönelik yaptığı anayasa değişikliklerini iptal etmiştir[16]. Mahkeme, söz konusu değişikliklerin Anayasa'nın laiklik ilkesini ihlal ettiğini değerlendirmiştir.

Mahkeme, 2012 yılında bireysel başvuru sisteminin uygulanmaya başlanmasıyla birlikte, anayasal ilkeleri, devlet ideolojisinden ziyade birey ve insan haklarını önceliklendirecek şekilde uygulamaya başlamıştır. Anayasa Mahkemesi, hak eksenli bir yaklaşımı benimseyerek, laikliği temel haklar ve demokratik toplumla uyumlu bir anayasal ilke olarak yorumlamaya başlamış ve böylece toplumsal barışa katkı sağlamıştır.

13 BVerfGE 153, 1 [Headscarf III, 2020] = GER-2020-1-002, § 95 [CODICES].

14 A.g.e.

15 Arrêt de la Cour de Cassation, Première Chambre Civile, du 2 Mars 2022, https://www.actu-juridique.fr/app/uploads/2022/03/De%CC%81cision-pourvoi-20-20.185.pdf Ayrıca bkz. https://www.reuters.com/world/europe/frances-highest-court-upholds-ban-barristers-wearing-hijab-lille-law-courts-2022-03-02/ Her iki karar için de erişim tarihi 19 Eylül 2022'dir.

16 AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, 5 Haziran 2008.

Bu bağlamda, başörtüsü konusunda emsal bir karar olan 2014 tarihli karardan kısaca bahsetmek istiyorum[17]. Dava, bir avukatın, başörtüsü taktığı gerekçesiyle duruşma salonundan çıkarılmasına ilişkindir. Duruşma hâkimi, avukatın başörtüsüyle duruşmaya katılmasının, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları uyarınca laiklik ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur. Alman Anayasa Mahkemesinin 2003 tarihli kararında olduğu gibi, Türk Anayasa Mahkemesi de başvuranın din özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'da öngörülen "*kanunilik*" şartını karşılamadığı sonucuna varmıştır. Zira avukatların duruşma salonlarında başörtüsü takmasını yasaklayan herhangi bir yasal hüküm bulunmamaktadır[18].

Anayasa Mahkemesi, başvuranın dini inançları gereği mahkeme salonunda başörtüsü takmasının engellenmesinin makul ve objektif bir dayanağının bulunmadığını değerlendirmiştir. Dolayısıyla, başvuranın başörtülü olmayan kadın avukatlara kıyasla dezavantajlı bir duruma düşürülmesi ayrımcılık yasağının ihlaline yol açmıştır[19].

Son olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, başörtüsü yasağı konusunda Sözleşmeci Devletlere geniş bir takdir yetkisi tanıdığını belirtmeliyim. Strazburg Mahkemesi, Fransa ve Türkiye'deki yasakları, "*laiklik*", "*cinsiyet eşitliği*" ve "*birlikte yaşama*" olarak formüle edilen "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin*" korunması gibi çeşitli gerekçelerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun bulmuştur[20].

Diğer taraftan Strazburg Mahkemesi, İslamiyet gereği başörtüsü takan Müslüman bir kadının duruşma salonundan çıkarılmasının demokratik bir toplumda haklı bir gerekçesinin bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın sıradan bir vatandaş olduğunu, duruşma salonuna başörtüsüyle girmesinin bir saygısızlık olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ve duruşmanın gereği gibi yürütülmesine karşı bir tehdit veya tehdit riski oluşturmadığını değerlendirmiştir[21].

Hak eksenli yaklaşım uyarınca, başta mahkemeler olmak üzere yetkili makamların, bu yasaklar vasıtasıyla kısıtlamalar getirmek yerine, bireysel hak ve özgürlüklere ilişkin yasakları kaldırmaları gerektiği sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yukarıda bahsi geçen kararının ardından, davalı devlet (Belçika) duruşma salonlarında

17 *Tuğba Arslan* [GK], no: 2014/256, 25 Haziran 2014 = TUR-2014-3-004 [CODICES].

18 *Tuğba Arslan*, §§ 98, 99. Kadın kamu çalışanının başörtüsü nedeniyle kamu görevinden çıkarılması konusunda ayrıca bkz. *B.S.*, no. 2015/8491, 18 Temmuz 2018.

19 *Tuğba Arslan*, § 153.

20 Örn. bkz. *Leyla Şahin/Türkiye* [BD], *no.* 44774/98, 10 Kasım 2005, §§ 116, 122; *S.A.S./Fransa* [BD], no. 43835/11, 01 Temmuz 2014, §§ 142, 157

21 *Lachiri/Belçika*, no. 3413/09, 18 Eylül 2018, § 46.

başörtüsü yasağını kaldırmak için harekete geçmiş ve ihlalin kaynağı olan kanunu bu doğrultuda değiştirmiştir.

Kıymetli Meslektaşlarım,

Üye devletlerin verdiği yanıtlardan yola çıkarak dört ana sonuca varabiliriz. Öncelikle, çoğulculuk ve çeşitliliğin gerekliliği konusunda evrensel bir fikir birliği bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da belirtildiği üzere, "*sağlıklı bir demokratik toplumda çoğulculuk ve çeşitlilik hoş görülmeli ve sürdürmelidir*"[22].

İkinci olarak, anayasa mahkemelerinin kararları toplumsal gerilimler üzerinde "*yatıştırıcı bir etki*" yaratmaktadır. Bu kararlar, toplumsal çatışmaların azaltılması ve ortadan kaldırılmasının yanı sıra, toplumsal barışın sağlanması ve sürdürülmesinde de önemli bir rol oynamaktadır. Anayasa mahkemelerinin çoğu barış ve uzlaşmaya ilişkin davaları doğrudan karara bağlamamış olsalar bile, kuvvetler ayrılığı, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları gibi anayasal ilkeleri güvence altına alarak ve geliştirerek toplumun barış içerisinde bir arada yaşamasına katkı sağlamışlardır.

Üçüncü olarak, anayasa mahkemeleri önüne getirilen davaların çoğunun siyasi açıdan hassas ve anayasa kapsamına girmeyen meseleleri konu almasının yanı sıra bu mahkemelerin re'sen harekete geçememeleri göz önüne alındığında, anayasa mahkemelerinin bu rolünün sınırlı olduğu gözlemlenmektedir. Anayasa Mahkemelerinin tabi olduğu bu sınırlar, kararlarının etkili bir şekilde icrası söz konusu olduğunda daha görünür hale gelmektedir. Bu bağlamda, kararlarının icrası için yasama ve yürütme organlarının iş birliği ve desteğine ihtiyaç duydukları açıktır.

Son olarak, toplumsal barışı sürdürmenin nihai başarısının temelinde, mahkemelerin adil ve hak eksenli kararlarıyla, toplumsal çatışmalara yol açan oldukça hassas meselelerin çözülebileceğine olan inanç yatmaktadır. Bu bağlamda, insanların genel olarak yargıya, özel olarak da anayasa mahkemelerine duyduğu güven, toplumsal gerilimlerin yatıştırılmasına ve toplumsal barışın sürdürülmesine yardımcı olacaktır.

Barış içerisinde bir arada yaşamanın, bizden farklı olan "*öteki*"nin ontolojik varlığını kabul etmekle ve hoş görmekle mümkün olduğu unutulmamalıdır. "*Öteki*"ni bizim gibi olmaya zorlamadan, onu aynılaştırmaya çalışmadan yalnızca insan olduğu için kucaklamalıyız.

Konuşmamı Sadi Şirazi'nin yaklaşık 1000 yıl önce kaleme aldığı "*Benî Âdem*" (*Adem'in Çocukları)*" adlı şiiriyle sonlandırmak istiyorum.

22 Örn. bkz. *Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 15 Ocak 2013, § 94.

Sadi, bu şiirinde şöyle diyor:

"Başkalarının eziyetlerinden
Sıkıntı duymayan ey insan!
Sana insan sıfatını vermek yakışmaz." [23].

Toplumsal barışın sadece bir söylemden ibaret olmaması için, Sadi'nin sözlerini sadece Birleşmiş Milletler binasının girişine yazmakla kalmamalı, aynı zamanda yürekten benimsemeli ve hayata geçirmeliyiz.

İlginiz için teşekkür ediyorum.

23 Sadî Şirâzî, *Bostân ve Gülistân*, (İstanbul: Beyan Yayınları, 2016), s. 246.

ULUSLARARASI HUKUKUN TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASINDAKİ YERİ *

(23 Kasım 2022)

Sayın Başkanlar ve Üyeler,

Değerli Katılımcılar,

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Afrika Anayasa Yargısı Konferansının 6. Kongresi'nde siz değerli katılımcılarla birlikte olmaktan duyduğum memnuniyeti dile getirmek isterim.

Fas Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Said Ihrai'ye gösterdiği sıcak misafirperverliğin yanı sıra bu Kongre'yi düzenlediği için teşekkürlerimi sunarım.

Konuşmamda Türkiye'nin anayasal sisteminde uluslararası hukukun yeri ve rolüne değinmek istiyorum. İlk olarak uluslararası antlaşmaların statüsüne ilişkin anayasal hükümlerden, sonrasında ise Türk Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası insan hakları sözleşmelerini yorumlama ve uygulama biçiminden bahsedeceğim.

Türkiye özelinde konuyu ele almadan önce, genel anlamda hukukun ve bilhassa uluslararası hukukun ahlaki amacı üzerine kavramsal açıklamalarda bulunmak istiyorum.

1.Giriş: Hukukun Amacı Üzerine Değerlendirmeler

Bildiğiniz üzere, hukuk devletinin temel amacı, insanların farklılıklarıyla, hak ve özgürlükleriyle bir arada yaşayabilmeleri için barışçıl bir ortam sağlamaktır.

Bu görüşün izini on bir asır önce yaşamış olan Farabî'nin düşüncelerinde sürebiliriz. Farabî'ye göre, insanların gerçek mutluluğa giden yolda birbirleriyle yardımlaşmalarını gaye edinen bir toplum, erdemli bir toplumdur. Bütün şehirlerinin aynı amaç için birbirlerine yardım ettiği bir millet, erdemli bir millettir. Dahası, erdemli ya da mükemmel bir evrensel toplum, tüm mil-

* *Afrika Anayasa Yargısı ve Uluslararası Hukuk*" konulu Afrika Anayasa Yargısı Konferansı tarafından düzenlenen 6. Kongre'de yaptığı konuşma.

letlerin mutluluğa ulaşmak için birbirlerine yardım etmeleri halinde mümkündür. Farabî'nin ifadesiyle, *"mükemmel evrensel devlet de ancak içinde bulundurduğu bütün milletlerin mutluluğa erişmek maksadıyla birbirlerine yardım ettiği zaman ortaya çıkacaktır"*[1].

Farabî'nin ortaya koyduğu "sa'ada" (سعادة) kavramının İngilizce "happiness" (*mutluluk*) veya "felicity" (*saadet*) kelimelerinden daha geniş kapsamlı olduğunu hatırlatmalıyım. Farabî, söz konusu kavramı, dünyevi yaşamda ve ahirette yüce mutluluk olarak kendi iyiliği için arzulanan "*mutlak iyi*" olarak adlandırır. "Sa'ada" (سعادة) kavramı bireylerin her anlamda refahını ifade eder, zira "*onun ötesinde, insanın elde edebileceği daha büyük bir şey yoktur*"[2].

Dolayısıyla Farabî'nin uluslararası toplumun temelini, milletlerin dayanışması ve iş birliği ile elde edilecek barış ve mutluluk temelinde attığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Farabî'den uzun süre sonra ise Kant, barışçıl ve kozmopolit uluslararası toplum fikrini daha somut terimler aracılığıyla formüle etmiştir. Kant, "*Ebedi Barış*" başlıklı ünlü makalesinde, barışı ulusal ve uluslararası düzeyde güvence altına almanın yollarını açıklamıştır.

Kant, bir toplumun tüm üyeleri için özgürlük ve eşitlik ilkeleri üzerine kurulu ulusal anayasaları savunmuştur. Bununla birlikte, "bütün savaşları temelli sona erdirmek" amacıyla uluslar arasında genel bir anlaşma sağlayacak "barış ittifakı" (*pacific federation*) olarak adlandırdığı federatif bir yapının oluşturulması fikrini öne sürmüştür[3].

Fikirlerinin ya da daha ziyade tasavvurlarının günümüzde gerçekleşip gerçekleşmediği sorusundan bağımsız bir şekilde, Farabî ve Kant barış ve mutluluğa erişmek için ulusal ve uluslararası bir kamu düzeninin tesis edilmesinin elzem olduğunu öne sürmektedir.

Şimdi, Türk Anayasası kapsamında ulusal ve uluslararası hukuk arasındaki ilişki üzerinde durmak istiyorum. Öncelikle uluslararası hukukun hukuk sistemimizdeki yerinden bahsetmek isterim.

2. Türk Anayasası'nda Uluslararası Hukukun Yeri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi, uluslararası antlaşmaların iç hukuk sistemindeki statüsü konusuna hasredilmiştir. Madde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu açıkça belirtmektedir. Başka bir ifadeyle, devlet tarafından usulüne uy-

1 Al-Fârâbî, *On the Perfect State*, çev. R.Walzer, (Great Books of the Islamic World, Inc., 1998), Bölüm V, Kısım 15, § 3, s. 231.

2 Al-Fârâbî, *On the Perfect State*, Bölüm IV, Kısım 13, § 6, s. 207.

3 I.Kant, "*Perpetual Peace: A Philosophical Sketch*", *Kant's Political Writings*, çev. H. B. Nisbet, (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), ss. 99, 104.

gun olarak imzalanan ve onaylanan uluslararası antlaşmaların hükümleri iç hukukumuzun bir parçasını teşkil edecektir.

Anayasa'nın 90. maddesi, uluslararası antlaşmaların hukuk normları hiyerarşisindeki konumuna ilişkin sorulara muğlak da olsa bazı yanıtlar sunmaktadır. Öncelikle, 90. madde *"bu antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını"* açıkça belirtmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesine uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi verilmemiştir. Uluslararası antlaşmalara ilişkin anayasal denetimin yasaklanmasının, bu antlaşmaların iç hukuk karşısındaki üstünlüğünün göstergelerinden biri olduğu ileri sürülmektedir.

İkinci olarak ise, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olarak sınırlanamayacağı veya askıya alınamayacağı öngörülmektedir. Ancak, 15. madde uyarınca, olağanüstü hâllerde anayasal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere uyulmalıdır. İlgili hükme, uluslararası antlaşmaların iç hukuktan üstün olduğunu savunmak amacıyla da başvurulabilir.

Üçüncü ve daha önemli olan bir husus ise, Anayasa'nın 90. maddesinin 2004 yılında değiştirilerek uluslararası insan hakları sözleşmelerine ulusal hukuk karşısında özel bir yetki ve ayrıcalık tanınmasıdır. Söz konusu madde uyarınca, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır".*

Değiştirilen Anayasa hükümlerinin, insan hakları sözleşmeleri ile meclislerin çıkardığı olağan yasalar arasındaki hiyerarşi sorununu insan hakları sözleşmeleri lehine çözüme ulaştırdığını, ancak uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile Anayasa'nın kendisi arasındaki olası herhangi bir ihtilaf durumunda sessiz kaldığını belirtmeliyim.

Böylesi bir ihtilaf durumunda, Anayasa'nın en azından kuramsal olarak üstün olduğu doğrudur. Ancak TBMM, uygulamada, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere uluslararası antlaşmalar ile Anayasa arasındaki ihtilafı çözüme kavuşturmak amacıyla Anayasa'da birden fazla değişiklik yapmıştır. Yargılama öncesi tutukluluk süreleri, idam cezasının kaldırılması ve devlet güvenlik mahkemelerinin kaldırılmasına ilişkin anayasal değişiklikler, Anayasa metninin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına uyumlu hale getirilmesi için atılan parlamenter adımlara örnek olarak verilebilir.

Bu tür Anayasal değişikliklerin yanı sıra, Türk Anayasa Mahkemesi uluslararası hukukla çıkabilecek olası ihtilafların önlenmesinde de önemli bir rol oynamaktadır. Bu aşamada, söz konusu rolün detaylarını ele alabiliriz.

3. Türk Anayasa Mahkemesi İçtihadında Uluslararası (İnsan Hakları) Sözleşmelerinin Rolü

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 90. maddesini çeşitli vesilelerle yorumlamış ve uygulamıştır. Mahkeme, uluslararası antlaşmaların anayasal denetiminin yasaklanmasına atıfta bulunarak, bu durumun "*söz konusu antlaşmalara kanunlara kıyasla daha büyük ölçüde ayrıcalık tanıdığını ve böylelikle ilkine daha yoğun bir ağırlık atfettiğini*" beyan etmiştir[4].

Bu noktada, Türk hukuk sisteminde TBMM'nin uluslararası antlaşmaları onaylamak için bir kanun çıkardığını (md. 90/1) ve antlaşmaları uygun bulan bu kanunun Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olduğunu belirtmek gerekir. Mahkeme, 1995 tarihli kararında, antlaşmalardan bağımsız olarak, antlaşmaların onaylanmasını uygun bulan herhangi bir kanuna karşı Anayasa Mahkemesine başvurulabileceğine hükmetmiştir[5].

Mahkeme, 2012 yılında, antlaşmaları onaylayan kanunların anayasaya uygunluk denetiminin kapsamını belirlemiştir. Mahkeme, onaylamayı uygun bulan kanunlara ilişkin denetimin, dolaylı olarak dahi olsa, bu antlaşmaların içeriğinin gözden geçirilmesi olasılığına yol açmayacağını belirtmiştir. Bu nedenle, antlaşmalardan bağımsız olarak ayrı bir içeriğe ve anlama sahip olan onay kanunları ile sadece antlaşmaların ilgili hükümlerine atıfta bulunanlar arasında ayrım yapmıştır. Mahkeme nezdinde, Anayasa Mahkemesi'nin esas yönünden denetimine konu olan ikinci türdeki kanunlar değil, yalnızca birinci kapsamda kalan kanunlardır. Kısacası Mahkeme, antlaşma hükümlerinin dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelebilecek bir uygulamadan kaçınmıştır[6].

Anayasal haklarla ilgili davaların karara bağlanması söz konusu olduğunda, Anayasa Mahkemesi uluslararası yükümlülükleri dikkate almakta ve sistematik olarak uluslararası ve Avrupa insan hakları belgelerine atıfta bulunmaktadır. Nitekim 2010 yılında bireysel başvuru mekanizmasının (anayasal şikâyet) yürürlüğe girmesi, Avrupa insan hakları hukuku ile Türkiye'nin ulusal hukuku arasındaki ilişkiyi kökten değiştirmiştir.

Anayasa'nın değişik 148. maddesi herkese Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortak koruma alanı içerisinde yer alan temel hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkı tanımaktadır. Bu doğrultuda, iddia edildiği ileri sürülen hak veya özgürlük Anayasa ve Sözleşme tarafından sağlanan ortak koruma alanı kapsamında bulunduğu takdirde, bireysel başvuru Mah-

4 AYM, E.1988/5, K.1988/55, 22/12/1988.
5 AYM, E.1996/55, K.1997/33, 27/02/1997.
6 AYM, E. 2010/92, K.2012/86, 31/05/2012.

keme tarafından incelenebilir[7]. Aksi takdirde, Anayasa hükümleriyle *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilecektir.

Anayasa Mahkemesi, anayasal haklara ilişkin kararlarında Avrupa Sözleşmesi ve Strazburg Mahkemesi içtihadının yanı sıra Türkiye tarafından onaylanan diğer uluslararası anlaşmaları da dikkate almaktadır. Örnek vermek gerekirse, Mahkeme, 2015 tarihli bir kararında, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun iadesine ilişkin talebin reddedilmesinin başvuranın hakkının korunması bakımından ilgili ve yeterli olmadığı gerekçesiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır[8].

Son olarak, Mahkeme'nin anayasal hükümleri Avrupa Sözleşmesi ve Strazburg Mahkemesi içtihadı doğrultusunda yorumlama ve uygulama hususundaki rolünü açıkça ortaya koyan bir kararından bahsetmek istiyorum. Söz konusu karar, Mahkeme'nin bireysel başvuruları karara bağlarken benimsediği hak eksenli yaklaşımın da somut bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi evli kadınların evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmasını engellemektedir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 2011 yılında bu maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, buna ek olarak, Anayasa'nın 90. maddesinin somut olayla ilgili olmadığını ortaya koymuştur[9].

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun uygulamaya geçmesinin ardından bu hususta yaklaşımını yeniden gözden geçirmek durumunda kalmıştır. Bu kapsamdaki bir bireysel başvuruda Mahkeme, soyadının, bireyin kimliğinin belirlenmesinde ayırt edici unsurlardan biri olduğunu ortaya koyarak manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme, uluslararası antlaşmalar ile iç hukuk hükümleri arasında bir ihtilaf olması halinde, mahkemelerin Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uluslararası antlaşmalara öncelik vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme, sonrasında, Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) ilgili maddelerine atıfta bulunarak toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesini vurgulamıştır.

Söz konusu davada, Anayasa Mahkemesi özellikle Strazburg Mahkemesi'nin içtihadına atıfta bulunmuş ve söz konusu ulusal yasayı Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte ele alındığında 14. maddeye aykırı bulmuştur. Mahkeme,

7 Bkz. *Onurhan Solmaz* (k.k.), no. 2012/1049, 26/03/2013, § 18.
8 *Marcus Frank Cerny* [GK], no. 2013/5126, 2/07/2015, § 87.
9 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10/03/2011.

daha sonra iç hukuk ile uluslararası insan hakları arasında bir ihtilaf olduğu ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin Medeni Kanun hükmü yerine uluslararası hukuk hükmünü uygulaması gerektiği sonucuna ulaşmıştır[10].

4. Sonuç: Dünyayı Çocuklardan Ödünç Almak

Sonuç olarak Türk Anayasa Mahkemesi, olası ihtilafların giderilmesi ve anayasal hükümlerin uluslararası antlaşma hükümleri doğrultusunda yorumlanması hususunda belirleyici bir rol oynamaktadır. Ancak uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki nihai olarak çözümlenemeyecek ölçüde çetrefilli bir konudur. Bu durum, konuşmamda da açıklamaya çalıştığım üzere, Türkiye'nin yasal ve anayasal düzeni için de geçerliliğini korumaktadır.

Bugün Farabî ve Kant gibi filozofların tasavvurlarını gerçekleştirmekten oldukça uzağız. Bununla birlikte, *"yüce mutluluk"* ve *"ebedi barış"* gibi idealler çağdaş dünyada hâlâ geçerlilik arz etmektedir. Daha da önemlisi, uluslararası hukuk ve kurumlar, insanları, insanlığın özgür ve eşit üyeleri olarak barış içinde bir arada yaşamaya yakınlaştırmak konusunda hâlâ belirli bir potansiyel taşımaktadır.

Gelecek nesillere, çocuklarımıza ve torunlarımıza özgürce, mutlu ve barış içinde yaşadıkları bir dünya bırakabilmek hepimizin ortak sorumluluğudur. Şu atasözünün vermek istediği önemli mesajı aklımızdan çıkarmamalıyız: *"Dünya bize atalarımızdan miras kalmadı; biz onu çocuklarımızdan ödünç aldık."*

İlginiz için teşekkür ediyorum.

10 *Sevim Akat Eşki*, no. 2013/2187, 19/12/2013, §§ 40-49; ayrıca bkz. *Gülsim Genç*, no. 2013/4439, 6/03/2014; *Neşe Aslanbay Akbıyık*, no. 2014/5836, 16/04/2015.

TÜRKİYE'DE ANAYASA ŞİKAYETİ: ON YILLIK TECRÜBE*
(17 Aralık 2022)

Sayın Başkan ve Venedik Komisyonunun Değerli Üyeleri,

Burada olmaktan büyük memnuniyet duyuyorum. Bana Venedik Komisyonunun bu genel kurul toplantısında konuşma fırsatı verdiğiniz için teşekkür ederim.

Konuşmama Rudyard Kipling'in dizeleri ile başlamak isterim. Kipling ünlü şiirinde "*Doğu doğudur, batı da batı ve bu ikisi asla bir araya gelmeyecektir*" der.

Bu sözler genellikle doğu ve batı arasındaki ayrımı vurgulamak için sıklıkla kullanılır, ancak yanlış yorumlanır. Kuşkusuz doğu ve batı toplumları arasında önemli sosyal, kültürel ve siyasi farklılıklar mevcuttur. Ancak Kipling bu ayrımın "*Dünyanın iki ucundan iki güçlü adam karşı karşıya geldiğinde!*" ortadan kalkacağını da belirtmiştir.

İnsanlık tarihi boyunca, yeryüzünün iki parçasının siyasi ve hukuki değerlerini birleştirmeyi amaçlayan birçok güçlü kişi yetişmiştir.

Bunlardan biri, 13. yüzyılda Türkiye'de yaşamış bir şair ve düşünür olan Mevlana Celaleddin Rumi'dir. Rûmî, toplumsal hayatın ahlaki değerlerinin yanı sıra hukuki ve siyasi ilkelerini de savunmuştur. Bireylerin barış içerisinde bir arada yaşayabilmeleri için hukukun, adaletin ve hâkimlerin önemini sık sık vurgulamıştır.

Rûmî'ye göre hukuk, insanlar arasındaki uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları barışçıl bir şekilde çözmek için vardır. Bu nedenle çatışmaları çözmek için hukuku uygulayan hâkimi (kadı), "*bir rahmet ve çatışmayı gideren*" kişi olarak görmüştür. Hâkimin "*Kıyametteki adalet denizinden bir damla*"[1] olduğunu ifade etmiştir.

---

* Venedik Komisyonu Genel Kurul Toplantısında yaptığı konuşma.

1 Mevlâna Jalâlu'ddîn Rûmî, *The Mathnawî,* Volume II, çev. R. A. Nicholson, (Konya. Konya Metropolitan Municipality Book, 2010), Book VI, § 1495, s. 517.

Rumî'nin adalet tanımı bugün de geçerliliğini korumaktadır. Rumî, adaleti kısaca her şeyi yerli yerine koymak olarak tanımlamıştır[2].

Rumi, dünyanın doğusundan ve batısından pek çok kişi gibi, yargı yoluyla korunması gereken ortak değer ve ilkelerimizin olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, günümüzde anayasa mahkemelerinin hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları ilkeleri gibi anayasal demokrasinin yapı taşlarını korumak için var olduğu açıktır.

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Rumi'nin izinden giden Türkiye Anayasa Mahkemesi, başta bireylerin temel hak ve özgürlükleri olmak üzere, bu anayasal ilke ve değerlerin koruyucusudur.

2010 Anayasa değişikliğiyle bireysel başvuru mekanizmasının kabul edilmesi, Türkiye'de anayasa yargısı alanında bir dönüm noktası olmuştur[3]. Venedik Komisyonunun "*Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması*"nda vurgulandığı üzere, anayasa şikâyetlerinin temel işlevi, bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan haklarını korumaktır[4].

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, Anayasa şikâyetiyle birlikte, bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasına toplumsal ve siyasi çıkarlar karşısında belirli bir öncelik tanıyan hak eksenli bir yaklaşımı benimseme imkânı bulmuştur. Özgürlüğün esas, kısıtlamanın ise istisna olduğu varsayımına dayanan hak eksenli yaklaşıma göre, Anayasa hak ve özgürlükler lehine yorumlanmalıdır[5].

Hak eksenli yaklaşımı benimseyen Anayasa Mahkemesi toplumun farklı kesimlerinin hukuki meselelerini çözüme kavuşturan çok sayıda ihlal kararı vermiştir. Bunlar arasında, internete erişimin engellenmesi, kadının evlenmeden önceki soyadını kullanmasının yasaklanması, başörtüsü yasağı, milletvekillerinin tutuklanması, gazetecilerin hapsedilmesi vb. meselelere ilişkin kararlar yer almaktadır.

---

2 Rûmî, *The Mathnawî,* Volume II, Book V, § 1090, s. 277.

3 Venedik Komisyonu, bireysel başvuru mekanizmasının kabul edilmesine ilişkin ilk taslak teklif hakkındaki görüşünde şu değerlendirmeyi yapmıştır: "Taslak Teklifte belirtilen anayasa değişiklikleri makul görülmüştür ve bu değişiklikler diğer Avrupa ülkelerinde halihazırda benimsenmiş olan çözümlerle aynı doğrultuda olup Avrupa standartlarına uygundur". Bkz. Venedik Komisyonunun 59. Genel Kurul Toplantısında kabul edilen, *Türkiye Anayasa Mahkemesinin Anayasa Değişikliği Taslağına İlişkin Görüşü* (Venedik, 18-19 Haziran 2010), Görüş No: 296/2004, Strazburg, 29 Haziran 2004, CDL-AD (2004) 024.

4 Venedik Komisyonunun 85. Genel Kurul Toplantısında kabul ettiği *Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması* (Venedik, 17-18 Aralık 2010), Çalışma No: 538/2009. Strazburg, 27 Ocak 2011, CDL-AD (2010) 039, § 81.

5 Bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], no. 2019/10634, 1/7/2021, § 50; *Ali Kuş* [GK], no. 2017/27822, 10/2/2022, § 50.

Anayasa Mahkemesi içtihadı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına uygun olarak anayasal hakların korunmasına yönelik standartları ortaya koymuştur. Anayasa'nın 148. maddesinde açıkça Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıfta bulunulduğundan, Anayasa Mahkemesi anayasa şikâyetlerini karara bağlarken Strazburg Mahkemesinin içtihadını dikkate almaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Venedik Komisyonunun belirli anayasal konulardaki rapor ve görüşlerini de dikkate almaktadır. Dolayısıyla, Venedik Komisyonunun Mahkemenin içtihadına önemli katkı sağladığını söylemek yerinde olacaktır.

Değerli Üyeler,

Karşılaşılan tüm zorluklara rağmen, edindiğimiz bu on yıllık tecrübenin, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun Strazburg Mahkemesine başvuruda bulunmadan önce tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğunu ortaya koyduğunu belirtmeliyim[6]. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, anayasal şikâyet mekanizmasını hayata geçirerek belirlediği iki temel hedefi gerçekleştirmiştir. İlk hedef, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesine yönelik standartların yükseltilmesiydi. İkinci ve uygulamaya yönelik hedef ise AİHM nezdinde Türkiye aleyhine açılacak davaların ve verilecek ihlal kararlarının sayısını düşürmekti.

Diğer yandan ise bireysel başvuru mekanizmasının etkili ve başarılı bir hukuk yolu olarak işlemeye devam etmesini sağlamaya çalışmak açısından çeşitli zorluklarla karşı karşıya kaldık. Bu zorluklardan en önemlisi, Mahkemenin karşı karşıya kaldığı yoğun iş yükü olup söz konusu iş yükü Mahkemenin kapasitesini zorlayacak noktaya ulaşmıştır.

Sürecin en başından itibaren, kıyaslanamaz bir iş yükü sorunu yaşıyoruz. Şu an itibarıyla Mahkeme önünde 100.000'e yakın derdest dosya bulunmaktadır. Bu iş yükünün ne kadar ağır olduğu, AİHM'in karşı karşıya kaldığı iş yüküyle kıyaslandığında daha iyi anlaşılabilir. Hâlihazırda AİHM önünde 47 ülkeden yapılan toplam 75.000 adet derdest başvuru bulunmaktadır.

Bu iş yükü sorununu çözmek adına Anayasa Mahkemesi, iki etkili yöntem uygulamaya başlamıştır. İlk olarak Mahkeme, kabul edilemez başvuruların filtreleme yöntemiyle ayrılmasını sağlayan çok etkili bir sistem kurmuştur. İkinci olarak ise Mahkeme, AİHM'in uygulaması doğrultusunda, kitlesel ve mükerrer ihlallere yola açan sistematik ve yapısal sorunlar içeren başvurular bakımından *"pilot karar usulünü"* uygulamıştır.

6 Diğer pek çok karar arasından bkz. *Hasan Uzun / Türkiye* (k.k.), no. 10755/13, §§ 25-27, 30 Nisan 2013; *Koçintar / Türkiye* (k.k.), no. 77429/12, § 41, 1 Temmuz 2014; *Kaya ve Diğerleri v. Türkiye* (k.k.), no. 9342/16, 20 Mart 2018).

Pilot kararlara ilişkin çarpıcı bir örnekten bahsetmek istiyorum. Söz konusu dava, derdest başvuruların yarıdan fazlasının konusunu oluşturan uzun yargılamalara ilişkindir. Mahkeme, söz konusu davada, başvuranın, bireysel başvuruda bulunmadan önce yargılamaların uzunluğu konusunda başvurabileceği idari veya adli bir hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle ihlal kararı vermiştir. Mahkeme, derdest olan benzer başvuruların incelenmesini ertelerken yasama organına da 4 ay içerisinde bir hukuk yolu ihdas edilmesi yönünde çağrıda bulunmuştur[7].

Verdiği bir başka pilot kararda ise Mahkeme, ilgili web-sayfalarına erişimin engellenmesi nedeniyle başvuranların ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir[8]. Mahkeme, verdiği bu kararda (§ 71 ve §§ 135-136), Venedik Komisyonu'nun *"İnternet Kanunu"*[9] hakkındaki görüşü ile Türk Ceza Kanunu'nun belirli maddelerine ilişkin görüşünü dikkate almıştır[10].

Mahkeme, yakın zaman önce verdiği bir kararda, ifade özgürlüğü konusunda derdest olan çok sayıdaki başvurunun konusunu oluşturan, karmaşık bir sorun niteliğindeki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ("HAGB") uygulamasını ele almıştır. HAGB usulünü tüm yönleriyle ele alan Mahkeme, ilgili davada hem ifade özgürlüğünün hem de toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu konuda temyiz sürecinin etkili olmadığına değinen Anayasa Mahkemesi, "HAGB" uygulamasına ilişkin mevzuatın Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin sürekli olarak ihlal edilmesine yol açan yapısal sorunlar içerdiğine karar vermiştir[11].

Mahkeme, ilgili kararda, Venedik Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddelerine ilişkin görüşünün 31. paragrafına özel olarak atıf yaparak *"yüksek mahkemelerin rehberliğinin, yargılamalarında insan hakları standartlarının yorumlanması ve uygulanmasında alt mahkemeler için çok önemli"* olduğunu vurgulamıştır[12].

Hanımefendiler ve Beyefendiler,

Konuşmama son vermeden önce Anayasa Mahkemesinin, bu kararlar da dâhil olmak üzere verdiği tüm kararlar aracılığıyla bireysel başvuru sistemini

7 *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

8 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021.

9 Venedik Komisyonu'nun 107. Genel Kurul Toplantısında kabul edilen *5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a ilişkin Görüşü*, (Venedik, 10-11 Haziran 2016), Görüş No: 805/2015, Strazburg, 15 Haziran 2016, CDL-AD (2016) 011.

10 Venedik Komisyonu'nun 106. Genel Kurul Toplantısında kabul edilen *Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddelerine ilişkin Görüşü*, (Venedik, 11-12 Mart 2016), Görüş No: 831/2015, Strazburg, 15 Mart 2016, CDL-AD (2016) 002.

11 *Atilla Yazar ve Diğerleri* [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.

12 *Atilla Yazar ve Diğerleri*, § 152.

Avrupa Konseyi bünyesindeki iyi uygulama örneklerinden biri olarak devam etmesini sağlama gayreti içerisinde olduğunu belirtmek isterim.

Gayet açık ki bireysel başvuru sisteminin başarısı, Avrupa Konseyi'nin demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü şeklindeki temel yapı taşlarının korunması için oldukça önemlidir. Avrupa Konseyinin kurucu üyesi olan Türkiye, Anayasa'da mündemiç olan bu temel değerlere sıkı sıkıya bağlıdır.

Türk Anayasa Mahkemesi de bu anayasal değerleri kararlı bir şekilde korumaya devam edecektir.

Dinlediğiniz için teşekkür ederim.

İSLAM DÜNYASI ANAYASA YARGISI KONFERANSI*
(23 Aralık 2022)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Öncelikle hoş geldiniz diyor; sizleri en içten duygularımla, saygıyla selamlıyorum. Allah'ın selamı, rahmeti ve bereketi üzerinize olsun.

Bugün bu tarihî mekânda tam dört yıl önce yine bu salonda açılışını yaptığımız konferansla başlayan kuruluş sürecini tamamlamak için bulunuyoruz. O gün bu alanda yapılan ilk toplantı olan konferansın kalıcı bir platformun oluşturulmasına vesile olmasını temenni etmiştik.

Kurulan konferansın açılış kongresine bugün ev sahipliği yapmaktan büyük bir mutluluk duyduğumu ifade etmek isterim. Kongrenin hayırlı olmasını ve başarılı şekilde sonuçlanmasını diliyorum.

Bilindiği üzere anayasa yargısının temel işlevi, anayasanın üstünlüğünün sağlanması suretiyle temel hak ve hürriyetlerin korunmasıdır. Bu işlevin tam olarak yerine getirilmesi ise toplum sözleşmesi mahiyetinde olan anayasalarda yer alan adalet, eşitlik, hürriyet, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı gibi anayasal ilke ve değerlerin hayata geçirilmesine bağlıdır.

Kuşkusuz anayasal ilke ve değerlerin zamana ve mekâna göre adlandırılması değişebilmektedir ancak toplumsal ve siyasal birlikteliği sağlayan değerlerin farklı kültür ve medeniyetlerde köklerinin bulunduğu da malumdur.

Söz gelimi adalet, tarih boyunca tüm toplumlarda temel değerlerden biri olarak kabul edilmiştir. Zira toplumsal hayatın varlığı ve devamı ancak adaletle mümkündür. Adaleti tesis etmenin aracı da hukuktur. Bu nedenle ideal topluma dair değerler manzumesi sunan tüm dinler, hukuku ve adaleti merkeze almıştır.

Nitekim Kur'an'da adaletin gerçekleştirilmesi dinin varlık sebeplerinden biri olarak ifade edilmekte, *insanların adaleti yerine getirmeleri için* peygamber-

* İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı'nda yaptığı açış konuşması.

lerle birlikte kitabın ve mizanın (ölçünün) indirildiği belirtilmektedir[1]. Buradaki mizan kelimesinin aynı zamanda terazi anlamına geldiği bilinmektedir.

Hemen her toplumda adaletin sembolü olarak kullanılan terazi sayesinde insanların hukuku korunur, hakları eksiksiz olarak verilir. Bu sebeple adalet terazisini elinde tutanların sorumluluğu onu doğru tutmak suretiyle hakkaniyete uygun davranmak, doğru ölçmek ve adil karar vermektir. Böylece insanlar arasında adaletin tesisinde yargının ve yargıcın oynadığı belirgin rol ortaya çıkmaktadır.

İslam'ın diğer kaynakları da adaleti ve adaletten kaynaklanan başta eşitlik, temel hak ve hürriyetler olmak üzere diğer evrensel değerleri vurgulamaktadır. "*Ey, insanlar*!" diye başlayan mesajlar arasında ayrımcılık yasağı, can, mal ve neslin korunması, suç ve cezaların şahsiliği, din ve vicdan hürriyeti gibi toplumsal hayatın sağlıklı şekilde sürdürülmesinin olmazsa olmaz esasları yer almaktadır.

Dolayısıyla anayasa yargısı kapsamına giren bu ilke ve değerler bize yabancı değildir. Bilakis bunlar bizim öz değerlerimizdir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Düşünce ve söylem olarak zengin bir müktesebatı olan medeniyetimizin adalet, eşitlik ve hürriyet gibi değerlerinin hayata geçirilmesi sadece Müslüman coğrafyada değil dünyada yaşanan sıkıntılara da derman olacaktır.

Yaşanan sıkıntılar hepimizin malumudur. Şiddete ve istismara maruz kalan kadınlar ve çocuklar, eksilmesi gereken birer rakam olarak görülen mülteciler, açlık sınırının altında hayata tutunmaya çalışanlar, inançlarından veya düşüncelerinden dolayı cezalandırılanlar, bizim gibi olmadığı için dışlanan ve ötekileştirilenler…

Dünyamızdan bu insan manzaraları ulusal ve uluslararası düzlemde karşı karşıya kaldığımız adalet açığının somut görünümleridir. Bu noktada belki de en büyük sorun "*öteki*" ile sağlıklı bir ilişki kurulamamış olmasıdır.

Bu manzaranın Müslüman coğrafyadaki yansımasını en iyi şekilde teşhis eden kişilerin başında merhum Aliya İzzetbegoviç gelmektedir. Aliya 25 yıl önce İslam ülkelerinin temsilcilerinin katıldığı bir toplantıda "*İslam en iyisi -bu hakikat-, ama biz en iyisi değiliz.*" sözüyle içinde bulunduğumuz durumu çok veciz şekilde özetlemişti[2].

1 *Hadîd*, 57/25. Ayrıca bkz. *Şûrâ* 42/15: "*(Ey Peygamber!) De ki: Ben… aranızda adaleti gerçekleştirmekle emrolundum.*"

2 Aliya İzzetbegoviç, *Tarihe Tanıklığım*, 14. Baskı, Çev. A. Erkilet, A. Demirhan, H. Öz, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2016), s. 415; Alija Izetbegovic, *Inescapable Questions: Autobiographical Notes*, trans. S. Risaluddin & J. Izetbegovic, (Leicester: Islamic Foundation, 2003), s. 390.

Aliya tespitle yetinmemiş, teorik ve pratik çözüm yollarını da göstermiştir. Ona göre İslami hassasiyetin gerektirdiği hedef "*ahlaki disipline ve siyasi özgürlüğe sahip bir toplum*" ve "*hukuka bağlı bir devlet"* oluşturmaktır[3].

Temel hak ve hürriyetleri koruyan hukuk devleti hedefinin gerçekleşmesi bakımından yargı kurumlarına, bilhassa da anayasallık denetimi yapan yüksek mahkemelere çok büyük görevler düşmektedir. Belirtmek gerekir ki temel hak ve hürriyetlerin yargı eliyle korunması fikri de aynı zamanda İslam'ın öngördüğü bir anlayışı yansıtmaktadır.

Asırlar önce İbn Haldun devletin devamı için insanların hak ve hukukunun korunması gerektiğini önemle vurgulamıştır. *Mukaddime'*de insanların haklarının ihlali "*zulüm*" kelimesiyle ifade edilmiştir. İbn Haldun'a göre zulüm yani hak ihlalleri medeniyetin (*umranın*) harap olmasına, dolayısıyla son tahlilde devletin zarar görmesine yol açar[4].

Bu nedenle devletin ve devlet organları arasında özellikle yargının işlevi, zulmün giderilerek adaletin tesis edilmesi, insanların hak ve hukukunun korunmasıdır. Bu anlamda hâkimin temel görevi insanların haklarını güvenceye almak İbn Haldun'un kendi ifadesiyle "*halkın hukukunu korumak*"tır[5].

Sayın Cumhurbaşkanım,

Malumları olduğu üzere bilhassa bireysel başvurunun kabul edilmesiyle birlikte anayasa yargısının alanı da genişlemiştir. Günümüzde anayasa mahkemeleri bir yandan normların anayasaya uygunluğu denetimini yaparak, diğer yandan da bireysel hak ihlali iddialarını inceleyerek anayasal hak ve hürriyetlerin korunması bakımından vazgeçilmez kurumlara dönüşmüştür.

Bu bağlamda benzer görevler üstlenmiş olan anayasa mahkemelerinin ve anayasallık denetimi yapan yüksek yargı organlarının iş birliği ve tecrübe paylaşımı oldukça önemli hâle gelmiştir. Bugün ilk kongresinin açılışını yaptığımız İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı'nın bu açıdan eşsiz bir fırsat ve imkân sunduğuna inanıyorum

Taslak tüzükte belirtildiği üzere konferansın karşılıklı bilgi ve tecrübe paylaşımına zemin hazırlamak suretiyle hukukun üstünlüğünün ve ülkelerimizde yaşayan herkesin temel hak ve hürriyetlerinin daha iyi korunmasına önemli katkılar yapmasını temenni ediyorum.

Bu duygu ve düşüncelerle kongrenin başarılı geçmesini diliyor; emeği ge-

3 Aliya İzzetbegoviç, *Özgürlüğe Kaçışım: Zindandan Notlar,* 21. Baskı, Çev. H. T. Başoğlu, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2015), s. 323; İzzetbegoviç, *Tarihe Tanıklığım*, s. 77.

4 İbn Haldun, *Mukaddime*, Cilt I, Hazırlayan: Süleyman Uludağ, 9. Baskı, (İstanbul: Dergah Yayınları, 2013), s. 551.

5 İbn Haldun, *Mukaddime,* s. 469.

çen herkese, bilhassa konferansın taslak tüzüğünü hazırlayan "*Çalışma Komitesi*"ne ve tüm katılımcılara teşekkür ediyorum.

Hepinize sağlıklı ve huzurlu günler diliyorum.

TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISI: BAŞARILAR, SINAMALAR VE BEKLENTİLER*

(6 Haziran 2023)

Değerli Katılımcılar,

Hanımefendiler ve Beyefendiler;

Burada, bu tarihi üniversitede bulunmaktan büyük bir memnuniyet duyduğumu ifade etmek isterim.

Bu vesile ile Bologna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Mezetti'ye nazik daveti ve bana bu değerli konukların huzurunda konuşma yapma fırsatı sunduğu için teşekkürlerimi sunmak istiyorum.

Türkiye'de anayasa yargısının geçmişi, bugünü ve geleceği hakkında bir konuşma yapmam beklenmektedir. Bu beklentiyi karşılamak adına, konuşmamı üç bölüme ayıracağım. İlk olarak, anayasa yargısı olgusunun kavramsal ve felsefi temelleri hakkında kısaca bilgi vereceğim. Konuşmamın ikinci kısmında ise Türk Anayasa Mahkemesinin temel işlevlerinden bahsedeceğim. Son olarak, konuşmamın büyük kısmını oluşturacak şekilde bireysel başvuru sistemine, bu sistemin başarılarına, sorunlarına ve bu sistemden gelecekteki beklentilere değineceğim.

1. Kavramsal Giriş: Kuvvetlerin Denetlenmesi İhtiyacı

Konuşmama basit ancak oldukça kritik bir soru ile başlamak istiyorum: Neden anayasaya ihtiyaç duyarız?

Belki de bu sorunun cevabını bulmak için insanlığın ortaya çıkış tarihi kadar geriye gitmemiz gerekebilir. İnsan toplumunun kuruluşundan itibaren, bireyler barışçıl bir şekilde bir arada var olmak için elverişli bir ortam oluşturma, hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla siyasi gücü kısıtlama arayışına girmişlerdir.

---

* Bologna Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 6 Haziran 2023 tarihinde düzenlenen konferansta yapılan konuşmanın Türkçe'ye çevrilen metnidir.

Dört bin yıl önce yazılan *Gılgamış Destanı* bize tanrıların, Uruk halkını baskı altına alan Kral Gılgamış'ı denetlemesi ve kontrol altına alması için Enkidu'yu nasıl yarattığını anlatmaktadır. Tanrılar, "*[Enkidu ve Gılgamış], bırakın birbirleri ile çatışsınlar ki Uruk halkı nefes alsın!*" diye buyurmuşlardır[1].

Ancak, Gılgamış'ın zorbalığını sona erdirme planları Enkidu'nın Kral'ın en iyi arkadaşı olması ile başarısızlıkla sonuçlanır. Dört bin yıl sonra, bugünün dünyasında "*Gılgamış problemi"* olarak adlandırılan siyasi otoritenin nasıl kontrol altına alınacağına ilişkin meselenin çözümünü halen aramaktayız.[2]

Bu kadim destan aynı zamanda gücün kontrol altına alınmasına yönelik ihtiyacın insanın doğasından kaynaklandığını da göstermektedir. James Madison'ın da belirttiği üzere, "*İnsanları melekler yönetseydi, ne iç ne de dış denetim mekanizmalarına gereksinim duyulurdu"*[3].

Madison'dan çok önce sosyoloji biliminin kurucusu olarak kabul edilen İbn Haldun, toplumun ve devletin varlığının devamı için insanın haklarının korunması gerektiğini vurgulamıştır. İbn Haldun, *Mukaddime* isimli eserinde "*hukuk -en- nas" ("insanların hakları")* kavramını kullanmıştır.

İbn Haldun, haklardan yoksun bırakılmayı ve hak ihlallerini "*baskı*" anlamına gelen "*zulüm*" kelimesi ile ifade etmiştir. İbn Haldun'a göre zulüm medeniyetin (umran) harap olmasına, dolayısıyla son tahlilde devletin zarar görmesine yol açar[4].

Daha da önemlisi İbn Haldun, insan haklarının yargısal olarak da korunması gerektiğini ve bu konudaki sorumluluğun hâkimlere ait olduğunu ifade etmiştir[5].

Anayasaların ve anayasal yargının, siyasi gücü kontrol etme çabalarının uzun süreçler sonucunda ortaya çıkan doğal bir netice olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak, toplumsal bir sözleşme niteliğindeki anayasa olgusu, bu sözleşmeyi kimin koruyacağına ilişkin can alıcı bir soruyu da beraberinde getirmektedir. Zira, her sözleşme, şartlarına uyulmaması ihtimaline karşı hükümlerini koruyacak organ veya organların varlığını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu soru konumuz açısından elzemdir.

---

1 *Gılgamış Destanı, 10. Basım, çev. S. Maden, (İst.; İş Bankası Yayınları, 2019), s.5; Epic of Gilgamesh,* çev. A. George, (London: Penguin Books, 1999), s. 5.

2 Acemoğlu & Robinson, *Dar Koridor: Devletler, Toplumlar ve Özgürlüğün Geleceği, çev. Y. Topkapı, (İst.: Doğan Kitap, 2020),* ss. 14-15.

3 A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *Federalist Yazılar*, Çev. T. Şirin & N. U. Orcan, (İstanbul: Runik Kitap, 2021), s. 369.

4 İbn Haldun, *Mukaddime*, Vol. I, Hazırlayan. Süleyman Uludağ, 9. Baskı, (İstanbul: Dergâh Yayınları, 2013), s. 551.

5 İbn Haldun, *Mukaddime*, s. 469.

ABD Yüksek Mahkemesi, 1803 tarihli *Marbury/Madison* kararında, anayasanın üstünlüğü ilkesinden hareketle, anayasa ile çelişen herhangi bir yasanın yok hükmünde farz edilmesi gerektiğini kaydetmiştir[6]. Bu kararın verildiği tarihten itibaren, parlamentonun çıkardığı yasaların anayasaya uygunluk denetimi, çoğu zaman siyaset ve anayasa teorisinde bir tartışma konusu olmuştur.

Anayasa mahkemelerinin, yetkinin kontrol altına alınması sorununun çözümüne yardımcı olmak amacıyla kurulduğu yönünde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemeler yasama ve yürütme işlemlerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ile yükümlü olup bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasında önemli bir rol oynamaktadır. Anayasa yargısının temelinde, anayasa mahkemelerinin anayasayı koruma konusunda en iyi merciler olduğuna yönelik yaygın inanış yatmaktadır. Bu görüş aslında anayasa yapıcı güçlerin yanı sıra akademisyenler arasında da süregelen ve hararetli bir tartışmanın konusu olmuştur.

Bilindiği üzere, yargısal denetimin merkezi bir anayasa mahkemesi tarafından gerçekleştirilmesi fikri, Kelsen ve Schmitt arasındaki tartışmanın ana konusu olarak ortaya çıkmıştır. Her iki hukukçu da şu soruya ikna edici bir cevap bulmaya çalışmıştır: *"Anayasa'nın koruyucusu kimdir?"*

Kelsen, merkezi anayasa mahkemesinde görev yapan hâkimlerin anayasayı ve anayasal değerleri koruma hususunda daha iyi bir konumda olduğunu savunmuştur. Schmitt ise Weimar parlamentosunun anayasal komitesinde bir milletvekilinin benzetmesine atıfta bulunarak bu görüşe karşı çıkmıştır. Schmitt'e göre yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi için özel bir mahkeme kurulması, "*kümesi kollaması için bir tilkinin görevlendirilmesinden"* farksızdır[7].

İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve esnasında işlenen ciddi insan hakları ihlallerini müteakiben Kelsen'in görüşü sadece Avrupa'da değil aynı zamanda dünyanın birçok yerinde kabul görür hale gelmiştir. Kuşkusuz, bu görüşün ikna edici olup olmadığından bağımsız olarak, merkezi anayasal karar alma mekanizmasının yasama ve yürütmenin kontrol altına alınması için etkili bir yöntem olarak yaygın bir şekilde kabullenildiği söylenebilir

6 *Marbury / Madison,* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

7 Carl Schmitt, "The Guardian of the Constitution: Schmitt's argument against constitutional *review (Anayasa'nın Koruyucusu: Norm Denetimine Karşı Schmitt'in Savunması)*", in Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, (Cambridge: CUP, 2015), ss. 90-91.

2. Anayasa'nın Koruyucusu Olarak Türk Anayasa Mahkemesi

Değerli katılımcılar,

Türk Anayasa Mahkemesi, merkezileşmiş anayasa mahkemeleri modellerini takiben 1961 Anayasası ile kurulmuştur. Bahsi geçen dönemde, Avusturya, Almanya ve İtalya olmak üzere Avrupa'da sadece birkaç ülkede anayasa mahkemesi bulunmaktaydı.

Bununla birlikte, Anayasa'nın hazırlanması için kurulan komisyonun karşılaştırmalı anayasa yargısından da faydalandığını vurgulamak isterim. Bu bağlamda, 1961 Anayasası İtalyan Anayasa Mahkemesi modelinden de ilham almıştır.

Türk Anayasa Mahkemesinin çeşitli görevleri ve yetkileri bulunmaktadır. Mahkeme, Cumhurbaşkanı, TBMM Başkanı, bakanlar, yüksek mahkeme başkanları ve üyeleri ile ordunun yüksek rütbeli komutanlarını görevlerine ilişkin suçlardan dolayı yargılamakla görevlendirilmiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda siyasi partilerin finansal faaliyetlerinin, programlarının ve eylemlerinin yasallığını denetlemek ile yükümlüdür. Mahkeme, faaliyetlerinin anayasal ilkelerle çelişmesi halinde bir siyasi partinin kapatılmasına hükmedebilir.

Ancak kurulduğu tarihten itibaren Anayasa Mahkemesinin temel görevi parlamento tarafından kabul edilen kanunların anayasallık denetimini gerçekleştirmektir. Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi görevini soyut ve somut norm denetimi yoluyla yerine getirmektedir. Parlamenter hükûmet sisteminden cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine geçilmesi için 2017 yılında Anayasa'da değişiklik yapılmıştır. Anayasa değişikliği, Türk Anayasa Mahkemesinin yetkilerini cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin norm denetimini de içerecek şekilde genişletmiştir.

Bu aşamada, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, kanunların yargısal denetiminden farklı olarak iki farklı denetim sürecine tabi olduğuna dikkat çekmeliyim. Öncelikle Mahkeme Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından yetki yönünden anayasal kurallara uygun olup olmadığını incelemektedir.

Bu bağlamda, söz konusu düzenlemeler yürütme yetkisini konu almalı, temel anayasal haklara ilişkin olmamalı ve Anayasa'da münhasıran yasalar tarafından düzenlenmesi öngörülen veya açıkça yasalar tarafından düzenlenmiş hususlar hakkında olmamalıdır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, bu testleri geçtiği takdirde ikinci aşamada kanunlara benzer bir şekilde esas bakımından norm denetimine tabi tutulmaktadır.

Konuşmamın bu kısmını tamamlarken, Türk Anayasa Mahkemesinin yeni sistem ile beraber yasama ve yürütmeyi denetlemekle görevli yüksek yargı mercii haline geldiğini ifade etmeliyim.

Bireysel başvuru mekanizmasının yürürlüğe konulması ile birlikte Mahkeme yasama ve yürütmeyi denetleme yetkisinin yanı sıra yargı kararlarını denetleme yetkisine de sahip kılınmıştır.

3. On Yıllık Bireysel Başvuru Tecrübesi

Saygıdeğer Katılımcılar,

Bireysel başvuru mekanizmasının hukuk sistemimize dâhil edilmesi amacıyla 2010 yılında Anayasa değişikliği yapılmıştır.

Anayasa'nın değiştirilen 148. maddesine 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. Dolayısıyla, bireysel başvuruların konusu Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler ile sınırlıdır.

3.1. Devrim Niteliğinde Bir Adım Olan Bireysel Başvuru

Bireysel başvuru sisteminin kabul edilmesi, anayasa yargısına ek olarak Türk adalet sisteminin diğer kısımlarında da radikal değişikliklere gidilmesine neden olmuştur. Bu değişikliklerden bilhassa ikisi kayda değer niteliktedir. Bireysel başvuru mekanizmasının uygulanması, (a) anayasa yargısında bir paradigma değişikliğine ve (b) hukuki sistemin anayasallaşmasına neden olmuştur.

Öncelikle, paradigma değişikliğinden bahsetmek istiyorum.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sayesinde köklü ve yerleşik ideolojik ya da devlet eksenli yaklaşımı terk edip hak eksenli yaklaşım olarak nitelendirdiğim yaklaşımı benimsediğini söylemek mübalağa olmayacaktır.

Hak eksenli yaklaşım, özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisnai olduğunu varsaymaktadır. Söz konusu yaklaşım Anayasa'nın temel haklara öncelik verilerek özgürlükler lehine yorumlanmasını gerektirmektedir.

Nitekim, Türk Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulara ilişkin birçok kararında hak eksenli yaklaşımın anayasa yargısında egemen olması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, anayasal hükümler "*ancak çoğulcu demokrasinin geliştirilmesi bağlamında ve hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebilir.*"[8].

8 Bkz, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [Genel Kurul], no: 2019/10634, 1 Temmuz 2021, § 133; ve ayrıca *Ali Kuş* [Genel Kurul], no: 2017/27822, 10 Şubat 2022, § 50.

Mahkemenin içtihadındaki bu paradigma değişimi, başörtüsü konusundaki yaklaşımında da net bir şekilde gözlemlenebilir. Türkiye'de üniversitelerde ve kamusal alanlarda başörtüsü yasağının anayasaya uygunluğu konusunda hararetli tartışmalar bulunmaktaydı. Hatta, Türk Anayasa Mahkemesi üniversitede başörtüsü yasağını kaldırmak için yürürlüğe konulan anayasa değişikliklerini dahi iptal etmiştir. Mahkeme, söz konusu değişikliklerin Anayasa'nın 2. maddesinin değiştirilemez hükmü olan laiklik ilkesi ile çeliştiğine hükmetmiştir[9].

Anayasa Mahkemesi, daha sonra, 2014 yılında bir kadın avukatın başörtüsü takması sebebiyle mahkeme salonundan çıkarılmasına ilişkin bireysel başvuruyu incelemiştir. Yargılamayı yürüten hâkim, avukatın duruşmaya başörtüsüyle katılmasının, Türk Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları kapsamında laiklik ilkesi ile çeliştiğine karar vermiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi ise başvurucunun din özgürlüğüne yapılan müdahalenin "*kanunilik*" anayasal kriterini karşılamadığına hükmetmiştir. Bu kararın gerekçesi olarak mahkeme salonunda avukatların başörtüsüyle bulunmalarını engelleyen herhangi bir kanun olmaması gösterilmiştir. Mahkeme, bununla birlikte, başvurucunun mahkeme salonunda dini inançları sebebiyle başörtüsüyle bulunmasının engellenmesine temel oluşturacak herhangi bir makul ve nesnel bir gerekçe sunulmadığını kaydetmiştir[10]. Dolayısıyla, ayrımcılık yasağı ilkesi başvurucunun, başörtüsü takmayan kadın avukatlara oranla daha dezavantajlı bir durumda olması sebebiyle ihlal edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi kapsamında kadınların evlenmeden önceki soyadlarının evlendikten sonra tek başına kullanılamayacağını öngören yasağa ilişkin Mahkemenin içtihat değişikliğine gitmesini de paradigma değişiminin bir başka örneği olarak dikkatinize sunmak isterim.

Anayasa Mahkemesi, 2011 yılında söz konusu maddenin anayasaya aykırı olduğuna dair başvuruyu reddetmişti[11]. Ancak, Mahkeme bireysel başvuru sisteminin kabul edilmesinin ardından bu konudaki tutumunu gözden geçirmek durumunda kalmıştır. Mahkeme, birçok kararında Medeni Kanun'un 187. maddesinin ihlallere yol açtığı sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki

9 AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, 5 Haziran 2008.

10 Bkz. *Tuğba Arslan* [Genel Kurul], no: 2014/256, 25 Haziran 2014, §§ 98-99, 153. Ayrıca başörtüsü giyen bir kadın memurun devlet memurluğundan çıkarılması için bkz, *B.S.*, no: 2015/8491, 18 Temmuz 2018.

11 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10 Mart 2011.

içtihatlarına atıfta bulunarak[12], derece mahkemelerinin ulusal hukuk ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların çelişmesi durumunda söz konusu uluslararası anlaşmaların esas alınmasını öngören Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasını doğrudan uygulaması gerekmesi sebebiyle "kanunilik" şartının ihlal edildiğini tespit etmiştir[13].

Ancak, bu kararlara rağmen yasama organı Medeni Kanun'un 187. maddesini yürürlükten kaldırmamıştır. Nihayetinde, bir Aile Mahkemesi, söz konusu maddenin anayasaya uygun olmadığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2023 tarihli dönüm noktası niteliğindeki kararında, evlendikten sonra evlenmeden önceki soyadının tek başına kullanılamayacağını öngören itiraz konusu kuralı, eşitlik ilkesinin gerektirdiği ölçüde objektif ve makul bir temele dayanmadığı ve dolayısıyla kadınlar ile erkekler arasında farklı bir muamele teşkil ettiği sonucuna ulaşarak iptal etmiştir[14].

Bu karar, aynı zamanda bireysel başvuruda benimsenen hak eksenli yaklaşımın norm denetimi alanında verilen kararlar üzerindeki etkisini de açıkça ortaya koymaktadır.

Hanımefendiler ve Beyefendiler;

Bireysel başvuru mekanizmasının yürürlüğe girmesi ile başlayan "anayasallaşma" sürecine de kısaca değinmek istiyorum.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulara ilişkin olarak içtihadında ikincillik ilkesine sıklıkla atıfta bulunmaktadır. Bu ilke doğrultusunda, anayasal hak ve özgürlüklere ilişkin olası ihlallerin önlenmesi ve telafi edilmesi başta derece mahkemeleri ve temyiz mahkemelerinin sorumluluğundadır. Bu amaç kapsamında, söz konusu mahkemeler temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal hükümleri ve bu hükümlerin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan yorumlarını dikkate almalıdır.

Zira, ilgili anayasal hükümleri uygulamak bir tercih değil zorunluluktur. Örneğin, Anayasa'nın 11. maddesi Anayasa'nın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını açıkça hüküm altına almaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Anayasa'nın 138. maddesi hâkim ve mahkemelerin "*Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak*" hüküm vermesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle tüm yargı mercileri karşılarına çıkan ihtilafları Anayasa tarafından güvence altına alınan temel

12 *Ünal Tekeli / Türkiye*, no. 29865/96, AİHM 2004X (alıntılar); *Leventoğlu Abdulkadiroğlu / Türkiye*, no. 7971/07, 28 Mayıs 2013; *Tuncer Güneş / Türkiye*, no. 26268/08, 3 Ekim 2013 ve *Tanbay Tüten / Türkiye*, no. 38249/09, 10 Aralık 2013.

13 Bkz, *Sevim Akat Eşki,*. No: 2013/2187, 19 Aralık 2013; *Gülsim Genç*, no: 2013/4439, 06 Mart 2014; ve ayrıca, *Neşe Aslanbay Akbıyık*, no : 2014/5836, 16 Nisan 2015.

14 AYM, E.2022/155, K.2023/38, 22 Şubat 2023.

haklarla uyumlu olacak şekilde çözüme kavuşturmak ile görevlidirler. Bu husus, hukukun tüm alanlarında "*anayasallaşma*" sürecini de beraberinde getirmiştir[15].

Kuşkusuz, hukukun ve tüm yargı sisteminin anayasallaşma süreci bireysel başvuru mekanizması ile hız kazanmıştır. Nitekim, bu süreç ayrıca konuşmamın ilerleyen kısımlarında da değineceğim Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarının objektif etkisi ile ilişkilidir.

3.2. Sınamalar ve Beklentiler

Bireysel başvuru mekanizması, Türkiye'de anayasal hakların korunması ve yaygınlaştırılması yönünde standartların iyileştirilmesine büyük oranda katkı sağlamıştır. Ancak getirdiği başarıların yanı sıra bazı zorluklar ile de karşılaşılmıştır. Bireysel başvuru sisteminin Türkiye'de etkili ve başarılı şekilde uygulanmasının önünde iki önemli zorluğun olduğunu net bir şekilde söyleyebiliriz.

Öncelikle, en başından beri bireysel başvurular ile alakalı olağanüstü ve daha önce hiç görülmemiş bir iş yükü ile karşı karşıya kaldık. Bugün itibari ile Mahkeme nezdinde 120 bin derdest başvuru bulunmaktadır.

Bu ağır iş yükünün yıkıcı etkilerinin mahiyeti, aslında önünde 47 farklı taraf devletten yaklaşık 76 bin derdest başvurusu bulunan Strazburg Mahkemesinin iş yükü ile karşılaştırıldığında daha iyi anlaşılacaktır.

İhlal kararlarının etkili bir şekilde icra edilmesi ise Mahkeme açısından ikinci büyük zorluk olarak ortaya çıkmaktadır. Strazburg Mahkemesinde de olduğu gibi, Türk Anayasa Mahkemesi de sistematik ve yapısal problemlerin büyük çapta tekrar eden ihlallere yol açtığı başvurular için "*pilot karar usulünü*" benimsemiştir. Bazı durumlarda, Mahkeme kanundan kaynaklanan ihlaller tespit etmiş ve belirli bir zaman diliminde ilgili kanunun değiştirilmesi amacıyla Parlamentoyu bu hususta bilgilendirmiştir.

Son zamanlarda ise, Türk Anayasa Mahkemesi, ihlal kararlarının olası giderim yollarına ilişkin içtihadını zenginleştirmiştir. Bazı durumlarda, Mahkeme başvurucunun zararının telafi edilebilmesi için derece mahkemesinin önünde iki seçenek olduğuna hükmetmiştir.

İlk olarak, derece mahkemesi yargılamanın yenilenmesini müteakiben ilgili kanun yönünden somut norm denetimi yapması için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. İkinci olarak da derece mahkemesi temel haklara

15 Bkz. Abdullah Çelik, "Hukukun Anayasallaşması ve Bireysel Başvuru", 25 Nisan 2023 tarihinde Türk Anayasa Mahkemesinin 61. Kuruluş Yıldönümü Vesilesiyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulmuştur.

ilişkin uluslararası sözleşmeler ve iç hukukun çatışması hâlinde uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanmasını öngören Anayasa'nın 90. maddesini doğrudan uygulayabilir.

İş yükü ve ihlal kararlarının etkili bir şekilde uygulanmasına ilişkin sorunların çözülebilmesi için, öncelikle bireysel başvuru mekanizmasının objektif işlevini çok iyi anlamamız gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular hakkında karar verirken hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal hükümleri yorumlama ve uygulama imkânına sahiptir.

Anayasal bir meselenin Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru yoluyla karara bağlanmasından sonra, *"kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir" "Aksi durum,"* Anayasa Mahkemesinin de dikkat çektiği üzere, "*aynı meseleye ilişkin tüm uyuşmazlıkların Mahkeme önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır."*[16].

Bu, altı çizilmesi gereken önemli bir konudur. Anayasa Mahkemesi içtihadı, *res interpretata* ilkesine saygı duyulması ve mahkemeler tarafından uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak bireysel başvuru alanındaki on yıllık tecrübenin insan hakları ihlalleri bağlamında etkili ve başarılı bir hak arama yolu olarak kendini kanıtladığını belirtmek yanlış olmayacaktır.

Ancak, söz konusu hukuk yolunun gelecekteki başarısı sadece Anayasa Mahkemesine bağlı olmayıp özellikle Parlamento ve diğer mahkemeler olmak üzere tüm paydaşların da sorumluluğundadır.

İlginiz için teşekkürler.

16 *K.V.* [BD], no. 2014/2293, 1 Aralık 2016, § 52, 53.

İNSAN HAKLARI DÜŞÜNCESİNİN TEMELLERİ*

(4 Eylül 2023)

Kazakistan Anayasa Mahkemesinin Değerli Başkanı,

Hoca Ahmet Yesevî Üniversitesinin Değerli Mütevelli Heyeti Başkanı, Rektörü, Rektör Vekili,

Saygıdeğer Hocalar ve Sevgili Öğrenciler,

Hepinizi en içten duygularımla, saygıyla ve muhabbetle selamlıyorum.

Hoca Ahmet Yesevî Üniversitesinin yeni akademik yılının başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Açılışını yaptığımız akademik yılı "*İnsan Hakları Yılı*" ilan ettikleri için Üniversitenin yöneticilerini kutluyorum.

Bugünkü açılış dersi "*İnsan Hakları Yılı*" etkinliklerinin ilki olarak da görülebilir. Bu kapsamda insan hakları düşüncesi ve pratiğine dair bazı hususları sizlerle paylaşmak istiyorum.

Sevgili Gençler,

Öncelikle belirtmek gerekir ki insan hakları bize yabancı olan, dışarıdan dayatılan veya başkalarından tevarüs ettiğimiz bir fikir değildir. Elbette kavramlar ve kurumlar tarihsel süreçte ve farklı coğrafyalarda farklı biçimler kazanır. Bu anlamda insan haklarının bugünkü formülasyonu ve koruma sistemi Batı'da özellikle iki dünya savaşı arasında ve esnasında yaşanan katliam, soykırım ve yoğun hak ihlallerine tepki olarak ortaya çıkmış ve şekillenmiştir.

Bununla birlikte tıpkı hoşgörü, eşitlik, adalet ve hukukun üstünlüğü gibi insan hakları da bugün geldiğimiz noktada Doğu'nun ve Batı'nın ortak mirasıdır. Bu düşüncenin köklerini farklı medeniyet ve kültürlerde bulmak mümkündür. Bu bağlamda insan haklarının öznesi olan insana ve onun oluşturduğu toplumsal/siyasal yapılara ilişkin evrensel görüşlerin kaynağını ruh köklerimizde rahatlıkla bulabiliriz.

---

* Hoca Ahmet Yesevî Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi 2023-2024 Akademik Yılı Açılış Dersi, Türkistan, 4 Eylül 2023.

Günümüzde insan hakları düşüncesi ve pratiğindeki en büyük sorun "*öteki*"nin haklarının korunması noktasındadır. Başka bir ifadeyle, insan haklarının öznesi tanımı itibarıyla din, dil, ırk veya inanç farkı olmaksızın "*her insan*" olması gerektiği halde, çoğu yerde bu öznenin daraltıldığını görüyoruz. George Orwell'den mülhem, bazılarını *daha eşit* kabul eden bir anlayışın hâkim olduğuna, dahası birçok yerde "*öteki*"nin bırakın eşit olmayı, yaşamayı dahi hak etmeyen, aksine yok edilmesi gereken "*çöp*" muamelesi gördüğüne şahit olmaktayız.

Bilhassa mülteciler konusunda somutlaşan yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslamofobik davranışlar "*öteki*" olarak kodlanan ve dışlanan insanların temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmektedir. Hızla yayılan bu virüs, farklılıkların bir arada yaşaması için gerekli olan iklimi her geçen gün biraz daha zehirlemektedir.

Bu zehrin panzehri, Pir-î Türkistan Hoca Ahmet Yesevî'nin yüzlerce yıl önce bu topraklarda tohumlarını attığı, daha sonra Anadolu'da ve Balkanlar'da yeşeren insan odaklı anlayıştır. Bu anlayış, bireysel düzeyde ahlaki eylemde bulunan insan-ı kâmili (olgun insan), toplumsal/siyasal düzlemde ise çoğulcu ve adil bir yönetimi hedefler.

Bu iki hedefin gerçekleşmesi açısından muasır medeniyetin iyi bir sınav verdiği söylenemez. Yaşadığımız çağın derin krizi, büyük ölçüde, "*öteki*" olarak görülenle sağlıklı bir ilişki kurulamamış olmasından kaynaklanmaktadır. İyi olan her şeyi sadece kendimiz için istediğimiz, buna karşılık başkalarını yaşamak dahil her türlü haktan mahrum bıraktığımız bir dünyada çatışma da kriz de kaçınılmazdır. "*Öteki*"nin var olma hakkını ancak başkası olma, daha doğrusu bizim gibi olma şartıyla kabul etmek kaçınılmaz olarak çatışmaya yol açar.

Bu krizden çıkmak ve yaşanabilir bir dünyayı inşa edebilmek için ahlak ve adalet değerlerini hayata geçirmek zorundayız. Bizim gibi olmayanı da "insan" ortak paydasında görmek, tam da bu nedenle sahip olduğumuz haklara "*öteki*"lerin de sahip olduğunu kabul etmek ahlaki eylemin gereğidir.

Hoca Ahmet Yesevî, hikmetlerinde farklı olanı kucaklayan bir ahlaki eylemi dile getirmiştir. Yesevî daha birinci hikmetinde şöyle der: "*Sünnet imiş, kâfir de olsa, incitme sen/Hüdâ bîzardır (şikayetçidir) katı yürekli, gönül incitenden*"[1]. Aynı hikmette, "*Nerde görsen gönlü kırık, merhem ol sen,/Öyle mazlum yolda kalsa yoldaşı ol sen.*" denilmiştir[2].

1 Hoca Ahmed Yesevî, *Dîvân-ı Hikmet*, 12. Baskı, Haz. H. Bice, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2023), Hikmet 1, s.5.

2 *Dîvân-ı Hikmet*, Hikmet 1, s. 3.

Yesevî'nin düşüncesinin özü insanı yaratılışına uygun şekilde kâmil (olgun) bir varlığa dönüştürme kaygısıdır. Hikmetler insan-ı kâmil olmanın gereklerini anlatır. Bu insan gurur, kibir ve zulüm gibi kötülüklerden uzaklaşıp tevazu, diğergamlık ve adalet gibi erdemleri kazanan varlıktır. Ahmet Yesevî bencil ve taş yürekli insanlardan kaçtığını söyler.[3] Kısacası, hikmetlerin muhatabı olan insan "*hak ve hukuka, insan haklarına riayet edip helal yoldan [kazanan]*" kişidir[4].

"*Öteki*"nin ontolojik varlığını ve haklarını kabul eden bu anlayış sağlıklı bir toplumsal birlikteliğin de ön şartıdır. Kuşkusuz farklı inanç, düşünce veya hayat tarzına sahip insanların birbirini sevmesi kolay değildir. Tarihi tecrübe dikkate alındığında bu durum gerçekçi de değildir. Bununla birlikte, insanların birbirinin varlığına tahammül etmesi, farklılıklarına saygı göstermesi mümkündür ve gereklidir.

Bu da hiç kuşkusuz, çoğulcu bir toplumsal hayatın ve adalete dayanan bir siyasal düzenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Esasen adalet, tüm erdemlerin temeli, erdemlerin erdemidir. Adaletin olmadığı yerde beraber yaşamanın da devlet olarak örgütlenmenin de imkânı yoktur.

Hoca Ahmet Yesevî bir hikmetinde her türlü huzursuzluğun ve kötülüğün arkasında adaletsizliğin olduğunu şöyle anlatır:

"*Ehli dünya halkımızda sehavet (cömertlik) yok,*

Padişahlarda vezirlerde adalet yok,

Dervişlerin duasında icabet yok,

Türlü bela halk üstüne yağdı dostlar."[5] .

Peki, toplumsal ve siyasal hayatımız için bu derece önemli olan adalet nedir? Bu soruyu en güzel şekilde cevaplandıranların başında Hoca Ahmet Yesevî'nin açtığı yoldan yürüyen Anadolu'nun irfan erlerinden Mevlâna Celalettin Rûmî gelmektedir.

Mevlana, adaleti onun zıddı olan zulümle karşılaştırmak suretiyle tanımlamıştır. Mevlana'ya göre adalet her şeyi yerli yerine, zulüm ise bir şeyi ait olmadığı yere koymaktır. Bu nedenle ağaca su vermek adalet, dikene su vermek ise zulümdür.[6]

3 *Dîvân-ı Hikmet*, Hikmet 1, s. 3.

4 M. Şeker, "Yesevî Hikmetlerinde İnsan", *Pir-î Türkistan Hoca Ahmet Yesevî*, içinde (Ankara: DİB Yayınları, 2017), s. 100.

5 *Dîvân-ı Hikmet*, Hikmet 89, s. 158.

6 Mevlâna, *Mesnevî*, Çev. V.İzbudak, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2004), Cilt V, §§ 1085, 1090, s. 112.

Bu anlamda adalet herkese hakkını ve hak ettiğini vermek, hakkı sahibine teslim etmektir. Zulüm ise en genel anlamda bir hakkı ihlal etmektir. Adalet de ahlak gibi bir eylem meselesidir. Adalet, her düzeyde adil eylemle sağlanabilir. Bu eylemlerin sonucu da eylemde bulunanlar üzerinde bıraktığı tesir de zıttır. Mevlâna'nın ifadesiyle adalet gönül huzuru, zulüm ise vicdan azabı getirir[7].

Değerli Gençler,

Saygıdeğer Katılımcılar,

Hiç kuşkusuz ahlak ve adaletin kavramsal düzeyde varlığı yeterli değildir. Bunların davranışlarımıza yön vermesi, başka bir ifadeyle insani eylemin ahlaki ve adil eylem olarak hayata geçmesi gerekir. Ancak bu durumda insanın ve tüm değerlerinin korunduğu çoğulcu bir toplumda temel hak ve özgürlüklere sahip eşit ve hür bireyler olarak varlığımızı sürdürme imkânına sahip olabiliriz.

Ahlak ve adalet değerlerinin hayata geçmesi ise sağlam temeller üzerine inşa edilen ve iyi işleyen bir hukuk düzenini gerektirmektedir. Zira insanlar arasında ortaya çıkan yanlışları, haksızlık ve adaletsizlikleri gidermek ve engellemek ancak adil bir hukuk düzeninde mümkündür.

Bu gerçeği vurgulayanlardan biri de Kazakistan'ın en büyük mütefekkir ve şairlerinden biri olan Abay adıyla maruf İbrahim Kunanbayoğlu'dur. Abay yaklaşık 150 yıl önce "*Yatılı Okulda Okuyanlara*" başlıklı şiirinde sizin gibi gençlere hukuk yolunu gösteriyor ve şöyle sesleniyordu:

"*Yanlış varsa, hukuk da var;*
Verirsin mahkemeye.
O da vali değil ki,
Boyun eğecek adalete."[8].

Hoca Ahmet Yesevi'nin, Mevlana'nın ve Abay'ın söyledikleri aynı hakikate işaret etmektedir: Gücün kontrol edilmesi, ahlaki sınırlar içinde tutulması ve adaletle buluşturulması gerekir. Bunun için de hukuka ve onu hayata geçirecek olan mahkemelere ihtiyaç vardır.

Bu bağlamda başta anayasa mahkemeleri olmak üzere tüm mahkemelerin temel görevi, padişahların, vezirlerin ve valilerin muhtemel adaletsizliklerini engellemek suretiyle insanın sadece insan olmasından dolayı sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerini korumaktır.

7 *Mesnevî*, Cilt VI, § 4530, s. 335.

8 *Abay (İbrahim Kunanbayev): Şiirler, Destanlar, Bilge Sözler*, Editörler: A. Kara ve B.Aslan, (İstanbul: Türk Edebiyatı Vakfı Yayınları, 2020), ss. 67-68.

İnsan haklarının tam olarak korunabilmesi, onun hikmetinin anlaşılmasına bağlıdır. Bir kez daha vurgulamak gerekir ki insan haklarına sahip olmak için insan olmak yeterlidir. Bu hakların öznesi "*insan*"dır. Rengi, ırkı, dili, dini, inancı ve görüşü ne olursa olsun insan…

Bu anlamda insan haklarının öznesi aynı zamanda "*öteki*"dir. Postmodern düşüncenin öncülerinden Lyotard'ın ifadesiyle her bir insan "*içinde bir öteki figürü taşımakta*"dır. Her birimiz başkasının gözünde "*öteki*"yiz; ötekinin ötekisiyiz. Tam da bu nedenle, insan hakları aynı zamanda "*ötekinin hakları*" olarak karşımıza çıkmaktadır[9].

Bizim ve ötekinin hakları olarak insan haklarının korunmasında yargıya, özellikle de anayasa yargısına önemli bir görev düşmektedir. Aslında anayasa mahkemelerinin varlık nedeni, insan haysiyetinden kaynaklanan hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır.

Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi de insan haklarını koruma görevini en iyi ve etkili şekilde yerine getirmenin gayreti içindedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin temel hakları korurken benimsediği hak eksenli paradigma, bize dışarıdan empoze edilmiş bir anlayışın değil, Hoca Ahmet Yesevî, Mevlâna, Hacı Bektaş-ı Veli ve Yunus Emre gibi irfan abidelerinde köklerini bulan insan merkezli anlayışın yansımasıdır.

Sevgili Gençler,

İnsan haklarının etkili şekilde korunması için "*öteki düşmanlığı*" ile her düzeyde ve düzlemde mücadele etmek gerekmektedir. Bu mücadelenin en etkili yolu da ahlaki ve adil eyleme dayanan, insanı ötekileştirmeyen, kuşatıcı ve çoğulcu bir anlayışı kendi topraklarımızda hayata geçirmekten geçmektedir.

Bunun için gerekli düşünsel mirasa sahibiz. Tüm mesele bunları söylem düzeyinden çıkarıp hayata geçirmektir.

Bu duygu ve düşüncelerle Hoca Ahmet Yesevî Üniversitesinin 2023-24 eğitim öğretim yılının hayırlı olmasını diliyorum. Bu ilim ve irfan yuvasının başarısı için çaba gösteren tüm yöneticileri, değerli hocalarımızı ve öğrencilerimizi tebrik ediyorum.

Bu toprakların ve Anadolu'nun manevi mimarı Hoca Ahmet Yesevî'yi rahmet ve minnetle anıyorum. Konuşmamı Hoca Ahmet'ten mülhem bir temenniyle bitirmek istiyorum: Her dileğiniz kabul olsun, gönlünüz hikmetin ve muhabbetin neşesiyle dolsun.

Hepinize bir kez daha sevgi ve saygılarımı sunuyor, sağlık ve afiyet diliyorum.

---

9 J-François Lyotard, "Other's Rights", S. Shute & S. Hurley (ed.), *On Human Right*s, içinde (New York: Basic Books, 1993), s. 136.

"ADLİ YARGIDA BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI VE İHLALİN SONUÇLARININ ORTADAN KALDIRILMASI" KONULU BÖLGE TOPLANTISI*

(30 Ekim 2023)

Değerli Katılımcılar,

Hanımefendiler, Beyefendiler,

Sizleri en içten dileklerimle ve saygıyla selamlıyorum.

Sözlerimin başında, Cumhuriyet'imizin ikinci yüzyılının ikinci gününde güzel şehrimiz İzmir'de bulunmaktan dolayı duyduğum memnuniyeti ifade etmek isterim.

Kararların subjektif ve objektif etkilerini konuştuğumuz bölge toplantılarının bireysel başvurunun daha iyi anlaşılması ve uygulanmasına önemli katkılar yaptığına yürekten inanıyorum. Açılışını yaptığımız bu altıncı toplantının da öncekiler gibi başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum.

Toplantının düzenlenmesinde emeği geçen herkese ve sıcak bir misafirperverlikle bizleri karşılayan vilayetimizin tüm yöneticilerine ve yargı mensuplarımıza şükranlarımı sunuyorum.

Değerli Katılımcılar,

Cumhuriyet'in geride bıraktığımız yüz yılında edinilen tecrübeden yararlanarak gelecek yüzyılları inşa etmek ve kazanımları gelecek nesillere aktarmak hepimizin ortak sorumluluğudur. Bunun için Cumhuriyet'in hukuki boyutunun önemini daha iyi anlamak ve anlatmak zorundayız.

Romalı düşünür ve devlet adamı Cicero cumhuriyeti halkın oluşturduğunu ancak bu halkın herhangi bir şekilde bir araya gelen insan topluluğu olmadığını söyler. Ona göre cumhuriyeti inşa eden halk, hukuksal rızanın ve menfaat birliğinin bir araya getirdiği bir topluluktur[1].

---

* "Adli Yargıda Bireysel Başvuru Kararları ve İhlalin Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması" Konulu Bölge Toplantısı. İzmir 30/10/2023.

1 Cicero, *The Republic and the Laws*, trans. N. Rudd, (Oxford: Oxford University Press, 1998), Book 1, § 39, s. 19.

Kuşkusuz anayasalar, bu hukuksal rızanın en belirgin yansımalarıdır. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti de 100 yıl önce yürürlükteki anayasa olan 1921 Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun 1. maddesine "*Türkiye Devletinin şekl-i Hükûmeti, Cumhuriyettir*" hükmünün eklenmesiyle kurulmuştur. Bu hüküm 1924 Anayasası'ndan itibaren Anayasalarımızın 1. maddelerinde "*Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir*." şeklinde yer almıştır.

Cumhuriyet'in kurucularının inşa ettiği anayasal kimlik zaman içerisinde kimi değişikliklere uğrayarak bugünkü hâlini almıştır. İçeriği, yorumu ve uygulaması zamanla farklılaşmakla birlikte Anayasa'nın 2. maddesi 100 yıllık Cumhuriyet'in anayasal kimliğini çok iyi özetlemektedir. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti, diğer özelliklerinin yanında, insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

Bu tanımda belirleyici nitelik "*hukuk devleti*"dir zira bu ilke Cumhuriyet'in niteliklerinden sadece biri değil, aynı zamanda diğer nitelikleri de niteleyen temel ilke olarak ifade edilmiştir. Bu anlamda Türkiye Cumhuriyeti her şeyden önce ve temelde bir hukuk devletidir. İnsan hakları, demokrasi, laiklik ve sosyal devlet gibi ilkeler aynı zamanda hukuk devletini tamlayan nitelikler olarak formüle edilmiştir.

Bu belirleyici özelliğinden dolayı Anayasa Mahkemesi gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda verdiği kararlarda sık sık hukuk devletine atıf yapmaktadır. Daha önemlisi Anayasa Mahkemesine göre "*Hukuk devleti, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir*"[2].

Değerli Katılımcılar,

Cumhuriyet'in ve aynı zamanda Türk anayasal kimliğinin banisi olan Mustafa Kemal Atatürk "*Cumhuriyet bilhassa kimsesizlerin kimsesidir.*" demiştir. Cumhurbaşkanı Atatürk, 1 Kasım 1928 tarihinde üçüncü dönem TBMM'nin ikinci yasama yılının açılışında yaptığı konuşmada, adliyenin seyrine dair gelişmeleri zikrettikten hemen sonra bu sözü hatırlatmıştır[3].

Buradan hareketle diyebiliriz ki "*kimsesizlerin kimsesi*" olma sorumluluğu en başta yargıya aittir. Bilhassa bireysel başvurunun kabulünden sonra Anayasa Mahkemesi bu sorumluluğu en iyi şekilde yerine getirmenin gayreti içindedir. Toplumun hemen her kesiminden anayasal hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini düşünenler, başka bir ifadeyle kendilerini çaresiz ve kimse-

2 *Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem*, B. No: 2015/7942, 28/5/2019, § 50; *Cihangir Akyol* [GK], B. No: 2021/33759, 23/2/2023, § 46.

3 *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III,* Cilt I: T.B.M. Meclisinde ve C.H.P. Kurultaylarında (1919-1938), 4. Baskı, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1989), s. 374.

siz hissedenler tüm idari ve yargısal yolları tükettikten sonra bireysel başvuru yolunu kullanmaktadır. İşçisinden iş adamına, çiftçisinden ihracatçısına, öğrencisinden öğretmenine, gazetecisinden siyasetçisine kadar toplumun hemen her kesiminden kişi ve kuruluşlar maruz kaldıklarını düşündükleri ihlallerin giderilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de 11 yıldır hak eksenli bir yaklaşımla bu başvuruları incelemekte, varsa ihlali tespit etmekte ve giderim yollarını göstermektedir. Mahkememiz hemen her hak grubuyla ilgili olarak verdiği kararlarda bir yandan başvurucunun somut zararını gidermeye, diğer yandan da yeni ihlalleri engellemeye yönelik olarak alınması gereken tedbirleri belirlemektedir.

Bu suretle temel hakların ihlaline yol açan yapısal sorunlar tespit edilmiş, hakların korunmasına dair ilke ve standartlar önemli ölçüde belirlenmiştir.

Değerli Katılımcılar,

Bireysel başvurunun beraberinde getirdiği en büyük dönüşümlerden biri *hukukun anayasallaşması* olmuştur. Gerçekten de bireysel başvuruyla birlikte, idare hukukundan iş hukukuna, ceza hukukundan aile hukukuna kadar tüm alanlarda anayasal hükümler ve bunlara ilişkin Anayasa Mahkemesinin kararları dikkate alınmaya başlamıştır. Bu anayasallaşmanın hem akademide hem de yargı pratiğinde gerçekleştiğini söyleyebiliriz.

Kuşkusuz bu süreç, beraberinde önemli hukuksal sorunları da getirmiştir. Bunların başında anayasa hükümlerine ilişkin yorumların yeknesaklaştırılması gelmektedir. Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler "*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak*" karar verirler. Anayasa'ya uygun karar vermek kaçınılmaz olarak anayasal hükümlerin yorumlanmasını gerektirmektedir.

Her düzeyde mahkemelerin Anayasa'yı yorumu doğal olarak ortaya yorum farklılıklarını çıkarmaktadır. Demokratik hukuk devletinde bir anayasal hükmün farklı kurumlar tarafından farklı şekilde yorumlanması doğaldır. Dahası yorum farklılığı aynı zamanda bir zenginliktir.

Bununla birlikte yorumda farklılık anayasal hükümlerin herkese eşit olarak uygulanması zorunluluğuna halel getirmemelidir. Başka bir ifadeyle hukuk devletinde yorum çeşitliliği vardır ancak "*yorum kakofonisi*" yoktur. Bunu kontrol edecek ve anayasal hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasındaki yeknesaklığı sağlayacak olan da kuşkusuz Anayasa Mahkemesidir.

Değerli Katılımcılar,

Anayasa'nın yorumunda ve uygulanmasında yeknesaklığın sağlanması için bireysel başvurunun objektif etkisinin kabul edilmesi hayati derecede

önemlidir. Bilindiği üzere bireysel başvurunun asıl amacı tek tek hak ihlali iddialarını ele alarak subjektif giderim sağlamak değildir. Bireysel başvuru, onu getiren anayasa koyucunun da ifade ettiği gibi, *ülkemizde temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması ve standardının yükseltilmesi* amacıyla ihdas edilmiş bir kurumdur.

Bu nedenle de bireysel başvuruda asıl amaç yeni ihlallerin önlenmesi, tabir yerindeyse ihlale neden olan bataklığın kurutulmasıdır. Bu da her şeyden önce bireysel başvurunun objektif etkisinin hayata geçirilmesini gerektirmektedir. Objektif etki Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya konu bir hak veya özgürlüğün kapsamına ve sınırlarına ilişkin yaptığı tespit ve değerlendirmelerin "*benzer durumda olanlar yönünden etki doğuracağı*" anlamına gelmektedir[4].

Bu anlamda objektif etki yasama, yürütme ve yargı organları ile idarenin Anayasa Mahkemesi kararlarında yapılan değerlendirmeleri, ortaya konulan temel ilke ve esasları dikkate almalarını ve yeni ihlallere yol açmayacak şekilde davranmalarını gerektirmektedir.

Esasen bireysel başvurunun objektif etkisinin dikkate alınmaması, aynı konuya ilişkin benzer tüm ihlal şikâyetlerinin Anayasa Mahkemesine taşınması sonucunu doğuracaktır. Bunun da ikincillik ilkesine dayanan bireysel başvurunun temel hakları koruma işlevini olumsuz yönde etkileyeceği izahtan varestedir.

Tam da bu nedenle "*Kamu gücünü kullanan organlar gerektiğinde, ihlalin tekrarlanmamasına yönelik genel tedbirler almak ve Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda bu ihlalin hukuk aleminde sebep olduğu sonuçları telafi etmek zorundadır*"[5]. İhlalin başvurucunun subjektif durumundan bağımsız olarak yapısal sorunlardan kaynaklandığı durumlarda objektif etki gereğince başta yargı organları olmak üzere kamu gücü kullananların muhtemel yeni ihlalleri önleme yükümlülüğü çok daha belirgindir[6].

Değerli Katılımcılar,

Konuşmama son verirken belirtmek isterim ki 11 yılını geride bıraktığımız bireysel başvuru insan haklarına dayanan demokratik bir hukuk devleti olarak Cumhuriyet'in topluma dokunmasının, insanımızın temel haklara ilişkin sorunlarını çözmesinin bir aracı olarak kurumsallaşmıştır.

Bu sebeple bireysel başvuruyu yüz yıllık Cumhuriyet'in en büyük kazanımlarından biri olarak görmek yanlış olmayacaktır.

4 *İbrahim Er ve diğerleri* [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023, § 52.
5 *Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023, § 83.
6 *Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], § 87.

Bu kazanımı korumak ve geliştirerek Cumhuriyet'in "*fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür*"[7] gelecek nesillerine aktarmak hepimizin ortak görevidir. Dahası bu aynı zamanda Cumhuriyet'in kuruluşuna giden süreçte kanları ve canlarıyla kurtuluş mücadelesi verenlere karşı da bir vicdan borcumuzdur.

Bu duygu ve düşüncelerle, Cumhuriyet'imizin 100. yılını kutluyor, başta oturumlardaki konuşmacılar olmak üzere tüm katılımcılara şükranlarımı sunuyorum.

Bir kez daha bölge toplantımızın başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyor, hepinize sağlık ve afiyet diliyorum.

7 *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, Cilt II (1906-1938), 4. Baskı, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1989), s. 179.

KIŞ DÖNEMİ BİRİNCİ GRUP STAJ ÖĞRENCİLERİNİN SERTİFİKA TÖRENİ*

(12 Ocak 2024)

Değerli Katılımcılar,

Sevgili Genç Hukukçular,

Öncelikle hepinizi en içten duygularımla ve muhabbetle selamlıyorum. İki haftalık staj programını başarıyla tamamladığınız için de sizleri tebrik ediyor, başarılarınızın devamını diliyorum.

Staj programında emeği geçen, başta Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi (AYAM) Koordinatörü ve görevlileri olmak üzere tüm çalışma arkadaşlarıma katkılarından dolayı teşekkür ediyorum.

Değerli Gençler,

Toplum ve devlet hayatı bakımından son derece önemli bir mesleği tercih ettiniz. Hukuk insanların toplu olarak yaşamaya başladığı andan itibaren olmazsa olmaz bir kurum hâline gelmiştir. Hukukun bu önemi devletin ortaya çıkmasından sonra daha da belirgin hâle gelmiştir.

Bugün size son 12 yılı Anayasa Mahkemesinde olmak üzere yaklaşık 40 yıldır anayasa hukuku üzerine çalışan biri olarak bazı tavsiyelerde bulunmak ve anayasa hukukunun ülkemiz açısından en önemli konularından biri hâline gelen bireysel başvuruya ilişkin bazı hususları sizle paylaşmak istiyorum. Kuşkusuz söyleyeceklerimin çoğunu zaten biliyorsunuz. Bu sebeple konuşmamı bir ders saatini geçmeyecek süre içinde, geleceğin hukukçularına bildiklerini hatırlatma çabası olarak görebilirsiniz.

Bilindiği üzere devlet kurallar, kurumlar ve kişiler bütünüdür. Devletin temeli bağlayıcı kurallardan oluşan hukuktur. Bu kuralları ihdas etme, uygulama ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları karara bağlama görevi kurumlara aittir. Bu anlamda modern devlet kanunları yapan yasama, onları uygulayan yü-

* Anayasa Mahkemesinde Kış Dönemi Birinci Grup Staj Öğrencilerinin Sertifika Töreninde Yaptığı konuşma.

rütme ve kanunların uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözen yargıdan oluşmaktadır.

Kişiler ise hem devletin en önemli unsuru olan halkı (yönetilenleri) hem de onun içinden çıkan ve kamu gücü kullanan yöneticileri kapsar. Devletin kurumlarında görev yapan kişilerin kalitesi, kuralların ve kurumların kalitesini belirleyecektir. Bu anlamda devletin hukuk devleti olarak varlığını sürdürmesi, kurallar, kurumlar ve kişilerin insan hakları ve hukukun üstünlüğü gibi değerleri benimsemesine ve hayata geçirmesine bağlıdır.

Kurallar, kurumlar ve kişilere yönelik kalite konusu bizi hukuk devletinin niteliksel boyutuna götürmektedir. Burada 3A olarak formüle edebileceğimiz üç temel kavram karşımıza çıkmaktadır.

Bunlardan ilki *akıl*dır. Akıl doğruyu yanlıştan, faydalı olanı zararlıdan ayırma kabiliyetidir. Bu anlamda akıl rasyonel olan yolu izlemeyi gerektirir. Diğer yandan akıl, vesayet altında olmamayı, tercihlerini kendi iradenizle yapabilmeyi ve özgür olmayı zorunlu kılar.

Bu da kolay bir şey değildir. Cesareti gerektirir. Bu nedenle Kant, aydınlanmanın mottosunu "*Aklını kullanmaya cesaret et!*" şeklinde formüle etmiştir[1].

Sevgili Gençler,

Aklınızı paslandırmayın! Başkalarının sizin yerinize düşünmesine ve aklınıza ipotek koymasına asla izin vermeyin. Size dayatılan ambalajlanmış doğruları değil, sorguladığınız ve muhakeme süzgecinden geçirdiğiniz doğruları tercih edin. Kısacası fikriniz ve vicdanınız hür olsun.

Diğer yandan hürriyet, 3A'nın ikincisi olan ahlak için de olmazsa olmazdır. Aliya İzzetbegoviç'in ifadesiyle *"Ahlakilik özgürlükten ayrılamaz. Ancak hür fiil ahlaki fiildir"*[2].

Akıl sahibi ve özgür olmak, aynı zamanda ahlaki ilkeleri benimsemeyi gerektirir. Bu bağlamda en temel ahlaki ilke, yine Aliya'nın ifadesiyle, "*insan olmak ve insan kalmak*"tır[3].

İnsan olmak, kendimize hak gördüğümüzü başkası için de hak olarak görmeyi, kendimize yapılmasını istemediğimizi başkalarına reva görmemeyi gerektirir. İnsan olmak insanı amaçlarımızın ya da menfaatlerimizin aracı

1 I. Kant, "An Answer to the Question: 'What is Enlightenment?'", *Kant's Political Writings*, trans. H.B.Nisbet, (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), s. 54.

2 A. İzzetbegoviç, *Özgürlüğe Kaçışım: Zindandan Notlar*, 21. Baskı, Çeviren: H. T. Başoğlu, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2015), s. 78.

3 A. İzzetbegoviç, *Konuşmalar*, 19.Baskı, Çevirenler: F. Altun ve R. Ahmetoğlu, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2015), s. 75

olarak değil, onu kendi içinde amaç ve kendinde değer olarak kabul etmeyi gerektirir. İnsan olmak, bizden farklı olanı da insan olarak kabul etmeyi gerektirir.

Peki, *insan kalmak* nedir ve neyi gerektirir? İnsan kalmak da zor zamanda adaleti savunmayı ve hakkı tutup yüceltmeyi gerektirir. İnsan kalmak, size en büyük zulmü yapanlara, mabetlerinizi bombalayıp çocuklarınızı ve kadınlarınızı katledenlere karşı Aliya gibi "*Onlar bizim öğretmenimiz değil, düşmanlarımıza tek borcumuz adalettir.*" diyebilecek bir duruş sergilemeyi gerektirir.

Kuşkusuz, her şeyin ve herkesin üzerinize geldiği bir ortamda insan olmak da insan kalmak da kolay değildir. Kırgız yazar merhum Cengiz Aytmatov'un bir romanında Kudüs Mahkemesi tarafından ölüme mahkûm edilen Hz. İsa'nın Roma İmparatorluğunun valisi tarafından sorgulandığı bir sahne vardır. Bir yerde Hz. İsa valiye der ki "*Bir insan için en zor sey, günden güne gelişerek her gün insan olmak [kalmak]tır*."[4].

Değerli Gençler,

3A'nın üçüncüsü adalettir. Adalet toplumun en temel erdemi, onun örgütlü şekli olan devletin de temelidir. "*Adalet mülkün temelidir.*" sözü adliyelerin duvarlarını boşuna süslemez.

Adaletin tesisi de kolay değildir. Zira adalet söz değil davranış, söylem değil eylem meselesidir. Bu da her şeyden önce vesayet altında olmayan bir aklı ve kirlenmemiş hür bir vicdanı gerektirir.

Adaleti büyük düşünür Mevlana her şeyi yerli yerine koymak olarak tanımlamıştır. Bunu günümüzün hukuk diline çevirdiğimizde adalet, en genel anlamda "*herkese hakkını ve hak ettiğini vermek*"tir. Dolayısıyla insanın temel haklarının korunması adaletin ete kemiğe bürünmüş hâlidir.

Ülkemizde bu konuda atılmış en önemli adımlardan biri 2010 anayasa değişikliğiyle bireysel başvurunun kabul edilmesidir. Anayasa koyucu biri ilkesel diğeri de pratik olmak üzere iki temel gerekçeyle bireysel başvuruyu kabul etmiştir.

İlkesel gerekçe temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması, bu konudaki standardın yükseltilmesiydi. Nitekim bireysel başvuruya ilişkin anayasa değişikliği teklifinin gerekçesine göre "*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.*" Bireysel başvurunun getiril-

4 C. Aytmatov, *Dişi Kurdun Rüyaları,* Türkçesi: F. ve S. Arıkan, (İstanbul: Ketebe Yayınları, 2021), s. 230.

mesindeki pratik gerekçe ise hak ihlali iddialarının ülke sınırları içinde ele alınmasını sağlamak, bu suretle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) ülkemiz aleyhine yapılan başvuru ve verilen ihlal sayısını azaltmaktı[5].

Bireysel başvurunun 12 yıla yaklaşan uygulaması sonunda bu iki hedefin önemli ölçüde gerçekleştiğini memnuniyetle söyleyebiliriz.

Anayasa değişikliği gerekçesinde ifade edildiği üzere bireysel başvuruyla birlikte "*Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu*" yüklenmiştir[6]. Anayasa koyucunun yüklediği bu misyonla Anayasa Mahkemesi, hak eksenli bir yaklaşımla bireysel başvuruları inceleme görevini en iyi şekilde yerine getirmenin gayreti içinde olmuştur.

Bu bağlamda Mahkememiz bir yandan bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere ilişkin temel ilkeleri, standartları belirlemiş, yapısal sorunları tespit etmiş ve çözüm yollarını göstermiştir. Diğer yandan da yüz binlerce başvurudaki hak ihlali iddiaları ele alınarak, bunların ülke sınırları içinde karara bağlanması ve ihlallerin giderilmesi sağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bütün bunları her türlü zorluğa ve olağanüstü şartlara rağmen yapabilmiştir. 23 Eylül 2012'den bu yana Mahkememize toplam 580 bin civarında başvuru yapılmış, bunun 485 bin kadarı yani yaklaşık yüzde 84'ü sonuçlandırılmıştır. 2023 yılında Mahkememiz, gelen başvuruyu karşılama oranını yükseltmiş; yıl içinde yapılan başvurudan daha fazla sayıda başvuruyu karara bağlamıştır.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi şu ana kadar toplam yaklaşık 74 bin ihlal kararı vermiştir. Bunun yaklaşık 57 bini makul sürede yargılanma hakkına ilişkindir. Geriye kalan 17 bin kadar ihlal kararının ilk üç sırasında adil yargılanma hakkı (%24,7), mülkiyet hakkı (%24,5) ve ifade özgürlüğü (%23,9) bulunmaktadır.

Bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarına bakıldığında toplumun her kesiminden insanımızın yaşama hakkından ifade özgürlüğüne, adil yargılanma hakkından din ve vicdan özgürlüğüne kadar muhtelif hak ve özgürlüklerine yönelik ihlale ve bunların giderilmesine karar verildiği görülmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki hakkında ihlal kararı verilen başvurucular arasında toplumun tüm kesimlerinden, farklı düşünce, inanç veya siyasi görüşe sahip kişiler bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının nicelik ve niteliklerine ilişkin tüm bu veriler, Mahkememizin bireysel başvuruda iş yükünü yönetilebilir düzeyde

5 "Teklifin Madde Gerekçesi", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli),* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018), ss. 921-922.

6 "Teklifin Madde Gerekçesi", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli),* s. 922.

tutmayı başardığını, bu başvuru yolunu etkili ve başarılı şekilde uyguladığını göstermektedir.

Sevgili Gençler,

Her zaman ifade ettiğimiz gibi bireysel başvurunun başarılı ve etkili bir hak arama yolu olarak yoluna devam etmesi ihlale neden olan yapısal sorunların çözümlenmesine, ihlal kaynaklarının ortadan kaldırılmasına bağlıdır. Bunun için ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmesi, bilhassa da yeniden yargılamaya ilişkin olarak verilen kararların uygulanması hayati derecede önemlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi ihlal kararlarının etkili şekilde uygulanmasını "*bireysel başvuru hakkının ayrılmaz bir parçası*" olarak değerlendirmiştir[7].

Esasen Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının uygulanması konusunda genel olarak bir sorun bulunmamaktadır. Bu anlamda bireysel başvurunun paydaşları arasında yer alan yasama, yürütme ve yargı organlarına ve idari makamlara teşekkür ediyorum.

Bununla birlikte zaman zaman istisnai de olsa bazı kararlara uyulmaması bireysel başvuru hakkını zedelemektedir. Bu noktada yaşanan bazı olumsuzluklar, sizin anayasa hukuku ya da insan hakları derslerinde öğrendiklerinizin doğru olmadığı, dolayısıyla size öğretilenlerin geçersiz olduğu anlamına gelmemektedir.

Bu vesileyle Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarına uyulmamasının gerekçesi olarak sunulan iki hususa kısaca değinmek ve size öğretilenlerin doğru olduğunu göstermek isterim. Birincisi, adli ve idari yargı sisteminde nihai ve bağlayıcı kararları verme yetkisinin ilgili yüksek mahkemelere ait olduğu, dolayısıyla kesinleşmiş kararları ortadan kaldırmaya yönelik ihlal kararları verilemeyeceği ileri sürülmektedir. Açıkçası bu görüşün anayasal veya yasal hiçbir dayanağı olmadığı gibi bireysel başvuru kurumunun doğasıyla da bağdaştığı söylenemez.

Anayasa'nın 148. maddesine göre bireysel başvuru kural olarak olağan kanun yolları tüketildikten, başka bir ifadeyle nihai karardan sonra kullanılabilen bir hak arama yoludur. Nitekim Anayasa koyucunun 148. maddeye ilişkin gerekçesine göre "*Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır*"[8].

Diğer yandan adli ve idari yargıda temyiz incelemesinden geçtikten sonra yapılan başvurularda ihlale karar verildiğinde ihlalin ve sonuçlarının gide-

7 *Şerafettin Can Atalay (3)* [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023, § 56.
8 "Teklifin Madde Gerekçesi", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, s. 921.

rilmesi çoğu kez yeniden yargılama sürecinin başlatılmasını ve kesinleşmiş kararın kaldırılmasını gerektirmektedir.

Uygulamada bu konuda da genel olarak sorun bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin makul süre yargılamaları dışında verdiği 17 bin civarındaki ihlal kararının çok büyük bir kısmını -yaklaşık %60'ını- temyizden geçerek *kesinleşen kararlar* oluşturmaktadır.

Sevgili Gençler,

İhlal kararlarına uyulmamasının bir diğer gerekçesi olarak "*yorum farklılığı*" gösterilmektedir. Elbette, yüksek mahkemeler dâhil kamu gücü kullanan tüm organlar Anayasa'yı yorumlama yetkisine sahiptir. Dahası kamu gücü kullanan tüm organlar anayasal ve yasal hükümlere uygun olarak karar vermek durumunda olduklarından doğal ve zorunlu olarak Anayasa'yı yorumlamaları gerekebilmektedir.

Ancak bu yorumların yol açtığı uyuşmazlıklar norm denetimi veya bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine taşındığında Anayasa'yı nihai ve bağlayıcı şekilde yorumlayarak uyuşmazlığı karara bağlama yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

Tam da bu nedenle Anayasa'nın 153. maddesi Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını özel olarak düzenlemiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi kararları kesindir ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri, kısacası herkesi ve her kurumu bağlar.

Anayasa Mahkemesi, bir konuda karar verdikten ve son sözü söyledikten sonra katılmasak da buna uymak zorundayız. Bir yargı kararına *katılmamak* farklı, ona *uymamak* farklıdır. Birincisi meşru, ikincisi ise meşru değildir. Unutmayalım ki mahkeme kararları hatasız veya doğru olduğu yahut beğendiğimiz için değil, mahkeme kararı olduğu için uygulanmak zorundadır.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin nihai ve bağlayıcı kararından sonra artık mahkemeler ya da anayasal organlar arasında ortaya çıkabilecek görüş, yorum veya yaklaşım farklılıkları sadece eleştiri konusu olabilir. Ancak bu farklılıklar Anayasa Mahkemesi kararının icra edilmemesinin hiçbir şekilde gerekçesi olamaz.

Anayasa ve kanunlarda uyuşmazlıkların nasıl karara bağlanacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede anayasal uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesinin konumu uyuşmazlığı çözen karar mercii iken diğer kamu makamlarının konumu uyuşmazlığın tarafı olmaktan ibarettir. Herhangi bir yargısal uyuşmazlıkta tarafların yorumunun uyuşmazlığı çözen mahkemenin yorumundan üstün olduğu düşünülemeyeceği gibi bunun en temel hukuk mantığıyla bağdaştırılması da mümkün değildir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere Anayasa hiçbir kurum veya kişiye Anayasa Mahkemesinin kararlarını Anayasa'ya uygunluk konusunda denetleme görevi vermemektedir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması konusunda Anayasa'nın 153. maddesinde veya başka herhangi bir maddesinde yasama, yürütme ve yargı organları ile idari makamlara ait herhangi bir takdir yetkisine veya istisnaya yer verilmemiştir[9].

Kısacası Anayasa ve kanunların açık hükümleri karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulmamasının hiçbir gerekçesi ve geçerliliği olamaz.

Değerli Gençler,

Bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarına uyulmamasıyla verilen zarar sadece başvuruculaların haklarından mahrum bırakılmasıyla sınırlı değildir. İhlal kararlarının icra edilmemesi, aynı zamanda ülkemiz için büyük bir kazanım olan bireysel başvuru yolunu etkisiz kılabilecek nitelikte vahim bir olaydır.

Nitekim AİHM, Anayasa Mahkemesinin bir ihlal kararının gereğinin derece mahkemesince yerine getirilmemesi üzerine verdiği bir kararında bu hususu açıkça dile getirmiştir. AİHM'e göre, *"Bir mahkemenin, bireysel başvurulara ilişkin olarak nihai ve bağlayıcı kararlar verme yetkileriyle donatılmış bir anayasa mahkemesinin yetkilerini sorgulaması, hukuk devleti ve hukuki güvenlik temel ilkelerine aykırıdır"*[10].

Anılan kararda AİHM bir anlamda uyarıda bulunarak *"Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru sisteminin etkililiğini inceleme hakkını saklı"* tuttuğunu, bireysel başvuru yolunun *"hem teoride hem de uygulamada etkili olduğunu kanıtlama"* yükümlülüğünün taraf devlete düştüğünü belirtmiştir[11].

Dolayısıyla 2012 yılından bu yana etkili ve başarılı bir hak arama yolu olarak uygulanan bireysel başvurunun etkililiğini kaybetmesi ihtimali bile başta yargı mensupları olmak üzere hepimizi teyakkuza geçirmelidir. Zira bu durumda Anayasa koyucunun bireysel başvuruyu getirirken öngördüğü pratik amacın gerçekleşmeyeceği, daha da önemlisi insanımızın temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından büyük bir kazanım olan bireysel başvuru kurumunun zarar göreceği izahtan varestedir.

Diğer yandan Anayasa'ya aykırı her türlü tutum ve davranışın toplumun hukuka ve devlete olan güvenini sarsacağı, devlet organlarının kullandıkları gücün meşruiyetini zedeleyeceği açıktır. Devlet organlarının görev ve yetki-

9 *Kadri Enis Berberoğlu (3)* [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 112; *Şerafettin Can Atalay (3)*, § 66.
10 *Mehmet Hasan Altan/Türkiye,* B. No: 13237/17, 20/3/2018, § 139.
11 *Mehmet Hasan Altan/Türkiye,* § 142; *Şerafettin Can Atalay (3)*, § 31.

leri, bunların denetlenmesi ve bireylerin hakları toplum sözleşmesi mahiyetindeki anayasada düzenlenmektedir. Anayasa'nın 6. maddesine göre hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.

Bu sebeple anayasal kurumların meşruiyetini zedeleyecek, ülkeyi hukuktan uzaklaştırıp *kuralsızlık* girdabına sürükleyecek ve her açıdan hepimize zarar verecek keyfî tutum ve davranışlardan kaçınmak ortak sorumluluğumuzdur. Aklıselimle hareket ederek ihlal kararlarının etkili icrası dâhil tüm meselelerimizi sadece hukuk zemininde kalmak suretiyle çözmek zorundayız.

Bunu başardığımızda yüzüncü yılını geride bıraktığımız Cumhuriyet'imizi Anayasa'da ifadesini bulan *insan haklarına dayanan demokratik bir hukuk devleti* olarak gelecek kuşaklara taşıma görevimizi yerine getirmiş oluruz.

Bu duygu ve düşüncelerle hepinizi bir kez daha tebrik ediyor, bundan sonraki mesleki ve özel yaşamınızda başarılar diliyorum.

Yolunuz ve bahtınız açık olsun.

ANAYASAL YORUMUN DİNAMİKLERİ VE ANAYASA MAHKEMESİ*

(26 Şubat 2024)

Değerli Katılımcılar,

Hanımefendiler, Beyefendiler,

Öncelikle sizleri en içten duygularımla, muhabbetle ve saygıyla selamlıyorum.

Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi (AYAM) ile Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından ortaklaşa düzenlenen konferansta sizlerle birlikte olmaktan duyduğum memnuniyeti ifade etmek isterim. Konferansa ev sahipliği yapan Üniversitenin Değerli Rektörüne, Hukuk Fakültesinin Değerli Dekanına ve tüm mensuplarına şükranlarımı sunuyorum.

Ayrıca konferansın organizasyonunda emeği geçen herkese, oturum başkanlarına ve konuşmacılara katkılarından dolayı şimdiden teşekkür ediyor, toplantının başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum.

Konferansın başlığı "Anayasal Yorumun Geleceği" ancak ben başlangıç noktası olması amacıyla ülkemizde anayasal yorumun bugününe dair bazı düşüncelerimi sizlerle paylaşmak istiyorum. Konuşmamda birbiriyle bağlantılı dört hususu Anayasa'mızdan ve anayasa yargısı pratiğimizden hareketle kısaca açıklamaya çalışacağım.

Evvela "Yorum nedir ve neden gereklidir?" şeklindeki soruya cevap arayarak anayasal yorum meselesine kavramsal bir giriş yapacağız. İkinci olarak anayasal yorumun çerçevesine ve sınırlarına değineceğiz. Üçüncü olarak anayasal yorumu belirleyen iç içe geçmiş üç daireden hareketle Anayasa Mahkemesinin anayasa hükümlerini yorumlarken benimsediği hak eksenli paradigmayı açıklamaya çalışacağız. Son olarak sağlam bir anayasal yorumun inşası ve mimarisinin gerektirdiği asgari şartları ele alacağız.

1. Kavramsal Giriş: Yorum Nedir ve Neden Gereklidir?

Yorum en genel manada yorumlanan "bir nesneye anlam verme" olarak tanımlanmaktadır[1]. Hukuksal yorum ise uyuşmazlığın konusu olan olay ve

* Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi (AYAM) ile Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "Anayasal Yorumun Geleceği" konulu Konferansın Açış Konuşması.

olgular ile uyuşmazlığa uygulanacak kuralların anlamını belirleme işidir. Anayasal uyuşmazlıklara uygulanacak anayasa hükümlerinin anlamlandırılması söz konusu olduğunda da karşımıza anayasal yorum kavramı çıkmaktadır.

Bir anlamlandırma eylemi olarak yorumu gerekli kılan husus, bu eylemin aracı olan dilin muğlak ve çok anlamlılığa açık doğasıdır. Bunun yanında, bir hukuk sisteminde normlar arasında belirleyici ve bağlayıcı bir ilişkinin bulunması hukuksal yorumu, özel olarak da anayasal yorumu zorunlu kılmaktadır.

Nitekim Hans Kelsen, bir üst norm olarak anayasanın kanunların hem ihdası anlamında usulünü hem de içeriğini belirlediğini söyler. Kelsen'e göre temel hak ve özgürlükleri güvenceye alan anayasal hükümler -en azından negatif olarak- kanunların bu hak ve özgürlüklere müdahalesini engellemek suretiyle içerik açısından belirleyici olmaktadır[2].

Anayasa'mızın "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" kenar başlıklı 11. maddesi aslında Kelsen'in söylediğini ete kemiğe büründürmektedir. Buna göre kanunlar, bağlayıcı temel hukuk kurallarını içeren Anayasa'ya aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesi de temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunların taşıması gereken nitelikleri belirterek onların içeriğini belirlemektedir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri sınırlayan yasal hükümlerin, bunların özüne dokunmaması, meşru amacının bulunması, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması zorunludur.

Kanunların ve kanunlara dayalı kamu gücü işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğu denetimi de yorumu gerektirmektedir. Belirtmek gerekir ki, anayasa yargısında yorum zorunlu olarak çift yönlüdür. Bir yandan denetlenen normun veya kamu gücü işleminin anlam ve kapsamının belirlenmesi, diğer yandan da denetimde ölçü norm olarak alınan ve üst norm niteliğindeki anayasal hükmün yorumu söz konusudur.

Bununla birlikte Mahkeme, kanun hükmünün lafzı ve amacı dikkate alınarak yorumlanması suretiyle somut uyuşmazlıkların çözümlenmesi gerektiğine vurgu yapmakta ancak norm denetiminde anayasallık denetiminin konusunun normun yorumu ve uygulanması değil, bizatihi kendisi olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre denetlenen "kuraldan ziyade kuralın yorumlanması ile ilgili olarak çıkabilecek sorunlar anayasallık denetiminin konusu dışında kalmaktadır" (AYM, E.2017/135, K.2019/35, 15/05/2019, § 31).

---

1 Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, (Oxford: Clarendon Press, 1992), s. 13.

2 Hans Kelsen, "On the theory of interpretation", trans. B. L. Paulson & S. L Paulson, *Legal Studies*, Vol. 10, No. 2, (July 1990): 127-135, § 2, s. 128.

Elbette norm denetiminde geçerli olan bu yaklaşım, bireysel başvuruda farklılaşmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda bir normun yorumlanarak somut olaya uygulanmasıyla ortaya çıkan kamu gücü işleminin anayasallığını denetlemektedir. Böyle olunca da derece mahkemeleri tarafından somut uyuşmazlığa uygulanan anayasal ve yasal hükümlerin yorumunun bir temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olup olmadığı incelenmektedir.

2. Anayasal Yorumun Çerçevesi ve Sınırları

Bilindiği üzere genelde yorum özelde ise anayasal yorum boşlukta oluşmaz. Yorumu etkileyen, belirleyen ve sınırlayan birçok unsur vardır. Bunların başında kelimelerin kullanımla anlamlarını belirlediğimiz dilimiz gelmektedir. Geçen yüzyılın en büyük dil felsefecilerinden olan Wittgenstein'ın dediği gibi "Dilimin sınırları, dünyamın sınırlarıdır."[3]. Bu durum yorum için de geçerlidir. Dil bir yandan yorumu gerekli ve mümkün kılmakta diğer yandan da yorumun sınırlarını belirlemektedir.

Diğer yandan anayasanın dilini anlamak ve açıklamak için kullanılan farklı yorum yöntemlerinin olduğu hepimizin malumudur. Anayasal kuralın ihdas edildiği dönemdeki anlamının esas olduğunu savunan "orijinalizm" ile anayasa hükümlerinin yeni gelişmelere adapte olmasını sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiğini ileri süren "yaşayan anayasacılık" arasında geniş bir spektrumda yorum yöntemleri bulunmaktadır. Esasen lafzî, tarihsel, amaçsal veya sistematik yorum gibi yöntemler, mahkemeler tarafından çoğu kez birbirini tamamlayacak şekilde kullanılabilmektedir[4] .

Bunu belirleyen de aslında anayasanın dilidir. Genelleme yapma pahasına denebilir ki, anayasalarda iki çeşit kural bulunmaktadır. Birincisi anlamı yoruma ihtiyaç duyulmayacak kadar açık olan kurallardır. Söz gelimi Anayasa'mızın 3. maddesi, Türkiye devletinin "Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır", 67. maddesi de "Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptir." şeklindeki kuralları içermektedirler.

Bu tür kurallarda yoruma ihtiyaç yoktur, zira metin oldukça açıktır. Mecelle'de "Mevrid-i nasda içtihada mesağ yoktur" (m. 14) denir. Başka bir ifadeyle hüküm açık olduğunda içtihada, dolayısıyla yoruma yer yoktur. Kural açıksa yorum kapalıdır.

---

3 Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trans. C.K.Ogden, (Wisehouse: Chiron Academic Press, 2016),, § 5.6; Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Çev. O.Aruoba, 3. Baskı, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2002), § 5.6, s. 131.

4 Bu bağlamda "orijinalizm" ile "*yaşayan anayasacılık*" yaklaşımlarının birbirine zıt değil, "*metin-ilke*" yöntemiyle birbiriyle telif edilebileciğini savunan bir çalışma için bkz. Jack M. Balkin, *Living Originalism*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2014).

Buna karşılık anayasal kimliğimizin de temelini oluşturan Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokrasi, laiklik ve hukuk devleti gibi kavramlar, somut olaylara uygulanırken yorumlanarak anlamlandırılması gereken anayasal ilkeleri oluşturmaktadır. Dahası bu ilkelerin gerekleri zamana ve yorumculara göre de değişebilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi uzun yıllar boyunca laikliği üniversitelerde başörtüsü takılmasına izin vermeyen katı bir ilke olarak yorumlamıştır. Ancak 2012 yılından itibaren benimsenen hak eksenli yorumla birlikte, laiklik ilkesinin inancın dış görünümlerinin yasaklanmasını gerektirmediği belirtilerek bu anayasal ilke özgürlükçü bir yoruma tabi tutulmuştur[5].

Öte yandan, yorumu bazen bizzat yorumlanan metin sınırlayabilmektedir. Bu anlamda bazı anayasalar aynı zamanda nasıl yorumlanacaklarını ve bunun sınırlarını da belirtirler. Anayasamızın Başlangıç kısmı birçok ifadeye ve ilkeye yer verdikten sonra hazırlanan Anayasa'nın "sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere" millete emanet edildiğini belirtmiştir.

Anayasa'nın 14. maddesi uyarınca da "Anayasal hükümlerden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz"[6]. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabileceği şeklinde ifade edilen kanunilik şartının mahkeme kararlarıyla da sağlanabileceği yönündeki yaklaşımları, Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yorum yasağına aykırı olarak görmüş, bunları temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandıran yorumlar olarak nitelendirmiştir[7].

Kuşkusuz, yorumu sınırlayan anayasa hükümlerinin de yoruma ihtiyacı vardır. Dahası bilhassa Başlangıç kısmında yer alan anayasal ilkelerin soyut niteliği bunların yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Söz gelimi Anayasa'nın Başlangıç kısmında yorumun sınırı, 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların sınırı olarak belirtilen "Anayasa'nın ruhu" nedir? Hangi yorum "Anayasa'nın ruhu" na uygun, hangisi aykırı olur?

Bu soruyu cevaplamak kolay değildir. Zira "söz"ün aksine ruh, çerçevesi kolay belirlenebilir ve tanımlanabilir bir kavram olmaktan uzaktır. Biraz da bu nedenle Anayasa Mahkemesi ruh meselesine pek girmemiş ve "Anayasa'nın ruhu" ölçütünü çok fazla kullanmamıştır.

---

5 Bkz. Zühtü Arslan, "Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 40, Sayı: 2, (2023): 1–23, ss. 16-19.

6 Bu konuda bkz.Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri,* (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), ss. 28-31.

7 *Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023, § 71.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında "ruh"tan ne anlaşılması gerektiğine dair bazı ipuçları vermiştir. Bu anlamda "ruh", Anayasa'nın bir kısmından değil ancak tümünden çıkarılabilir. Mahkemeye göre, "Yasanın, Anayasa'nın ruhuna aykırı olduğu ileri sürülüyorsa, bu kez sayıları sınırlı birkaç Anayasa madde ve ilkesinin değil, Anayasa'nın tümünün yorumlanması gerekir"[8].

Diğer yandan, ruhu anlamak için Hegel'den yardım alabiliriz. Tarih Felsefesi Üzerine Dersler adlı eserinin başında Hegel, ruhun doğasının doğrudan zıddına yani maddeye bakılarak anlaşılabileceğini söyler. Hegel maddenin özünün yer çekimi, ruhun özünün de özgürlük olduğunu belirtir. Hegel'e göre "özgürlük ruhun yegâne hakikatidir"[9].

Hegel'in madde-ruh zıtlığını anayasal dile çevirirsek "Anayasanın ruhunun özü özgürlüktür" diyebiliriz. Başka bir ifadeyle özgürlük anayasanın ruhunun yegâne hakikatidir. Tam da bu nedenle Anayasa Mahkemesi, birçok kararında anayasal hükümlerin özgürlükler lehine yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır[10].

3. Anayasa Mahkemesinin Hak Eksenli Yorum Paradigması

Bu noktada üçüncü konumuz olan Anayasa Mahkemesinin benimsediği yorum paradigmasına geçebiliriz.

Anayasa yargıçları kanunun ve en temel kanun olan anayasanın ne anlama geldiğini belirlerken iç ve dış dünyalarında oluşan/oluşturdukları bir vasatta bunu yaparlar. Bu kapsamda anayasal yorumun iç içe geçen üç dairede gerçekleştiğini söylemek yanlış olmaz.

Merkezdeki ilk dairede bulunan yorumcunun kişisel dünyası, görüş ve düşünceleri anayasal yorumda belirleyici bir rol oynamaktadır. Başka bir ifadeyle genelde yargıçlar özelde anayasa yargıçları bir anlamda formatlanmış yorumcular olarak anayasaya ve diğer normlara anlam verirler. Tam da bu nedenle Heidegger, herhangi bir şey yorumlandığında yorumun esas olarak önceden sahip olduklarımız, önceden oluşturulan bakış açılarımız ve anlayışlarımız üzerine inşa edileceğini söyler[11]. Bu nedenle yorum, aynı zamanda yorumcunun kimliğini ve bunu oluşturan unsurların etkisini yansıtır[12].

8 AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/07/1990.

9 Hegel, G.W.F. (1894). *Lectures on the Philosophy of History*, trans. Sibree, J., London: George Bell& Sons, s. 18.

10 *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], B. No. 2019/10634, 01/07/ 2021, § 50; *Ali Kuş* [GK], B. No. 2017/27822, 10/02/2022, § 50.

11 Martin Heidegger, *Being and Time*, trans. J. Macquarrie & E. Robinson, (Oxford: Basil Blackwell, 1962), s. 191.

12 Bu konuda bkz. Oya Boydar, *Anayasal Yoruma Giriş*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s.72: "*Hukuk normlarını ya da özel olarak da anayasayı yorumlarken aslında kim olduğumuzu söylemiş oluyoruz.*"

Anayasal yorumu belirleyen ikinci büyük daire yorumcuların içinde bulundukları topluluğa hâkim olan paradigmadır. Paradigma "belli bir topluluğun üyelerinin paylaştığı inançlar, değerler ve yöntemler gibi hususların oluşturduğu bir takımyıldızı" olarak tanımlanmaktadır[13]. Bu anlamda, hukuksal paradigma bir yorumcu topluluğu olan anayasa mahkemelerinin yorumunu etkilemekte, anayasal kuralların anlamlandırılmasında belirleyici olabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki yorumlanan metinlerin, anayasaların değişmesi ve yorumun zeminini oluşturan yeni anayasal kurumların oluşturulması yorum paradigmalarının değişiminde belirleyici olabilmektedir. Bu bağlamda ülkemizde 2010 anayasa değişikliğiyle kabul edilen bireysel başvuru hak eksenli hukuksal paradigmanın benimsenmesinde kuşkusuz etkili olmuştur.

Anayasa Mahkemesinin benimsediği hak eksenli paradigma, "hak" kelimesinin birbiriyle bağlantılı iki anlamına yaslanmaktadır. "Hak" bir yandan "hakkaniyet olarak adalet", diğer yandan da yaşam hakkı veya mülkiyet hakkında olduğu gibi "sahip olunan şey" anlamına gelmektedir. Bu anlamda, anayasal yorumun içinde gerçekleştiği hak eksenli paradigma, anayasal adaleti sağlayarak temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan, başka bir ifadeyle her iki anlamıyla "hak"kı tespit ve teslim etmeye çalışan bir paradigmadır. Bu paradigmanın ruh kökünde Mevlana'nın her şeyi yerli yerine koyma ve herkese hakettiğini verme olarak formüle ettiği adalet anlayışı vardır[14].

Bu hâliyle hak eksenli paradigma, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına diğer toplumsal ve siyasal faydalar karşısında öncelik tanıyan, hak ve özgürlüğü esas, sınırlamayı istisna olarak kabul eden, anayasal hükümlerin son tahlilde temel hak ve özgürlükler lehine yorumlanmasını gerektiren bir yaklaşımı ifade etmektedir[15].

Anayasa Mahkemesi birçok kararında anayasa yargısına hâkim olması gereken yaklaşımın hak eksenli paradigma olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre anayasa hükümleri "Hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebilir."[16]. Bu sebeple kamu gücü kullananların "anayasal hükümleri özgürlükler lehine yorumlamaları" mümkün ve gereklidir[17]. Anayasa Mahkemesi, bilhassa seçme ve seçilme hakları gibi siyasi haklar

13 Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3rd ed., (Chicago: University of Chicago Press, 1996). s. 175.

14 Mevlâna, *Mesnevi*, Cev. V.Izbudak, (Konya: Konya Büyüksehir Belediyesi Yayinlari, 2004), Cilt V, §§ 1085, 1090, s. 112.

15 Hak eksenli paradigmanın kavramsal açıklaması için bkz. Zühtü Arslan, "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, 11/1, (Spring 2002): 9-25.

16 *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], § 133.

17 *Ali Kuş* [GK], B. No: 2017/27822, 10/2/2022, § 50.

söz konusu olduğunda ilgili anayasa hükümlerini "demokrasinin korunması bağlamında sisematik ve hak eksenli bir yoruma tabi tutmuş"tur[18].

Anayasa yargısında benimsenen hak eksenli paradigmanın iki pratik yansımasının öne çıktığı söylenebilir. Birincisi, hak eksenli yorum gerek bireysel başvuruda gerekse norm denetiminde anayasal hak ve özgürlüklerin koruma alanını genişletici ve koruyucu bir sonucu beraberinde getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, söz gelimi, hak arama hürriyetini güvenceye alan Anayasa'nın 36. maddesini hükmün denetlenmesini talep etme hakkını da kapsayacak şekilde yorumlamıştır[19]. Aynı şekilde Anayasa'nın 38. maddesinde açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen -uluslararası hukuka ve diğer anayasal ilkelere atıf yapılmak suretiyle- lehe ceza kuralının geçmişe uygulanması ilkesinin anılan anayasa hükmüne mündemiç olduğuna karar verilmiştir[20]. Dahası Mahkememiz, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum yöntemlerini kullanarak Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin kamu hizmetinde bulunmayı da kapsadığına hükmetmiştir[21].

Hak eksenli paradigmanın ikinci pratik yansıması "hukukun anayasallaşması" olarak bilinen sürece yaptığı katkıda ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında, bir yandan derece mahkemelerinin kanunların anlam ve kapsamını belirlerken Anayasa'yı dikkate almaları gerektiğini, diğer yandan da Anayasa'nın yaşayan bir belge olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre *"Anayasa kâğıt üzerinde kalan bir metin değil yaşayan, hukuk sistemini yönlendiren, her türlü kamusal tasarrufta gözetilmesi gereken hukuki bir belgedir"*[22].

Son olarak belirtmek gerekir ki, hak eksenli yaklaşım anayasal hükümlerin hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında yorumlanmasını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin "Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması zorunlu olan bir ilke" olduğunu belirtmiştir[23].

4. Anayasal Yorumun İki Şartı

Anayasa Mahkemesinin gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda Anayasa'yı yorumlarken hukuk devlet ilkesine merkezi bir yer vermesi, yorumun içinde gerçekleştiği üçüncü ve en geniş daire olan makro düzeyde içinde bulunduğunuz toplumsal ve siyasal durum bakımından hayati dere-

18 *Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], § 67.
19 AYM, E. 2018/71, K. 2018/118, 27/12/2018, § 8; AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26/10/2022, § 23.
20 AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, §§ 19-22.
21 AYM, E. 2021/104, K. 2021/87, 11/11/2021, § 48.
22 *Mehmet Fatih Bulucu* [GK], B. No: 2019/26274, 27/10/2022, § 76.
23 *Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem*, B. No: 2015/7942, 28/5/2019, § 50.

cede önemlidir. Esasen sağlam bir anayasal yorum inşasının ve mimarisinin şartlarından biri genelde hukukun özel olarak da anayasanın üstünlüğü ilkesinin kabul edildiği ve gereklerinin yerine getirildiği bir hukuksal/siyasal vasatın bulunmasıdır.

Hukukun üstünlüğü ilkesini hukuki hermenotiğin esaslı bir şartı olarak niteleyen Gadamer'e göre otoriter yönetimlerde yorumdan bahsedilemez, zira burada kendisini hukukla bağlı görmeyen mutlak irade yorumun temel kurallarını da geçersiz kılabilecektir[24].

Gadamer'in söylemek istediğini Tolstoy Hacı Murat adlı romanında çok güzel anlatır. Polonyalı bir tıp öğrencisi girdiği sınavdan üçüncü kez başarısız olunca hocasını çakıyla hafifçe yaralar. Polonyalılardan nefret eden Çar Nikolay eline iyi bir fırsat geçtiğini düşünür. Öğrenciyle ilgili raporun altına hükmünü yazar ve imzasını atar: *"Ölümü hak etmiştir, lakin Tanrı'ya şükür bizde idam cezası yok. Ben de bu cezayı yeniden getirecek değilim. Kendisi bin kişinin sıra dayağından on iki kez geçirilsin.—Nikolay"*[25].

Tolstoy diyor ki, Çar on iki bin vuruşun vahşice bir ölüm anlamına geldiğini biliyordu zira beş bin vuruş bile en kuvvetli kişiyi öldürmek için yeterliydi. Çar, son kertede ülkesinde idam cezası olmamasına rağmen kendisini mutlu eden bir karar vermişti[26]. Bu anekdot, hukukla sınırlanamayan mutlak irade tarafından yorumun genel ilkelerinin geçersiz kılınabildiğini anlatan tipik bir örnektir.

Diğer yandan, anayasal yorumda belirleyicilik ve bağlayıcılık unsuru anlamlı bir yorum inşasının ve mimarisinin diğer şartını oluşturmaktadır. Bilindiği üzere yargısal süreçte yorum kararda tecessüm eder. Anayasa yargısında da anayasal kuralların yorumu karara dönüştüğünde artık belirleyici ve bağlayıcı hâle gelir.

Kararda esas alınan yorumun isabetli olmadığı söylenebilir ancak kararın bağlayıcılığı konusunda tereddüt olamaz. Zira Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını açıkça belirten özel maddelerden önce Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini güvenceye alan hükümleri bu bağlayıcılığı açıkça ifade etmektedir.

Elbette kanun koyucu da idari ve yargısal merciler de görevleri kapsamında anayasal hükümleri yorumlamaktadırlar. Ancak, bu yorumlar sonucunda ihdas edilen normlar ve kamu gücü işlemleri anayasal denetime tabi oldu-

24 Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, Second Edition, trans. J. Weindheimer & D.G. Marshall, (London: Sheed & Ward, 1989), s. 329.

25 Leo Tolstoy, *Hadji Murad*, trans. A. Maude, (London: Thomas Nelson & Sons, 1912), ss. 151-152.

26 Tolstoy, *Hadji Murad*, s. 152.

ğunda Anayasanın nihai ve bağlayıcı olarak yorumlanması yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir.[27]

Aksi takdirde herkesin ve her kurumun kendi yorumunun "geçerli" olduğunu ileri sürdüğü bir durum ortaya çıkacaktır. Hukuk devleti yorum çeşitliliğini kabul eder, ancak yorum anaforuna izin vermez.

Sonuç yerine

Günümüzde anayasa yargısı alanındaki belki de en önemli sınama, otoriterleşme yönündeki küresel ve yerel ters dalgalar karşısında hak eksenli yorumun korunması ve sürdürülmesidir. Sanırım ülkemizde de anayasal yorumun geleceğini bu ters dalgalar karşısında yorumcu topluluklarının hak eksenli yaklaşımı sürdürme iradesi belirleyecektir.

Bu duygu ve düşüncelerle hepinizi bir kez daha saygıyla selamlıyor, organizasyonda emeği geçen herkese teşekkür ediyorum.

Konferansa sunumlarıyla, yorumlarıyla ve katılımlarıyla katkı yapacak olan tüm katılımcılara bir kez daha teşekkür ediyor, hepinize sağlık ve afiyet diliyorum.

27 *Kadri Enis Berberoğlu (3)* [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 81.

D. RÖPORTAJLAR

AKADEMİK KÜRSÜ DERGİSİ'NDE YAYIMLANAN RÖPORTAJ

(Ocak 2019, Sayı 4)

Sayın Başkanım, öncelikle bizi kırmayarak bu söyleşi talebimizi kabul ettiğiniz için size teşekkür ediyor ve yeniden Anayasa Mahkemesi Başkanı seçildiğiniz için sizi tebrik ediyoruz.

Sayın Başkanım; kendinizden ve ailenizden biraz bahsedebilir misiniz?

Bozkırın kavruk çocuklarının yaşadığı Yozgat'ın Sorgun ilçesinde doğdum. Nüfus memuruna göre 1964 yılının ilk günü, anneme göre ise, 1965 yılının ırgatlık zamanı, yani ekinler biçildiğinde doğmuşum. Anlayacağınız gerçekte tam olarak ne zaman doğduğumu kimse bilmiyor. Esasen bu önemli de değilmiş o zamanlar. Önemli olan ilkokula başlarken alınan nüfus cüzdanına yaşım tutacak şekilde bir doğum tarihi yazmakmış. Bunu da bu konularda ustalaşmış olan nüfus memurumuz kolayca halledivermiş.

Dedelerim bize anlatıldığına göre Erzurum'dan göç etmişler. O yüzden köyde bizimkilere "muhacir" derlermiş. Babam, kendisi gibi muhacir olan komşu kızıyla evlenmiş, bu evlilikten üçü erkek, ikisi kız olmak üzere beş çocuk dünyaya gelmiş. Babam ilkokulu okuyamamış, ama okuma yazmayı kişisel gayretleriyle öğrenmiş. Annem o zamanlar üç yıl olan ilk mektebi bitirmiş.

Çocukluğumun önemli bir bölümü iki odadan ibaret ahşap bir evde geçti. Aslında buna çeyrek ev demek daha doğru olur. Köyden ilçeye göç eden dedem ailenin birlikte yaşayacağı büyük bir ev yapmış, kardeşler evlenince de evi dörde bölerek en küçüğünü en küçük kardeş olan babama vermiş. Bu evde şebeke suyu yoktu. Genişçe bir avluda herkesin ortaklaşa kullandığı bir musluk vardı, su ihtiyacı oradan sağlanırdı.

Kısacası toplam alanı 40 metrekareyi bulmayan, iki küçük odalı, içme suyu ve tuvaleti dışarıda olan bir evde kalabalık bir aile (7 kişi) olarak yıllarca yaşadık. Bunu anlattığımda, bazıları bana Gogol'un hikâyelerinden fırlamış biri gibi bakıyor. Tüm bu maddi imkânsızlıklara rağmen sıcak ve sevgi dolu bir aile ortamında büyüdüğümü söylemeliyim. Aynı çatı altındaki diğer amcazadeleri de hesaba kattığımda geniş bir ailede güzel dayanışma örnekleriyle büyüdük.

1983 yılına kadar yaşadığım Sorgun'dan üniversite eğitimi için ayrıldım, ancak ailemin bir kısmı hâlen orada yaşıyor. Daha sonra fakülte dönemi, beş yılı aşan İngiltere parantezi ve nihayet bugüne kadar gelen Ankara yılları var.

* Adalet Akademisi'nce Çıkarılan Akademi Kürsü Dergisinde (Sayı 4) Yayımlanan Röportaj

Sayın Başkanım; ilk, orta ve liseyi Sorgun'da okudunuz. O günlerin sizde bıraktığı izler nelerdir? Lise yılları, bugünkü Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan için ne anlama geliyor?

Evet ilk, orta ve liseyi Sorgun'da okudum. O yıllarda çok fazla ilkokul ve lise yoktu. Evimize en yakın ilkokula yazıldım. Rahmetli ilkokul öğretmenim çok ilgili ve sevgi dolu bir insandı. Güzel bir öğrencilik dönemim oldu.

İlkokulu bitirince başladığım ortaokul evimize oldukça uzaktı. O yıllarda ilçe şartlarında servis de yoktu. Karda kışta, tozda, çamurda büyük bir meşakkatle, yürüyerek okula gider gelirdik. Arkadaşlarımın çoğunun ayaklarında "soğukkuyu" denen siyah lastik ayakkabı vardı. Ben bu konuda şanslıydım. Babam ayakkabıcı olduğu için bana kundura giydirirdi. Bazı derslerin hocaları yoktu, ama çok idealist hocalarımız ve yöneticilerimiz vardı. Bu açığı kapatır, en iyi şekilde yetişmemiz için olağanüstü gayret gösterirlerdi. Ortaokul ve lise yıllarımın büyük bir kısmı 12 Eylül öncesinde geçti. Hocalarımız bizi ideolojik çatışma ortamından uzak tutmaya çalıştılar.

Çok çalışıyordum ve derslerimde başarılıydım. Dersler dışında sürekli okuyor, babamın verdiği harçlığın neredeyse tamamını kitaba yatırıyordum. Öte yandan kompozisyon yarışmalarında dereceye giriyor, buralardan hediye ettikleri kitapları da altını çizerek okuyordum. Okuma dışındaki diğer tutkum futboldu. Mahalle takımı dışında, okul takımında da oynuyordum. Lise yıllarında hayatım kitap ve toptan ibaretti desem yanlış olmaz.

Bugünden geriye baktığımda çalışma disiplinini lisede kazandığımı düşünüyorum. Liseli yıllarım, arkadaşlığın, dostluğun ve fedakârlığın ne anlama geldiğini öğrendiğim yıllardı. Milli ve manevi değerlerin ağırlıklı olarak verildiği bir eğitim öğretim ortamında bulundum. Okumalarım da daha çok bu yöndeydi.

1982 yılının Şubat tatilinde hayatımın en büyük şokunu yaşadım. Babam bir kalp krizi sonucu genç yaşta vefat etti. Adeta gök kubbe üzerimize çökmüştü. En büyüğü benden iki yaş büyük olan ablam, ben ve benden küçük üç kardeşle yapayalnız kalmıştık. Rahmetli babam, geçim kaynağı olarak geride üçüncü basamak BAĞ-KUR aylığı ile sermayesi borçlarına ancak denk gelen bir ayakkabı dükkânı bırakmıştı. Cefakâr annem ve her zaman bize kol kanat olan dayım sayesinde eğitim hayatımızı tamamlama imkânımız oldu.

Ancak, babamın ölümünün hayatımda çok büyük tesirleri olmuştur. Rahmetli babam sık sık "Oğlum yeter ki oku, gerekirse yorganımı satar, yine okuturum" derdi. Aslında bu ifade, Anadolu'da yoksulluk içindeki ailelerin çocuklarını teşvik için kullandıkları, fedakârlıklarının ulaşabileceği dereceyi gösteren bir sözdü. Babamın bu sözü, zihnimde hep bir vasiyet gibi kaldı. Babama verdiğim sözü tutmalı, okumalıydım.

Diğer yandan babamın vefatı, benim akranlarıma göre daha erken olgunlaşmama yol açtı. Ailenin en büyük erkek çocuğu olmak omuzlarıma ağır bir sorumluluk yüklemişti. Ancak erken olgunlaşan sadece ben değildim. Henüz oyun çağında olan orta birden terk kardeşim, dükkânın başına geçmiş, birden sanki on yıl büyümüştü.

Sayın Başkanım; Anayasa Mahkemesi Başkanlığına kadar uzanan eğitim ve fikir hayatınızı şekillendiren temel parametre ne oldu? O dönemden itibaren fikir dünyanız nasıl şekillendi?

Lise sondayken bir hocamızın "Sizin için okunacak en iyi okul Siyasal Bilgiler Fakültesi" dediğini hatırlıyorum. Bugünkü gibi üniversiteye girişte rehberlik hizmetleri falan yoktu. Muhtemelen o hocamız da ilçede en büyük mülki amiri, kaymakamı yetiştiren okul olduğunu düşünerek bu tavsiyede bulunmuştu. Ben de doğrusu çok düşünmeden ilk tercihime eski adıyla Mülkiyeyi, arkasından da hukuk fakültelerini yazdım. O dönemde Mülkiyenin puanı hukuk fakültelerinden yüksekti. Belki de Sorgun'dan ilk kez bir öğrenci Ankara Siyasalı kazanmıştı.

Taşralı bir üniversite öğrencisi olarak Siyasal'a kaydoldum. İlk andan itibaren de doğru tercih yaptığımı anladım. Dersler tam bana göreydi. İki ders özellikle ilgimi çekiyordu. Biri anayasa hukuku, diğeri de siyasi düşünceler Tarihi. Bilmiyorum belki bu derslerin hocalarının da bunda etkisi vardı. Anayasa derslerini hiç kaçırmadım. Daha birinci sınıfta anayasacı olmayı kafaya koymuştum. Rahmetli Yavuz Sabuncu'yu burada minnetle anmalıyım. Anayasa hukukunu ve temel haklar konusunu sevmemde ve akademik hayata atılmamda önemli rol oynadı.

Üniversiteye 1983 yılında başladım, 1987'de mezun oldum. 12 Eylül sonrasının depolitizasyon sürecinin etkisini gösterdiği yıllardı. Ancak tüm baskılara rağmen Siyasalda nispeten özgürlükçü bir hava hâkimdi. İki kavram, özgürlük ve adalet, eğitim ve araştırma hayatım boyunca düşüncelerimi şekillendirdi. Hemen her Mülkiyeli gibi kurulu düzeni beğenmiyordum. İdeal düzen ise bu iki kavrama dayanmalıydı.

Üniversiteyi bitirince iş derdi başladı. Önüme gelen sınavlara girmeye başladım ama aklım ve gönlüm akademisyenlikteydi. Bir arkadaş Polis Akademisinin araştırma görevliliği sınavı açtığını, anayasa hukuku dâhil kamu hukuku alanında da asistan alacaklarını söyledi. Hemen başvurdum ve sonuçta sınavı kazanarak asistan oldum. Bir yıl sonra yüksek lisans ve doktora yapmak üzere yurtdışına gönderildik.

Yüksek lisans ve doktora eğitimini anayasa hukuku alanında yaptım. İngiltere'nin Leicester şehrinde Hukuk Fakültesinde danışman hocamın da

yönlendirmesiyle hukuk ve siyaset felsefesine dair çok yoğun okumalarım oldu. Liberal demokrasinin temel haklar anlayışı ve bu çerçevede Türk anayasal sistemini inceledim.

Bu arada Ali Fuad Başgil ve Aliya İzzetbegoviç'in eserlerini okudukça düşünce dünyamda farklı pencereler açılıyordu. Nihayet şu kanaate ulaştım: Aslında Doğu ve Batı düşüncesinin bozulmamış kolları aynı adrese çıkıyordu. İnsan, başkalarının aracı değil kendinde değer ve amaç olan değerli bir varlıktı. Başka bir ifadeyle insan yaratılmışların en şereflisi, yani "eşrefi mahlukat"tır. Devlet de bizim ruh köklerimizde karşılığını bulan söylemle, işte bu değerli ve onurlu varlığı yaşatmakla yükümlü olan, toplumun örgütlü halidir. Devletin bu amaçtan uzaklaşıp, canavarlaşmasını engelleyecek şey de hukuktur. Ortaya çıkan terkip tanıdıktır: hukuk devleti.

Sayın Başkanım; ülkemizin ve yargı sistemimizin en önemli kurumlarından biri olan Anayasa Mahkemesinin başkanı olarak çok yoğun bir şekilde çalışıyor ve zor bir görev ifa ediyorsunuz... Bu nedenle hem yargı sistemimiz, hem de yargı sistemimizin işleyişi konusundaki görüşlerinizi de merak ediyoruz?

Kafamızı kuma gömmenin hiçbir manası yok. Yargı sisteminde bazı sorunlar var. Ancak benim öteden beri söylediğim şu: Evet, sorunlar var ancak bu sorunları çözecek irade de var. Önemli olan sistemin işlemesi. Bakın size çok açık bir şey söyleyeyim. 15 Temmuz darbe teşebbüsü ve sonrasındaki gelişmeler dünyanın başka bir yerinde yaşansaydı ortada yargı diye bir kurum, hatta devlet diye bir aygıt kalmazdı. Toplam hâkim ve savcıların üçte birinden fazlasının meslekten çıkarıldığı bir ülkede yargı sistemi tüm eksiklik ve aksamalara rağmen hala ayakta kalabilmişse bu büyük bir başarıdır. Bu nedenle darbe teşebbüsünün ilk anlarından itibaren harekete geçen, geçmişte darbe sonrası rejimi meşrulaştırmaya çalışırken bu kez kamuoyuna yaptıkları açıklamalarla darbe girişimini gayri meşru ilan eden ve demokratik hukuk devletinin yanında yer alan Türk yargısını takdir etmek, kısacası cesur ve fedakâr yargı mensuplarının hakkını teslim etmek kadirşinaslık gereğidir.

Öte yandan, tabii ki çok köklü ve çözümü kolay olmayan sorunlarımız da var. Fakat bunların bir kısmı sadece bugünün sorunları değil. Yargının kadim sorunlarından biri yoğun iş yüküdür. İlk derece mahkemelerinden Yargıtay ve Danıştay'a, bireysel başvuru üzerinden Anayasa Mahkemesine kadar her düzeyde yargı organları başa çıkması çok zor bir iş yüküyle karşı karşıya. Ancak, dediğim gibi, bu durum yeni değil.

Yoğun iş yükü adaletin gecikmesine ve bundan dolayı bizatihi adaletsizliğe yol açmaktadır. Bunu bir çırpıda çözecek sihirli bir formül yok elimizde. Arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözme yön-

temlerinin yaygınlaşması ve etkili olması hayati derecede önem taşımaktadır. Bireysel başvuru açısından da İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile Kamu Denetçiliği Kurumunun daha etkin şekilde çalışması, daha işlevsel olması gerekir.

Diğer yandan yargılamanın süjeleri olan hâkim ve savcılarımız ile avukatlarımızın çok daha bilgili ve donanımlı olması, yargının nitelik bakımından gelişimine katkı sağlayacaktır. Konusuna hakim, muhakemesi ve ifadesi güçlü yargı mensuplarının varlığı her açıdan daha kaliteli bir yargı sisteminin olmazsa olmazıdır.

Anayasa Mahkemesinin başkanı olarak değil, sade bir vatandaş olarak yargı kurumundan beklentileriniz nelerdir?

Öncelikle yargının gerçekten adalet dağıtan bir kurum olmasını beklerim. Bunun uygulamada anlamı, ister devlet ister şahıslar tarafından olsun bir haksızlığa uğradığımı düşündüğümde yargının bu haksızlığı giderecek ve bana hakkımı teslim edecek şekilde çalışmasıdır. Bu beklenti Mevlana'nın adalet tanımına da uygundur. Aslında yargının vazifesi herkese hak ettiğini vermektir. Suyu dikene değil güle vermek adalettir.

Diğer yandan, yargının bağımsız ve tarafsız olmasını beklerim. Mecelle'de *"hâkim beynel hasmeyn adl ile memurdur"* diye bir kural vardır. Bu hâkimin taraflar arasında eşit davranmasını, adaletsizlik yapmamasını ifade eder. Hiç kuşkusuz herkes kendi lehine verilen kararı adil, diğerlerini haksız olarak görme eğilimindedir. Bu nedenle mahkemeler aynı anda iki tarafı memnun edemez.

Son olarak bir vatandaş olarak yargının makul bir sürede davaları sonuçlandırmasını beklerim. Uzun süren ve sürüncemede kalan davalar yeni hak ihlallerine, mağduriyetlere yol açmaktadır. *"Geciken adalet, adalet değildir"* sözü de bu durumu anlatır. Sistemden kaynaklanan gecikmeler, vatandaş için mazeret değildir. Sistemi ıslah etmek ve yargıyı hızlandırmak devletin görevidir.

Bildiğimiz kadarıyla yüksek lisansınızı, İngiltere'de "İnsan Hakları ve Sivil Özgürlükler" alanında yaptınız... Ülkemizde ve dünyada insan hakları ve sivil özgürlükler konusundaki düşüncelerinizi de alabilir miyiz?

İnsan hakları ve sivil özgürlükler bakımından dünyada belli kırılma anları ve ters dalgalar var. Aslında bu durum büyük ölçüde ülkelerin içinde bulundukları şartlardan kaynaklanıyor. Bildiğiniz gibi insan haklarının bir anlamda kurumsallaşması ve uluslararasılaşması, iki dünya savaşı arasındaki totaliter rejimlere tepkinin ve özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan yoğun hak ihlallerinin sonucudur. BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi

ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası ve bölgesel insan hakları belgeleriyle kurulan insan hakları düzeni, birinci ve ikinci dünya savaşlarında yaşananların tekrarını önlemeyi amaçlamıştır. Ancak maalesef bu düzen, Bosna-Hersek'te ve dünyanın birçok köşesinde katliamları ve diğer hak ihlallerini önleyememiştir.

Bir de olağanüstü olayların meydana getirdiği "ters dalga" dönemleri var ki, bu dönemlerde de insan hakları ve sivil özgürlükleri korumak zorlaşmaktadır. 11 Eylül 2001 terör olayları dünyada böyle bir ters dalga yaratmış, özgürlük-güvenlik ilişkisinde birincisi aleyhine baskıcı uygulamalara neden olmuştur.

Bunun dışında küresel ölçekte olmasa da devletlerin varlığını tehdit eden ulusal düzeyde terör olayları da insan hakları ile sivil özgürlüklerin normal zamanlarda olduğundan daha fazla sınırlandırılmasına sebep olmaktadır. Fransa'da bazı terör olaylarından sonra ilan edilen olağanüstü hâl, ülkemizde de 15 Temmuz darbe girişiminden sonra girilen ve iki yıl devam eden olağanüstü hâl dönemi insan hakları ve sivil özgürlüklerin normal dönemlerde olduğundan daha fazla sınırlandırıldığı dönemler olmuştur.

Burada önemli olan husus, olağanüstü tedbirlerin söz konusu tehdit ile sınırlı ve orantılı uygulanmasıdır. Ayrıca olağanüstü haller geçici hukuki rejimlerdir. Bunların normal döneme geçildikten sonra da devam ettirilmesi, olağanüstünün olağanlaşmasına neden olabilir. Bu da demokratik hukuk devleti için en büyük tehlikelerden biridir.

Anayasa Mahkemesinin mevcut durumu, çalışma prensipleri ve iş yoğunluğunu biraz değerlendirebilir misiniz?

Burada hemen bir önceki soruyla bağlantılı olarak şunu söylemem gerekir. Olağanüstü haller, Anayasa'yla çerçevesi ve sınırları çizilmiş hukuki rejimlerdir. Yürütmenin, yasamanın ve yargı organlarının yetkileri iktidar haritasını çizen Anayasa'da belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü dönemde çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri denetleme yetkisinin olmadığını oybirliğiyle karara bağlamıştır. Mahkememiz bu kararlarında, bir hukuk devletinde söz konusu kanun hükmünde kararnamelerin denetlenmesi gerektiğini, ancak Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca bunların Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava dahi açılamayacağını, böyle bir denetim yetkisi için Anayasa'da bu yönde bir düzenlemenin bulunması gerektiğini belirtmiştir.

Bu karar bazı çevrelerce şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir. Unutmamak gerekir ki, hiçbir devlet organı kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanamaz. Ayrıca lafzı, anlamı ve amacı açık olan hükümlerin yorum yoluyla

değiştirilmesi doğru değildir. Anayasa hâkimi bir anayasal kuralı beğenmeyebilir, ancak onu yorum yoluyla değiştirme yetkisine sahip değildir. Bu noktada size, daha doğrusu tüm hâkimlere bir kitap tavsiye etmek istiyorum. Osmanlı'nın son döneminde, 1894 yılında Münif Paşa tarafından yazılmış Hikmet-i Hukuk (Hukuk Felsefesi) adlı bir kitap. Aslında bu eser, Münif Paşa'nın Hukuk Mektebinde anlattığı hukuk felsefesi dersinin notları. Bu kitapta kanunların yorumuna ve hâkimin yorum yetkisine ilişkin çok güzel açıklamalar var. Münif Paşa hâkimin yorum yetkisinin kanunda belirsizlik ve boşluk olması durumunda söz konusu olduğunu savunur. Bu konuyu şu veciz sözle formülleştirir: "*Nerede kanun söylerse hâkim sükût etmelidir ve nerede kanun sükût ederse hâkim söylemelidir*".

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'larıyla ilgili içtihat değişikliği, Anayasa'ya açıkça aykırı olan bir yorum ve uygulamaya son vermiştir. Nitekim Kemal Gözler gibi bu konuda yıllarca çalışan bazı Anayasa Hukukçuları da aynı görüştedir.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, gerek bireysel başvuru, gerekse norm denetiminde yoğun bir iş yüküyle karşı karşıyadır. Bireysel başvuru sayısındaki artışta 15 Temmuz darbe teşebbüsü ve sonrasında alınan olağanüstü hâl kapsamındaki tedbirler etkili olmuştur. Aynı şekilde istinafların göreve başlamasıyla birlikte başvuru yolları daha hızlı tüketilmekte, dolayısıyla bireysel başvuru sayısı da artmaktadır. Derdest başvuru sayısı 40 bin civarındadır.

Norm denetiminde de kanunlaşan OHAL KHK'ları ile yeni sistemin en önemli kurumlarından olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin iptal davaları Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bilhassa 2012 yılından itibaren benimsediği hak eksenli yaklaşımla, bir yandan bu yoğun iş yüküyle mücadele etme, diğer yandan da temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik içtihatlarını devam ettirme gayreti içindedir.

Amacımız ülkemizde temel haklar standardının yükseltilmesini sağlamak, bu kapsamda da AİHM önündeki başvuru ve ihlal sayılarını azaltmaktır. Esasen bireysel başvurunun getiriliş amacı da budur.

Sayın Başkanım, 2017 yılı Eylül ayında Bursa'da düzenlediğimiz Uluslararası Mecelle Sempozyumu'na oturum başkanı olarak katılan Makedonya Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Salih Murat, sizden sitayişle bahsederek, Litvanya'da gerçekleştirilen Dünya Anayasa Yargı Konferansı'nın 4. Kongresi'nde sizin "milli bir duruş" sergilediğinizi ve bu duruşunuzun kendi itibarlarını da artırdığını gururlanarak anlattı. Hem bu toplantı hem de bu konu hakkında ne söylemek istersiniz?

Bu konu hakkında daha önce hiç konuşmadım. Ancak anayasa hukuku alanında İngilizce yayın yapan bir blogda konuyla ilgili yalan yanlış bazı yorumlar yapılınca, tartışmalara bizzat tanıklık eden bir raportörümüz bu bloğa kısa bir kişisel açıklama gönderdi. Bunun üzerine bir Avrupa ülkesinin anayasa mahkemesi, basın bürosu aracılığıyla resmî bir açıklama yaptı. Raportör arkadaş tekrar bir cevap yazdı.

Aslında mesele biraz geriye gidiyor. 2017 yılının Haziran ayında Gürcistan'da düzenlenen Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nın 17. Kongresinde Türkiye'deki olağanüstü hâl rejimini ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarını anlatan bir konuşma yapmıştım. Daha sonra ben konuşurken bir ülkenin Anayasa Mahkemesi başkanı ile bazı üyelerinin salonu terk ettiklerini öğrendim. Önce buna anlam veremedim. Neticede hoşunuza gitmese de konuşulanları dinler, aynı oturumda da soru ve yorumlarla katılmadığınız hususları belirtebilirsiniz. Nitekim konuşmanın sonunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir üyesi ile Venedik Komisyonu Genel Sekreterinin sorularını içtenlikle cevapladık.

Aynı tahammülsüzlük bahsettiğiniz Dünya Anayasa Yargısı Konferansının Litvanya'da yapılan 4. Kongresi'nde de sergilendi. Üç yılda bir yapılan bu kongrede çok geniş bir katılım vardı. Dünyanın hemen her bölgesinden, hatırladığım kadarıyla, yüze yakın ülkenin Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri oradaydı.

Oturumlardan birinde 15 Temmuz darbe teşebbüsünü, sonrasında yaşananları anlatırken özellikle iki Almanya'nın birleşmesi sırasında yaşananlara atıf yaptım. Toplantıya katılan bir ülkenin anayasa mahkemesi üyesi bu açıklamaya tepki göstererek, o dönemde Almanya'da yapılanlarla 15 Temmuz sonrası Türkiye'de yapılanların çok farklı olduğunu anlattı ve kaba bir üslupla Türk Anayasa Mahkemesini eleştirdi. Bir başka Avrupa ülkesinin anayasa mahkemesi temsilcisi de buna katıldı.

Oturumu Venedik Komisyonu Başkanı yönetiyordu. Israrla söz isteyince, cevap hakkından dolayı söz vermek durumunda kaldı. Ben de biraz sert bir tonla meslektaşımızın yapılan atıftan neden rahatsız olduğunu anlamadığımı, kendilerinin asıl meselesinin 15 Temmuz'u anlamamak olduğunu, benzer bir durumla karşılaşmış olsalardı ne tür tedbirler alacaklarını merak ettiğimizi, ayrıca Türk Anayasa Mahkemesini böylesine kaba bir üslupla sorgulamanın ne kendilerinin, ne de başka bir anayasa mahkemesinin görevi ve haddi olmadığını vs. anlattım. Oturumdan sonra çok sayıda ülkenin temsilcisi yanıma gelerek haklı olduğumuzu söylediler ve tebriklerini ilettiler.

Aynı toplantıda iki önemli kararın alınmasında delegasyonumuz etkili oldu. Birinci olarak, bir sonraki kongrenin ev sahipliğini bizim de hem Büro-

da hem de Genel Kuruldaki aktif desteğimizle Cezayir Anayasa Konseyinin yapmasına karar verildi. Öte yandan Konferans'ın büro seçimlerinde Türkiye ve Azerbaycan'ın Asya veya Avrupa grubundan birini seçerek oy kullanması önerilmişti. Türk delegasyonu olarak yoğun gayretlerimiz sonucu bu öneri kabul edilmemiş, ülkemiz ve Azerbaycan'ın her iki kıta bünyesinde oy vermesi benimsenmiştir.

Bu vesileyle belirtmeliyim ki, Türk Anayasa Mahkemesi, gerek uluslararası konferanslar düzenleyerek, gerekse başka mahkemelerin ve birliklerin düzenledikleri toplantılara aktif katılım sağlayarak yargı sistemimizi ve özellikle kararlarımızı anlatmaya yönelik yoğun bir çaba içerisindedir.

Sayın Başkanım, Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi olarak, ülkemizin ihtiyaç duyduğu hâkim ve savcıları yetiştirmek için çalışıyoruz.

Türkiye Polis Akademisi eski başkanı olarak, bu konuda Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezine de yol göstermek anlamında hâkim ve savcı adaylarının meslek öncesi eğitimi ile hâkim ve savcıların meslek içi eğitimine ilişkin düşünceleriniz nelerdir?

Sorunuzda da işaret edildiği üzere hâkim ve savcı eğitiminin biri mesleğe başlamadan, diğeri meslek içinde olmak üzere iki boyutu var. Eğitimin amacı, eğittiğiniz kişinin belli niteliklere sahip olmasını sağlamaktır. Bunun için öncelikle *"nasıl bir hâkim ve savcı istiyoruz"* sorusunun cevabını vermemiz gerekiyor. Bu sorunun da biri bilgiye, diğeri tutum ve davranışa bakan iki cevabı var. Hâkim ve savcılarımızın görevlerini ifa ederken ihtiyaç duydukları bilgiye sahip olmaları gerekir. Bu da esasen ilkokuldan itibaren başlayan, hukuk fakültelerinde ve sonrasında devam eden kaliteli bir öğretimi gerektirmektedir. Esasen bu, çok sayıda bilgiyi öğretme değil, öğrenmeyi öğretme yöntemiyle altından kalkılabilecek meşakkatli bir iştir.

Eğitimin kanaatimce daha zor kısmı, tutum ve davranış değişikliğini sağlamaktır. Hâkimlik ve savcılık, diğer birçok meslekten farklı olarak, bağımsız ve hür düşünceyi, hukuk bilgisine ve vicdani kanaatine göre karar vermeyi gerektiren bir meslektir. Bu nedenle, gerek hizmet öncesi gerekse hizmet içi eğitimin en önemli hedefi hâkim ve savcılarımızı fikri, vicdanı ve irfanı hür meslek mensupları olarak yetiştirmek olmalıdır.

Sayın Başkanım, son olarak hâkim ve savcılar ile hâkim ve savcı adaylarına ne gibi önerileriniz olabilir?

Bu sorunuza bir önceki sorunuzun devamı mahiyetinde bazı hususları belirterek cevap vereyim. 2015 yılında Anayasa Mahkemesi başkanı seçildikten sonra Mahkemenin kuruluş yıl dönümünde yaptığım ilk konuşmada demiştim ki, *"uzaktan kumandalı yargı da yargıç da olmaz"*. Uzaktan kumandalı olan-

ların bu ülkede ne büyük felakete yol açtıkları, tamiri yıllar alacak ne büyük hasarlara sebep oldukları çok geçmeden anlaşıldı. Bu olaydan ülke olarak ders çıkarmamız gerekiyor.

Hâkim ve savcının, adalet ve hukuktan başka hiçbir şeye karşı sadakat borcu olamaz. Yine konuşmalarımda vurguladığım 3A'yı hatırlatmak isterim. Hâkim ve savcı, akıl, ahlak ve adalet değerlerine sahip olmalıdır. Akıl hâkimin bağımsızlığını, ahlak erdemli olma halini, adalet ise varlık nedenini ifade eder. Hâkim ve savcılarımız sorumluluğu çok ağır olan, dünyanın en zor işlerinden birini yapıyorlar. Ancak bu zorlukla doğru orantılı olarak, hayati derecede önemli ve onurlu bir görevi ifa ediyorlar. *"Adalet mülkün temelidir"* sözünü hayata geçirmek onların elinde.

Son olarak, hâkim ve savcılarımıza tavsiyem *"Mahkeme kadıya mülk değildir"* sözünü hatırlarından çıkarmamaları. Başlayan her işin bir sonu var. Bu geçiciliği en iyi anlatan da Karacaoğlan'ın *"Üryan geldim gene üryan giderim"* adlı şiiri. Yoğun çalışmaları sırasında yorulduklarında ve sıkıntılarla karşılaştıklarında bu türküyü Cem Karaca'dan dinlemelerini tavsiye ederim. Ben öyle yapıyorum…

HÜRRİYET GAZETESİNDE YAYIMLANAN RÖPORTAJ

(21 Temmuz 2019)

"ANAYASA YARGICI İÇİN ARAFTA OLMAK KAÇINILMAZ"*

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan, FETÖ'cü darbe girişiminin yaşandığı 15 Temmuz gecesini, AYM'nin darbe karşıtı tarihî açıklamasının perde arkasını, FETÖ gibi yapılarla mücadelede yapılması gerekenleri ve kendi özel hayatıyla ilgili bilinmeyenleri Hürriyet'e anlattı.

Arslan *"Anayasa yargıcı için arafta olmak kaçınılmaz. Eğer bir kararınızdan dolayı toplumun ya da siyasetin bir kesimi, diğer bir kararınızdan dolayı tam zıt kutupta yer alan başka bir kesimi sizi topa tutuyorsa doğru yoldasınız demektir. Ben buna 'Ne İsa ne Musa testi' diyorum."* dedi. Arslan'ın değerlendirmeleri özetle şöyle:

SON YILLARDA AYM ÇOK KRİTİK KARARLAR VERDİ

"Son yedi yılda bu ülkede olağanüstü şeyler yaşandı. AYM çok kritik kararlar verdi. Kuşkusuz bu kararların bazıları şiddetli şekilde eleştirildi. Kararlara göre de eleştirenler değişti. Bunları yaşayınca aklıma Sezai Karakoç'un '*Ne cennet, ne cehennem ne dünya/Arafım ben'* dizeleri geliyor. Anayasa yargıcı için arafta olmak kaçınılmaz. Aslında bu bir açıdan da doğru istikamette olduğunuzu gösteriyor. Eğer bir kararınızdan dolayı toplumun ya da siyasetin bir kesimi, diğer bir kararınızdan dolayı tam zıt kutupta yer alan başka bir kesimi sizi topa tutuyorsa doğru yoldasınız demektir. Ben buna *'Ne İsa ne Musa testi'* diyorum."

İTİBAR CELLATLARI KARŞISINDA YUTKUNUYORUZ

"Bize ayna tutan eleştirilerden yararlanıyoruz. Ancak bazı kararlardan sonra eleştirinin ötesine geçen her türlü iftira, tezvirat ve karalamanın yapıldığı linç kampanyaları bizi üzmektedir. İtiraf edeyim, maalesef itibar cellatları karşısında bazen kendinizi çaresiz hissediyorsunuz. Başkalarının haklarını korumaya çalışan anayasa yargıçları olarak kendinize yapılan ağır saldırılar ve haksızlıklar karşısında çoğu kez sadece yutkunuyorsunuz.

AYM gerçekten çoğu demokratik ülkenin anayasa mahkemesinden çok daha özgürlükçü kararlar veriyor. Hâl böyleyken bazıları, her durumda Türk AYM'sini itibarsızlaştırma amacına bilerek ya da bilmeyerek hizmet edecek şekilde tamamen ön yargılı, toptancı ve kategorik değerlendirmeler yapmak-

* Hürriyet Gazetesinde 21 Temmuz 2019 Tarihinde Yayımlanan Röportaj

tan geri durmuyorlar. Bazı kesimler de ısrarla ve yılmadan AYM'ye bireysel başvuruyu etkisiz yol göstermenin gayreti içindeler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise her vesileyle bu gayretleri boşa çıkarmakta, AYM'ye bireysel başvuruyu etkili bir yol olarak kabul ettiğini ifade etmektedir."

BİREYSEL BAŞVURUYA ANAYASAL ÖNEM KRİTERİ GETİRİLMELİ

Gerçekten de bireysel başvuru devrim niteliğinde bir gelişmedir. Yedi yıllık uygulama sonunda bireysel başvuruya ilişkin bazı yasal değişikliklere ihtiyaç olduğunu görüyoruz. İspanya Anayasa Mahkemesinin uzun süredir uyguladığı "anayasal önem" kriterinin bizde de müstakil olarak bir kabul edilemezlik kriteri olarak benimsenmesi gerekir. Böylece Mahkeme daha önce karara bağladığı ve anayasal olarak çözümlediği konularla ilgili başvuruları bu kriter uyarınca reddedebilecek, anayasal önemi olan başvurulara daha fazla zaman ayırabilecektir.

BAŞVURU SÜRESİ İKİ AYA ÇIKARILMALI

Başvuru yolları tüketildikten sonra başvurulması gereken süre bir aydan iki aya çıkarılabilir ancak eksiklik bildirimi uygulamasına son verilebilir. Mevcut düzenlemede başvuruda belli eksiklikler söz konusuysa bunların giderilmesi için başvurucuya bildirimde bulunulmaktadır. Bu da inanılmaz bir emek ve zaman kaybına yol açmaktadır. Aynı şekilde uzun yargılamalara ilişkin başvuruların da daimî olarak Adalet Bakanlığı bünyesinde görev yapan komisyona yapılması gerekir. Şu ana kadar sadece uzun yargılamalara ilişkin kısmi bir değişiklik yapıldı. Umarım önümüzdeki dönemde bireysel başvurunun geleceği bakımından son derece önemli olan bu yasal değişiklikler Meclisimiz tarafından gerçekleştirilir.

Yargıda "iş yükü, nitelik ve hâkim-savcılarımızın kendilerini güvende hissetmelerini sağlamak" görebildiğim üç temel sorun. Bu üç alanda yapılması gereken, yasal değişiklikten ziyade uygulamanın düzeltilmesidir. Esasen yargı reformu bağlamında öne çıkan önerilerin kahir ekseriyeti uygulamayla ilgilidir. Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin yayımlanması çok olumlu bir gelişmedir. Bizde sorun daha ziyade uygulamadadır. Başka bir ifadeyle genelde adalet, özelde yargı etiği de söylem değil eylem meselesidir."

İTİBARSIZLAŞTIRMAK ADALETE ZARAR VERİR

Hukuk bir toplum için teneffüs ettiğimiz hava kadar hayatidir. Hukukun olmadığı yerde devlet de medeniyet de olmaz. Hiç kuşkusuz hâkimler hatadan münezzeh, kararları da kutsal değildir. Eleştirilebilirler, eleştirilmelidirler. Ancak bunu yaparken ölçüyü kaçırıp mahkemeleri ve hâkimleri itibarsızlaştırmak hukuka ve onun hizmet ettiği adalete zarar verir. Bu da toplum olarak bastığımız zemini kaydırmaktan başka bir işe yaramaz.

HAYATIM BOYUNCA UNUTAMAM (15 TEMMUZ GECESİ)

(15 Temmuz) O gece evdeydim. Tarifi imkânsız bir üzüntü duydum. Demokratik hukuk devletinin kökleşmesi için harcanan onca emeğe yazık olacağını, ülkemizin uluslararası alandaki algısına telafisi zor zararlar vereceğini düşündüm. 12 yaşındaki küçük oğlumun yaşadığı korkuyu ise hayatım boyunca unutamam. Bir yandan televizyon haberlerini izliyor, bir yandan da üzerimizden uçan jetlerin kulakları sağır eden sesinden irkiliyordu. Bir ara "Baba darbe ne?" diye sordu. Cevaplamakta zorlandım. Tam bu sırada Meclise atılan bombanın etkisiyle sarsıldık. Oğlum korku içinde "Baba bu uçaklar bizi bombalayacaklar mı?" diye sormaya başladı. Onu teselli etmek için "Hayır" dedim, ama bundan emin değildim. Bir süre sonra başını dizime koyarak uykuya daldı. Uykusunda sık sık irkildi. Belli ki tüm çocuklar gibi o da büyük bir travma yaşıyordu.

O AÇIKLAMA KİŞİSEL VE KURUMSAL GÖREVİMİZDİ

"Olay netleşince açıklama yapmaya karar vermiştim. Anayasa'yı korumakla görevli bir kurum, anayasal düzeni yıkmaya çalışan bir teşebbüs karşısında sessiz kalmamalıydı. Doğrusu bunu hem kurumsal hem de kişisel bir görev olarak gördüm. Zira göreve başlarken her üye gibi ben de Anayasa'yı koruyacağıma yemin etmiştim. Bu konuyu bazı üyelerimizle de telefonda istişare ettik. Onlar da açıklama yapılması fikrine katıldılar. Açıklama metni kısa, net ve anlaşılır olmalıydı. Mahkememiz yönetici raportörlerinden biriyle görüşüp metne son hâlini verdik. Bu açıklamada bir yandan anayasal düzene karşı her türlü demokrasi dışı girişimi reddettiğimizi, diğer yandan da demokratik hukuk devletinin yanında olduğumuzu ilan ediyorduk. Böylece Anayasa Mahkemesi, belki de anayasa yargısı tarihinde ilk kez bir darbe girişimi karşısında net ve kararlı bir duruş sergilemiştir.

FETÖ tipi yapılanmalarla mücadelede en zoru, bunların kendilerini yeniden üretmelerini engellemektir. Bunun için çok yönlü politikaların belirlenmesi ve kararlılıkla uygulanması gerekir. Kuşkusuz en önemli konu eğitim. Birey olmak, kişinin kendi geleceği ve davranışları hakkında kimseden talimat almadan karar verebilmesini gerektirir. FETÖ tipi yapılanmaların kâbusu, aklını kullanabilen, sorgulayan, itiraz edebilen özgür bireylerdir. Bu tür bireylerden oluşan bir toplumda iradeleri sıfırlayan, sorgusuz sualsiz teslimiyeti zorunlu kılan ve ezoterik özellikleriyle mensuplarını gerçek ötesi boyutlarda kendilerine bağlayan FETÖ tipi yapılanmalar kolay kolay hayat bulamaz."

DEVLET TEYAKKUZ HÂLİNDE OLMALI

"Tabii bir de meselenin siyasal boyutu var. Bu noktada yaşadığımız tecrübeler bize devletin din karşısındaki tavrının ne kadar önemli olduğunu bir kez daha gösterdi. Hiç kuşkusuz devlet, din ve vicdan özgürlüğünü tüm ge-

rekleriyle güvenceye alacaktır. Ancak herhangi bir grubun din ya da herhangi bir ideoloji adına kamu kurumlarını ele geçirmeye çalışmasına da izin verilemez. Her durumda devletin, onu "ele geçirmeye" çalışan, kamu kurumlarında kendi mensupları dışında başkalarının bulunmalarına tahammül edemeyen yapılar karşısında teyakkuz hâlinde olması gerekir. Bu da sadece devlete ve millete sadakat temelinde, ehliyet ve liyakatın esas alındığı, toplumsal çeşitliliği yansıtacak bir istihdam politikasını zorunlu kılmaktadır."

YARGI HEP ELE GEÇİRİLMEK İSTENDİ

"FETÖ yüzünden yargının yaşadığı travmanın ağırlığı dikkate alındığında bunun etkisinin tamamen ortadan kalkması ve bir anlamda normalleşmenin sağlanması zaman alacaktır. Öte yandan *"Yargının saygınlığı ve güvenilirliği eskiden çok iyi durumdaydı, şimdi çok kötüleşti"* gibi bir değerlendirmeye de katılmıyorum. Yargı bu ülkede her zaman farklı görüşteki grupların 'ele geçirmek ve gücünü yanında hissetmek istediği' bir kurum olmuştur. Yargıya güveni sağlamak, sadece yargı mensuplarının değil tüm kesimlerin görevidir."

"DOĞUM GÜNÜMÜ ANNEM DÂHİL KİMSE HATIRLAMIYOR"

"Yozgat'ın Sorgun ilçesinde doğdum. Nüfus memuruna göre 1964 yılının ilk gününde doğmuşum. Annem 1965 yılının ırgatlık zamanı doğduğumu söylüyor. Doğum günümü ise annem dâhil kimse hatırlamıyor. Babam ayakkabıcılıkla uğraşırdı. Annem ev hanımıdır. Dört kardeşimle beraber toplam alanı 40 metrekareyi aşmayan bir ahşap evde büyüdüm."

HARÇLIĞIMI KİTABA YATIRIYORDUM

"Sorgun'da evimize yakın bir ilkokulda okudum. Ortaokul oldukça uzaktı. Tozlu ve çamurlu yollarda yürüyerek gider gelirdik. Lisede millî ve manevi değerlerin ağırlıklı olarak işlendiği bir eğitim aldık. Eğitimimin büyük bir kısmı 12 Eylül öncesinin ideolojik çatışma ortamında geçmişti. Hocalarımız bizi bu ortamın olumsuzluklarından uzak tutmak için yoğun bir gayret gösterdiler. Ortaokuldan itibaren çok okumaya başladım. Babamın verdiği harçlığın neredeyse tamamını kitaba yatırıyordum."

FUTBOLCU DA KİTAPÇI DA OLAMADIM

"Futbolcu olma hayallerim buharlaşmıştı. Bir ara okulu bitirince kitap dükkânı açmayı aklımdan geçirdim. *"Kitapları hem okur, hem satarım."* diye düşünüyordum. Kitapçı da olamadım. Lise son sınıfta bir hocamızın *"Gençler, sizin için okunacak en iyi okul Siyasal Bilgiler Fakültesi"* dediğini hatırlıyorum. Bu söz meslek hayatım açısından dönüm noktası oldu. Üniversiteye giriş sınavında birinci tercihim olan Mülkiyeyi kazandım."

DOĞRU YERDE OLDUĞUMU ANLADIM

1983'te Siyasal Bilgiler Fakültesine başladım. Çok geçmeden doğru yerde olduğumu anladım. Dersler tam bana göreydi. Rahmetli Yavuz Sabuncu Hocamı minnetle anmak isterim. Anayasa hukukunu sevmemde ve akademisyen olmamda katkısı vardır. Daha birinci sınıfta anayasa hocası olmaya karar vermiştim. Bunda Mümtaz Soysal Hoca'nın verdiği muhteşem derslerin de payı var.

EN BÜYÜK ŞANSIM AİLEM

Yoğun bir çalışma tempomuz var. Evet çok çalışmak durumundayız ama kendimize ve sevdiklerimize de vakit ayırmak zorundayız. Aslında bu yaptığımız işten daha fazla verim alabilmek için de gerekli. Bugünden geriye baktığımda hayatta en büyük şansımın ailem olduğunu söyleyebilirim. Hem tüm olumsuzluklara rağmen bana ve diğer aile üyelerine sıcacık aile ortamı sunan anne babama, hem de yoğun akademik ve yargısal çalışmalarım sırasında hep yanımda olan eşim ve çocuklarıma çok şey borçluyum.

BAĞLAMA ALDIM ÇALAMADIM

Resim yapamam, herhangi bir müzik aleti de çalamam. Fakat hayatta yapmayı en çok istediğim şeylerden biri bağlama çalabilmekti. Bir ara kursa gitmeyi bile düşündüm, ama olmadı. Çocuklarım bari çalsın istedim, bağlama da aldım, henüz orada da bir hareketlilik yok. Resmî görevim dışında yaptığım tek düzenli iş kitap okumaktır. Ortaokul yıllarımdan itibaren, gitgide yoğunlaşan şekilde okumaktayım.

KİTAP SATIN ALMAK TUTKUM

Sadece okumak değil, kitap satın almak da benim için bir tutku. İngiltere'de doktora yaparken en büyük zevkim özellikle ikinci el kitapçıları gezmek, baskısı tükenmiş bir kitabı bulmaktı. Türkiye'ye dönerken bir kütüphane dolusu kitap getirdiğimi söyleyebilirim.

NEŞET ERTAŞ TÜRKÜLERİNİ ÇOK SEVERİM

Türk sanat müziği de dinlerim, ancak halk müziğinin yeri başka. Neşet Ertaş'ın türkülerini çok severim. Eskiden arada bir sinemaya giderdim, şimdilerde gidemiyorum. Televizyonda bazen film izliyorum. Daha çok dram türü filmleri severim. 'Yeşil Yol' bende iz bırakan filmlerden biridir. Nuri Bilge Ceylan'ın 'Kış Uykusu' da unutamadığım filmler arasındadır. Galiba eşimle sinemada izlediğim son filmdi bu.

DERSTE JOHN LENNON'IN ŞARKISINI ANLATAN HOCA

Bir de John Lennon'ın 'Imagine' şarkısının özel bir hatırası var benim için. Bu şarkının sözlerini Bilkent Üniversitesinde ders verdiğim yıllarda kullan-

mıştım. Anarşizmin devlet ve mülkiyet gibi kurumlara bakışını anlatırken sınıfta önce şarkıyı dinletmiş, sonra da sözlerinin ne anlama geldiğini anlatmıştım. Bir öğrencim galiba Ekşi Sözlük'te *"Derste John Lennon'ın şarkısını anlatan hoca"* şeklinde bir değerlendirme yapmıştı.

KURU FASULYE EN SEVDİĞİM YEMEK

Pırasa dışında pek yemek seçmem. Ancak kuru fasulye en sevdiğim yemektir. Hobi olarak yemek yapmam. Evde yemekleri eşim yapar. Eşim evde olmadığında, mecbur kaldığımda aç kalmamak için menemen yaparım. Bir iki kez de internetten bulduğum tariflerden yararlanarak Yozgat'ın meşhur yemeği olan arabaşını yaptığımı hatırlıyorum.

RAHAT VE SPOR KIYAFET TERCİH EDERİM

Resmî programlar ve özel merasimler dışında takım elbise giymem, kravat takmam. Rahat ve spor kıyafetleri tercih ederim. Fena bir baba olmadığımı düşünüyorum. Yoğun ve stresli çalışma düzeni kaçınılmaz olarak çocuklarımızla ilişkileri etkiliyor. Onlara olması gerektiği kadar zaman ayıramıyorsunuz. Anneleri bu açığı kapatmaya çalışıyor. Ancak bu hiç de kolay bir iş değil.

EN BÜYÜK HAYALİM FENERBAHÇE'YE TRANSFER OLMAKTI

Çocukluğumun en büyük tutkusu futboldu. En büyük hayalim, bir gün ilçe takımında top koşturmak, oradan da Fenerbahçe'ye transfer olmaktı. Fakat ilginçtir, mahallede takım arkadaşlarım beni 'Metin' diye çağırırdı. Bu ismi kim koydu hatırlamıyorum, ancak bunun o zamanlar çok popüler olan Metin Oktay'dan mülhem olduğunu biliyorum. Neticede Sorgunspor'a giremedim, ama lise takımında 8 numaralı formayı giymeyi başarmıştım.

AKADEMİK HAYATA DÖNMEYİ PLANLIYORUM

Hayatta uzun vadeli planlar yapmanın anlamsız olduğuna inanıyorum. Bunu millî şairimiz merhum Mehmet Akif Ersoy çok güzel anlatır ve der ki *"Geçen geçmiştir artık; ân-ı müstakbelse mübhemdir/Hayatından nasîbin: Bir şu geçmek isteyen demdir"*. Allah ömür ve sağlık verir de buradaki süremi tamamlarsam akademik hayata dönmeyi, ertelediğim kitapları yazmayı planlıyorum.

IV. KARŞIOY VE FARKLI GEREKÇELER

A. NORM DENETİMİ
KARŞIOYLAR

KANUNLAR

KARŞIOY GEREKÇESİ

E. 2011/143, K. 2013/18, 17/1/2013

1. 24/10/2011 tarihli ve 661 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesiyle, 22.2.2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun "İl özel idaresinin görev ve sorumlulukları" başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre *"il özel idaresi bütçesinden, emniyet hizmetlerinin gerektirdiği teçhizat alımıyla ilgili harcamalar yapılabilir"* şeklindeki fıkra, *"Kamu kurum ve kuruluşlarının 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu kapsamındaki araçlarının alımı, işletilmesi, bakım ve onarımı ile bürolarının ihtiyaçları; kamu konutlarının yapım, bakım, işletme ve onarımı ile emniyet hizmetlerinin gerektirdiği teçhizat alımıyla ilgili harcamalar il özel idaresi bütçesinden karşılanabilir"* şeklinde değiştirilerek il özel idarelerinin harcama yükümlülükleri artırılmış ve bu suretle görevleri genişletilmiştir.

661 sayılı KHK'nın dayanağı olan 6223 sayılı Yetki Kanunu; (a) Bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların kurulması ile görev, yetki ve teşkilatına ilişkin konularda ve (b) kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerine ilişkin atanma, nakil ve görevlendirme gibi bazı konularda düzenleme yapmaya izin vermektedir.

İl özel idaresi, 5302 sayılı Kanun'un 3. maddesinde *"İl halkının mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi"* olarak tanımlanmaktadır. İl özel idaresi, her hangi bir bakanlığın bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşu olmadığı gibi dava konusu düzenlemenin il özel idarelerinde istihdam edilen kişilerle ilgili bir yönü de bulunmamaktadır.

Nitekim Mahkememiz, kapatılan Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatında yer alan sosyal hizmet kuruluşlarının il özel idarelerine devrini öngören 633 sayılı KHK'nın geçici 9. maddesinin ilgili fıkralarını, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olmadığı gerekçesiyle, oybirliğiyle iptal etmiştir (E.2011/82, K.2012/150, 11/10/2012).

Dava konusu kuralın da aynı gerekçeyle iptali gerektiğini düşündüğümden, çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılamıyorum.

2. 661 sayılı KHK'nın 22. maddesiyle, 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının avukatlıktan hakim ve savcı adaylığına geçişin şartlarını düzenleyen (k) bendinde değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten sonra (k) bendi şu hali almıştır: "*Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış,* ***giriş sınavının yapıldığı tarih*** *itibarıyla kırkbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmak, şarttır*". Kuralla, geçiş için gerekli olan kırk beş yaşın hesaplanmasında dikkate alınan *"giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü"* ibaresi, *"giriş sınavının yapıldığı tarih"* şeklinde değiştirilmiştir.

Diğer yandan, aynı KHK'nın 29. maddesiyle, 10.10.1984 tarihli ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi değiştirilerek, diğer hususlar yanında, "Müfettiş Yardımcılarının seçilmesi"ne dair hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca, "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez." Dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevlerden olan ve Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen "kamu hizmetine girme hakkı", 91. madde gereğince kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanan haklardan biridir.

İptali istenen kurallar, hâkim ve savcı adaylığı ile müfettiş yardımcılığına giriş şartlarına dair düzenlemeler mahiyetindedir. Bu mesleklere girişte hangi şart ve niteliklerin aranacağı, bu kamu hizmetine girecek kişilerin kimler arasından ve nasıl seçileceği gibi hususlar, kamu hizmetine girme hakkının uygulanmasına ilişkin olup, Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek "yasak alan" içine girmektedir.

Nitekim Mahkememiz, 661 sayılı KHK'nın 9., 10. ve 13. maddeleriyle değiştirilen, gümrük ve ticaret denetmen yardımcılığı, gümrük muhafaza memurluğu ve kaymakam adaylığına girişe dair kuralları, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin oldukları gerekçesiyle iptal etmiştir. Aynı şekilde, Mahkememiz daha önce verdiği birçok kararda "müfettiş yardımcılarının seçilmesi"ne ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceğini öngören KHK kurallarını aynı gerekçeyle iptal etmiştir. (Örneğin E.2011/79, K.2013/69, 6/6/2013; E.2011/100, K.2012/91, 29/11/2012).

Açıklanan nedenlerle 661 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 22. ve 29. maddeleriyle değiştirilen dava konusu kuralların Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmeleri gerektiği kanaatindeyim.

FARKLI GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014

15/2/2014 tarih ve 6524 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun ilgili maddelerinde değişiklik yapan 25. ve 29. maddeleri ile 28. ve 32.maddelerinin bir kısmı iptal edilmiştir. Karşıoy gerekçelerim, Mahkememizin gerekçeli kararında olduğu gibi anlatımı ve okumayı kolaylaştırmak maksadıyla iptal edilen maddelerin bir kısmı gruplandırılmak suretiyle farklı gerekçeyi izleyen bölümde dört başlık altında açıklanmıştır.

I- FARKLI GEREKÇE

Dava dilekçesinde parlamentonun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı biçimde Anayasa'da kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanarak,mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulması ve görev yapması gereken bir kurumu yürütmeye bağladığı, dolayısıyla "yetki gaspı" yaptığı gerekçesiyle Kanun'un tümünün "yok hükmünde" olduğunun tespiti istenmiş, Mahkememiz de bu talebi oybirliğiyle reddetmiştir.

Mahkeme gerekçesinde, "yokluk" kavramı "bir normun var olmadığının ifadesi" olarak tanımlanmış, hukuka aykırılığın "o normun hukuk aleminde hiçbir zaman varlık kazanamamasına yol açacak ağırlıkta ve açıklıkta olması" durumunda yokluğun ortaya çıkabileceği,bunun dışındaki Anayasa'ya aykırılıkların iptal yoluyla giderilebileceği, dava dilekçesinde ileri sürülen sakatlıkların "Kanun'un varlık kazanmasını olanaksız kılan haller kapsamına girmediğinden" anayasallık denetiminin ayrıntılı bir şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Mahkeme, bu görüşüyle, "yokluk" konusunda verdiği son kararlarından iki noktada ayrılmıştır. Birincisi, isabetli olarak, Cumhurbaşkanının kanunu yayımlama iradesi ve kanunun Resmi Gazetede yayımlanmasının, kanunun varlığının değil, yürürlüğünün zorunlu şartı olduğu vurgulanmıştır. İkinci olarak, bir kanunun yokluğundan bahsedilebilmesi için, parlamento iradesinin olmaması dışında, "*anayasal düzende yasama organına verilmeyen bir yetkinin fonksiyon gaspı suretiyle kullanılması gibi*" bir durumun bulunması gerektiği belirtilmiştir.

Böylece "yokluk" konusunda, 1992 yılında verilen bir kararda, yönetim hukukundaki yokluk tanımından hareketle ortaya konan "*Anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesi ancak yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir*" şeklindeki görüşe bir anlamda geri dönülmüştür (E.1992/26, K.1992/48, 17/9/1992). Halbuki, Mahkeme sonraki kararlarında "yokluk" tanımını ve muhtemel yokluk nedenlerini oldukça daraltmış, son olarak yaklaşımını şu şekilde açıklamıştı: "*Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece "var"lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler*" (E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008).

Bu kısa açıklamadan bile anlaşılacağı üzere, "yokluk" ve "yok hükmünde sayma", oldukça belirsiz, sınırlarının belirlenmesi kolay olmayan, kendi içinde paradoksal özellikler taşıyan, dahası bir an için gerekli unsurlarının ortaya konabileceği varsayılsa bile anayasa yargısında uygulanması son derece zor olan konulardır. Mahkememizin belirttiği üzere, "yokluk" bir normun varlığının zorunlu şartlarının bulunmaması ise ortada denetime konu bir kural "yok" demektir. Anayasa Mahkemesi, sadece denetlenebilir bir normun var olması, başka bir ifadeyle norma vücut veren ve yürürlüğe koyan iradelerin bulunması durumunda bir normun denetimini yapabilmektedir. Bu niteliklere sahip olmayan ve Anayasa'da öngörülen şartlara uyulmadan Mahkemenin önüne getirilecek norm ise incelenmeksizin reddedilecektir. Zira, olmayan bir normun denetlenerek, olmadığının söylenmesi paradoksal bir durumdur.

Diğer yandan, şekil şartlarına sahip olmakla birlikte, "yetki ya da fonksiyon gaspı" sonucu ortaya çıkan bir kanunun denetiminde de Mahkemenin uygulayabileceği yegane yaptırım iptaldir. Bu durumda dahi ortada "yokluk"tan ziyade, "var" olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı, dolayısıyla iptal edilebilirliği söz konusudur. Mahkememiz çoğunluğunun verdiği fonksiyon gaspı örneğinin "ağır ve açık" bir Anayasaya aykırılık olduğu, bu anlamda ortaya çıktığı ileri sürülen "yok"luğun da aslında, Kelsen'in ifadesiyle, bir "hukuk düzeninde iptal edilebilirliğin en üst derecesi"ni oluşturduğunu söylemek daha doğru olur (Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Trans. Max Knight, Berkeley, 1967, s.278).

"Yokluk" ya da "yok hükmünde sayma" kararının belli istisnai durumlarda verilebileceği ya da verilmesi gerektiği görüşü bir an için kabul edilse bile, bu yetkinin öncelikle anayasal bir dayanağa sahip olması gerektiği izahtan varestedir. Hiç kuşkusuz, anayasa koyucu iptal kararıyla düzeltilemeyecek derecedeağır sakatlıkları dikkate alarak, anayasa yargısında "yokluk" ya da "yok hükmünde sayma" kurumunu tanıyabilir. Ancak, mevcut anayasal ve

yasal durum karşısında Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olduğunu ileri sürmek mümkün değildir (Aynı yönde bkz. bkz. Osman Can, "Anayasa Yargısında Yokluk", *Prof.Dr.Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Ankara, 2008, ss.189-190; Nur Uluşahin, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", *a.g.e.*, ss.724-727).

Anayasa'nın 6. maddesine göre, "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*". Bu anayasal kural Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir. Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesine verilen yetki, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğünün şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekten ibarettir. Bu denetimin sonunda da Mahkemenin uygulayabileceği tek yaptırım denetime konu kuralın iptalidir. Bunun dışında, denetlenen kuralın "yokluğunun tespiti" veya "yok hükmünde sayılması" gibi bir karar türüne Anayasa'nın herhangi bir hükmünde yer verilmiş değildir. Anayasa'nın 153. maddesinde iptal kararlarının doğurabileceği muhtemel sakıncaları gidermeye yönelik bir dizi kurala yer verildiği, bunlar arasında "iptal kararları geriye yürümez" hükmünün bulunduğu da dikkate alındığında, anayasa koyucunun Anayasa Mahkemesine "yokluk" kararı verme yetkisini aklından dahi geçirmediği söylenebilir.

Hukukun genel teorisi veya evrensel ilkeleri gibi bir takım kaynaklardan "yokluk" veya "yok hükmünde sayma" kararı alma yetkisinin çıkarılabileceği ileri sürülebilir. Böyle bir düşüncenin keyfîliğe açık olduğu ve Anayasayla bağdaşır olmadığı ortadadır. Normların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevli olan Anayasa Mahkemesi, bu görevini Anayasa'da kendisine verilen sınırlı ve çerçevesi belli olan yetkileri kullanarak yapabilir. Bu yetkilerin, ortaya çıkan hukuksal sakatlıkları gidermek için yeterli olmayabileceği, bir takım hak ihlallerinin gerçekleşebileceği ve muhtemel hukuki sakıncaların iptal kararıyla giderilemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak, tam da bu noktada Anayasa Mahkemesinin bir kurulu iktidar olduğu ve kurucu iktidarın tanıdığı sınırlar içerisinde hareket edebileceğini hatırlamak gerekir. Ayrıca, unutmamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi ve diğer mahkemeler, toplumda mevcut her türlü hukuki sorunu çözmek zorunda olan ve olağanüstü güçlere sahip kurumlar değildir.

Anayasa Mahkemesi, bazı istisnai durumlarda "yokluk" konusunda karar verebileceğini ifade etmek suretiyle, son derece belirsiz, tehlikeli ve karanlık bir odaya açılan kapıyı kapatmak yerine aralık tutmaya devam etmiş, hatta biraz daha aralamıştır. Muhtemel "yokluk" kararlarının, iptal kararlarından tamamen farklı ve radikal niteliği düşünüldüğünde, hukuk düzeninde çok büyük alt üst oluşlara neden olabileceği tahmin edilebilir (bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Bursa, 2011, s. 836). Gerçekten

de "yokluk" kapısından içeri girilmesi, sadece anayasa teorisi ve pratiği açısından çok büyük sakıncalar yaratmakla kalmayacak, "yokluk" tartışmasını verilebilecek muhtemel "yokluk" ya da "yok hükmünde sayma" kararlarını da içine alacak şekilde genişletebilecektir.

Sonuç olarak Kanun'un tümünün "yok hükmünde" sayılması talebinin reddine yönelik çoğunluk görüşüne yukarıda açıklanan farklı gerekçeyle katılıyorum.

II- KARŞIOY GEREKÇELERİ

1- Kanun'un 25. Maddesiyle Değiştirilen 6087 Sayılı Kanun'un 8. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrası

Dava konusu kuralla Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) üyelerinin maddede belirtilen sınırlar içerisinde dairelere dağılımını yapma yetkisi HSYK başkanına verilmiştir. Başkan, maddenin (1) numaralı fıkrasındaki esaslara göre, "üyelerin hangi dairede asıl ve tamamlayıcı üye olarak görev yapacağını belirler". Daha önce HSYK Genel Kuruluna ait olan bu yetkinin Başkana verilmesinin, aşağıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 159. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

a. Anayasa'nın 159. maddesi, HSYK'nın kuruluş ve görevlerini oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Kurul üyeleri, daire başkanları ve başkanvekilinin seçimi ile genel sekreter, müfettiş ve tetkik hakimlerinin atanmasına ilişkin hükümlere yer verilirken, üyelerin dairelere dağılımı konusunda 159. maddede hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa koyucu, bu konuyu "dairelerin oluşumu ve iş bölümü" kapsamında kanuna bırakmıştır (mad.159/son).

Bu çerçevede kanun koyucunun, üyelerin dairelerini belirleme yetkisini HSYK Genel Kuruluna, başkana veya başkanın önerisi ve Genel Kurulun uygun bulması gibi her iki organa birlikte vermesi takdir yetkisi kapsamındadır. Burada, söz konusu yetkinin mutlaka Genel Kurula bırakılması gerektiğini söylemek, 159. maddenin bir gereği değil, ancak yerindeliğe ilişkin bir değerlendirme olabilir. Kurul genel sekreterinin atanma usulünü bile ayrıntılı bir şekilde düzenleyen anayasa koyucunun, üyelerin dairelere dağılımının da mutlak surette Genel Kurul tarafından yapılmasını istediği, ancak bunu Anayasa'da belirtmeye ihtiyaç duymadığı veya "sehven" kanuna bıraktığı söylenemez.

b. Hiç kuşkusuz, kanun koyucunun üyelerin dairelere dağılımı konusundaki takdir yetkisinin Anayasa'ya uygun olması, özellikle de HSYK'nın "mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı" esaslarına göre kurulduğunu ve görev yaptığını belirten 159. maddenin ilk fıkrasına aykırı olmaması ge-

rekmektedir. Bu bağlamda, üyelerin dairelerini belirleme yetkisini Başkana veren düzenlemenin bu esaslarla bağdaşıp bağdaşmadığının ortaya konması gerekir. Bunun için de öncelikle, HSYK'nın anayasal statüsüne ve Başkanın konumuna bakılmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin daha önce de belirttiği üzere, "*Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, idari organ niteliğini haizdir ve aldığı kararlar da yargı kararı olmayıp idari işlem niteliğindedir*" (E.2011/20, K.2013/41, 7/3/2013). Esasen Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde de Yüksek Hakimler Kurulu'nun idari nitelikte bir kurum olduğunu şu ifadelerle açıklamıştır: "*Bir yürütme görevlisinin mahkemeye başkanlık etmesi düşünülemeyeceğinden Yüksek Hakimler Kurulu'nu yargısal bir kurul, kararlarını da yargısal bir karar saymak olanaksızdır. Yüksek Hakimler Kurulu'nun kuruluş amacı ve görev alanı yönünden de yönetimsel nitelikte bir kurum olduğu, Hakimlerin özlük ve disiplin işlerini yürüttüğü, yargı kararları üzerinde denetim yetkisi ve görevi bulunmadığı, Anayasa'da ve ... Yasa'da belirtilmiştir*" (E.1976/43, K.1977/4, 27/1/1977).

HSYK'nın idari bir kurum olması, "mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı" esaslarına göre kurulan ve görev yapan bir kurum olarak, bağımsız çalışmasını sağlayacak güvencelere sahip kılınmasına kuşkusuz engel değildir. Nitekim, HSYK'nın idari kurum olmasına rağmen, yargıya ilişkin görev ve yetkilerinden dolayı Anayasa'nın "yargı" bölümünde yer alması da bunu göstermektedir. Ancak, tüm bunlar, anayasa koyucunun HSYK'yı, son kertede, Adalet Bakanının başkanlığında, hakim ve savcıları mesleğe kabul etme, atama, nakletme ve haklarında disiplin cezası verme gibi görev ve yetkilerle donatılmış, meslekten çıkarma kararları dışındaki kararları yargı denetimine kapalı olan bir idari kurum olarak düzenlediği gerçeğini değiştirmemektedir.

Anayasa'nın 159. maddesine göre, "*Kurulun Başkanı Adalet Bakanı*" olup, "*Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir*". Aynı zamanda yürütme organında görev alan bir kişinin Kurulun başkanı olmasının "yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı" esaslarıyla bağdaşmayacağı ileri sürülebilir. Nitekim, bu iddia 2010 yılında 5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin neredeyse tüm hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı kapmasında Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Mahkeme, yaptığı denetim sonunda, bu iddiayı reddetmiştir. Kararda, Adalet Bakanının, dolayısıyla "*yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin belli ölçüde azaltıldığı*" vurgulanarak, "*sözkonusu hükümlerin yargı bağımsızlığını dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsız hale getirdiği söylenemez*" sonucuna ulaşılmıştır (E.2010/49, K.2010/87, 7/7/2010).

Adalet Bakanı, Anayasa'nın 140. maddesi gereğince hakim ve savcıların "idari görevleri yönünden" bağlı oldukları "Bakanlık kuruluşunun en üst amiri" konumundadır (2992 sayılı Kanun, m.5). Adalet Bakanının "HSYK Başkanı" olarak görev yapmasının yerindeliği tartışması bir yana bırakılacak olursa, bu düzenlemenin amacının yargı hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yerine getirilmesine yönelik olarak siyasal hesap verebilirliği sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, bu amaç 6087 sayılı Kanunun 3. maddesinin gerekçesinde "*...topluma ve Meclise karşı hesap verme pozisyonunun bir gereği ve anayasal düzenlemenin tabii bir sonucu olarak, ... Adalet Bakanı, kurulun Başkanı olarak öngörülmektedir*" şeklinde ifade edilmiştir.

Dava konusu kuralın, anayasa koyucu tarafından Adalet Bakanına "HSYK Başkanı" sıfatıyla, Kurulun yönetim ve temsili yetkisi verildiği ve bu anayasal konumun Anayasa Mahkemesince, bu konuda denetim yetkisinin olup olmadığı hususu bir yana, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatına aykırı bulunmadığı dikkate alınarak değerlendirilmesi zorunluluğu vardır. Başka bir ifadeyle, anayasa koyucunun HSYK'yı adalet bakanının başkanlığında bir kurum olarak düzenlemesi, Başkanın Kurulun dışında "yabancı" bir unsur gibi algılanmasını mümkün kılmamaktadır.

c. Mahkeme çoğunluğunun iptal gerekçelerinden biri, Anayasa'nın 159. maddesinde yer alan "*Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir*" ifadesinden hareketle HSYK Başkanına verilen yetkilerin "yönetim ve temsil"le sınırlı olduğu görüşüdür. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira sözkonusu hüküm, Kurulun "yönetimi ve temsili" görevinin kim tarafından yerine getirileceğini düzenlemekte, Başkanın görev ve yetkilerinin sınırını çizmemektedir. Anayasa'da ve Kanun'da HSYK başkanına dar anlamda "yönetim ve temsil" kapsamında değerlendirilemeyecek görev ve yetkiler verilmektedir. Nitekim 6087 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında Başkan'ın görevleri sayıldıktan sonra (f) bendinde "*Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak*" ifadesine yer verilmiştir. Kısacası HSYK'nın başkanı ve bir organı olarak başkan, Anayasa'nın 159. maddesinde sayılan görev ve yetkilerin dışında, kanunla kendisine verilen diğer görev ve yetkileri de kullanabilir.

Bir an için Başkanın yetkilerinin "yönetim ve temsil"le sınırlı olduğu kabul edilse bile dava konusu kuralla verilen yetkinin geniş anlamda "yönetim" kapsamına girmediğini söylemek zordur. Üyelerin hangi dairede görev yapacaklarının belirlenmesi, iş bölümü ve organizasyona ilişkin bir konu olup, yönetim yetkisi kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim yargısal görev yapan bir çok kurumda da üyelerin hangi dairede görev yapacağına kurumların yönetim ve temsilinden sorumlu olan başkanlar karar vermektedir. Söz gelimi, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 21. maddesinin (1) numaralı fıkrasında

"*Sayıştay Başkanı, Sayıştayı yönetir ve temsil eder*", (5) numaralı fıkrasında da "*Sayıştay Başkanı; daire başkanları ve üyelerin dairelerini belirler...*" denmektedir.

d. HSYK başkanına verilen üyelerin dairelerini belirleme yetkisi, sınırsız bir yetki değildir. Başkan bu yetkiyi 6087 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen esaslar çerçevesinde kullanabilecektir. Bu fıkrada üyeler geldikleri kaynağa göre dairelere dağıtılmış, örneğin, Birinci Dairede "*Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Yargıtay'dan seçilen bir, adli yargı hakim ve savcıları arasından seçilen üç, idari yargı hakim ve savcıları arasından seçilen bir ve Cumhurbaşkanınca seçilen bir asıl üye*"nin görev yapacakları belirtilmiştir. Dolayısıyla, Başkan aynı kaynaktan birden fazla üyenin bulunması durumunda bunların hangi dairede görev yapacağına karar verebilmektedir.

Adalet Bakanının ve onun üyesi bulunduğu Bakanlar Kurulu'nun HSYK üyelerinin seçilmesinde hiçbir yetkilerinin bulunmadığı, Başkana verilen yetkinin görevleri ve üye kaynakları kanunla belirlenmiş olan dairelere aynı kaynaktan birden fazla üyenin bulunması durumunda dağılımı yapmaktan ibaret olduğu dikkate alındığında, bu sınırlı yetkinin yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatını zedelediği söylenemez. Aksi yöndeki görüş, bir yandan yürütmeye karşı aşırı bir güvensizliğe, diğer yandan da HSYK dairelerinin bir kısmının diğerlerinden daha önemli olduğu ve nihayet üyelerin Başkanın bu yetkisini kullanması sonucu etki altında kalabileceği varsayımına dayanmaktadır.

Her şeyden önce, dairelerin üçü de hâkim ve savcılar hakkında çok önemli görevlere sahiptir. Dolayısıyla, bir dairenin diğerinden daha önemli olduğu varsayımı en azından anayasal olarak ileri sürülemez. İkincisi, HSYK üyelerinin, dairelerini belirleyen HSYK başkanının etkisi altına gireceğini varsaymak da doğru değildir. Mahkememizin, 6087 sayılı Kanun'un ilk halini denetlerken belirttiği üzere, "*mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yapan Kurul üyelerinin kendi iradeleri ile oylarını kullanacakları açıktır*" (E.2011/20, K.2013/41, 7/3/2013). Farklı bir bağlamda belirtilmiş olsa da bu değerlendirmenin HSYK başkanının üyelerin dairelerini belirlemesi yetkisi için de geçerli olduğu açıktır.

Söz konusu güvensizliğin ve varsayımların bir an için geçerli olduğu kabul edilse bile, dairelerin oluşumu ve kararlarının niteliği dikkate alındığında Başkana verilen bu yetkinin muhtemel "sakıncalar"ını gidermeye yönelik gerekli mekanizmalar mevcuttur. Anayasa'nın 159. maddesine göre, "*Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz*". Ayrıca, 6087 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca "*Daire kararlarına karşı yapılan itirazları inceleyip karara bağlamak*" görevi Genel Kurula aittir. Bu nedenle daire üyelerinin başkanın etkisinde kalarak vermesi muhtemel "yanlı" kararları, Genel Kurul tarafından denet-

lenebilecektir. Kaldı ki başkanın üyelerin dairelerini belirlemesiyle ortaya çıkabilecek muhtemel sakıncaların, bu yetkinin Genel Kurul çoğunluğunca kullanılması durumunda çıkmayacağı da söylenemez.

e. Üyelerin hangi dairede görev yapacağını belirleme yetkisinin, aynı zamanda yürütme organında görev yapan HSYK Başkanına verilmesinin "mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı"na zorunlu ve otomatik olarak aykırılık teşkil edeceği söylenemez. Genel olarak ifade etmek gerekirse bu ilke, hakim ve savcıların atanması, nakil işlemleri ve soruşturulmaları gibi konularda Adalet Bakanına hiçbir yetkinin verilmemesi gerektiği gibi mutlak bir kabulü gerektirmemektedir. Almanya, Hollanda, Danimarka, Çek Cumhuriyeti gibi demokratik hukuk devletleri olduklarında kuşku bulunmayan bir çok Avrupa ülkesinde adalet bakanlarına bu konularda önemli yetkiler tanındığı bilinmektedir.

Hakim ve savcılara ilişkin konularda karar alan bir idari organın üyelerinin, aynı zamanda bu organın Başkanı olan kişi tarafından dairelerinin belirlenmesinin ötesinde, bizatihi bazı hakim ve savcıların yürütme tarafından atanması bile tek başına yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatına aykırı görülmeyebilmektedir. Örneğin, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulan ve görev yapan bir yüksek mahkeme olan "*Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin askerî hakim sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askerî hakimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hakim sınıfından olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir*" (Anayasa, m. 157). Aynı şekilde, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca, askerî hakim ve savcıların atanmaları ve yer değiştirmeleri "*Millî Savunma Bakanı ve Başbakanın müşterek kararnamesi ile Cumhurbaşkanının onayı*"na sunularak yapılmaktadır.

Mahkememiz, birçok bireysel başvuru kararında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin üyelerinin bağımsız ve tarafsız olamayacaklarına ilişkin iddiaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da atıf yapmak suretiyle, "atanma ve çalışma usulleri yönünden" hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun olmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaksız bulmuştur (Bkz. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29; No: 2013/2954, 19/12/2013, § 49).

Bu açıklamalar ışığında, HSYK Başkanına kanunda belirtilen esaslar içinde üyelerin dairelerini belirleme yetkisi veren dava konusu kuralın Anayasa'nın 159. maddesine aykırı olmadığını düşünüyorum.

2- Kanun'un 25. Maddesiyle Değiştirilen 6087 Sayılı Kanun'un 8. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesi

Dava konusu kuralla daire başkanlarının her dairenin kendi üyeleri içinden üye tam sayısının salt çoğunluğuyla belirleyeceği iki aday arasından Genel Kurulca seçileceği belirtilmektedir. 6087 sayılı Kanun, değişiklikten önce, daire başkanlarının Genel Kurul tarafından daire üyeleri arasından seçilmesini öngörmekteydi. Dava konusu kuralla da bu yetkinin daireler ile Genel Kurul arasında paylaştırıldığı ve bununla daire üyelerinin kendi başkanlarının seçiminde daha fazla söz hakkına sahip olmalarının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 159. maddesinde Kurulun daire başkanlarını kendi üyeleri arasından seçmesi öngörülmektedir. Ancak, Kurul'un bu seçimi nasıl yapacağına ilişkin herhangi bir anayasal kural bulunmamakta, bu durum kanuna bırakılmaktadır. Kanun koyucu, bu seçimin Genel Kurul tarafından tüm üyeler veya ilgili dairenin üyeleri arasından yapılmasını tercih edebileceği gibi, dairelerin teklifi üzerine Genel Kurulca seçilmesini de tercih edebilir.

Anayasa'nın 159. maddesinde geçen "Kurul" terimi, her ne kadar bazı yerlerde açıkça "Genel Kurul" anlamında kullanıldığı anlaşılmaktaysa da, sadece "Genel Kurul"u değil, aynı zamanda daireleri de içine alan bir kavramdır. "Kurul"un yalnızca "Genel Kurul" olarak algılanması durumunda 159. maddede sayılan "Kurul"un görevlerinin tamamının mutlaka yirmiiki kişilik "Genel Kurul" tarafından yapılması gerektiği sonucu çıkar. Böylesi bir yorumun daireleri tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getireceği açıktır. Nitekim, 6087 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde "Kurul" terimi "Genel Kurul" olarak değil, *"Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"* olarak tanımlanmış, *"Kurulun teşkilatı"* başlıklı 5. maddesinde ise *"Kurul"*un *"Başkanlık, Genel Kurul, daireler ve hizmet birimlerinden"* oluştuğu ifade edilmiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, daire başkanlarının seçilmesi yetkisinin daireler ile Genel Kurul tarafından birlikte kullanılmasına yönelik düzenlemenin kanun koyucunun takdirinde olduğu ve Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.

3- Kanun'un 29. Maddesiyle Değiştirilen 6087 Sayılı Kanun'un 12. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrası İle 32. Maddesiyle Değiştirilen 15. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrası

Kurallarla tetkik hakimleri ile kurul müfettişlerinin belli niteliklere sahip kişiler arasından "*ihtiyaç duyulan her bir boş kadro için Birinci Daire tarafından teklif edilen iki kat aday içinden, muvafakatleri alınarak Genel Kurulca*" atanacakları öngörülmüştür. Anayasa'nın 159. maddesine göre "*Kurul müfettişleri ile*

Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcıları, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir." Kurulun bu yetkisini nasıl kullanacağına dair Anayasa başka bir hükme yer vermemekte, konunun düzenlenmesini kanuna bırakmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 159. maddede geçen "Kurul" terimi Genel Kurul ve daireleri içine alacak şekilde kullanılmaktadır. Dolayısıyla, kanun koyucu önceki düzenlemede olduğu gibi, müfettiş ve tetkik hakimlerini atama yetkisini sadece Genel Kurula verebileceği gibi, bu yetkinin ilgili daireyle birlikte kullanmasını da isteyebilir. Zira Anayasa'da HSYK'nın seçme ve atama yetkilerinin kullanımında Kurulun bir organı olan dairelerin rol alamayacağına dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dava konusu kurallar da, buradan hareketle, müfettiş ve tetkik hakimlerini atama yetkisinin kullanımında Birinci Daireye her boş kadro için iki katı müfettiş ve tetkik hakimi adayı belirleyerek Genel Kurula sunma yetkisi vermiştir.

Birinci Dairenin, hâkim ve savcıların atamasından sorumlu olduğu düşünüldüğünde, bu düzenlemenin öncekine oranla uzmanlığa dayalı daha etkin bir atama yöntemi getirdiği de söylenebilir. Bu yöntemin 1961 Anayasası döneminde Yüksek Hâkimler Kurulu'ndaki müfettiş atamalarında da kullanıldığı bilinmektedir. 1961 Anayasası'nın 20/9/1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değiştirilen 144. maddesinde, Yüksek Hâkimler Kuruluna bağlı ve sürekli olarak görevli müfettiş hakimlerin, "*hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu mesleklerden sayılanlar arasından Yüksek Hakimler Kurulunca*" atanacağı belirtilmekteydi. Bu anayasal hükmün uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan 1597 sayılı Yüksek Hakimler ve Yüksek Savcılar Kurulu Kanunu'nda Kurulda görev yapacak müfettişleri önerme yetkisi bugünkü HSYK'nın Birinci Dairesiyle hemen hemen aynı görevleri yapan birinci bölüme bırakılmıştı. Kanun'un 42. maddesinin son fıkrasında "*Müfettiş Hakimler Kurulu Başkanı ile müfettiş hakimler, hakim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından birinci bölümün teklifi üzerine Yüksek Hakimler Kurulunca atanır*" hükmüne yer verilmişti.

Dava konusu düzenlemeleri, Genel Kurulun müfettiş ve tetkik hâkimlerinin atanmasına ilişkin "mutlak" yetkisini sınırlama olarak görmekten ziyade, HSYK'nın organik unsurlarından olan dairelerin uzmanlıklarından faydalanmayı ve bir anlamda Genel Kurulun işlemlerini kolaylaştırmayı amaçlayan bir değişiklik olarak değerlendirmek daha doğru olur. Kurallar, Genel Kurulun atama konusunda nihai belirleyiciliğini ortadan kaldırmamakta, sadece ilgili daireye iki aday teklif etme yetkisi vermektedir. HSYK Genel Kurulu, önerilen iki adaydan birini atayabileceği gibi, doğal olarak ikisini de atamayabilir ve daireden yeni adayların önerilmesini isteyebilir.

Diğer yandan, "iş birliğiyle atama" olarak değerlendirilebilecek olan bu yöntem, hukuk düzenimizde sadece HSYK için öngörülen bir yöntem de de-

ğildir. Anayasallık denetiminde ölçü olmamakla birlikte, yöntemin kullanıldığı diğer uygulamalardan da bahsetmek konunun açıklanması bakımından gereklidir. Söz gelimi, üniversite rektörlerinin atanmasında da benzer bir usul izlenmektedir. Anayasa'nın 130. maddesinde "*Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca...seçilir ve atanır*" denmekte, atama da üniversitelerle başlayan ve Yükseköğretim Kurulu ile devam eden bir sürecin sonunda belirlenen üç aday arasından Cumhurbaşkanınca yapılmaktadır (2547 sayılı Kanun, mad. 13-a). Aynı şekilde, Anayasa'da herhangi bir düzenleme olmamakla birlikte, Sayıştay Başkanı ve üyelerinin seçiminde TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu üyeleri arasından belirlenen onbeş kişiden kurulu "Ön Seçim Geçici Komisyonu", gerekli gördüğünde adaylarla mülakat yapmak suretiyle, her boş üyelik için belirlediği iki katı adayı nihai kararı verecek olan Meclis Genel Kuruluna sunmakta, Genel Kurul da bu kişiler arasından seçim yapmaktadır (6085 sayılı Kanun, mad.16).

Açıklanan nedenlerle, Kurul müfettiş ve tetkik hakimlerinin Birinci Daire'nin teklif ettiği iki kat aday arasından Genel Kurulca atanacağına ilişkin kurallarda Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.

4- Diğer kurallar

Dava konusu Kanunla değiştirilen 6087 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde ilk toplantıda toplantı veya karar yeter sayısının sağlanamaması hâlinde üç gün içinde yapılacak ikinci toplantıda katılanların en çok oyunu alan kişinin daire başkanı seçileceği; 12. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 32. maddesiyle değiştirilen 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlelerinde aynı yöntemle tetkik hakimlerinin ve müfettişlerin atamasının yapılacağı; 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümlelerinde Kurul genel sekreterinin seçiminde de aynı yöntemle en çok oyu alan üç adayın teklif edilmiş sayılacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 159. maddesinde Kurula verilen seçme, atama ve teklif etme yetkilerinin kullanılmasında herhangi bir toplantı ve karar yeter sayısı öngörülmemiş, sadece *"Kurulun ve dairelerin... toplantı ve karar yeter sayıları"*nın kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. 6087 sayılı Kanun'un 29. maddesinin (3) numaralı fıkrası da "*Kanundaki istisnalar hariç olmak üzere Genel Kurul, üye tam sayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğuyla karar verir*." şeklinde bu konuyu düzenlemiştir.

Dava konusu kurallarda daire başkanlarının, genel sekreterin, müfettiş ve tetkik hâkimlerinin HSYK Genel Kurulunda seçimine ya da atanmasına ilişkin olarak bazı istisnalar getirilmektedir. Buna göre, Genel Kurulun ilk toplantısında toplantı veya karar yeter sayısı sağlanamadığında üç gün içinde

yapılacak toplantıda katılanların en fazla oyunu alan kişiler durumlarına göre seçilmiş, atanmış ya da teklif edilmiş olmaktadır.

Bu düzenlemelerin Genel Kurul toplantılarına yüksek katılımı ve yüksek oyla seçimi engelleme ihtimali bulunduğundan yerinde olmadığı söylenebilir. Getirilen yöntemin toplantıya katılımı düşürmek yerine tersine, her durumda seçimin ya da atamanın yapılacağını bilen üyelerin katılımını artıracağı da söylenebilir. Ancak, burada anayasallık denetimi bakımından önemli olan, öngörülen usul kuralının Genel Kurul üyelerinin iradesiniortadan kaldırmayacak nitelikte olmasıdır. Kanun koyucu, bunu sağlamak kaydıyla, Genel Kurul üyelerini toplantıya katılmaya ve karar almaya zorlayacak özel düzenlemeler yapabilir.

Kuralların yapılan seçim ya da atamalarda bazı üyelerin toplantılara katılmaması ya da öngörülen salt çoğunluğun sağlanamaması sonucu sürecin kilitlenmesini ve sürüncemede kalmasını engelleyerek, bir an önce sonuçlanmasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun bu amaçla, ilk toplantıda toplantı veya karar yeter sayısı sağlanamadığında, üç gün içinde yapılacak ikinci toplantıda "katılanları" toplantı için yeterli görmesi ve katılanların en fazla oyuyla seçimi, atamayı ya da teklifi gerçekleştirmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Sonuç olarak yukarıda açıkladığım gerekçelerle dava konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığını düşündüğümden çoğunluğun iptal yönündeki görüşlerine katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2017/16, K.2019/64, 24/7/2019

1. 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesine eklenen (11) numaralı (sonraki değişikliklerin ardından 12 numaralı) fıkranın iptali istenen birinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırılık iddiası Mahkememiz çoğunluğu tarafından reddedilmiştir.

2. İptali istenen kurallar şu şekildedir: "*Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik Bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir… Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir*." Kurallar, bir yandan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (Kurum) görevi kapsamında her türlü bilgi, belge, veri ve kayıtları ilgili yerlerden alabilme ve bunları değerlendirme, arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanma yetkisi vermekte, diğer yandan da ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlara da Kurum tarafından yapılan her türlü bilgi ve belge talebini gecikmeksizin yerine getirme yükümlülüğü getirmektedir.

3. Anayasa'nın 20. maddesi özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkını güvenceye almaktadır. Anayasa koyucu "*Özel hayatın … gizliliğine dokunulamaz.*" şeklinde kesin bir dille özel hayatın mahremiyetinin önemine işaret etmiştir. Bu gizliliğin özel bir yansıması kişisel verilerin korunmasında karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 20. maddesine 2010 yılında eklenen fıkrayla kişisel verilerin korunması hakkı açıkça güvenceye kavuşturulmuştur. Kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı "*kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar*".

4. Kimliği belirli veya belirlenebilir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eden kişisel veri, kişinin mahremiyetinin en önemli yönlerinden birini, dolayısıyla maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının da ayrılmaz unsurunu

oluşturmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edildiği üzere, insanın *"onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır"* (AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 8/12/2015, § 164).

5. Bununla birlikte kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı sınırsız değildir. Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olmamak kaydıyla söz konusu hak sınırlandırılabilir. Bu güvencelerin başında "kanunla sınırlama" ölçütü gelmektedir. Buna göre, diğer temel hak ve hürriyetler gibi, kişisel verilerin korunması hakkının da sınırlandırılabilmesi kanunla mümkündür. Dahası bu hakkın yer aldığı Anayasa'nın 20. maddesinde "kanunla sınırlama" şartı, "*Kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir*" şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.

6. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri kapsamında kişisel verilerin korunması hakkını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin bulunması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp, yasal kuralların keyfîliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir (*Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/06/2014, § 89).

7. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin "*hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir*" (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 153). Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke "*hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar*" (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

8. Kişilerin özel hayatlarının kamu otoriteleri başta olmak üzere başkalarının keyfî müdahalelerine karşı korunabilmesi için kanuni düzenlemelerin açık, anlaşılabilir ve kişilerin davranışlarını yönlendirebilmesini sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkını sınırlayan kanuni düzenlemelerin, hangi kapsamda ve amaçla kişisel verilerin isteneceği

ve işleneceği, talep edilen verilerin mahiyeti, bu verilerin ne kadar süreyle saklanacağı, bu sürenin sonunda nasıl imha edileceği, verilerin amacına uygun kullanımının denetimi ve kişilerin kişisel verilerin işlendiğinden haberdar edilmesi gibi hususlar bakımından belirli ve öngörülebilir olması gerekmektedir.

9. Mahkememiz yakın tarihte bireysel başvuru kapsamında verdiği bir kararında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının dayanağı olan 4045 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinin gerektirdiği "kanunilik" şartını sağlayıp sağlamadığını denetlemiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu Kanun'un "*güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği ve ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin kimler olduğu ile ilgili hiçbir düzenleme içermediği*", bireyleri keyfîliğe karşı koruyacak hükümlere yer vermediği, bu anlamda "*bireylerin özel hayatına saygı hakkının güvencelerini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu*" sonucuna ulaşmıştır (*Fatih Saraman*, [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019, § 83).

10. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında, iptali istenen kurala benzer iki kuralı anılan kriterler yönünden incelemiş ve Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu kararların ilkinde internet trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından ilgili işletmecilerden alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini öngören kuralda "*temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamakta*" olduğu tespiti yapılmıştır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014).

11. İkinci kararda ise içerik, yer ve erişim sağlayıcıları, TİB tarafından talep edilen bilgileri talep edildiği şekilde TİB'e teslim etmekle ve bu kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlü kılan kanuni düzenlemeler, kişisel verilerin korunması hakkının gerektirdiği güvencelerden yoksun olduğu için iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre iptali istenen kurallarda, talep edilen bilgilerin verilmesinden ilgili kişilerin haberdar olmalarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemekte, "*TİB'in hangi koşullarda ve hangi gerekçelerle istediği bilgilerin içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından Başkanlığa teslim edileceğine ya da verilen bilgilerin ne kadar süre ile TİB'de saklanacağına, talep edilen bilgilerin mahiyetine, içerik, yer ve erişim sağlayıcılara bildirilecek tedbirlere ilişkin herhangi bir belirlilik bulunmamakta*", belirli ve

öngörülebilir olmayan düzenlemelerden dolayı kişisel verilerin korunması hakkı ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, §§ 168-170).

12. İptali istenen eldeki kuralların denetiminde Mahkememizin önceki kararlarından ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

13. Belirtmek gerekir ki, çoğunluğun kuralların anlam ve kapsamını belirlerken yaptığı değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Bu değerlendirmeye göre birinci cümlede yer alan "*görevi kapsamında*" ibaresi, Kurumun siber güvenlik kapsamındaki görevini ifade etmektedir. Halbuki Kurumun görev ve yetkileri siber güvenlikle sınırlı değildir. Siber güvenlik Kurum'un Kanun'un 6. maddesinde sayılan yirmi sekiz görevinden biridir. Kuralda yer alan "*görevi kapsamında*" ibaresi, Kurumun siber güvenlik dâhil tüm görevlerini kapsayacak şekilde anlaşılmaya müsaittir. Kurumun kişisel verileri isteme ve işleme yetkisinin belli bir görevle (siber güvenlik) sınırlandırıldığı ne kuralın lafzından ne de maddenin sistematiğinden anlaşılmaktadır. En iyi ihtimalle ibarenin belirlilikten uzak olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun Kurum'un hangi görevleri kapsamında ve hangi amaçla kişisel verileri ilgili yerlerden isteme, işleme ve kullanma yetkisine sahip olduğunu daha açık şekilde ifade etmesi gerekirdi.

14. Hiç kuşkusuz temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahale alanı genişledikçe muhtemel keyfî ve ölçüsüz uygulamalara karşı bireylere güvence sağlayan kuralların daha açık ve belirli olması gerekir. Kurumun görev alanının oldukça geniş olduğu ve dolayısıyla da dava konusu kuralların geniş bir alanda kişilerin temel haklarına müdahaleye izin verdiği dikkate alındığında kişisel verilerin korunması hakkını korumaya yönelik güvenceleri karşılayan açıklıkta ve belirlilikte düzenlemeye ihtiyaç olduğu izahtan varestedir.

15. Diğer yandan Kurum tarafından istenen ve işlenen kişisel verilerin mahiyeti, bu verilerin denetimi, kişilerin durumdan haberdar edilmesi gibi hususlar yönünden de güvencelere yer verilmiş değildir. Dolayısıyla hakkın korunması için gerekli belirlilik, öngörülebilirlik ve güvencelerden yoksun olan kuralların, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik keyfî müdahaleyi önleyecek kanuni güvencelere yer vermeksizin sınırlama getirdiği, dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu açıktır.

16. Yukarıda açıklanan gerekçelerle kuralların iptali gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun ret yönündeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2020/60, K.2020/54, 1/10/2020

1. Mahkememiz çoğunluğu (a) aynı ilde birden fazla baro kurulmasına, (b) Türkiye Barolar Birliği (TBB) Genel Kuruluna baroların ayrıca her beşbin üye için birer delege seçmesine, (c) TBB Genel Kurulunun olağanüstü toplantılarında seçim yapılamamasına ve (d) görev sürelerine bakılmaksızın baro ve TBB organlarının seçimlerinin 2020 yılının Ekim ve Aralık aylarında yapılmasına dair kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Aşağıda açıklanan gerekçelerle bu görüşe katılma imkânı olmamıştır.

a. Aynı İlde Birden Fazla Baro Kurulmasına İlişkin Kurallar

2. 11/7/2020 tarihli ve 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (Kanun) 15. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 77. maddesinin birinci fıkrasına eklenen üç ila on ikinci cümleler ile üçüncü fıkrasına eklenen cümle dava konusu kuralları oluşturmaktadır. Kurallar aynı ilde birden fazla baro kurulmasına imkân tanımakta ve buna dair usul ve esasları belirlemektedir.

3. 1136 sayılı Kanun'un 77. maddesinin birinci cümlesine göre "*Bölgesi içinde en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro kurulur*". Dava konusu üçüncü cümle gereğince de "*Beşbinden fazla avukat bulunan illerde asgari ikibin avukatla bir baro kurulabilir*".

4. Dava konusu kuralla beşbinden fazla avukatın bulunduğu illerde "*çoklu baro*" olarak ifade edilen ve birden fazla baronun faaliyet gösterebileceği yeni bir durumun ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Bu sistemde Avukatlık Kanunu'nun "*En az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro kurulur.*" hükmünce *zorunlu* olarak kurulan baro ile "*Beşbinden fazla avukat bulunan illerde asgari ikibin avukatla bir baro kurulabilir*" hükmü uyarınca *ihtiyari* olarak kurulabilecek baro veya barolar bulunmaktadır.

5. Anayasa'nın 135. maddesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının birden fazla olamayacağına dair bir hüküm içermemektedir. Bu kuruluşların anayasal görev ve amaçları da böyle bir yasağı ilzam etmemektedir. Barolar dâhil kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bir veya

birden fazla olması bir yerindelik meselesidir. Bu anlamda konu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Çoğunluğun bu yöndeki gerekçesine katılılıyorum.

6. Bununla birlikte kuralların Anayasa'nın 135. maddesinde yer alan "*kanunla kurulma*" şartını sağlamadığı kanaatindeyim. Çoğunluk "*Aynı ilde birden fazla baro, ancak Kanun'da belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda mümkün olup baroların kuruluşunun avukatların iradesine bırakılması söz konusu değildir.*" demek suretiyle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanunla kurulması gerektiğine yönelik anayasal ilkeye aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır (§ 30).

7. Bu görüşe iki nedenle katılma imkânı yoktur. Birincisi, çoğunluk baroların bir kamu tüzel kişisi olduğu ve kamu tüzel kişiliklerinin Anayasa'nın 123. maddesine göre kuruldukları gerçeğini dikkate almamıştır. İkincisi, kurallar belli şartlar altında aynı ilde birden fazla baronun kurulmasını tamamen avukatların iradesine bırakmaktadır.

8. Anayasa'nın 123. maddesine göre kamu tüzel kişilikleri "*ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*" Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Anayasa'nın "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları*" kenar başlıklı 135. maddesinde bu kuruluşların "*kanunla kurulan ... kamu tüzel kişilikleri*" olduğu belirtilmektedir. Bu durumda baroların kanunla kurulması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

9. Baroların kuruluşuna ilişkin hükümleri değerlendirirken Anayasa'nın 123. maddesindeki değişikliği dikkate alma zorunluluğu vardır. Şayet kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin Anayasa'nın 123. maddesi hükmü 2017 yılında değiştirilmemiş olsaydı, dava konusu kuralın bu maddeye aykırı olmadığı savunulabilirdi. Zira değiştirilmeden önce 123. madde "*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya* ***kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak*** *kurulur.*" şeklindeydi. Dava konusu kurallar, aynı ilde kamu tüzel kişiliğine sahip birden fazla baronun bazı şartlar altında kurulabilmesine imkân sağlamaktadır. Bu barolar da *kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak* kurulabilecekti.

10. Halbuki kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna ilişkin anayasal hüküm değişmiş, artık kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişiliği kurulması imkânı kaldırılmıştır. Bunun yerine yeni hükûmet sisteminin mantığına da uygun olarak kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kanunun herhangi bir yetki vermesine gerek olmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağı öngörülmüştür.

11. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu değişikliği dikkate almak suretiyle yakın tarihli bir kararında, kamu tüzel kişiliğine sahip sulama birliklerinin amacına ulaşamayacağının tespit edilmesi hâlinde Devlet Su İşlerinin (DSİ) teklifi üzerine bakan onayı ile feshedileceğini öngören kanun hükmünü Anayasa'nın 123. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi oybirliğiyle verdiği bu kararda Anayasa'nın 123. maddesinde 2017 yılında 6771 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe değinerek şu sonuca ulaşmıştır: "*6771 sayılı Kanun'dan önceki dönemde yürürlükte olan "Kamu tüzel kişiliği, ... kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur" hükmü yürürlükte olmadığından* ***kamu tüzel kişiliğinin artık kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması veya kaldırılması mümkün değildir*** (AYM, E.2018/104, K.2020/39, 16/7/2020, § 261).

12. Kamu gücü kullanan ve yargı sürecinin önemli bir unsuru olan avukatların meslek kuruluşları olan baroların kurulması konusunda kanun koyucunun çok daha titiz olması ve sıkı bir inceleme yapması beklenir. Tıpkı devlet ve vakıf üniversitelerinin kuruluşunda olduğu gibi. Nasıl ki, yasama organı her bir üniversitenin kuruluşunu titizlikle inceleyip kanunla kurulmasını sağlıyorsa, baroların kuruluşu bakımından da bunu yapması elzemdir. Kaldı ki bu bir tercih meselesi değil, son Anayasa değişikliği karşısında bir zorunluluktur.

13. Yukarıda açıklanan gerekçelerle dava konusu kuralların Anayasa'nın 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

14. Öte yandan, kararın "Ç" ve "F" başlıkları altında yer verilen, aynı ilde birden fazla baro uygulamasına uyum sağlamaya yönelik olarak 1136, 5233, 5402, 5957 ve 6502 sayılı Kanunlarda değişiklikler öngören dava konusu kuralların 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

b. Ayrıca Her Beşbin Üye İçin Birer Delege Seçilmesine İlişkin Kural

15. Kanun'un 18. Maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilmiştir. Daha önce avukat sayısı yüzden fazla olan baroların, yüzden sonraki her üçyüz üye için ayrıca birer delege seçeceğine dair kural değiştirilmiş, beşbinden fazla üyesi olan baroların TBB Genel Kuruluna her beş bin üye için birer delege daha seçebileceği öngörülmüştür. Böylece TBB Genel Kurulunda üye sayısı fazla olan baroların temsil oranı nispi olarak azaltılmıştır.

16. Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, diğer nitelikleri yanında demokratik bir hukuk devletidir. Anayasa kimliğini oluşturan bu madde bir anlamda Anayasa'nın diğer maddelerine de hakim olması gereken temel ilkeleri belirlemiştir. Anayasa'nın 135. maddesine göre de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının en belirgin özelliklerinden biri organlarının seçimle işbaşına gelmesidir. Dolayısıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının da, organları seçimle iş başına gelen diğer kurumlar gibi, demokratik devlet ilkesine uygun şekilde düzenlenmesi gerekir.

17. Demokrasilerin en önemli özelliklerinden biri seçimin söz konusu olduğu yerlerde temsilde adaletin sağlanmasıdır. Bu ilke kurumların üst kuruluşlarda üye sayılarıyla orantılı bir şekilde temsilini gerektirir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarında "*diğer seçimler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesi*"nin adil bir hukuk düzeninin gereği olduğu belirtilmiştir. Adil temsilin ve dengenin sağlanamadığı bir seçimin demokratik hukuk devleti ilkesine uygunluğundan bahsedilemez (AYM, E.2011/55, K.2011/146, 27/10/2011).

18. Anayasa Mahkemesi, Türk Diş Hekimleri Birliği Genel Kuruluna üye sayısı beşyüzden (500) fazla olan odaların on delegeyle katılımını öngören 3224 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme kararı şu şekilde gerekçelendirmiştir: "*İtiraz konusu kural ile sayısı kaç olursa olsun beşyüzden fazla üyesi olan diş hekimleri odalarının Genel Kurul'a katılımlarının on delegeyle sınırlandırılması ve böylece Türk Diş Hekimleri Birliği'nin en önemli organının oluşumunda temsilde adaletin önlenmesi, demokrasiye aykırı düşen bir düzenlemedir*" (AYM, E.2011/55, K.2011/146, 27/10/2011; aynı yönde bkz. AYM, E.2000/78, K.2002/31, 19/02/2002).

19. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, Türk Veteriner Hekimleri Birliği Büyük Kongresine odaların üye sayılarıyla orantılı şekilde kademelendirilmek suretiyle ve üye sayısı binin üzerinde olan odaların da her beşyüz üye için ilave bir delege göndermesini öngören kuralı Anayasa'ya uygun bulmuştur. Mahkemeye göre kuralla "*odaların üye sayısı artışına paralel olarak seçecekleri delege sayısının da dinamik şekilde artmasını*", "*daha çok üyeye sahip odaların büyük kongrede daha geniş bir katılımla temsil edilmesini*" ve "*küçük üyeli odaların da görüşlerinin dikkate alınmasını*" sağlayan bir sistem getirilmiştir (AYM, E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011).

20. Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından hareketle, üst kuruluşların genel kurullarına üye seçimini düzenleyen kuralların temsilde adaleti sağlaması ve farklı üye sayılarına sahip kuruluşların temsili noktasında adil bir dengeyi sağlamaları gerektiğini söyleyebiliriz. Bir kanun hükmünün bu niteliklere sahip olup olmadığını denetlerken de başvurulabilecek anayasal ilkelerin başında hiç şüphesiz ölçülülük ilkesi gelmektedir.

21. Hukuk devletinin gereklerinden olan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir (AYM, E.2017/135, K.2019/35, 15/5/2019, § 21).

22. Dava konusu kuralın amacı, üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda daha fazla üyeyle temsil edilmesini sağlamaktır. Ancak kural, yukarıda belirtildiği üzere (§17), değiştirdiği düzenlemeyle karşılaştırıldığında üye sayısı fazla olan baroların daha az üyeyle temsili sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda kuralın belirtilen amaç bakımından elverişli ve gerekli olduğu söylenemez. Bununla birlikte kuralın, önceki halinden bağımsız ve soyut olarak değerlendirildiğinde, üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda daha fazla üyeyle temsil edilmesi amacı bakımından elverişli ve gerekli olduğu söylenebilir.

23. Kuralın elverişli ve gerekli olduğu kabul edilse bile ölçülü olabilmesi için orantılı olması, öngörülen amaçla adil ve makul bir denge kurması gerekmektedir. TBB'nin en üst karar organı olan Genel Kurulun, barolarla ilgili görevleri dışında, avukatlık meslek kurallarını belirleme gibi doğrudan meslek mensuplarını ilgilendiren görev ve yetkileri de bulunmaktadır. Bu nedenle Genel Kurulda baroların kurumsal olarak temsili yanında avukat sayılarıyla orantılı şekilde temsil edilmesi de temsilde adalet ilkesinin bir gereğidir. Başka bir ifadeyle, demokratik hukuk devleti ilkesi TBB'nin en yüksek organı olan Genel Kurulda avukatlık mesleğiyle ilgili konularda görüş bildirmek ve karar alma sürecine katılmak üzere baroların adil ve dengeli bir şekilde temsil edilmesini gerektirmektedir.

24. 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin Anayasa'ya aykırı bulunmayan ikinci fıkrasında baroların üye sayısına bakılmaksızın TBB Genel Kuruluna *üçer* delege seçmesi öngörüldüğünden otuz üyeye sahip bir baro Genel Kurulda baro başkanı ve üç üye ile temsil edilecektir. Bu durumda dava konusu kural üye sayısı otuz olan baroyla söz gelimi 4.999 üyeye sahip olan baronun TBB Genel Kurulunda eşit sayıda delegeyle temsiline neden olmaktadır.

25. Baroların mevcut üye sayılarına bakıldığında da kuralın orantısız bir temsile sebep olduğu kolayca anlaşılacaktır. Türkiye Barolar Birliğinin verilerine göre 31/12/2019 tarihi itibarıyla Ardahan Barosuna kayıtlı avukat sayısı 49, İstanbul Barosuna kayıtlı avukat sayısı ise 46.052'dir. İptali istenen kural uyarınca TBB Genel Kuruluna Ardahan Barosu baro başkanıyla birlikte 4 (dört) delege gönderecekken bundan neredeyse bin kat fazla üyeye sahip

olan İstanbul Barosu ise başkan dâhil toplam 13 (on üç) delege gönderecektir. Üye sayısı bu kadar fazla olan bir baronun TBB Genel Kurulunda bu kadar az sayıda delegeyle temsil edilmesinin temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.

26. Açıklanan gerekçelerle kural adil ve dengeli bir temsil sağlamaktan uzak olup Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırıdır.

c. Tbb Genel Kurulunun Olağanüstü Toplantısında Seçim Yapılamayacağına Dair Kural

27. Kanun'un 19. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 115. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasına göre "*Birlik Yönetim Kurulu doğrudan veya en az yirmibeş baronun yönetim kurullarının yazılı istemi üzerine, 117 nci maddede belirtilen görev alanıyla sınırlı olmak kaydıyla, Genel Kurulu olağanüstü toplantıya çağırır.* ***Ancak olağanüstü toplantıda seçim yapılamaz.***" Fıkranın birinci cümlesi oybirliğiyle Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Ancak ikinci cümle konusunda çoğunluğa katılma imkânı olmamıştır.

28. Yukarıda ifade edildiği gibi organlarının seçimle iş başına gelmesi ve seçimle görevlerinin sona ermesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının en önemli özelliklerinden biridir. Esasen bu durum, söz konusu kuruluşların özerkliklerinin de bir yansımasıdır.

29. Hiç kuşkusuz kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının seçim baskısı altında olmadan görevlerini yerine getirmeleri amacıyla olağan seçim dönemi dışında olağanüstü toplantılara çağrılarak seçim yapılması zorlaştırılabilir. Yönetimde istikrarın sağlanmasına yönelik bu tür düzenlemeler gerekli görülebilir. Ancak bu yapılırken, üyelerin karar ve yönetim organlarını denetleme işlevi de ortadan kaldırılmamalıdır.

30. TBB Genel Kurulunun seçim baskısı hissetmeden istikrarlı bir şekilde çalışmasına yönelik gerekli tedbirler alınmış, olağanüstü toplantı için daha önce en az on baronun yönetim kurullarının talebi yeterli iken bu sayı yirmibeşe çıkarılmıştır. Başka bir ifadeyle TBB Genel Kurulunun olağanüstü toplantıya çağırılması zorlaştırılmıştır.

31. Dava konusu kural ise "*Olağanüstü toplantıda seçim yapılamaz.*" hükmüyle olağan seçim dönemi dışında seçim yapılmasını tamamen yasaklamış, bu suretle baroların olağanüstü toplantılarda birlik organlarını seçme yetkisi işlevsiz hale getirilmiştir. Bunun meslek kuruluşlarının özerkliğiyle bağdaştırılması zordur.

32. Diğer yandan organları seçimle işbaşına gelen kuruluşlarda seçim en etkili denetim yollarından biridir. Barolar, seçim yoluyla Birliğin başkanı ve

yönetim kurulunun faaliyetlerini değerlendirme ve denetleme imkânına sahiptir. Olağanüstü toplantıya çağrılan Genel Kurulda seçim yapılamayacağını öngören kural, Birliğin organlarının görev süresi boyunca seçim yoluyla denetlenme imkânını tamamen ortadan kaldırmaktadır.

33. Açıklanan gerekçelerle kural, Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırıdır.

d. Görev Sürelerine Bakılmaksızın Baro ve TBB Organlarının Seçimlerinin 2020 Yılının Ekim ve Aralık Aylarında Yapılmasına Dair Kurallar

34. Dava konusu kuralla görev sürelerine bakılmaksızın tüm baroların ve TBB seçimlerinin yapılacağı takvim düzenlenmektedir. Buna göre görev sürelerinin dolup dolmadığına bakılmaksızın "*tüm barolarda baro başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile Türkiye Barolar Birliği delege seçimleri 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında; Birlik Başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri seçimleri ise 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılır*."

35. Madde gerekçesinde düzenlemeyle, barolar ve TBB seçim takviminde yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Buna göre baro genel kurullarının seçimleri son rakamı çift olan yıllarda olmak üzere iki yılda bir ekim ayının ilk haftasında yapılacak, bu düzenleme de dava konusu kural gereği 2020 yılının Ekim ayında uygulanmaya başlayacaktır. Aynı şekilde TBB Genel Kurulunun baro seçimlerinden sonra o yılın Aralık ayında yapılmasını öngören kuralın uygulaması da 2020 yılı Aralık ayında başlayacaktır.

36. Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının "*organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamutüzelkişilikleri*" olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede bu kuruluşların seçilmiş organlarının görevlerine nasıl son verileceği de açıkça düzenlenmiştir. Anayasa'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevlerine ancak amaçları dışında faaliyet gösterdiklerinde son verilebilir. Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının yetkili organlarının görevlerine ise sadece "*kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir*."

37. Anayasa'daki bu düzenlemeler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının idari özerkliğini güvenceye alan, bu kuruluşların seçilmiş organlarının keyfî bir şekilde görevden uzaklaştırılmasını engelleyen hükümlerdir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre meslek kuruluşlarının organlarının seçiminde ve görevden uzaklaştırılmasında yetki ilke olarak üyelere aittir. İstisnai durumlarda yargı kararıyla da bu organların görevine son verilebil-

mektedir. Bunun dışında hiçbir merci ya da makamın bu organların görevlerine son verme yetkisi yoktur.

38. Hiç kuşkusuz, dava konusu kuralın barolar ve TBB seçimlerinin yeni takvimini uygulamaya geçirmek gibi makul bir sebebi olduğu söylenebilir. Ancak bu görev süresi dolmadan baroların ve TBB'nin seçilmiş organlarının görevlerinin sona erdirilmesine neden oluyorsa Anayasa'nın 135. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

39. Kuralda yer alan "*görev süresine bakılmaksızın*" ibaresi, görev süresi dolmadan da baro ve TBB yetkili organlarının seçimlerinin yenilenmesinin zorunlu olduğunu göstermektedir. Nitekim uygulamada da Ekim 2020 tarihi itibarıyla birçok baronun görev süresi, Aralık 2020 itibarıyla de TBB Genel Kurulunun görev süresi dolmamaktadır. Böyle olunca, dava konusu kuralla görev süresi dolmamış olan organların kanunla görevine son verilmiş olmaktadır.

40. Kural, amaçları dışında faaliyet gösteren baroların ve TBB'nin sorumlu organlarının görevlerinin yargı kararıyla sona erdirileceğini de öngörmediğine göre, Anayasa'da yer verilmeyen bir yöntemle bu kuruluşların organlarının görevine son vermektedir. Bunun da hem genel olarak meslek kuruluşlarının özerkliğine hem de Anayasa'nın 135. maddesinin altıncı fıkrasının açık hükmüne aykırı olduğu izahtan varestedir.

41. Yukarıda açıklanan gerekçelerle dava konusu kuralların iptal edilmeleri gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

FARKLI GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020

1. Mahkememiz çoğunluğu 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (Kanun), (a) tümünün yok hükmünde olduğunun tespiti talebi ile (b) Danıştay Başkanlar Kurulunun itiraz üzerine verdiği kararların kesin ve yargıya kapalı olduğuna ve (c) Yargıtay ve Danıştay üyelerinin bazı istisnalar dışında tamamının üyeliklerinin sona erdiğine dair kuralların ve bunlarla bağlantılı diğer bazı hükümlerin iptaline karar verilmesi talebini reddetmiştir. Çoğunluğun Kanun'un tümünün yok hükmünde sayılması talebinin reddi ile 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilk iki cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki görüşüne farklı gerekçeyle katılmakla birlikte, diğer red kararlarına (b ve c) katılma imkânı olmamıştır.

I. FARKLI GEREKÇELER

2. Kanun'un tümünün yok hükmünde olduğunun tespiti talebi yokluk kararı verilmesinin şartları oluşmadığından, çoğunluğun ifadesiyle "*Kanun'da yer alan düzenlemelerin niteliği, Kanun'un varlık kazanmasını imkânsız kılan hâller kapsamına girmediğinden*" reddedilmiştir (§ 11). Çoğunluğun "yokluk" konusundaki red kararına Anayasa Mahkemesinin 10/4/2014 tarihli ve E.2014/57, K.2014/81 sayılı ve 31/5/2018 tarihli ve E.2018/42, K.2018/48 sayılı kararlarına yazdığım farklı gerekçeyle katılıyorum.

3. Diğer yandan 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 52/A maddesinin "*Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebilir. Başkanlar Kurulu, Başkanlık Kurulu kararlarını aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz.*" şeklindeki (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

4. Öncelikle belirtmek gerekir ki dava konusu fıkranın gerekçesinde düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin 2015/18 esas sayılı iptal kararı üzerine yapıldığı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Danıştay Başkanlık Kurulu kararlarının kesin olduğuna ve bu kararlara karşı başka bir yargı merciine

başvurulamayacağına dair fıkrayı iptal ederken iki gerekçeye dayanmıştır. Birincisi, Başkanlık Kurulunun işlem ve kararlarından doğabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir usul öngörülmemiştir. İkincisi Kurulun karar ve işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmıştır (AYM, E.2015/18, K.2016/12, 10/2/2016, § 57).

5. Dava konusu fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinden birincisini karşılamaktadır. Başka bir ifadeyle uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir usul öngörülmüş, Başkanlık Kurulunun idari nitelikteki tüm kararlarına karşı Başkanlar Kuruluna itiraz edilebileceği, bu Kurulun da kararları inceleyerek aynen veya değiştirerek onaylayabileceği belirtilmiştir.

6. Başkanlık Kurulunun tüm kararlarına karşı etkili bir itiraz yolu oluşturulduğu noktasında çoğunluk görüşüne iştirak edilmektedir. Bu bağlamda iptali istenen fıkranın ilk iki cümlesi uyarınca Danıştay Başkanlar Kurulu, Başkanlık Kurulunun kararlarını aynen veya değiştirmek suretiyle onaylama yetkisine sahiptir. Bir kararı değiştirme yetkisi yeni bir kararın alınabilmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda kararı onaylama yetkisi, onaylamamayı da mantıksal olarak içermektedir. Dolayısıyla kurallar Başkanlar Kuruluna itiraz üzerine bir kararı aynen onaylama, değiştirerek onaylama veya onaylamama yetkisi vermektedir. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere Başkanlar Kuruluna verilen yetki Başkanlık Kurulu tarafından verilen kararların itiraz üzerine kaldırılmasını da kapsamaktadır (§ 139).

7. Sonuç olarak dava konusu kurallarla Başkanlık Kurulunun idari nitelikteki tüm kararlarına karşı kurum içinde etkili bir idari itiraz yolu sağlanmıştır. Böylece Anayasa Mahkemesinin daha önceki iptal kararının birinci gerekçesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle iptali istenen fıkranın Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı itirazı düzenleyen ilk iki cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşüne yukarıda açıkladığım farklı gerekçeyle katılıyorum.

II. KARŞIOY GEREKÇELERİ

A. Danıştay Başkanlar Kurulu Kararlarının Yargıya Kapatılmasına Dair Kural

8. 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının "*İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz*" şeklindeki üçüncü cümlesiyle, Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce iptal edilen hüküm yeniden canlandırılmıştır. İptal edilen kural "*Başkanlık Kurulunun kararları kesin olup bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz*." şeklindeydi.

9. Anayasa Mahkemesinin iptal kararında yargı yoluna kapatılan Başkanlık Kurulu kararlarının bir kısmının "*idari nitelikte*", diğer bir kısmının da "*yargısal ağırlıklı*" olduğu, bununla birlikte bu kararların yargılama faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu nedenle uyuşmazlıkların "*Başkanlık Kurulu tarafından karara bağlanmasının işlevsel olarak idari bir faaliyet olduğunun, dolayısıyla Kurulun karar ve işlemlerinin idari nitelikte olduğunun kabulü gerek[tiği]"*, dolayısıyla Kurul'un kararlarına yargısal bağışıklık getirilmesini öngören kuralın "*hukuk devleti ilkesi, hak arama hürriyeti ve idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olması gereğiyle bağdaşma[dığı]"* belirtilmiştir (AYM, E. 2015/18, K.2016/12, 10/2/2016, § 57). Dava konusu fıkranın üçüncü cümlesinin Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği hükümle hemen hemen aynı mahiyette olduğu, dolayısıyla aynı gerekçelerle iptal edilmesi gerektiği açıktır.

10. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi devletin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Dahası madde "*Türkiye Cumhuriyeti*" öznesiyle başlayıp diğer nitelikleri saydıktan sonra "*bir hukuk devletidir*" demek suretiyle hukuk devletinin diğer tüm ilkelerin kendisini tamamladığı en temel ilke olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre hukuk devleti, diğer unsurları yanında, eylem ve işlemleri "*Yargı denetimine açık olan devlettir.*" (AYM, E.2019/105, K.2020/30, 22/6/2020, § 65). Dolayısıyla idari işlemlerin yargısal denetimi hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biridir.

11. Anayasa'nın 125. maddesi hukuk devletinin bu vazgeçilmez unsurunu özel olarak güvenceye almaktadır. Buna göre "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*". Yargıya kapalı idari eylem ve işlemler Anayasa'da sınırlı sayım yoluyla belirlenmiştir. Anayasa'ya göre (a) Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararları (m.125/2) ve (b) Hâkimler ve Savcılar Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları (m. 159/10) yargıya kapalıdır.

12. Anayasa'da sayılan kararların dışında hiçbir idari eylem, işlem ve karar yargıya kapatılamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi "*idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesine göre, idari işlemlere karşı yargı yolu, Anayasa'da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında kanunlarla sınırlandırılamaz*" demek suretiyle bu hususu açıkça belirtmiştir (AYM, E.2013/108, K.2014/15, 29/1/2014).

13. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere yargı mercilerinin "*yargılama faaliyeti kapsamında olmayan*" kararlarının hâkimler, mahkemeler ya da hâkimlerden oluşan kurullar tarafından alınmış olması bunların "*yargısal işlem sayılması sonucunu doğurmaz*". Mahkemeye göre "*İdare işlevine ilişkin olan işlemler yargısal makamlar tarafından yapılsa dahi idari işlem niteliğini haizdir ve Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabidir"*(AYM, E.2015/18, K.2016/12, 10/2/2016, § 52).

14. 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin (1) numaralı fıkrası ile bu fıkranın atıf yaptığı diğer maddeleri Danıştay Başkanlık Kurulunun görevlerini düzenlemektedir. Bu görevler; üyelerin görev yerlerini belirlemekten daire başkan ve üyelerinin dairelerini değiştirmeye, tetkik hâkimlerinin çalışacakları daireleri, kurulları ve görecekleri işleri tespit etmekten daireler arasında işbölümünü kararlaştırmaya, Danıştay meslek mensuplarını mesleki faaliyetler için yurtdışına göndermekten yükseköğretim kurumlarında ders vermelerine izin vermeye kadar farklı karar ve işlemleri kapsamaktadır.

15. Danıştay Kanunu'nun herhangi bir hükmü Başkanlık Kurulunun görevleri ve bu kapsamdaki kararları arasında "*idari nitelikte*" veya "*yargısal ağırlıklı*" şeklinde bir ayrıma gitmemektedir. Dava konusu kural, Başkanlık Kurulunun kararlarına itiraz üzerine Başkanlar Kurulu tarafından verilen *kararların tamamını* kategorik olarak yargıya kapatmaktadır. Kuralla, Danıştay meslek mensuplarını bilimsel araştırmalar yapmak ve mesleki incelemelerde bulunmak üzere yurtdışına göndermek (mad. 65), aynı şekilde bunların bilimsel toplantılara katılımına ve yükseköğretim kurumlarında ders vermelerine izin vermek (mad. 66) gibi idari faaliyete ilişkin, dolayısıyla idari nitelikte olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmayan her türlü işlem ve karar yargı mercilerinin denetimine kapatılmıştır.

16. Esasen çoğunluk kararında da Başkanlık Kurulunun ve itiraz üzerine Başkanlar Kurulunun verdiği kararların idari nitelikte olduğu zımnen kabul edilmektedir. Çoğunluğa göre kanun koyucu "*birtakım yönetim işlerinin, özellikle de kurumun yerine getirmekle yükümlü olduğu yargısal hizmetin üretilebilmesi için gerekli olan diğer işlerin yapılması bağlamında hâkimlerce veya Danıştayın ilgili organlarınca karara bağlanmalarını"* uygun bulabilir (§ 138). Buradaki "*diğer işler*"in yargısal işler dışında kalan işleri, başka bir ifadeyle idari iş ve işlemleri ifade ettiği açıktır.

17. Öte yandan Mahkememiz çoğunluğu dava konusu fıkranın Danıştay Başkanlar Kuruluna "*yargısal ağırlıklı bir faaliyet*" olarak Başkanlık Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazları inceleme ve kesin olarak karara bağlama yetkisini verdiğini, itiraza konu kararları "*klasik anlamda idari tasarruf saymadığı*"nı, dolayısıyla Kurulu "*işlevsel olarak idare"* değil, *"bir yargı mercii*" olarak kabul ettiğini belirtmiştir (§ 140).

18. Bu görüşe katılmak en az iki nedenle mümkün değildir. Birincisi, yukarıda açıklandığı üzere kuralla itiraza konu edilen ve yargıya kapatılan kararların bir kısmının Danıştay mensuplarının ifa ettikleri yargısal nitelikteki görevleriyle ilgisinin olmadığı açıktır. Personelin yurtdışına gönderilmesine, bir yükseköğretim kurumunda ders vermesine ya da bir bilimsel toplantıya katılmasına izin verilmesine yönelik işlemlerin "*yargısal ağırlıklı faaliyet*" ola-

rak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu ve benzeri işlemler tam da *klasik anlamda* tipik idari tasarruflardır. Bu idari tasarruflara ilişkin kararların hâkimlerden oluşan bir kurul tarafından alınması onların "*idari*" niteliğini ortadan kadırmaz.

19. İkincisi, kanun koyucunun Danıştay Başkanlar Kurulunu kurum içi hukuki uyuşmazlıkları nihai ve kesin olarak karara bağlayan bir idari *yargı mercii* olarak kabul ettiği varsayıldığında mesele daha da içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere yargı fonksiyonunu idari fonksiyondan ayıran özelliklerin başında uyuşmazlıkların "*özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi*" gelmektedir (AYM, E. 2012/102, K.2012/207, 27/12/2012). Bu durumda Başkanlar Kurulunun itirazları incelerken hangi yargılama usullerini uygulayacağı sorusu akla gelmektedir.

20. Başkanlar Kurulunun bir idari yargı mercii olarak kabul edilmesi, yürütmeyi durdurma dahil her türlü yargısal yetkiye sahip olduğunun kabulünü de gerektirmektedir. Aynı şekilde Başkanlık Kurulunun işlemlerine karşı Başkanlar Kuruluna bir anlamda "*dava*" açan Danıştay mensuplarının da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda belirtilen duruşma talep etme dahil her türlü hakka sahip olduğu kabul edilmelidir. Aksi durumda bu yolun *etkili* bir yargısal yol olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Kuralda bu ve benzeri güvencelerin hiçbirine yer verilmediği gibi, bu yönde herhangi bir atıf da söz konusu değildir.

21. Öte yandan Başkanlar Kurulunun itirazları karara bağlarken 2577 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmadığı söylenecekse, bu kez bir yargı mercii olarak hangi usul kurallarına tabi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Kural bu yönde de herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle Başkanlık Kurulu kararlarına yönelik itirazların karara bağlanmasının bir yargısal süreç, bunları karara bağlayan Başkanlar Kurulunun da *"bir yargı mercii"* olarak kabul edilmesi hâlinde uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uygulanacak usul kurallarının neler olduğu konusundaki belirsizlikler de kuralı Anayasa'ya aykırı hale getirecektir.

22. Bunun yanı sıra çoğunluk kararında Başkanlar Kurulunun bir yandan "*yargı mercii*" olarak itirazları karara bağladığının ileri sürülmesi, diğer yandan bu kararlara konu işlemlerin "*klasik anlamda idari tasarruf*" olmadığının ifade edilmesi çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Başkanlar Kurulu Anayasa'nın 125. maddesi kapsamında bir "*yargı mercii*" ise itirazen incelediği işlemlerin zaten idari eylem ve işlem olması gerekmektedir.

23. Bu çelişkili, izahı güç ve Anayasa'yla kurulan idari yargı düzenini de bozma potansiyeli olan gerekçelerin nedeni, açıkça idari işlem niteliğinde olan kararların yorum yoluyla "*yargısal ağırlıklı*" ya da "*yargısal benzeri*" (*qu-*

asi-judicial) işlemler olarak kabul edilmesidir. Halbuki Başkanlık Kurulunun idari işlem niteliğindeki kararlarına karşı idari itiraz yoluna başvuru üzerine Başkanlar Kurulunun vereceği kararlar da *idari işlem* niteliğindedir. *İdari* niteliği konusunda tereddüt bulunmayan bu işlemlerin çoğunluk kararında "*klasik anlamda idari tasarruf sayılmadığı*" gerekçesiyle yargı denetimi dışında tutulması Anayasa'nın 125. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

24. Diğer yandan, Danıştay'ın idari tasarruflarını yargı denetimi dışına çıkaran kural, Anayasa'nın hak arama hürriyetini güvence altına alan 36. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında sıkça vurgulandığı üzere, hak arama hürriyeti kendisi bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve hürriyetlerin gereği gibi kullanılmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır (AYM, E.2018/62, K.2018/117, 27/12/2018, § 9; *Akdeniz İnşaat ve Eğitim İşleri A.Ş.* [GK], B. No: 2015/2909, 19/7/2018, § 49).

25. Hak arama hürriyetinin en önemli unsurlarından biri kuşkusuz mahkemeye erişim hakkıdır. Bu hak kişiye tarafı olduğu hukuki uyuşmazlıkları bu konuda yetkili olan mahkemelere taşıma imkânı sağlamaktadır. Hukuk devletinde mahkemeler kişilerin maruz kaldıkları haksızlık ve zararları giderecek olan kurumlardır. Bu anlamda kişinin "*kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir*" (AYM, E.2018/104, K.2020/39, 16/7/2020, § 42).

26. Bu çerçevede, yukarıda açıklandığı üzere, iptali istenen kural idarenin kendisine haksızlık yaptığını ve bundan dolayı zarara uğradığını ileri süren görevlilerin idari nitelikte verilen kararlara karşı dava açmasını engellemektedir. Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı Başkanlar Kuruluna itiraz bir dava yolu değildir. Bu nedenle idari kararlara karşı kurum içinde etkili bir itiraz yolu öngörmekle birlikte idari yargı organları önünde dava açmayı engelleyen kural, kişilerin hak arama hürriyetini, bilhassa da mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir.

27. Açıklanan gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

A. ***Danıştay ve Yargıtay Üyelerinin Üyeliklerine Son Verilmesine Dair Kurallar***

28. Kanun'un 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin (8) numaralı fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri dışında, tüm fıkralarının; 22. maddesiyle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen ge-

çici 15. maddenin, (7) numaralı fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri hariç, tüm fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

29. Her iki geçici maddenin de birinci fıkralarının birinci cümleleri, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay ve Yargıtay üyelerinin üyeliklerinin sona ermesini, ikinci cümleleri ise bu kurumların başkan, başkanvekili, başsavcı, başsavcıvekili ve daire başkanlarının üyeliklerinin devam etmesini öngörmektedir. Geçici maddelerin kalan fıkralarından bir kısmı (geçici 27. maddenin 1-12, geçici 15. maddenin 1-11 arası fıkraları) üyeliğin sona ermesiyle doğrudan bağlantılı kurallara, diğerleri de genel olarak daireler arasındaki iş bölümüne ilişkin kurallara yer vermektedir. İkinci gruptaki kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığı konusunda çoğunluk görüşüne katılıyorum. Diğer yandan her iki geçici maddenin de ilk on iki ve ilk on bir fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı bir bütün olarak ele alınacak, gerekli olduğunda münferit fıkralara değinilecektir.

30. Dava konusu kurallarla kanun koyucu, bazı istisnalarla birlikte, tüm Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevine son vermiş, bunlardan bir kısmının on iki yıllığına yeniden seçilmesine imkân sağlarken diğer bir kısmının da adli ve idari yargı düzeninde ya da idarede görevlendirilmesi yoluna gitmiştir. Bu noktada temel anayasal mesele, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin kanunla görevlerine son verilerek derece mahkemelerinde ya da idari kurumlarda görevlendirilmelerinin Anayasa'ya uygun olup olmadığıdır.

31. Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi üyelerinin durumundan farklı olarak Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görev sürelerine ilişkin Anayasa'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu yüksek mahkemelere üye seçilenlerin görev sürelerinin kanunla belirlenmesi mümkündür. Nitekim Mahkememiz dava konusu Kanun'un bu iki yüksek mahkeme üyeliklerindeki görev süresini on iki yıl olarak öngören hükümlerini bizim de katıldığımız gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır (§§ 31-45).

32. Bununla birlikte anayasal veya yasal değişiklikle yüksek yargıda üyelerin görev süresinin on iki yıl olarak düzenlenmesi farklı, mevcut üyelerin görevlerine son verilmesi farklıdır. İkincisi birincisinin doğal ve zorunlu sonucu değildir. Bu sebeple 2010 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesinde üyelik süresi on iki yıl olarak düzenlenmiş, ancak bu süre yalnızca yeni seçilecek üyelere uygulanmıştır. Başka bir ifadeyle anayasa değişikliğinden önce üyeliğe seçilenlerin daha önce olduğu gibi zorunlu emeklilik yaşı olan altmış beş yaşına kadar görevde kalmalarını sağlayan bir düzenleme yapılmıştır.

33. Esasen hukuki güvenlik ilkesi, kanuni değişikliklerin istisnai ve lehe durumlar dışında yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olay ve işlemlere uygulanmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda on iki yıllık görev süresi kural olarak bu üyeliklere kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra seçilenlere uygulanmalıdır. Zira bu durumda görevini on iki yıl süreyle yapacağını bilerek ve isteyerek seçilen üyeler açısından belirsiz ve öngörülemez bir durum söz konusu olmayacaktır.

34. Dava konusu kuralları görevdeki üyelere de uygulayan kanun koyucunun, daha önce Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev sürelerine ilişkin benzer bir düzenleme öngören anayasa koyucunun iradesinden, dolayısıyla bir anlamda *kuraldan* ayrıldığı görülmektedir. Bununla birlikte düzenlemelerin anayasal engel olmadığı takdirde, çok *istisnai ve zorunlu* durumlarda ve gerekli güvencelerin sağlanması kaydıyla önceden süresiz olarak seçilen üyelere de uygulanması mümkündür.

35. Buna göre Yargıtay ve Danıştay'ın görevdeki üyelerinin üyelik görevine kanunla son verilebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Evvela göreve son verilmesini engelleyen açık bir anayasal hüküm bulunmamalıdır. İkincisi, göreve son vermeyi haklı kılan hukuki ve fiilî bir zorunluluk halinin olması gerekir. Üçüncü olarak da ilk iki şartın gerçekleştiği durumlarda göreve son verilebilmesi için düzenlemenin başta hâkimlik teminatı olmak üzere anayasal ilkeleri ve temel hakları ihlal etmemesi gerekmektedir. Dava konusu kuralların bu şartlardan birini dahi karşılamaması Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Konunun önemine binaen kuralların bu üç şart yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

1) Anayasal Engelin Bulunmaması

36. Bu konuda en son söylenecek olanı en başta ifade edelim. Yargıtay ve Danıştay'a ilişkin anayasal hükümlerde kanun koyucuya üyelerin görevlerini sonlandırma konusunda açıkça yetki verilmediği veya bu mahkemelerin kaldırılması yahut anayasal kurumlar olmaktan çıkarılması yoluna gidilmediği müddetçe kanunla yüksek mahkeme üyeliğine son verilemez. Aksi takdirde yargı sisteminde yapılacak her türlü *reform* sonucunda yüksek yargı üyelerinin görevine kanun koyucu tarafından son verilebilecektir. Böyle bir düzenlemenin de hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılması mümkün değildir.

37. Öte yandan Anayasa'da Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine kanunla son verilemeyeceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda ilk bakışta yasamanın genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun yukarıda belirtilen diğer iki şartı da karşılayan bir düzenleme yapmasının Anayasa'ya aykırı olmayacağı söylenebilir. Ancak sistematik anayasa yorumuyla böyle bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını, bu nevi düzenleme-

lere başta kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı olmak üzere anayasal ilkelerin izin vermediğini belirtmek gerekir.

38. Anayasa'nın Başlangıç kısmında "*belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği*" olarak ifade edilen kuvvetler ayrılığı ilkesi, Anayasa'nın 2. maddesinin atfı nedeniyle Türkiye Cumhuriyetinin dayandığı temel niteliklerden biri olarak kabul edilmiştir. Bu ilke uyarınca "*her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalması ve diğer erklerin yetkisine müdahale etmemesi"* sağlanmalıdır (AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013; AYM, E.2017/20, K.2018/75, 5/7/2018, § 28).

39. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin arkasındaki fikir, gücün temerküzünü engellemek suretiyle devletin aşırı gücü karşısında bireyi ve haklarını korumaktır (bkz. M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Second Edition, Liberty Fund, 1998, s. 409). Anayasa Mahkemesine göre de "*anayasal devletin temel niteliklerinden biri olan kuvvetler ayrılığının amacı, iktidarın tek elde toplanması sonucu yetki aşımlarının (ultra vires) ortaya çıkmasını ve temel hakların ihlal edilmesini engellemektir"* (AYM, E.2006/113, K.2011/102, 16/06/2011).

40. Mahkemelerin yasama ve yürütmenin müdahalesine maruz kalmadan görev yapması, kuvvetler ayrılığından beklenen faydanın sağlanması bakımından hayati derecede önemlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında vurguladığı gibi "*Yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığı korunan yargı, genelde yönetime karşı yönetilenlerin güvencesidir*" (AYM, E.1988/32, K.1989/10, 28/02/1989).

41. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkeleri, yasama organının yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyecek şekilde müdahalesine izin vermez. Anayasa'da Yargıtay ve Danıştay üyelerinin *nasıl seçilecekleri* açıkça düzenlenmiştir. Buna göre Yargıtay üyelerinin tamamı (m. 154) ile Danıştay üyelerinin dörtte üçü Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca "*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre"* kurulan ve görev yapan Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK), üçte biri de Cumhurbaşkanı tarafından (m. 155) seçilmektedir. Dolayısıyla Anayasa'ya göre Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçiminde yasama organına herhangi bir görev verilmiş değildir.

42. Bu durumda yasama organı, HSK ve Cumhurbaşkanının iradesiyle seçilen yüksek mahkeme üyelerinin görevlerine kanunla son verebilir mi? Bu sorunun cevabı açıktır: "*Hayır, veremez*". Göreve son verme şeklindeki bir müdahale HSK'nın ve yürütmenin başı konumunda olan Cumhurbaşkanının üyeleri seçme yönündeki tasarruflarının anlamsız ve işlevsiz kılınması anlamına gelir. Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte üyelerin, bir kısım istisnalarla birlikte, *tamamının* görevlerine son verilmesi ve ardından bunların sadece bir kısmının yeniden HSK ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi de

durumu değiştirmemektedir. Zira her durumda üyeliklerine son verilenlerin bir kısmı yeniden seçilmemiş, böylece onları seçen HSK ve Cumhurbaşkanının iradesi bu müdahaleden etkilenmiştir.

43. Nitekim Anayasa Mahkemesi, o zamanki adıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından atanması öngörülen Teftiş Kurulu Başkanı, başkan yardımcıları, müfettişleri ile Kurul'da görev yapacak olan hâkim ve savcıların görevine son veren kanun hükmünü iptal etmiştir. Mahkemeye göre "*Anayasa'nın 159. maddesi gereğince atama yetkisi Kurula ait olan ve bu madde uyarınca atamaları HSYK tarafından yapılan kişilerin görevlerine kanun ile son verilmesi, Anayasa'nın 159. maddesini işlevsiz kılmakta ve bu yönüyle Anayasa'nın 159. maddesine aykırı bulunmaktadır*" (AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014). Kaldı ki, bu karara konu olan kanunla son verilen görevler "*yargısal*" değil, tamamen "*idari*" niteliktedir.

44. Diğer yandan Anayasa'nın 138. maddesi yasama ve yürütmenin yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyecek girişimlerden kaçınması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz*". Yargı bağımsızlığının temel amacı hâkimin çekinmeden ve endişe duymadan, "*her türlü kaygıdan, maddi ve manevi baskı ve etki olasılığından uzak*" ve tarafsız bir şekilde "*özgürce karar verebilmesi*"ni sağlamaktır (AYM, E.1990/13, K.1990/30, 20/11/1990, AYM, E.2017/158, K.2018/89, 6/9/2018, § 12).

45. Bu bağlamda kanun koyucunun hâkimlik teminatıyla bağdaşmayacak şekilde yüksek yargının üye yapısını değiştirmeye yönelik müdahalelerinin yargı bağımsızlığıyla bağdaştırılması zordur. Bu tür müdahaleler literatürde "*mahkeme paketleme*" (*court packing*) olarak adlandırılan, mahkemelerin tek tip görüş ve ideolojiye sahip olan hâkimlerden oluşması sonucunu doğurabilecektir. Bu durumun bir yandan kuvvetler ayrılığı ilkesine diğer yandan da yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına telafisi güç zararlar vereceği ise izahtan varestedir.

46. Sonuç olarak, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine kanunla son verilmesi Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 138., 139., 154. ve 155. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

2) Hukuki ve Fiilî Zorunluluk

47. Bir an için dava konusu kuralların önünde anayasal herhangi bir engel olmadığını varsayalım. Bu durumda üyeliğe son verme şeklinde tezahür eden son derece radikal düzenlemeyi haklı kılacak ölçüde bir hukuki ve fiilî zorunluluk bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

48. Mahkememiz çoğunluğuna göre istinaf kanun yolunun hayata geçirilmesi, Yargıtay ve Danıştay üye sayısının azaltılmasını gerektiren bir yapısal değişiklik olduğundan ortada düzenlemeleri haklı kılan bir zorunluluk durumu bulunmaktadır (§§ 154-155). Gerçekten de istinaf mahkemelerinin kurulmasının yapısal bir değişiklik olduğu, bu değişiklik sonucunda Yargıtay ve Danıştay'ın görevlerinin önemli ölçüde azaldığı, bunun da sözkonusu yüksek yargı organlarında görev yapacak daha az üyeye ihtiyaç duyulmasına neden olduğu söylenebilir.

49. Bununla birlikte her *yapısal değişiklik* yüksek yargı üyeliğini sonlandırma gibi radikal tedbirlerin alınmasını gerektirir mi? Başka bir ifadeyle istinaf mahkemelerinin kurulması ve uygulamaya geçirilmesi yapısal bir değişiklik olarak nitelendirilse bile bunun Yargıtay ve Danıştay'da görev yapan üyelerin görevlerine mutlaka son verilmesini gerektiren hukuki ve fiilî bir zorunluluk doğurduğu söylenebilir mi? Bu sorulara olumlu cevap vermek zor görünüyor.

50. Bu noktada herşeyden önce belirtmek gerekir ki, istinaf mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin 5235 sayılı Kanun, 26/9/2004 tarihinde çıkarılmıştır. Bu Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca da en geç iki yıl içinde istinaf mahkemelerinin kurulacağı, yargı çevreleri ve tüm yurtta göreve başlayacakları tarihin Resmî Gazete'de ilan edileceği öngörülmüştür. Ne var ki, aradan geçen on iki yıl içinde istinaf mahkemeleri faaliyete geçirilmediği gibi, bu süre içinde Yargıtay ve Danıştayın üye sayılarını azaltmaya yönelik herhangi bir girişim de söz konusu olmamıştır. Tersine dava konusu Kanun'un kabul edildiği tarihe kadar bu iki yüksek mahkemenin üye sayısı sürekli artırılmıştır. Bu anlamda en son 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanun'la Yargıtayın üye sayısına yüz yirmi dokuz (129), Danıştay'ın üye sayısına da kırk dokuz (49) yeni üye eklenmiştir.

51. Daha önemlisi dava konusu kurallar yürürlüğe girdikten ve yüksek mahkemelerin üye sayıları azaltıldıktan sonra 24/12/2017 tarihli ve 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Yargıtayda yüz (100), Danıştay'da ise on altı (16) yeni üye kadrosu ihdas edilmiş, ardından da bu kadrolara üye seçilmiştir (yüksek mahkemelerin üye sayılarındaki değişiklikler konusunda bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, ss. 1059-1063). Bu bilgiler ışığında istinaf mahkemelerinin faaliyete geçecek olmasının Yargıtay ve Danıştay üyeliklerine son vermeyi gerektiren hukuki ve fiilî zorunluluk hâli teşkil ettiğini söylemek zordur.

52. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucu bir yandan yüksek mahkeme üyelerinin hâkimlik teminatına uygun şekilde görevlerine devam etme-

sini ve üye sayısının kademeli olarak azaltılmasını, diğer yandan da istinaf mahkemelerinin kurulmasını ve faaliyetlerini sürdürmesini sağlayacak seçeneklere sahiptir. Nitekim dava konusu geçici maddeler kadro sayısı Danıştay'da doksana (90), Yargıtay'da ise iki yüze (200) düşünceye kadar boşalan her iki üyelik için bir üye seçimi yapılmasını öngörmek suretiyle üye sayısını kademeli azaltma yöntemini benimsemiştir (geçici m. 27/17, geçici m.15/16).

53. Diğer yandan Mahkememiz çoğunluğu yüksek mahkeme üyelerinin kanunla görevlerine son verilmesinin hukuki güvenlik ilkesine aykırı olmadığını gerekçelendirirken 2014/57 esas sayılı kararda geliştirilen "*hukuki ve fiilî zorunluluk*" içtihadına atıf yapmıştır. Bu kararda, diğer hususlar yanında, Türkiye Adalet Akademisindeki yapısal değişiklik dikkate alınarak burada görevlendirilmiş olan hâkimlerin görevlerine son verilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir (AYM, E. 2014/57, K.2014/81, 10/4/2014).

54. Çoğunluğa göre yüksek mahkeme üyeleri "*geniş anlamda kamu görevlileri kapsamına girdiğinden*" dava konusu kurallar anılan içtihat çerçevesinde değerlendirilebilir (§ 193). Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine son verilmesiyle Türkiye Adalet Akademisinde *idari görev* yapan hâkim ve savcıların görevlerine son verilmesi birbirinden tamamen farklıdır. Evvela birincilerin *yüksek mahkeme üyelikleri*, ikincilerin ise *idari görevleri* sona erdirilmiştir. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararına konu olan görevler *yargısal* değil *idari* niteliktedir.

55. Bununla bağlantılı olarak Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine son verilmesi doğrudan yüksek hâkimlik teminatıyla ilgili olduğu halde, Adalet Akademisinde görev yapan hâkim ve savcıların idari görevlerine son verilmesinin hâkimlik teminatıyla ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de "*yargılama faaliyetleri yönünden geçerli olan mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri"*nin hâkim ve savcıların *"idari"* görevlerine son veren düzenlemeler bakımından ele alınmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir (AYM, E. 2014/57, K.2014/81, 10/4/2014).

56. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesinin idari görevlerin kanunla sona erdirilmesine yönelik *"hukuki ve fiilî zorunluluk"* içtihadının tamamen yargısal nitelikte görev yapan Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine son verilmesine dair kuralların denetiminde kullanılması isabetli değildir. Zira Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevine son verilebilmesi için gerekli olan hukuki ve fiilî zorunluluk hali, idari görevlerin sonlandırılmasını haklı kılan hukuki ve fiilî zorunluluktan farklıdır.

57. Daha önemlisi bu bir derece değil nitelik farkıdır. Türkiye Adalet Akademisinin yeniden yapılandırılması veya söz gelimi Adalet Bakanlığında yapısal bazı değişikliklere gidilerek bazı birimlerin kaldırılması hukuki ve fiilî

zorunluluk olarak görülebilir. Buna karşılık yukarıda açıklandığı üzere istinaf kanun yolunun ihdası gibi bir yapısal değişiklik, anayasal güvencelere sahip olan yüksek mahkeme üyelerinin görevlerine son verilmesini gerektiren hukuki ve fiilî zorunluluk hâli olarak kabul edilemez. Böyle bir zorunluluk ancak söz konusu mahkemelerin kaldırılması veya yargı birliği kapsamında birleştirilmesi gibi son derece radikal yapısal değişiklikler sonucunda gündeme gelebilir.

58. Sonuç olarak, dava konusu kuralların istinaf mahkemelerinin kurulması şeklindeki yapısal değişikliğin zorunlu ve kaçınılmaz sonucu olduğu söylenemez. Üye sayısının azaltılmasıyla ortaya çıkacak "kamu yararı" ile üyelik görevlerine son verilenlerin hâkimlik teminatı ve diğer hakları dengelendiğinde birincisinin tercih edilmesini zorunlu kılan bir durumun olmadığı düşünülmektedir. Bu dengelemede yargı bağımsızlığının ve hâkimlik teminatının korunmasından mütevellit kamu yararını da dikkate aldığımızda hukuki ve fiilî zorunluluğun varlığı konusunda çoğunluğun ulaştığı sonuca katılma imkânı olmamıştır.

3) Anayasal Güvenceler ve Hakların Korunması

59. Bir an için çoğunluğa katılarak dava konusu kuralların istinaf kanun yolunun ihdas edilmesi şeklindeki yapısal değişikliğin kaçınılmaz sonucu olduğunu, dolayısıyla ortada hukuki ve fiilî bir zorunluluk bulunduğunu kabul edelim. Bu durumda da düzenlemelerin başta hâkimlik teminatı olmak üzere anayasal güvenceleri ve temel hakları ihlal etmeyecek şekilde yapılması gerekirdi.

60. Anayasa'nın 139. maddesinde güvenceye alınan hâkimlik teminatı gereğince "*Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz*." Aynı maddede istisnalar da düzenlenmiş, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnaların saklı olduğu belirtilmiştir.

61. Bu noktada Yargıtay ve Danıştay üyelerinin derece mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcıların sahip oldukları teminattan çok daha güçlü bir güvenceye sahip olmaları gerektiği söylenebilir. Anayasa'nın 154. ve 155. maddelerinde özel olarak düzenlenen Yargıtay ve Danıştay diğer birçok anayasal kurumun oluşumu ve işleyişi bakımından belirleyici rol oynayan yüksek mahkemelerdir. Bu bağlamda Anayasa'ya göre Yüksek Seçim Kurulunun tüm üyeleri (m. 79), Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte biri (m. 146) ve HSK

üyelerinin bir kısmı (m.159) söz konusu iki yüksek mahkemenin üyeleri arasından seçilmektedir.

62. Dolayısıyla yüksek yargı organlarının üye yapısına yönelik kanuni müdahaleler diğer anayasal kurumları da etkilemektedir. Bu sebeple yüksek yargı üyelerine dair yasal düzenlemeler, buralarda görev yapanların, diğer hâkim ve savcılardan farklı olarak, bir anlamda "*yüksek hâkimlik teminatı*" diyebileceğimiz bir güvenceye sahip olduklarını dikkate almak durumundadır. Buradaki teminatın "*yüksek*"liği bir yandan söz konusu yargı organlarının diğer anayasal kurumlar üzerindeki etkisinden, öte yandan da yüksek yargıda ifa edilen görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

63. Bu çerçevede kanun koyucunun hukuki ve fiilî bir zorunluluk nedeniyle kadrosu kaldırılan bir yüksek mahkeme üyesinin sahip olduğu hâkimlik teminatına halel gelmesini engelleyecek tedbirleri alması gerekir. Anayasa'nın 139. maddesinde özel olarak düzenlenen hâkimlik teminatının (a) azlolunamazlık, (b) yaş haddinden önce emekliye sevkedilememezlik ve (c) kadroları kaldırılsa bile özlük haklarından yoksun kılınamazlık olmak üzere üç unsurunun olduğu görülmektedir. Anayasa yapımı sürecinde maddede bulunan "*diğer özlük hakları*" ibaresi sonradan eklenmiş, gerekçeye göre "*Hâkimlik teminatının tamamlayıcı bir unsuru olması bakımından madde metnine "diğer özlük hakları" da ilave edilmiştir*".

64. Dava konusu kurallar hâkimlik teminatının tamamlayıcı unsuru olan *"özlük hakları"*nın korunması noktasında anayasal gereklilikleri karşılamaktan uzaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, *"özlük hakları"* en genel anlamda kişilerin deruhte ettikleri görevler nedeniyle ve bulundukları kadrolar esas alınmak suretiyle belirlenen hakları ifade eder. Bu anlamda Danıştay ve Yargıtay üyelerinin *"özlük hakları"* da bu görevi yürütenlere bulundukları kadro esas alınmak suretiyle tanınan haklardır.

65. Anayasa'nın 139. maddesinde hâkimlerin kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa yoksun kılınamayacağını belirttiği *"özlük hakları"* yüksek yargı üyelerinin sadece aylık ve ödenek gibi sosyal ve ekonomik haklarıyla sınırlı değildir. Nitekim 139. maddenin lafzından da *"aylık ve ödeneğin"* özlük haklarının yalnızca bir kısmı olduğu, hâkimlerin bunların yanında diğer özlük haklarından da mahrum bırakılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu hakların hâkimler bakımından sosyal ve mali haklar yanında disiplin işleri ve görevleri sebebiyle haklarında açılan soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde sahip oldukları hakları da içerdiği açıktır. Anayasa'nın gerek 140. maddesinde, gerekse 159. maddesinde hâkimlerin disiplin işleri ile yargılanmalarına ilişkin hukuksal güvenceleri de *"özlük işleri"* veya *"özlük hakları"* kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de hâkimlere yönelik disipline teallük eden işleri özlük haklarının ayrılmaz bir unsuru olarak kabul

etmektedir (AYM, E.1992/39, K.1993/19, 29/4/1993; AYM, E.2010/49, K.2010/87, 7/7/2010).

66. Belirtmek gerekir ki aylık ve ödenek dışında yüksek yargı mensuplarının görevlerinden kaynaklanan sağlık hakları gibi her türlü hak *"özlük hakları"* kapsamındadır. Bu kapsamda söz gelimi yüksek mahkeme üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanması da onların üyeliğe bağlı özlük hakları kapsamında değerlendirilebilir.

67. Bu çerçevede kadroları kaldırıldığı için Yargıtay ve Danıştay üyeliklerine son verilen ve yeniden seçilmeyen üyelerin yüksek mahkeme üyeliğinden kaynaklanan her nevi özlük hakkının korunması anayasal bir zorunluluktur. Bu zorunluluk bir yandan yüksek mahkeme üyelerinin diğer hâkim ve savcılardan farklı olarak sahip oldukları sosyal ve mali hakların, diğer yandan da Yüksek Mahkeme üyeliği statüsünden kaynaklanan disipline ve yargılamaya ilişkin güvencelerin devam ettirilmesini gerektirmektedir.

68. Kurallar bir bütün olarak değerlendirildiğinde görevleri sona erdirilen Yargıtay ve Danıştay üyelerinin geniş anlamda *"özlük hakları"*nın devam edeceğine dair herhangi bir hükme yer vermemiştir. Bu da dava konusu kuralları Anayasa'nın 139. maddesinde ifadesini bulan "*Kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamaz.*" hükmüne aykırı hale getirmektedir. Kısacası Yargıtay ve Danıştay üyelerinin Anayasa'nın 139., 154. ve 155. maddeleri uyarınca sahip oldukları hâkimlik teminatına aykırı şekilde görevlerine son veren dava konusu kurallar Anayasa'ya aykırıdır.

69. Yargıtay ve Danıştay üyelikleri sona erdirilen ve tekrar bu göreve atanmayanların adli ve idari yargı düzeninde yargısal bir göreve atanacakları, dolayısıyla hâkimlik teminatından yararlanacakları yönündeki gerekçenin de isabetli olduğu söylenemez. Her şeyden önce kanunun yürürlüğe girdiği dönemde yüksek mahkeme üyeleriyle derece mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin özlük haklarının büyük ölçüde aynı ya da benzer olması, bunların ileride farklılaşmayacağı anlamına gelmez. Nitekim kanun yürürlüğe girdikten sonra Yargıtay ve Danıştay üyelerinin sağlık güvencelerine yönelik -diğer hâkim ve savcılardan farklı olarak- bazı haklar tanınmıştır.

70. İkincisi ve daha önemlisi Anayasa, Yargıtay ve Danıştay üyeliklerini diğer anayasal kurumları da etkileyecek şekilde özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle yüksek mahkeme üyelerinin özlük haklarıyla diğer hâkim ve savcıların özlük hakları aynı değildir. Yukarıda bahsedildiği gibi hâkimlik teminatının en önemli unsurlarından olan özlük hakları, sadece aylık ve ödenekler gibi mali hakları değil, daha geniş anlamda disipline ve yargılamaya ilişkin tüm güvenceleri kapsamaktadır. Bu açıdan da Yargıtay ve Danıştay üyelerinin diğer hâkim ve savcılarla aynı durumda oldukları söylenemez.

71. Diğer yandan dava konusu kuralların görevlerine son verilen üyelerin bir kısmının özlük haklarını özel olarak düzenlediği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda geçici 27. maddenin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde Danıştay üyeliği sona erenlerden idari görevlere atanmak isteyenlerin Danıştay üyelerinin sahip olduğu özlük haklarından yararlanmaya devam edecekleri belirtilmektedir.

72. Bu düzenleme görevleri sona erdirilen yüksek mahkeme üyelerinin özlük haklarını korumaya yönelik olumlu bir adım olmakla birlikte en az iki nedenle Anayasa'ya aykırılık durumu devam etmektedir. Birincisi, tanınan özlük hakları Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hakların tamamını değil, bir kısmını içermektedir. İkincisi sadece idari görevlere atananlara bu imkân tanınmakta, idari yargıda hâkim olarak görev yapanlara ise Danıştay üyelerine sağlanan özlük hakları sağlanmamaktadır. Danıştay üyeliğine yeniden seçilmeyip idari kadrolara atananlar Danıştay üyelerinin sahip oldukları özlük haklarından eksik de olsa yararlanmaya devam ederlerken, idari yargıda göreve devam edenlere bu hakların tanınmamasını eşitlik ilkesiyle bağdaştırmak zordur. Bu kapsamda aynı ya da benzer durumda olanlardan bir kısmına bazı özlük hakları tanınırken diğerlerine tanınmamasının nesnel ve makul hiçbir nedeni de bulunmadığından kural Anayasa'nın 10. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

73. Dava konusu kuralların Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı yönünden de incelenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere kişilerin mesleki hayatlarına yönelik müdahalenin sebep unsurunu özel hayata ilişkin davranışlar oluşturmasa bile, söz konusu müdahale kişilerin özel hayatını önemli ölçüde etkileyebilir. Bu nedenle kişilerin kariyerini etkileyen müdahaleler, meslek hayatında üçüncü kişilerle kuracağı ilişkileri ve bu kişiler nezdindeki itibarını da etkileyeceğinden özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik bir sınırlama oluşturacaktır (AYM, E.2018/159, K.2019/93, 24/12/2019, § 16; *Tamer Mahmutoğlu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, § 88).

74. İptali istenen kuralların da bu anlamda Yargıtay ve Danıştay üyelikleri sona erdirilen kişilerin özel hayatın korunmasını isteme hakkına sınırlama teşkil ettiği söylenebilir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlere yönelik bir sınırlandırmanın kanuna dayalı olması, meşru bir amacının bulunması ve ölçülü olması zorunludur.

75. Kanunilik şartının sağlanması için temel hakları sınırlandıran bir kanunun bulunması yeterli olmayıp, söz konusu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması da gerekir. Dava konusu kanun hükümleri altmış beş yaşına kadar görev yapmak üzere seçilen ve bu yönde

haklı beklentileri oluşan yüksek mahkeme üyelerinin görevlerine, göreve son vermeye ilişkin anayasal güvenceleri etkisiz kılacak bir yöntemle son vermiştir. Bunun öngörülebilir bir düzenleme olduğu söylenemez. Kurallar öngörülebilirlik ilkesini ihlal ettiğinden özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin kanunilik şartını sağladığı da söylenemez.

76. Kuralların kanunilik şartını sağladığı ve sınırlandırmanın istinaf mahkemelerinin hayata geçirilmesinden kaynaklanan kamu yararına yönelik olduğu kabul edilse bile, bu durumda da sınırlandırmanın ölçülü olması gerekmektedir. Bilindiği üzere ölçülülüğün alt ilkeleri elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eder. İptali istenen kuralların istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte yüksek mahkemelerin üye sayısının azaltılması amacının gerçekleştirilmesi için elverişli olmadığı söylenemez. Gereklilik ise sınırlamanın öngörülen amacın gerçekleştirilmesi bakımından zorunlu olmasını, başka bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlamayla ulaşılmasının mümkün olmamasını ifade eder. Geçici maddelerin bazı hükümleri yüksek mahkemelerdeki üye sayısının kademeli olarak azaltmasını öngörmektedir. Dolayısıyla üye sayısını azaltma amacına daha hafif bir sınırlamayla ulaşılması mümkünken bir kısım üyelerin görevine son verilerek tekrar seçilmemesi şeklindeki sınırlamanın gerekli olduğu söylenemez.

77. Bir an için üye sayısının kademeli olarak azaltılması ile kanunla defaten azaltılmasının aynı etkiyi doğurmayacağı, dolayısıyla dava konusu kuralların hızlı bir şekilde yeni sistemin gerektirdiği değişikliğin yapılabilmesi için gerekli olduğunu kabul edelim. Bu durumda da sınırlamanın orantılı olması, başka bir ifadeyle sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Esasen anayasa koyucu *"[hâkimler] bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz"* hükmüyle orantılılığın gerektirdiği makul dengeyi ifade etmiştir.

78. Dava konusu kurallar yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, görevlerine son verilen ve yeniden seçilmeyen Yargıtay ve Danıştay üyelerinin hâkimlik teminatını ihlal etmektedir. Bu nedenle üyelerin hâkimlik teminatını korumayan kuralların getirdiği sınırlamayla öngörülen amaç arasında makul bir dengenin kurulduğu söylenemez. Dolayısıyla kurallar Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine de aykırılık teşkil etmektedir.

79. Öte yandan geçici maddelerin birinci fıkraları için ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, bu fıkralarla bağlantılı ve göreve son vermenin sonuçlarını düzenleyen fıkralar için de geçerlidir. Bu nedenle, geçici 27. maddenin (2) ila (12) numaralı fıkraları ile geçici 15. maddenin 2. ila 11. fıkra-

larının da yukarıda ayrıntılı şekilde ifade edilen gerekçelerle iptal edilmesi gerekir.

80. Sonuç olarak açıklanan gerekçelerle dava konusu kuralların Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 138., 139., 140., 154. ve 155. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

E. 2021/97, K. 2022/36, 24/3/2022

1. 9/7/2021 tarihli ve 7332 sayılı Kanunla 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'na eklenen 28/A maddesinin sekizinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. İptali istenen kural uyarınca "*Sahibi tarafından işlenen suçlar da dahil olmak üzere bu maddede belirtilen suçların işlenmesi halinde soruşturma yapılması Tarım ve Orman Bakanlığının il veya ilçe müdürlükleri tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır*."

2. Anayasa'nın 56. maddesine göre "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*." Anayasa'nın yapımı sürecinde Danışma Meclisi tarafından "*Sağlık hizmetleri*" kenar başlıklı maddeden ayrı olarak "*Çevrenin korunması*" kenar başlıklı bir madde önerilmiş, bu maddede devletin "*tabii çevreyi koruyucu*" tedbirler alacağı öngörülmüştü. Buna karşılık Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu iki maddeyi birleştirmiş, gerekçesinde de "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama*[nın]*, sosyal bir hak haline dönüştürülmüş*" olduğunu vurgulamıştır.

3. Kuşkusuz hayvanlar, içinde yaşadığımız "*tabii çevre*"nin vazgeçilmez unsurudur. Nitekim Mahkememiz çoğunluğu da hayvanların "*varlıkları itibarıyla sağlıklı ve dengeli bir çevrenin unsurları*" (§ 23) olduğunu belirterek kuralı Anayasa'nın 56. maddesi yönünden de incelemiştir.

4. Bu bağlamda hayvanların korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin anayasal dayanağının olduğu açıktır. Bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının etkili bir şekilde korunması, "*sağlıklı ve dengeli çevre*"nin zorunlu unsurları olan hayvanların korunmasını gerektirmektedir. Zira hayvanların korunmadığı bir çevrenin sağlıklı ve dengeli olarak nitelendirilmesi, dolayısıyla insanların böyle bir çevrede yaşama hakkının korunduğu söylenemez.

5. Hayvanların korunması zorunluluğunu insanın sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkının korunmasına dayandıran görüş, hayvanlara yönelik

"*araçsal*" bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu araçsal yaklaşımın ulusal ve ulasalüstü yargı organlarına hâkim olduğu bilinmektedir. Söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir hayvan hakları aktivistinin "*Matthis Pan*" isimli şempanze adına yaptığı başvuruyu kişi bakımından yetkisizlik *(ratione personae*) nedeniyle kabul edilemez bulmuştur (*Stibbe/Avusturya*, B. No: 26188/08, 22/01/2010).

6. Buna karşılık hayvanların bir "*araç*" ya da "*nesne*" değil "*amaç*" olarak birtakım hakların öznesi oldukları görüşü istisnai olarak kabul edilmiştir. Özellikle bazı Latin Amerika ülkelerinde hayvanların hakların "*özne*"si kabul edildiklerine dair yargı kararlarına rastlanmaktadır. Bu kapsamda Ekvador Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararında "*Estrellita*" adındaki maymunun 18 yıldır yanında yaşadığı davacının evinden alınıp bir hayvanat bahçesine götürülmesinden kısa bir süre sonra ölmesi üzerine başlayan yargısal süreçte maymunun yaşam hakkının ihlaline hükmetmiştir.

7. Ekvador Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında hayvanların hakların öznesi olduğunu ve hayvan haklarının -kendine has özellikleriyle- Ekvador Anayasasının 71. maddesinde güvence altına alınan "*doğa haklarının spesifik bir boyutunu oluşturduğu*"nu belirtmiştir. Diğer yandan Mahkeme aynı anayasa hükmünün hayvanların korunması amacıyla her bireye, tüzel kişiliğe ya da topluluğa, "*Doğa adına*", hukuki süreç başlatma ve kamu otoritelerine başvurma hakkı tanıdığını vurgulamıştır (bkz. "*Estrellita Monkey*" *Case*, No. 253-20-JH/22, 27/01/2022, https://animal.law.harvard.edu/wp-content/uploads/Final-judgment-Estrellita-w-Translation-Certification.pdf., §§ 91, 161).

8. Ülkemizdeki anayasal duruma döndüğümüzde, Anayasa'nın gerek 56. maddesinin, gerekse de tabiat varlıklarının korunmasını güvence altına alan 63. maddesinin, "*tabii çevre*"nin korunması ve geliştirilmesi gerektiğini özellikle vurguladıkları belirtilmelidir. Bunun dolaylı da olsa bir "*çevre hakkı*"nın varlığına işaret ettiği, bu kapsamda da hayvanların ve haklarının korunması gerektiği söylenebilir.

9. Doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi görevi, anayasal düzeyde "*hak öznesi*" olup olmadıklarından bağımsız olarak, hayvanların korunması yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir. Kuşkusuz hayvanların korunması onlarla aynı dünyayı ve çevreyi paylaşan insanlara, topluma ve onun örgütlü hali olan devlete düşen önemli bir ödevdir. Hayvanların korunması bakımından devletin negatif yükümlülüğü kamu gücü kullananların hayvanlara hukuka aykırı şekilde davranmaktan kaçınmasını, pozitif yükümlülüğü ise bir yandan bu tür davranışları önlemek için gerekli tedbirleri almayı diğer yandan da hayvanlara karşı suç işleyenleri etkili şekilde cezalandırmayı gerektirmektedir.

10. Nitekim dava konusu kuralın da içinde bulunduğu 7332 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde hem hayvanlara yaklaşımın değiştiği hem de onların korunması için caydırıcı cezai yaptırımlara ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır. Gerekçede öncelikle, BM Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi uluslararası belgelere atıf yapılarak "*hayvanların yaşama ve kötü muameleye maruz kalmama gibi temel haklara sahip oldukları*" ve insanlığın "*hayvanın bir mal veya eşya olarak kabul edildiği anlayıştan, bir can olarak değerlendirildiği perspektife evrilmiş ve tüm hayvanların yaşamlarının güvence altına alınması yolunda önemli mesafeler katetmiş*" olduğu belirtilmiştir.

11. Öte yandan gerekçeye göre kanun teklifinin amacı "*bir can ve dost olarak kabul ettiğimiz hayvanların daha* ***etkin*** *bir şekilde korunması*"dır. Bu amaca matuf olarak "*hayvanlara yönelik haksız eylemlere karşı* ***caydırıcı*** *yaptırımlar belirleme*"nin onların korunması bakımından oldukça önemli olduğu vurgulanmıştır.

12. İptali istenen kural tam da yaptırımların caydırıcılığı noktasında problemli görünmektedir. Kuralın da içinde bulunduğu Kanun, yaptırımları öngörmüş ancak bunların etkin şekilde uygulanmasını sağlayacak güvenceleri maalesef eksik bırakmıştır. Başka bir ifadeyle "*bir can ve dost*" olarak kabul edilen hayvanların korunmasına yönelik değişikliklerde onları bir "*mal veya eşya*" olarak gören eski anlayışın izleri silinememiştir.

13. Bu bağlamda dava konusu kural ile gerekçede ortaya konulan yaklaşım en az iki nedenle bağdaşmamaktadır. Birincisi, hayvanlara yönelik suçlara ilişkin yargılamayı idarenin yazılı başvurusuna bağlayan kural, haksız eylemlerin cezasız kalmasına yol açabilecek mahiyettedir. Başvuru yapıp yapmama konusunda tüm takdir idareye aittir. Başvuru yapmaya karar verdiğinde de bunu şifahi olarak yapması mümkün değildir.

14. Kural ve gerekçe arasındaki bağdaşmazlığın ikinci yansıması *sahipli* hayvanlar ile *sahipsiz* hayvanlara karşı işlenen suçların soruşturulmasında ortaya çıkmaktadır. Dava konusu yapılmamakla birlikte, iptali istenen cümlenin de içinde bulunduğu fıkranın dördüncü cümlesinde sahipli hayvanlara karşı belli suçların başka kişiler tarafından işlenmesi halinde hayvan sahibinin şikâyeti üzerine de soruşturma yapılacağı öngörülmektedir.

15. Halbuki sadece *sahipli* hayvanı öldüren, işe yaramayacak hâle getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişilerin cezalandırılmasını düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 151. maddesinin (2) numaralı fıkrası 7332 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. "*Mala zarar verme*" başlığı altında yer alan söz konusu düzenlemenin ilga edilmesi, hayvanları "*mal*" olarak değil, "*can*" olarak gören yaklaşımla uyumludur. Buna karşılık soruşturma başlatılmasına ilişkin olarak sahipli/sahipsiz hayvan ayrımı yapılmasını aynı yaklaşımla telif etmek mümkün değildir.

16. Esasen hayvanlara yönelik suç teşkil eden eylemlerin asıl ve doğrudan mağduru bu eyleme muhatap olan hayvanlardır. Hayvanlar hissedebilen ve bu anlamda acı çekebilen varlıklardır. Nitekim yaklaşık iki yüz yıl önce Jeremy Bentham'ın belirttiği gibi, hayvanlara muamele konusunda sorulması gereken soru ne "*akledebiliyorlar mı*?" ne de "*konuşabiliyorlar mı*?" olmalı; doğru soru "*acı çekebiliyorlar mı*?" olmalıdır (J. Bentham, *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*, Hafner Press, 1948, Chapter XVII, § 1, No. IV, dipnot 1, s. 311).

17. Acı çekebilen varlıklar olduklarında şüphe olmayan hayvanların hukuk tarafından etkili şekilde korunmaları gerektiği izahtan varestedir. Diğer yandan hayvanların aynı zamanda ekonomik değeri olduğu, dolayısıyla onların haksız yere öldürülmesi ya da yaralanması durumunda sahibinin de "*mağdur*" olacağı yönündeki anlayış da dava konusu kuralı haklılaştırmak için yeterli değildir. Sahipli hayvana yönelik haksız eylemin "*mağdur*"u olarak hayvanın sahibinin şikâyetiyle de soruşturmanın başlatılması anlaşılabilir. Bununla birlikte sahibi tarafından "*sahipli*" hayvana ve herhangi bir kişi tarafından "*sahipsiz*" hayvana yönelik hukuka aykırı eylemin mağduru da aynı zamanda sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olan *herkes*tir. Dolayısıyla hayvanlara karşı işlenen suçlarda mağdurların şikâyetleri esas alınacaksa herkesin doğrudan savcılığa şikâyette bulunabilmesi gerekirdi.

18. Yukarıda belirtildiği gibi sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkı, hayvanların etkili şekilde korunması amacıyla bir yandan devlete negatif ve pozitif yükümlülükler diğer yandan topluma ve onu oluşturan bireylere ahlaki ve hukuki görevler yüklemektedir. Arthur Schopenhauer ahlakın temellerini açıklarken hayvanlara merhametin karakter güzelliğiyle yakından ilgili olduğunu, bu anlamda yaşayan canlılara vahşice davrananların "*iyi insan*" olamayacağını belirtmiştir (A. Schopenhauer, *The Basis of Morality*, trans. A.B. Bullock, London: Swan Sonneschein & Co. Ltd., 1903, s. 223).

19. Dava konusu kuralın da içinde bulunduğu Kanunla bu ahlaki ödev hukuki ödeve dönüştürülmüş ve bunun ihlali cezai yaptırıma tabi kılınmıştır. Bu şüphesiz oldukça önemli ve olumlu bir gelişmedir. Ancak hayvanları korumaya yönelik ahlaki ve hukuki ödevin bir boyutu da hayvanlara karşı işlenen suçların etkili şekilde soruşturulmasına katkı yapmaktır. Bunun için de söz konusu suçlara şahit olanların *savcılıklara* suç duyurusunda bulunmalarının engellenmemesi gerekirdi.

20. Diğer yandan hayvanların korunması konusunda duyarlı kişilerin veya kuruluşların doğrudan savcılığa şikâyette bulunmaları yerine, Tarım ve Orman Bakanlığı İl veya İlçe Müdürlüklerine başvurmaları zorunluluğunu

getiren kuralın gerekçesi de anlaşılamamaktadır. Kanun'un ne genel gerekçesinde ne de madde gerekçelerinde bu konuda herhangi bir açıklamaya yer verilmiştir.

21. Çoğunluk görüşünde savcılıkların ve yargının işyükünün artma endişesinin belirleyici olduğu söylenebilir. Ancak bu durum kanun koyucunun "*can ve dost*" olarak gördüğü hayvanların *etkin* şekilde korunması yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmemesinin gerekçesi olamaz. Birçok konuda olduğu gibi, savcılıklarda da konuya ilişkin özel büroların kurulması gibi bazı tedbirler alınarak hayvanlara yönelik suç teşkil eden fiillerin hızlı ve etkili şekilde soruşturulması ve kovuşturulması mümkün olabilir.

22. Dava konusu kural Anayasa'nın 56. maddesinin dışında, 2. ve 7. maddelerine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde korunan hukuk devleti keyfî uygulamaları engellemek ve öngörülebilirliği sağlamak amacıyla kanunların açık, net ve belirli olmasını gerektirmektedir. Anayasa'nın 7. maddesinde güvenceye alınan yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi de bir konuda temel ilke, esas ve şartlar kanunda belirlenmeden, o konunun düzenlenmesinin idareye bırakılmasına izin vermez.

23. Kural yeteri kadar açık ve belirli değildir. Muhakeme şartı olarak belirlenen, "*Tarım ve Orman Bakanlığının il veya ilçe müdürlükleri tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması"* mekanizmasının nasıl çalışacağı, müdürlüklerin re'sen mi yoksa vatandaşlardan gelen şikâyetler üzerine mi harekete geçebilceği, kişilerin şikâyetlerinin nasıl değerlendirileceği, yazılı başvuru yapılıp yapılmaması konusunda takdir yetkilerinin olup olmadığı, varsa bu takdir yetkisinin hangi ilke, kriter ve şartlara göre kullanılacağı ve söz konusu müdürlüklerde hayvanlara karşı işlenen suçlar konusunda uzmanların istihdam edilip edilmeyeceği gibi hususlarda hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple her türlü keyfî uygulamaya sebebiyet verecek şekilde belirsizliklerle malul kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

24. Öte yandan hayvanların korunması bakımından son derece önemli olan soruşturmaya ilişkin bu hususlar çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenebilir. Ancak temel esasları kanun yerine alt düzenleyici işlem olan yönetmelikle yapmak bir yandan yasama yetkisinin devri, diğer yandan da yargısal denetim mercinin değiştirilmesi sakıncasına neden olmaktadır. Dolayısıyla kural bu hâliyle Anayasa'nın 7. maddesine de aykırıdır.

25. Belirtmek gerekir ki, hayvanların anayasal ve yasal düzeyde korunmasına dair tartışmalar dünyanın her yerinde olduğu gibi bizde de devam etmektedir. Esasen bu, aynı çevreyi paylaştığımız ve onun doğal unsuru olan hayvanlara bakışın şekillendirdiği sürekli bir tartışmadır. Nitekim geçen yüzyılın en etkili düşünürlerinden Jacques Derrida "*hayvan meselesi*"ni sürekli il-

gilenilmesi gereken bir konu olarak görmüştür (J. Derrida, *The Beast and the Sovereign*, Vol. I, trans. G. Bennington, Chicago: The University of Chicago Press, 2009, s. 20).

26. İptali istenen kuralın da içinde bulunduğu 7332 sayılı Kanun'un genel gerekçesinin ilk cümlesinde ifade edildiği gibi "*Mazisi, hayvanlar için vakfiyeler oluşturmak, kuş evleri, hastaneler ve barınaklar inşa etmek, kırsala yiyecek bırakmak gibi iyi örneklerle dolu olan milletimiz, günümüzde de hayvanların korunması bakımından önemli mesafeler kat etmiş ve gelişmiş diğer ülkelerde olduğu gibi hayvanların korunmasına yönelik müstakil bir kanun kabul ederek bu alana verdiği önemi göstermiştir*." Kuşkusuz hayvanların korunmasına yönelik müstakil bir kanunun çıkarılması önemli, ancak yeterli olmayan bir adımdır. Kat edilmesi gereken daha çok mesafe vardır.

27. Hayvanların korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin bilhassa devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu anlamda hayvanlara karşı suçların etkili şekilde soruşturulması ve kovuşturulmasını engelleyen dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğundan iptal edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

28. Açıklanan gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 2., 7., ve 56. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden red yönündeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2023/104, K.2023/177, 11/10/2023

1. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 106. maddesinin altıncı fıkrasının 7447 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

2. İtiraz konusu kural, Yargıtay ve Danıştay başkanları ve üyelerine (40.000); birinci sınıf hâkim ve savcılara ise (15.000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık ek tazminatın ödenmesini öngörmektedir.

3. Kuralın anayasallık denetiminin Anayasa'nın 35. maddesiyle bağlantılı olarak 10. maddesi kapsamında yapılması; bunun için de öncelikle karşılaştırmaya müsait şekilde aynı veya benzer hukukî konumda olan kişilerin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Karşılaştırmaya müsait kişilere yönelik farklı muamele nesnel ve makul bir sebebe dayanmıyorsa veya ölçüsüz ise Anayasa'nın 10. maddesinde korunan eşitlik ilkesini ihlal edecektir.

4. Bununla birlikte kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her durumda aynı kurallara bağlı olmasını gerektirmemektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, konumlarının farklılığı "*Kimi kişiler ya da topluluklar için farklı kuralları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez*" (AYM, E.2021/129, K.2022/33, 24/3/2022, § 23).

5. Dava konusu kuralın gerekçesi, yüksek mahkeme başkan ve üyelerinin ek tazminat oranının (25.000) puan artırılarak oranın *Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri ile eşit duruma getirilmesi* olarak ifade edilmiştir. Bu gerekçenin yüksek mahkeme üyeleriyle Anayasa Mahkemesi üyelerinin *aynı hukukî durumda* olduğu varsayımına dayandığı anlaşılmaktadır.

6. Mahkememiz çoğunluğuna göre, "*Anayasa Mahkemesi üyeleriyle eşitleme*" gerekçesiyle yüksek mahkeme üyelerinin mali hakları konusunda birinci sınıf hâkim ve savcılardan belirgin şekilde ayrışmaları sonucunu doğuran farklı muamelenin "*Anayasal açıdan nesnel, makul ve zorunlu bir nedene dayandığı*

söylenemez" (§ 51). Çoğunluğun bu görüşünün Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek mahkemelerin aynı hukukî durumda olmadıkları argümanına dayandığı görülmektedir. Bu argümana katılmakla birlikte, benzer şekilde yüksek mahkeme üyeleriyle birinci sınıf hâkim ve savcıların da aynı hukuki konumda olmadığı kanaatindeyim.

7. Öncelikle belirtmek gerekir ki, anayasa mahkemeleri ile diğer yüksek mahkemeler arasında anayasa yargısının niteliğinden kaynaklanan farklılıklar bulunmaktadır. Anayasa mahkemeleri, anayasa hukuku alanındaki uyuşmazlıkları karara bağlayan yargı mercileri olmanın ötesinde, yasama ve yürütmenin kural ihdas etme sürecine katılan anayasal organlardır. Nitekim anayasa mahkemelerinin fikir babası olan Hans Kelsen, bir kanunun iptaline karar vermenin onun ihdası gibi bir yasama işlevi olduğunu, dolayısıyla bu yetkiyle donatılmış bir *"mahkeme"*nin aynı zamanda yasama işlevi göreceğini belirtmiştir (bkz. H. Kelsen, "On the Nature and Development of Constitutional Adjudiciation", L. Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, içinde, ss. 46-47).

8. Bu bağlamda Anayasamız, yüksek mahkemeler dahil tüm mahkemeleri *normları uygulamak* suretiyle önlerindeki uyuşmazlıkları çözmekle görevli kurumlar olarak görürken, Anayasa Mahkemesini anayasal uyuşmazlıkları karara bağlayan bir *mahkeme* olmanın yanında *normların inşası* sürecine katılan ve Anayasa ile bağdaşmayan kuralların norm olarak devam etmesine izin vermeyen bir *anayasal organ* olarak düzenlemiştir. Esasen bu çift boyutlu nitelik Türk Anayasa Mahkemesine özgü olmayıp, anayasa yargısına sahip tüm anayasal demokrasiler için geçerlidir. Söz gelimi Alman Anayasa Mahkemesi anayasal görev ve yetkilerinden hareketle kendisini "*hem bir mahkeme hem de bir anayasal organ*" olarak nitelendirmektedir (The Federal Constitutional Court, *2022 Annual Report: Basic Law-European-International*, Karlsruhe, 2023, ss. 6-7).

9. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin Anayasa ile öngörülen görev ve yetkileri ile Anayasa'nın 153. maddesinde ifadesini bulan kararlarının mutlak bağlayıcılığı, hiç kuşkusuz diğer devlet organları karşısında ona kurumsal olarak tanınan bir "*üstünlük*" anlamına gelmemektedir. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç kısmında kuvvetler ayrımının "*Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu*" belirtilmektedir.

10. Bu nedenle, yargı bağımsızlığı ile hâkimlik ve savcılık teminatı ilkelerinin egemen olduğu yargı alanında yargı mercilerinin ifa ettikleri görev ve yetkilerin *farklı* olması, bunlar arasında bir *astlık üstlük* ilişkisinin olduğu

anlamına gelmez. Bu anlamda Anayasa, mahkemelerin görev ve yetkilerini belirlerken "*alt-üst*" değil "*derece mahkeme*si" kavramını kullanmaktadır. Tam da bu nedenle Yargıtay ve Danıştayı düzenleyen Anayasa'nın 154. ve 155. maddeleri, bu mahkemelerin adlî ve idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka mercilere bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercileri olduğunu, kanunla gösterilen belli davalara da "*ilk ve son derece mahkemesi olarak*" bakacaklarını belirtmiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de Yüce Divan sıfatıyla, Anayasa'nın 148. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında belirtilen kişilerin görevleriyle ilgili olarak yargılandıkları davalara *ilk ve son derece mahkemesi* olarak bakmaktadır.

11. Bu açıklamalar ışığında itiraz konusu kurala bakıldığında, kuralın diğer yüksek mahkemelerle Anayasa Mahkemesinin aynı hukukî durumda olduğunu kabul eden gerekçesinin isabetli olmadığı görülse de kanun koyucunun isabetli olmayan bir "*gerekçe*" ile kural ihdas etmesi, kuralı otomatik olarak ve tek başına Anayasa'ya aykırı hâle getirmez. Zira en genel anlamda kamu hizmeti gören kişilerin aylıklarının belirlenmesinde kanun koyucunun anayasal ilkelere aykırı olmamak kaydıyla geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

12. Diğer taraftan, iptali istenen kuralla yüksek mahkemelerin başkan ve üyeleriyle bu yüksek mahkemelere seçilme yeterliğine sahip birinci sınıf hâkim ve savcılar arasında bir fark oluşturulmuştur. Çoğunluk yüksek mahkemelerin başkan ve üyeleriyle birinci sınıf hâkim ve savcıların eşitlik karşılaştırmasına müsait şekilde "*benzer*" olduklarını ve ortaya çıkan farkın *ölçülü* olmadığını belirterek kuralın hukuk devleti ilkesi ile mülkiyet hakkı bağlamında eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir (bkz. §§ 53-58).

13. Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek mahkemeler arasındaki görev ve yetki farklılığı, bu mahkemeler ile derece mahkemeleri arasında da geçerlidir. Başka bir ifadeyle, yüksek mahkeme üyeleri ile birinci sınıf hâkim ve savcılar aynı hukukî konumda değildir.

14. Çoğunluğun aksi yöndeki yaklaşımının Anayasa Mahkemesinin 2016/144 Esas sayılı kararıyla uyumlu olduğu söylenebilir. Bu kararda Mahkememiz çoğunluğu, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine son vererek yeniden atanmayanların derece mahkemelerinde görevlendirilmelerini öngören yasal hükümlerin başta "*hâkimlik teminatı*" olmak üzere anayasal kural ve ilkelere aykırı olmadığına karar vermiştir (AYM, E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020).

15. Bu karara ilişkin olarak yazdığımız karşıoy gerekçesinde; Yargıtay ve Danıştay üyelerinin derece mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcıların sahip olduklarından çok daha güçlü bir güvenceye sahip olmaları gerektiği,

zira bu kurumların Anayasa'da özel olarak düzenlendikleri, bunların Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Seçim Kurulu gibi birçok anayasal kurumun oluşumu ve işleyişi bakımından belirleyici rol oynayan yüksek mahkemeler olduğu, bu itibarla yüksek yargı üyelerine dair yasal düzenlemelerin, *diğer hâkim ve savcılardan farklı olarak*, bunların bir anlamda "*yüksek hâkimlik teminatı*" diyebileceğimiz bir güvenceye sahip olduklarını dikkate alması gerektiği, teminatın "*yüksek*"liğinin bir yandan söz konusu yargı mercilerinin diğer anayasal kurumlar üzerindeki etkisinden, öte yandan da ifa edilen görevin niteliğinden kaynaklandığı ifade edilmiştir (AYM, E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020, Karşıoy Gerekçesi, §§ 60-62).

16. Anılan karşıoyumuzda, ayrıca, dava konusu kanunun yürürlüğe girdiği dönemde yüksek mahkeme üyeleriyle derece mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin özlük haklarının büyük ölçüde aynı ya da benzer olmasının *bunların ileride farklılaşmayacağı anlamına gelmediği* belirtilmiş; Yargıtay ve Danıştay üyelerinin diğer hâkim ve savcılarla aynı hukukî durumda olmadıkları sonucuna ulaşılmıştır (AYM, E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020, Karşıoy Gerekçesi, §§ 69-70).

17. İtiraza konu kural yönünden de ulaşılan bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme üyeleri ile birinci sınıf hâkim ve savcıların hukukî durumları farklı olduğundan Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Bu nedenle kuralda eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu değildir. Aynı şekilde Yargıtay ve Danıştay üyelerine ödenecek ek tazminat miktarında esas alınan gösterge rakamının yükseltilmesine dair itiraz konusu kuralın hukuk devletinin unsurlarından olan *ölçülülük* ilkesine aykırı olduğu da söylenemez.

18. Açıklanan gerekçelerle, kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını düşündüğümden aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2018/119, K.2020/25, 11/6/2020

1. Mahkememiz çoğunluğu, (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesinin "*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir*" şeklindeki (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılma imkânı olmamıştır.

A.Kuralın Anlam ve Kapsamı

2. Öncelikle dava konusu kuralla hangi kurum ve kuruluşların kadrolarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle (CBK) ihdas edileceğinin ortaya konulması gerekir. Zira çoğunluk ile görüş ayrılığının bir kısmının kuralın anlam ve kapsamı konusundaki farklı yorumdan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

3. Bilindiği üzere anayasa yargısında yorum işin doğası gereği iki yönlüdür. Öncelikle denetlenen normun anlam ve kapsamının, ardından da ölçü norm olarak kullanılan anayasa hükmünün yorumlanması gerekmektedir. Normun yorumlanarak anlam ve kapsamının doğru şekilde belirlenmesi anayasallık denetiminde isabetli karar vermenin de ön şartıdır. Bu anlamda anayasa yargısında denetlenen normun doğru anlamlandırılması, gömleğin ilk düğmesinin doğru iliklenmesi gibidir. Kuşkusuz doğru iliklenen ilk düğme sonraki düğmelerin de doğru iliklenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Lakin ilk düğme yanlış iliklendiğinde sonrakilerin doğru olma ihtimali yoktur. Bu nedenle, sağlıklı bir anayasallık denetimi daha ilk başta denetlenen kanun ya da kararname hükmünün anlam ve kapsamının isabetli şekilde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

4. Mahkememiz çoğunluğu kuralın anlam ve kapsamını belirlerken iki temel tespit yapmaktadır. Birincisi dava konusu kural "*genel olarak kadro ihdasının CBK'yla düzenlenebileceğini"* öngören ve "*sadece Anayasa gereği CBK'yla düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının*" ihdasına yönelik bir kuraldır (§ 21). Çoğunluğun ifadesiyle "*Kuralın, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci,*

118. maddesinin altıncı ve 123. maddesinin üçüncü fıkralarında CBK ile düzenlenmesi öngörülen idarelerin teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır" (§ 28). Dolayısıyla dava konusu kural, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi yargı organlarında yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarını kapsamayan bir düzenlemedir (§ 21).

5. Çoğunluğun, birincisiyle bağlantılı ikinci tespiti ise şu şekildedir: Dava konusu kuralın da içinde bulunduğu CBK'nın diğer hükümlerinde (CBK'nın 2. maddesi ile 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde) ihdasa konu kadrolar arasında yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarına da yer verilmişse de "*söz konusu hükümler dava konusu olmayıp bu hükümlerin bakılmakta olan davada incelenmesi mümkün değildir*" (§ 22).

6. Kuralın anlam ve kapsamına dair bu tespitlere katılmak mümkün değildir. Evvela kuralın sadece CBK ile düzenlenebilecek idarelerin kadrolarını içerdiğine yönelik tespitin pozitif dayanağını bulmak zordur. Burada en fazla "*olması gereken*"den bahsedilebilir. Çoğunluğa göre yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadroları CBK ile ihdas edilemeyeceği için "*Anayasa gereği*" bunlar kuralın kapsamında olamaz. Kuralın kapsamı bu şekilde belirlenince Mahkemenin denetlediği CBK kuralı ile Anayasa'ya uygun bulduğu kural başkalaşmaktadır. Elbette bir kuralın anlam ve kapsamının belirlenmesi belli ölçüde yorumu gerektirebilir. Ancak yorum, eldeki kuralı başkalaştırma sonucunu doğuracak boyuta taşınmamalıdır.

7. Diğer yandan, birinci tespit kuralın anlam ve kapsamını belirlerken CBK'nın diğer hükümlerinin dava konusu olmadığı için incelenemeyeceğine dair ikinci tespiti beraberinde getirmiştir. Belirtmek gerekir ki iptali istenen bir kuralın anlam ve kapsamını belirlerken, kuralın içinde bulunduğu kanunun veya kararnamenin diğer hükümlerini dikkate almak çoğu kez kaçınılmazdır. Bu amaca yönelik olarak dava konusu olmayan kuralların da *incelenmesi* bu kuralların *Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesi* anlamına gelmemektedir.

8. Nitekim Anayasa Mahkemesi norm denetiminde sıklıkla kuralın anlam ve kapsamını ayrı bir başlık altında incelemekte, anayasallık denetimine geçmeden önce ibare veya cümle(ler)den oluşan kuralın anlamını ve kapsamını ortaya koymaktadır (AYM, E.2019/40, K.2020/40, 17/7/2020, §§ 21-25; AYM, E.2018/88, K.2020/24 11/6/2020, §§ 3-10). Dahası bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi kuralın anlam ve kapsamını belirlemek için iptali istenmeyen başka kanun veya kararname hükümlerini de dikkate alabilmektedir. Örneğin Mahkeme, 1/2/2018 tarihli ve 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*ilave tedbirler*" ibaresinin ne anlama geldiğini açıklamak

için 672, 675 ve 677 sayılı OHAL KHK'larının ilgili hükümlerine de başvurmuştur (AYM, E.2018/74, K.2019/92, 24/12/2019, §§ 24, 25, 26).

9. Kararın sonuçları bakımından da denetlenen kuralın yorum yoluyla kapsamının daraltılması suretiyle verilen bir red kararı, muhtemel bir iptal kararından çok daha sakıncalı olabilir. Bu durumda kapsam dışında görülen yargı kurumları başta olmak üzere üniversiteler ve Kamu Denetçiliği Kurumu gibi kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası hususunda uygulamada belirsizlik yaşanabilecektir. Ayrıca çoğunluğun yargı yetkisi kullananların kadrolarının ihdası ve iptali hususunun CBK ile düzenlenemeyeceğine, ancak bu yöndeki CBK hükümlerinin dava konusu olmadığı için *incelenemeyeceğine* yönelik tespiti de Anayasa'ya aykırılığı incelenmeden *zımnen* kabul edilen CBK hükümlerinin uygulanmasını tartışmalı hale getirebilecektir.

10. Eldeki davada kuralın anlam ve kapsamını ortaya koyabilmek için kuralda yer alan "*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların"* neler olduğunun diğer hükümlere de bakılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu da (2) numaralı CBK'nın özellikle 2., 3. ve 4. maddelerine bakılmasını zorunlu kılmaktadır. CBK'nın "*Kapsam*" kenar başlıklı 2. maddesine göre "*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanır*". CBK'nın 2. maddesi gereğince Yargıtay ve Danıştaydan bakanlıklara, Hakimler ve Savcılar Kurulundan Meteoroloji Genel Müdürlüğüne kadar genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (I sayılı cetvel); Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Türkiye Adalet Akademisi gibi özel bütçeli idareler (II sayılı cetvel) ile sosyal güvenlik kurumları (IV sayılı cetvel) kuralın kapsamında yer almaktadır. Diğer yandan, CBK'nın "*Kadro ve pozisyon cetveli*" kenar başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de "*Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroları(n) (II) sayılı cetvelde"* düzenleneceği öngörülmektedir.

11. CBK'nın 3. maddesinde ise "*istisnalar*" düzenlenmiş, bu CBK hükümlerinin Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, TBMM Başkanlığı İdari Teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları ile millî güvenlik sebebiyle gizli kalması gereken kadro ve pozisyonlar hakkında uygulanmayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasında "*işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri*"nin CBK ile düzenleneceği belirtilen Devlet Denetleme Kurulu, dava konusu kuralın atıf yaptığı 5018 sayılı Kanun'un ilgili cetvellerinde bulunmadığı gibi, (5) numaralı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile özel olarak düzenlen-

diğinden incelenen kuralın kapsamı dışında kalmaktadır. Nitekim (5) numaralı CBK'nın 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "*Kurulun kadroları Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenir*." hükmüne yer verilmiştir.

12. Esasen dava konusu kuralın da içinde yer aldığı (2) numaralı CBK, mülga 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile mülga 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yerini almıştır. Bu KHK'ları ilga eden 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 9. ve 10. maddeleri, anılan KHK'lara ekli cetvellerde yer alan kadroların altı ay içinde "*yeniden düzenlenerek genel kadro ve usulüne ilişkin ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesine*" ekleneceğini belirtmiştir. Dolayısıyla dava konusu kural, yüksek yargı organları dâhil olmak üzere, neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngörmektedir.

B. Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı

13. Anayasa Mahkemesi bir CBK kuralının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını denetlerken, ilk olarak Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluk bakımından bir inceleme yapmaktadır. Bu kapsamda, kuralın (a) yürütme yetkisine ilişkin bir konuda olması, (b) Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevleri düzenlememesi, (c) Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda olmaması ve (d) kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılmamış olması gerekmektedir.

a. Anayasa'nın 104. Maddesinin On Yedinci Fıkrasının Birinci Cümlesine Aykırılık

14. İptal davasına konu olan kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının CBK'ların "*yürütme yetkisine ilişkin*" konularda çıkarılabileceğini öngören birinci cümlesine aykırıdır. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere "*yürütme yetkisi dışında kalan bir konuyla ilgili CBK ile düzenleme yapılması Anayasa gereği mümkün değildir*" (§ 20). Başka bir ifadeyle "*yasama*" ve "*yargı*" yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralın denetlendiği gün verdiği başka bir kararda 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı cetvele bazı kurumların eklenmesini öngören CBK kuralını iptal etmiştir. Mahkemeye göre "*Kanunları değiştirmenin TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde [kanun*

*metninde değişiklik yapan dava konusu] kuralın **yürütme yetkisine** değil **yasama yetkisine** ilişkin olduğu açıktır*" (AYM, E.2018/155, K.2020/27, 11/6/2020, § 23).

15. Belirtmek gerekir ki, 2017 Anayasa değişikliğiyle yeni bir hükûmet sistemine geçilmiş, ancak başta kuvvetler ayrılığı olmak üzere devletin temel nitelikleri değişmemiştir. Başka bir ifadeyle Anayasa'nın 2. maddesinin ve onun atıf yaptığı Başlangıç kısmının şekillendirdiği anayasa kimliğinin temel unsurlarında bir değişiklik olmamıştır. Bu kapsamda Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, hürriyetçi demokrasi, anayasanın üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı gibi Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletidir. Anayasa, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, "*siyasî rejimler içinde insan haysiyetini en iyi koruyan, gerçekleştiren ve teminat altına alan demokratik rejimi benimsemiştir*."

16. Demokratik rejimlerde gücün temerküzü karşısında temel hak ve hürriyetleri koruma amacına hizmet eden anayasal ilkelerin başında kuvvetler ayrılığının geldiği bilinmektedir. En genel anlamda yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının farklı devlet organlarınca kullanılmasını ifade eden kuvvetler ayrılığı, uzun ve acı tecrübelerden sonra günümüz anayasalarının olmazsa olmazı hâline gelmiştir.

17. Anayasa'nın Başlangıç kısmında kuvvetler ayrılığı "*Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği*" şeklinde ifadesini bulmuştur. Anayasa Mahkemesi yasama, yürütme ve yargı erklerinin "*yetki alanları içerisindeki faaliyetlerinin zaman zaman birbirleriyle kesişmesi*"nin mümkün olduğunu, ancak "*her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalmasının ve diğer erklerin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanması*" gerektiğini vurgulamıştır (AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, 4/7/2013).

18. 2017 Anayasa değişikliğiyle yürütme yetkisi güçlendirilmekle birlikte kuvvetler ayrılığı gereğince Meclisin başta bütçe hakkı olmak üzere yasama ve denetim yetkilerinin korunduğu izahtan varestedir. CBK'ların sadece "*yürütme yetkisine ilişkin*" konularda çıkarılabileceğini öngören anayasal hüküm de yürütmenin yasama ve yargı yetkisine ilişkin alanlara müdahale etmesini engellemeye yöneliktir.

19. Esasen hangi hükûmet sistemi benimsenirse benimsensin bütçe hakkı, demokratik ülkelerde parlamentonun yürütmeyi denetlemesinin en etkili yoludur. Bu anlamda kamu görevlilerine yapılacak ödemelerde belirleyici olan kadroların ihdası yetkisinin yasama organında olması, kuvvetler ayrılığını tamamlayan denetleme ve dengeleme sistemi bakımından da son derece önemlidir. Kadro ihdasının yürütmeye ait olduğunun ileri sürülmesi, yasamanın elindeki en etkili denetim aracı olan bütçe hakkını işlevsiz kılabilecektir.

20. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da bütçe hakkı, parlamentonun "*halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesi*" olarak tanımlanmıştır. Bütçe hakkı "*Demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına ait bulunmaktadır*" (AYM, E.2016/47, K.2018/10, 14/2/2018, § 25).

21. Anayasa Mahkemesi kadro ihdasını bütçeyle, dolayısıyla bütçe hakkıyla irtibatlandırmış, bir kararında "*kadro ihdas ve iptali (nin)... bütçe rejimi ile ilgili bulunduğundan*" hareketle Bakanlar Kuruluna kadro iptal ve ihdası yetkisi veren kuralı Anayasa'nın bütçeyle ilgili 162. maddesine de aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre "*genel ve katma bütçeler Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından incelenip karara bağlandığından, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulması, kanunla düzenlenmesi gerekir*" (AYM, E.1987/21, K.1988/25, 28/6/1988).

22. Anayasa'nın "*Bütçenin görüşülmesi*" kenar başlıklı 162. maddesi 2017 yılında ilga edilmiş olmakla birlikte bu maddede yer alan hükümler önemli ölçüde mevcut 161. maddeye taşınmıştır. Yeni hükûmet sisteminde de bütçenin karara bağlanması ve kadroların düzenlenmesi yetkisi yasama organına aittir. Yasamaya ait olan bu yetki yürütmeye devredilmemiştir. Dolayısıyla dava konusu kural "*yürütme yetkisine ilişkin konularda*" çıkarılmış bir CBK kuralı olarak kabul edilemez.

23. Diğer yandan, kuralın kapsamı içinde yargı organları da bulunmaktadır. Başta yüksek yargı organı üyeleri olmak üzere, hâkim ve savcılar dahil yargı yetkisini kullanan kişilerin kadrolarının ihdasını "*yürütme yetkisine ilişkin*" bir konu olarak görmek mümkün değildir. Nitekim Anayasa'nın 140. maddesine göre hâkim ve savcıların diğer özlük işleri gibi kadroyla doğrudan ilişkili olan "*aylık ve ödenekleri*" de mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatına vurgu yapan bu anayasal hüküm de hâkim ve savcıların kadrolarını düzenleme yetkisinin yasamaya ait olduğunu göstermektedir. Bu konuda çoğunluğun "*Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir*" (§ 21) şeklinde ifade ettiği görüşe katıldığımı belirtmek isterim.

24. Bununla birlikte kuralın anlam ve kapsamı konusundaki farklı değerlendirmeden ve yukarıda açıklanan gerekçelerden hareketle iptali istenen CBK kuralının "*yürütme yetkisine ilişkin*" konularda olmadığı, dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyim.

b. Anayasa'nın 104. Maddesinin On Yedinci Fıkrasının İkinci Cümlesine Aykırılık

25. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler, CBK ile düzenlenemez. Anayasa koyucu, sosyal ve ekonomik haklar dışında kalan temel hak ve özgürlüklerin olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesini yasaklamıştır. Buradaki "*düzenleme*", sınırlamayı da içine alan geniş bir terimdir. Söz konusu hak ve özgürlükler, CBK'lar bakımından bir nevi yasak alandır. Bu alanda düzenleme yapma yetkisi münhasıran yasama organına aittir.

26. Şüphesiz kadro, kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerini belirleyen en önemli unsurlardan biridir. Kadro belirlenirken kadronun derecesi ve unvanı da belirlenmekte, dolayısıyla kamu görevlilerinin alacağı aylık ve ödeneklerin miktarı bundan doğrudan etkilenmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre "*Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır*" (AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

27. Kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerini doğrudan etkileyen kadronun ihdasına yönelik düzenlemelerin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının, "*ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını*" kapsadığını belirtmiştir (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, §§ 20, 21).

28. Bu çerçevede gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda kişilere ödenmesi öngörülen ücret, maaş, yaşlılık aylığı, emeklilik ikramiyesi ve kıdem tazminatı gibi ödemeler mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmiştir (adli tıp uzmanına ödenen otopsi ücreti konusunda *Yasemin Balcı* [GK], B. No: 2014/8881, 25/7/2017; noterlerin ücreti konusunda bkz. AYM, E.2017/163, K.2018/90, 06/09/2018; ek gösterge ve makam tazminatı dahil aylık maaş konusunda bkz.*Ayten Yeğenoğlu*, B. No: 2015/1685, 23/5/2018; yaşlılık aylığı konusunda bkz. AYM, E.2019/50, K.2019/96, 25/12/2019, bkz. *Naci Altınbulduk*, B. No: 2017/38608, 11/12/2019 ve *Muzaffer Peker*, B. No: 2016/7192, 7/11/2019; emekli ikramiyeleri konusunda bkz. AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/5/2018, bkz. *Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017; işçilere ödenen kıdem tazminatı konusunda bkz. AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/7/2018, *Adnan Alver*, B. No: 2014/5800, 9/11/2017).

29. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngören dava konusu kural, aynı zamanda bu kişilerin mülkiyet hakkına yönelik bir düzenleme olduğundan Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırıdır.

c. Anayasa'nın 104. Maddesinin On Yedinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesine Aykırılık

30. Kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağına ilişkin üçüncü cümlesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*". Maddede "*kadro*" kelimesi geçmemekle birlikte, kanunla düzenlenmesi öngörülen hususların doğrudan kadroyla ilişkili olduğu açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi "*Memurun çalışması ve yükselmesi kadroya bağlı olduğuna göre, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini emrettiği hususlar arasında, ilke olarak kadronun da bulunduğunu kabul etmek gerekir*" demek suretiyle bu duruma işaret etmiştir (AYM, E.1987/21, K.1988/25, 28/6/1988. Ayrıca bkz. AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

31. Daha yakın tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi kamu kurumlarında görev yapan personelin kadrolarının Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğunu, dolayısıyla kanunla düzenlenmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamıştır. Mahkeme bu kararında 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu kurumları arasında sayılan Jandarma Genel Komutanlığı, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Sahil Güvenlik Komutanlığı kadrolarının TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunca belirleneceğini öngören kuralı Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilemez olduğuna ilişkin 7. maddesine ve kamu görevlilerinin özlük haklarının kanunla düzenlenmesini öngören 128. maddesine aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre anılan cetvelde yer alan kamu kurumlarında "*genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden personel Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan bunların kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir*" (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 139).

32. Diğer yandan, kadronun teşkilat yapısıyla ilgili olduğu, dolayısıyla idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçası olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda Anayasa'nın özel olarak CBK ile düzenleneceğini belirttiği bakanlıklar, Devlet Denetleme Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin kadrolarının CBK ile ihdas edilebileceği düşünülebilir. Bu ku-

rumlardan sadece Devlet Denetleme Kurulunun üyelerinin "*özlük işleri*"nin CBK ile düzenleneceği, Anayasa'da açıkça ifade edilmiştir (m.108/4). Dolayısıyla bu Kurulun kadrolarının CBK ile düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırılık görülmeyebilir.

33. Bununla birlikte, kadronun teşkilat yapısının ayrılmaz parçası olarak görülmesi nedeniyle idarenin çok büyük bir kısmını oluşturan bakanlıkların da kadrolarının CBK ile düzenlenmesini savunmak, Anayasa'nın 128. maddesini önemli ölçüde işlevsiz hale getirecektir. Bu yaklaşım bakanlıkların kurulması ve teşkilat yapısının CBK ile düzenlenmesini öngören Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasının, sadece idarenin kanuniliğini düzenleyen Anayasa'nın 123. maddesinin değil, kamu görevlilerinin kadro dahil her türlü özlük haklarının kanunla düzenlenmesini öngören 128. maddesinin de istisnası olduğunun kabulünü gerektirir. Halbuki istisnalar dar yorumlanmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre "*Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin* ***Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda*** *CBK'larla düzenleme yapılabilir*" (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 29).

34. Bu sebeplerle, bilhassa kadro ihdasının mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgisi gözetildiğinde, aksine bir anayasal hüküm olmadıkça Devlet Denetleme Kurulu dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının kanunla ihdas edilmesi anayasal bir gerekliliktir.

35. Bir an için kadroların teşkilat yapısının ayrılmaz parçasını oluşturduğu görüşü kabul edilse bile, bu durum dava konusu kuralı Anayasa'ya uygun hale getirmemektedir. Zira kural Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilmeyen, tam tersine münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen çok sayıda kurum ve kuruluşun kadrolarının da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ihdas edileceğini vazetmektedir. Kuralın kapsamında olan Kamu Denetçiliği Kurumu (m. 74), Anayasa Mahkemesi (mad.149), Yargıtay (mad.154), Danıştay (mad.155), Hakimler ve Savcılar Kurulu (mad.159), Sayıştay (mad.160), üniversiteler (mad.130), Yükseköğretim Kurulu (mad.131) ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (mad. 134) gibi kurumların kuruluşunun kanunla düzenleneceği Anayasa'da açıkça öngörülmektedir. Bu nedenle dava konusu CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarıldığı açıktır.

36. Bu noktada özellikle hâkim ve savcıların kadrolarının *kanunla* ihdasının yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumaya yönelik bir anayasal güvence olduğunu belirtmek gerekir. Anayasa'nın 140. maddesi uyarınca "*Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri… ve diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir*". Kadro ihdasının maddede sayılan bu hususlarla doğrudan ilgili

olduğu izahtan varestedir. Aynı şekilde Anayasa'nın 159. maddesi Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun kanunla yapılacağını, dolayısıyla kadroların da kanunla ihdas edileceğini belirtmektedir. Anayasa'ya göre diğer yüksek mahkemeler olan Yargıtay ve Danıştayın kuruluşları da "*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir*". Bu nedenle tüm hâkim ve savcıların, Yargıtay ve Danıştay üyeleri dâhil bu kurumlarda görev yapan yargı mensuplarının kadrolarının yürütme tarafından ihdas edilmesini öngören CBK kuralının yukarıda zikredilen anayasal hükümlerle telifi mümkün görünmemektedir.

37. Açıklanan gerekçelerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırıdır. Dava konusu kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun ret yönündeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2018/134, K.2021/13, 3/3/2021

1. 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…*gerekli gördüğü bilgileri*…" ibaresinin ve 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendiyle (1) numaralı CBK'nın 485. maddesine eklenen (i) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Kurallardan birincisinin hem konu bakımından yetki hem de içerik yönünden, ikincisinin ise konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluk görüşüne katılma imkânı olmamıştır.

A. CBK'da Yer Alan "…gerekli gördüğü bilgileri…" İbaresi

a. Konu Bakımından Yetki Yönünden

2. İptali istenen ibarenin de bulunduğu fıkranın birinci cümlesinde İletişim Başkanlığına görevleriyle ilgili olarak *gerekli gördüğü bilgileri* tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden isteme yetkisi verilmektedir. Anılan fıkranın ikinci cümlesi ise kendilerinden bilgi istenen kişi ve kurumları bu bilgileri istenilen süre içinde öncelikle ve zamanında vermekle yükümlü kılmaktadır.

3. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca temel haklar, kişi hakları ve siyasi haklar CBK ile *düzenlenemez*. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, Anayasa'da CBK ile düzenlenemeyeceği öngörülen "yasak alan" kapsamında kalan temel haklar arasındadır. Buradaki düzenleme yasağı, sınırlandırmayı da içine alan ancak onunla sınırlı olmayan ve sınırlama mahiyetinde olmasa da anılan hak ve özgürlüklere yönelik olan her türlü düzenlemeyi içermektedir.

4. Çoğunluğa göre İletişim Başkanlığına kanuni görevlerini yerine getirebilmesi için zorunlu olan "*bilgi isteme yetkisi vermek*"ten ibaret olan dava konusu kural kişisel verilere ilişkin düzenleme içermemekte ve kişisel verilerle ilgili bulunmamaktadır. Bu görüş kişisel verilere ilişkin düzenlemelerin 6698

sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda bulunduğu, kuralın buradaki düzenlemelerin "*uygulanmasını engelleyen, sınırlandıran, genişleten, uygulanmasına istisna getiren veya herhangi bir surette bu hükümlere temas eden bir yönünün bulunmadığı*" gerekçesine dayanmaktadır (bkz. §§ 23-25).

5. Bu görüşün ve dayandığı gerekçenin en az üç nedenle isabetli olmadığı düşünülmektedir. Birincisi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kuralların esas itibarıyla 6698 sayılı Kanun'da yer alması, diğer kanunlarda da bu konuda düzenleme yapıl(a)mayacağı anlamına gelmez. Nitekim çoğunluğun da kabul ettiği üzere anılan Kanun dışındaki kanunlarda da kişisel verilere ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu durumda dava konusu kuralda olduğu gibi bilgi talep etme yetkisinin, 6698 sayılı Kanun dışında özel olarak düzenlenmiş olması, söz konusu düzenlemenin kişisel verilerle ilgili olmadığı anlamına gelmez. En fazla aynı konuyu –farklı boyutlarıyla bile olsa- düzenleyen iki farklı yasal düzenlemenin varlığından bahsedilebilir.

6. İkinci olarak bir kamu kuruluşuna diğer kamu kurum ve kuruluşlarından, gerçek ve tüzel kişilerden bilgi isteme yetkisi veren düzenlemenin, bu konudaki temel kanunun sınırlarını aşmadığı için, kişisel verilerin korunması hakkıyla ilgisinin olmadığını söylemek mantıken de mümkün değildir. Zira bu hakkın korunması, en başta kişilere ait olan kişisel verilerin kamu kuruluşlarınca istenebilmesini sağlayan yetkinin açık, sınırlı ve belirli şekilde düzenlenmesini gerektirmektedir. Belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin işlenmesinin ilk basamağı bu bilgilerin istenmesi veya bazı durumlarda doğrudan *elde edilmesi*dir. Nitekim 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde "kişisel verilerin işlenmesi" kavramı kişisel verilerin "*elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle bir kamu otoritesine neredeyse herkesten bilgi isteme, elde etme ve bunları işleme yetkisi veren bir kural, başka bir kanuna aykırı olmasa da kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik bir düzenlemedir.

7. Üçüncüsü ve en önemlisi dava konusu kuralın 6698 sayılı Kanun'a aykırı, onu aşan bir yönünün bulunmaması farklı, kuralın kişisel verilere ilişkin olması farklı şeylerdir. Esasen çoğunluk kuralın 6698 sayılı Kanun'un sınırlarını aşmadığını belirtirken, onun kişisel verilerle *ilgili* olduğunu da zımnen kabul etmiş olmaktadır. Aksi olsaydı böyle bir açıklamaya da ihtiyaç duyulmazdı. Dahası çoğunluğun bu görüşü kuralın kişisel verilere ilişkin bir düzenleme mahiyetinde olmadığı görüşünün değil, daha ziyade kişisel verilerin korunması hakkını ihlal etmediği, dolayısıyla içerik olarak Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olmadığı şeklindeki görüşün gerekçesi olabilir.

8. Öte yandan Anayasa Mahkemesi şu ana kadar, kurumlardan gerçek ve tüzel kişilerden bilgi istenmesine yönelik düzenlemeleri temel hak ve özgürlükler kapsamında incelemiştir. Söz gelimi 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görev ve yetkileri arasında sayılan *"işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı* ***her türlü*** *bilgi ve belgeyi almak ve gerekli kayıtları tutmak"* şeklindeki hüküm Anayasa'nın 12., 13. ve haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesi kapsamında denetlenmiştir (AYM, E.2008/115, K.2011/86, 2/6/2011). Benzer şekilde internet trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini düzenleyen kanun hükmü Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddeleri yönünden incelenmiştir (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014).

9. Daha yakın tarihli bir kararda da eldeki davada iptali istenen kurala çok benzeyen bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı denetlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, 5809 sayılı Kanun'un 60. maddesine eklenen (11) numaralı fıkrada yer alan, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu *"görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir"* ve bu çerçevede "*istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir*." şeklindeki kuralların anayasallık denetimini Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddeleri kapsamında yapmıştır (AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/7/2019, § 61).

10. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bu ve benzeri kararlarında denetlenen kuralların bazıları Anayasa'ya uygun bazıları da aykırı bulunmuştur. Bu noktada önemli olan husus Mahkemenin içeriğe ilişkin değerlendirmesi değil, iptali istenen kuralları temel hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasal hükümler yönünden incelemesidir. Aslında başka türlü de olamazdı, zira kurallar -Anayasa'ya uygun ya da aykırı olarak- kişisel verileri de içine alan düzenlemeler içermekteydi. Tıpkı eldeki davada iptali istenen CBK kuralı gibi. Nitekim Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bir iptal kararında da belirttiği üzere "*devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızaları olmaksızın bilgi toplanmasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur*" (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 170).

11. Diğer yandan 6698 sayılı Kanun'a göre "kişisel veri", "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin* ***her türlü bilgi****yi"* ifade etmektedir (m. 3/1/d). Bu anlamda sadece kişinin adı ve soyadı, doğum yeri ve tarihi gibi kimlik bilgileri değil, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, pasaport numarası, özgeçmiş bilgileri, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri ve aile bağları gibi kişiyi

belirlenebilir kılan tüm bilgiler de kişisel veri kapsamında kalmaktadır (AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018, § 54; AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 168).

12. İletişim Başkanlığının görevleriyle ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri isteyebileceğini öngören dava konusu kuralda bu bilgiler arasında kişisel verilerin olmayacağına dair bir sınırlama söz konusu değildir. Buradaki tek sınırlama, istenecek bilgilerin Başkanlığın "*görev alanına giren konular*"a ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla bu bilgiler arasında kişisel verilerin olup olmadığını belirleyebilmek için söz konusu görevlerin mahiyetine ve kapsamına da bakılmalıdır.

13. Başkanlığın görevleri, (14) numaralı CBK'nın 3. maddesinde ayrıntılı olarak sıralanmıştır. Kamuoyunun zamanında ve doğru bilgilerle aydınlatılması için bilgi akışı sağlamaktan basın-yayın mensuplarına basın kartı hazırlamaya, vatandaşların kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin talep, görüş ve önerilerini kolayca iletebilmelerine yönelik tedbirleri almaktan Türkiye medya veri tabanını oluşturma ve güncellemeye kadar Başkanlığa verilen görevlerin çok büyük bir kısmı şu ya da bu şekilde kişisel verilerin işlenmesini gerektirebilecek niteliktedir. Bu sebeple Kanun'da sayılan görevlerin yerine getirilmesi sırasında Başkanlığın kurum, kuruluş ve kişilerden talep edeceği bilgiler arasında kişisel verilerin bulunmaması mümkün değildir.

14. Kaldı ki, iptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu madde hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde Başkanlığa ilgili kişi ve kuruluşlardan en "hassas" bilgileri bile isteme yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır. Nitekim kuralı izleyen (3) numaralı fıkrada "*Bu şekilde elde edilen bilgilerden ticari sır niteliğinde olanların gizliliğine uyulur*." denilmektedir. Bu durumda "ticari sır" mahiyetinde olan bilgilerin de istenebileceği açıktır. "Ticari sır" niteliğindeki bilgilerin "kişisel veri" kapsamında olup olmadığı ve mülkiyet hakkıyla ilişkisi gibi meseleler bir yana bırakılsa bile, mahremiyeti tartışmasız olan bu tür bilgilerin dahi istenebildiği bir yerde, talep edilen bilgiler arasında kaçınılmaz olarak kişisel verilerin de bulunacağını kabul etmek gerekir.

15. Diğer yandan Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağını öngörmektedir. Esasen ikinci cümleye aykırı olarak bu cümlenin kapsamına giren herhangi bir temel hakla ilgili düzenleme yapan bir CBK, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya dair düzenleme yapmış olacaktır. Anayasa'da sosyal ve ekonomik hakların bir kısmı dışında hemen tüm haklara ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği izahtan varestedir. Ayrıca Anayasa'da özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş hakları da kapsayacak şekilde Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca bütün temel hak ve özgürlükler "*ancak kanunla sınırlanabilir*".

16. Dava konusu CBK kuralının 6698 sayılı Kanun'a uygun olduğu, onu aşan bir düzenleme getirmediği yönündeki değerlendirme, anayasa koyucunun CBK'lara ilişkin tasarımıyla da bağdaşmamaktadır. Anayasa'da CBK, kanunun uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan yönetmelik gibi türevsel nitelikte bir idari tasarruf olarak düzenlenmemiştir. Tersine CBK, tıpkı kanun gibi, kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan asli düzenleme yetkisinin ürünüdür. Bu sebeple anayasallığı denetlenen bir CBK'nın düzenleme alanı belirlenirken onun aynı konuda düzenleme yapan bir kanuna *uygunluğuna* bakılması CBK kurumunun mantığına da aykırı olacaktır.

17. Sonuç olarak iptali istenen kural, ister kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ister daha genel anlamda özel hayatın gizliliği kapsamında kalsın, her durumda Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur. Bu sebeple kural, içeriğinin Anayasa'ya aykırılığı meselesinden bağımsız olarak, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırıdır.

b. İçerik Yönünden

18. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kuralın içerik denetiminin "*düzenleme bir kanun hükmü olsaydı*" varsayımıyla yapılması zorunludur. Zira temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bir CBK'nın, düzenlediği temel hakka ilişkin Anayasa maddesi ve sınırlama rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında incelenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte bilindiği üzere CBK'ların içerik yönünden anayasallık denetimi, konu bakımından yetki yönünden yapılan denetimden müstakil olarak yapılmaktadır. Dolayısıyla çelişkili gibi görünse de çoğunluğun konu bakımından Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine uygun bulduğu kuralların içerik denetimi, CBK kuralı adeta "*kanun(muş) gibi*" değerlendirilerek yapılmalıdır.

19. Bu anlamda kural sadece çoğunluğun incelediği Anayasa'nın 2. maddesine değil, incelemediği 20. maddesine de aykırıdır. Dava dilekçesinde kuralın açıkça Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu iddia edilmesine rağmen kararda içerik denetimi yapılırken bu madde yönünden inceleme yapılmamış, ayrıca "*inceleme yapılmasına gerek olmadığı*" ya da kuralın Anayasa'nın 20. maddesiyle "*ilgisi olmadığı*" da belirtilmemiştir.

20. Bu durumun kuralın konu bakımından yetki yönünden incelenmesi sırasında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıyla ilgisinin görülmemesinden kaynaklandığı, çoğunluğun içerik yönünden denetimde de açıkça ifade etmese de zımnen bu yaklaşımı sürdürdüğü, dahası sürdürmek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Bu yaklaşımın ciddi bir açmaza yol açtığını, bu açmaza da ilk düğmenin yanlış iliklenmesiyle girildiğini söylemek yanlış olmaz. Kural doğrudan ve açıkça kişisel veriler konusunda bir düzenleme yaptığı halde,

kuralın 6698 sayılı Kanun'a aykırı, onu aşan bir yönünün olmadığı belirtilerek "*yasak alan*"a girmediği savunulmuştur.

21. Halbuki kişisel verilerin istenmesine dair kurallar konusunda Anayasa Mahkemesinin yukarıda ifade edilen yerleşik içtihadında benimsediği yaklaşımını CBK'ların denetiminde değiştirmesi için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Kuralların içerik denetimi bakımından kanunlar ile CBK'lar arasında bir farklılık yoktur. Daha da önemlisi denetlenen kuralın kanun veya CBK hükmü olmasına göre esas alınan ölçü normların değişmesi, çelişkili kararların verilmesine de yol açabilir.

22. Anayasa koyucu, Anayasa'nın 20. maddesinde, "*Özel hayatın … gizliliğine dokunulamaz*" şeklinde keskin bir dil kullanmak suretiyle özel hayatın mahremiyetinin önemine işaret etmiştir. Bu gizliliğin özel bir yansıması kişisel verilerin korunmasında karşımıza çakmaktadır. Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, "*kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar*."

23. Kişisel veri, kişinin mahremiyetinin en önemli yönlerinden birini, dolayısıyla maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının da ayrılmaz unsurunu oluşturmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edildiği üzere, insanın *"onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır*" (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 164).

24. Bununla birlikte kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı sınırsız değildir. Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olmamak kaydıyla söz konusu hak sınırlandırılabilir. Bu güvencelerin başında "kanunla sınırlama" ölçütü gelmektedir. Buna göre, diğer temel hak ve hürriyetler gibi, kişisel verilerin korunması hakkının da sınırlandırılabilmesi kanunla mümkündür. Dahası bu hakkın yer aldığı Anayasa'nın 20. maddesinde "kanunla sınırlama" şartı, "*Kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir*" şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.

25. Buradan hareketle, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ancak kanunla sınırlanabileceği, dolayısıyla bu hakka yönelik müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığı açıktır. Bununla birlikte, sınırlama için kanuni düzenlemenin bulunması da yeterli olmayıp, bu düzenlemenin açık, belirgin ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunun kaliteli olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devletinin de ge-

reğidir. Dolayısıyla sınırlama ölçütü olarak belirtilen *kanunilik*, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

26. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin "*hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir*" (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 153). Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke "*hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar*" (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 154).

27. Belirtmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahale alanı genişledikçe, muhtemel keyfî ve ölçüsüz uygulamalara karşı bireylere güvence sağlayan kuralların daha açık ve belirli olması gerekir. Kişisel verilerin korunması hakkıyla ilgili dava konusu kural bakımından da bu durum geçerlidir. İletişim Başkanlığının görev alanının oldukça geniş olduğu ve dolayısıyla iptali istenen ibarenin geniş bir alanda kişilerin temel haklarına müdahaleye izin verdiği dikkate alındığında, kişisel verilerin korunması hakkını korumaya yönelik güvenceleri karşılayan açıklıkta ve belirlilikte düzenlemeye ihtiyaç olduğu izahtan varestedir.

28. Anayasa'nın 20. maddesi kişisel verilerin "*ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla*" işlenebileceğini öngörmektedir. Bu anayasal hükümle uyumlu olarak 6698 sayılı Kanun, kişisel verilerin işlenmesi konusunda bir takım genel ilke ve esaslara yer vermekle birlikte, kişilerin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin elde edilmesi ve aktarılabilmesi için "*kanunlarda **açıkça** öngörülme*"si gerektiğini belirtmiştir (m. 5/2/a, 8/2/a).

29. Bu kapsamda dava konusu "*gerekli gördüğü bilgileri*" ibaresi belirlilikten uzaktır. Kuşkusuz bu noktada gerekli görülen *her türlü* bilgi değil, Başkanlığın görev alanına giren konulara ilişkin bilgilerin isteneceği söylenebilir. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, CBK'nın 3. maddesinde sayılan görevlerin kapsamı oldukça geniştir. Her biri son derece geniş bir alana tekabül eden söz konusu görevler kapsamında gerekli görülen bilgilerin istenmesini öngören kural, neredeyse ilgili kuruma sınırsız bir yetki tanımaktadır. Dolayısıyla "*gerekli gördüğü bilgileri*" ibaresi hangi bilgilerin ne ölçüde talep edileceği konusunda belirsiz ve öngörülemez bir düzenleme niteliğindedir.

30. Öte yandan kuralın kişisel verilerin *gizliliğinin* korunması bakımından da güvenceler içerdiği kuşkuludur. Nitekim iptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu fıkranın devamında (3) numaralı fıkra olarak düzenlenen "*Bu şe-*

kilde elde edilen bilgilerden ticari sır niteliğinde olanların gizliliğine uyulur." şeklindeki hüküm, "ticari sır" mahiyetinde olan bilgilerin gizliliğinin korunmasını özel olarak düzenlemiştir. Buna karşılık "ticari sır" niteliğinde olmayan diğer bilgilerin gizliliğinin nasıl sağlanacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye veya atıf yoluna gidilmemiştir. Bu da kuralı belirsiz ve kişisel verilerin korunması bakımından güvencesiz hale getiren hususlardan biridir.

31. Açıklanan gerekçeler ve benzer mahiyette bir kanun hükmünün denetimi kapsamında verilen ve yukarıda (10) nolu paragrafta atıf yapılan karara yazdığım Karşıoy Gerekçesinde yer alan diğer gerekçelerle dava konusu kuralın içerik yönünden de Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu kanaatindeyim.

B. (1) Numaralı CBK'nın 485. Maddesine Eklenen (i) Bendi

32. Dava konusu kural Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görev ve yetkilerinden birini düzenlemektedir. Buna göre "*474 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile bu fıkranın (ı) bendinde yazılı projelerin ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektirmesi halinde 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kapsamı da dahil yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle yapılmasını sağlamak,"* Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasına eklenmiştir.

33. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağını belirtmektedir. Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilecek kamu yatırımları ve hizmetlerinin hangileri olduğu kanunla belirlenir.

34. Dava konusu kural ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren projelerden bazılarının yap-işlet-devret modeliyle şirketlere yaptırılmasını sağlamak görevini düzenlemektedir. Kuralda hangi projelerin bu kapsamda olduğu CBK hükümlerine ve 3996 sayılı Kanun'a atıf yoluyla belirlenmiştir. Dolayısıyla kural, kanunla belirlenmesi gereken bir konu olan bazı yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında yap-işlet-devret modeliyle yerli veya yabancı şirketlere yaptırılması konusunda düzenleme yapmaktadır.

35. Çoğunluğa göre iptali istenen kural, Anayasa'nın 47. maddesine göre kanunla belirlenmesi gereken bir düzenleme yapmamakta, sadece 3996 sayılı Kanun'a atıf yapmak suretiyle bu konudaki görevli bakanlık birimini belirlemektedir. Ancak, kural konuya ilişkin Kanun'a atıf yapan, dolayısıyla Kanun'da yer alan hususları "tekrar eden" basit bir görev ve yetki düzenle-

mesinin ötesine geçmektedir. Nitekim kuralda yer alan 3996 sayılı "*Kanun kapsamı da dahil*" ibaresi, kuralın kapsamının anılan Kanun'la sınırlı olmadığını göstermektedir. Ayrıca 3996 sayılı Kanun dışında atıf yapılan ilgili CBK hükümlerinde yazılı projelerin de kapsama alınması kuralın sadece bir yetkilendirme hükmü olmadığına işaret etmektedir.

36. Dava konusu kural ile 3996 sayılı Kanun'un yap-işlet-devret yöntemiyle yaptırılacak yatırım ve hizmetleri saydığı 2. maddesi karşılaştırıldığında CBK kuralının anılan kanunun kapsamını genişleterek yetkilendirme yaptığı anlaşılacaktır. Söz gelimi kuralın atıf yaptığı (ı) bendinde yer alan "*Denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak suyolu işlevi görecek kanal ve benzeri altyapı projeleri*" ibaresi 3996 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır.

37. Esasen çoğunluk kararı da kısmen bu görüşü teyit etmektedir. Kararda 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yap-işlet-devret yöntemiyle yaptırılacak yatırım ve hizmetlerin sayıldığı, dava konusu kuralda ifade edilen "*haberleşme ile Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri*"nin bu Kanun'un 2. maddesinde zikredildiği, ayrıca Kanun'da yer alan "*…ve benzeri yatırım ve hizmetler…*" ibaresi nedeniyle söz konusu yatırım ve hizmetlerin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı belirtilmektedir (§ 84).

38. Bu ifadelerden dava konusu kural kapsamındaki projelerin, kuralda yer alıp da 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde *açıkça* belirtilen iki projeden ibaret olmadığı, maddede sayılan diğer projelerin ve daha önemlisi *benzeri* projelerin de aynı kapsamda olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu kuralın kapsamının bu şekilde belirlenmesi, Kanun'da açıkça belirtilmese de sayılanlara benzer nitelikteki yatırım ve hizmetlerin de yap-işlet-devret yöntemiyle yerli veya yabancı şirketlere yaptırılabileceği yorumuna yol açabilir. Bu durumda benzeri projelerin hangileri olduğuna kimin karar vereceği meselesi gündeme gelecektir.

39. Belirtmek gerekir ki, 3996 sayılı Kanun'da "*ve benzeri yatırım ve hizmetler*" ibaresine yer verilmesi maddede sayılanlar dışındaki benzeri yatırım ve hizmetlerin hangileri olduğunun CBK ile belirlenebileceği anlamına gelmez. Bu konu CBK veya idari düzenleyici işlemlere bırakılamaz, zira Anayasa'nın 47. maddesi bu görevi kanun koyucuya vermiştir. Nitekim 1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde muhtelif yıllarda (1999, 2008, 2013 ve 2018) yapılan yasal değişikliklerle yap-işlet-devret modeliyle yaptırılacak yatırım ve hizmetlerin kapsamı sürekli genişletilmiştir.

40. Bu değişikliklerden ilki olan ve 2. maddeye ekleme yapan 20/12/1999 tarihli ve 4493 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde düzenlemenin Anayasa'nın 47. maddesindeki değişikliğe uyum sağlanması amacıyla yapıldığı ve

3996 sayılı "*Kanun kapsamında sayılan yatırım ve hizmetlerin* ***benzeri*** *olan ve ileri teknoloji ve yüksek finansman gerektiren elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırımların yerli veya yabancı şirketlere özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılması*"nın hedeflendiği belirtilmiştir. Aynı şekilde 9/5/2008 tarihli ve 5762 sayılı Kanun'la 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesine "otoyol" ibaresinden sonra gelmek üzere bu hizmetin *benzeri* olduğunda tereddüt bulunmayan "trafiği yoğun karayolu" ibaresi, "demiryolu" ibaresinden sonra gelmek üzere "gar kompleksi, lojistik merkezi" ibareleri eklenmiş, dahası "hava limanları" ibaresi "hava alanları ve limanları" olarak değiştirilmiştir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere "*ve benzeri yatırım ve hizmetler*"in hangileri olduğu kanun tarafından belirlenmektedir.

41. Diğer yandan Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca kanunda açıkça düzenlenmiş konularda CBK çıkarılamaz. Yap-işlet-devret yöntemiyle yaptırılacak yatırım ve hizmetler konusu özel olarak 3996 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu Kanun'un sınırlarını aşacak şekilde düzenlenen dava konusu CBK kuralı bu nedenle de konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırıdır.

42. Açıklanan gerekçelerle, dava konusu her iki kuralın da Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022

1. Mahkememiz çoğunluğu (17) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK); (a) 1. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendiyle (1) numaralı CBK'nın sekizinci bölümüne eklenen geçici 1. maddenin (2) numaralı fıkrasının ilgili bölümünün ve (b) 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle (3) numaralı CBK'nın 3. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "…*en az üç yıl*…" ibaresinin madde metninden çıkarılmasının konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

A. İl Dernekler Müdürü Kadrosunda Bulunanların Görevlerinin Sona Ermesi

2. Dava konusu kurala göre, "*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte İl Dernekler Müdürü kadrosunda bulunanların görevleri sona erer*."

3. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde Anayasa'nın İkinci Kısmının Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Aynı fıkranın üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, dördüncü cümlesine göre de kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz.

4. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere bir kamu görevlisinin görevine kanunla son verme işlemi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye alınan mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlandırma mahiyetindedir. Bu durum CBK ile göreve son verme işlemi için de geçerlidir. Dolayısıyla Anayasa'nın "*yasak alan*" olarak öngördüğü bir hakkın CBK ile sınırlandırılması 104. maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesiyle bağdaşmaz.

5. Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin *atanmalarına* ve diğer özlük işlerine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir. Göreve son verme de atamayla ve özlük işleriyle doğrudan ilgili olduğundan kanunla

düzenlenmesi gereken bir konudur. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin kararlarında kamu görevine son verme işleminin kural olarak bireysel işlemle yapılması gerektiği, ancak hukuki ve fiilî zorunluluğun bulunduğu durumlarda istisnai olarak kanunla da göreve son verilme yoluna gidilebileceği belirtilmektedir (AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014; AYM, E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020, § 193).

6. Dava konusu CBK kuralı, İçişleri Bakanlığının teşkilat yapısında yapılan değişikliğin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu değişiklikle Dernekler Dairesi Başkanlığının yerine Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü kurulmuş, bu kapsamda taşra teşkilatında yer alan "*İl Dernekler Müdürü*" kadroları iptal edilerek "*İl Sivil Toplumla İlişkiler Müdürü*" kadroları ihdas edilmiştir. Dolayısıyla, kuralla gerçekleştirilen "*göreve son verme*" işlemi yapısal değişiklikten kaynaklanan hukuki ve fiilî zorunluluğun sonucu olarak kabul edilebilirse de, bunun CBK ile değil kanunla yapılması gerekirdi. Ayrıca, bu işlem Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasında CBK ile düzenlenmesi öngörülen bakanlıkların *merkez ve taşra teşkilatının kurulması*nın zorunlu sonucu olarak da kabul edilemez. Bu itibarla kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır.

7. Öte yandan, kadrosu kaldırılan kamu görevlilerinin durumu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun *"Kadroları kaldırılan devlet memurları"* başlıklı 91. maddesinde ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) "*Kadro ve pozisyonları kaldırılan personel*" başlıklı ek 33. maddesinde tüm yönleriyle açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla dava konusu CBK kuralı olmasaydı, 657 sayılı Kanun'un 91. maddesi veya "*kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlarında gerçekleştirilen düzenlemelerin zorunlu kıldığı hallerde*" kadrosu kaldırılanların durumunu düzenleyen 375 sayılı KHK'nın ek 33. maddesi uygulanacaktı. Kural, söz konusu kanun ve KHK hükümlerine atıftan ibaret olmadığı için tek başına ayakta kalabilme özelliğini haizdir. Bu sebeple, açıkça kanunla düzenlenen bir konuda çıkarılmış olan CBK kuralı Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine de aykırıdır.

B. Rektör Atamasında "en az üç yıl" Görev Şartının Kaldırılması

8. Dava konusu kural, rektör atanabilmek için "en az üç yıl" profesörlük yapmış olma şartını kaldırmaktadır.

9. Çoğunluk, rektörün Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında "*üst kademe yönetici*" olduğu, dolayısıyla atamaya ilişkin hususların CBK ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır (§ 168). Rektörün üst kademe kamu yöneticisi olduğu görüşüne katılmakla birlikte, atama şartlarının CBK ile düzenlenebileceği görüşünü paylaşmak mümkün olmamıştır.

10. Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar *kanunla* düzenlenir. Anayasa koyucu üst kademe yöneticilerin atanmaları hususunda ise genel ve özel hükümler ihdas etmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları ve görevden alınmaları yetkisi Cumhurbaşkanına aittir ve bu yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar CBK ile düzenlenir. Bu hüküm, Anayasa'nın 128. maddesinin istisnası mahiyetindedir. Dolayısıyla üst düzey yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar *kural olarak* CBK ile düzenlenir.

11. Bununla birlikte, konu bakımından yetki yönünden anayasallık denetimi yapılırken üst düzey yöneticilerin başka organlar tarafından atanmasını ve bu kapsamda atanmaya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesini öngören özel anayasal hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Anayasa *genel* olarak üst kademe yöneticilerin atanması ve buna ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yetkisini Cumhurbaşkanına vermekle birlikte, bunun istisnalarını oluşturan özel düzenlemelere de yer vermiştir. Anayasa'nın 130. maddesi de bu özel düzenlemelerden biridir. 130. maddenin dokuzuncu fıkrasına göre "*Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca, dekanlar ise Yükseköğretim Kurulunca seçilir ve atanır*". Bu anayasal hüküm rektörlerin Cumhurbaşkanı, dekanların ise Yükseköğretim Kurulu tarafından atanmasını, daha önemlisi bunların atanmasına ilişkin usul ve esasların *kanunla* düzenlenmesini öngörmektedir.

12. Elbette dekanların üst kademe yönetici olup olmadığı özerk yorum kapsamında tartışılabilir. Ancak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinde "*dekan*" Anayasa Mahkemesine seçilebilecek "*üst kademe yöneticileri*" arasında sayılmıştır. Bu durumda dekanların ve rektörlerin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca münhasıran *kanunla* düzenlenmesi gerekmektedir. Zira bu madde Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası karşısında üst kademe yöneticilerin atanmaları bakımından *özel* bir düzenleme mahiyetindedir.

13. Anayasa koyucu rektörlerin atanmalarına ilişkin esasların da CBK ile düzenlenmesini murat etmiş olsaydı bunu açıkça yapabilirdi. Nitekim 2017 anayasa değişikliği sırasında Devlet Denetleme Kurulu (DDK) ve Millî Güvenlik Kurulunun (MGK) düzenlendiği anayasal hükümlerde bu yönde değişiklikler yapılmıştır. Anayasa'nın 108. maddesinde DDK'nın başkan ve üyelerinin Cumhurbaşkanınca atanması yanında, üyelerin özlük işlerinin de CBK ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Aynı şekilde Anayasa'nın 118. maddesinin son fıkrasında MGK genel sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK ile düzenleneceği belirtilmiştir.

14. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, anayasa koyucu üniversitelerin özerk statüsünü dikkate alarak yönetim ve denetim organlarının oluşum ve işleyişinden devletin sağladığı mali kaynakların kullanılmasına kadar hemen her konunun *kanunla* düzenlenmesini öngörmüştür. Anayasa üniversite özerkliğini korumaya yönelik temel ilke ve esasları belirlemiş, bilhassa yürütmenin bu özerkliğe zarar vermesini önlemek amacıyla da bazı hususların düzenlenmesini *kanun koyucuya* bırakmıştır.

15. Üniversitelerin en üst düzey yöneticileri olan ve üniversite tüzel kişiliğini temsil eden rektörlerin atanma şartları da bu kapsamda kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur. Esasen bu durum Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca, "*kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip*" olan üniversitelerin kanunla kurulma zorunluluğunun da bir gereğidir. Kanunla kurulma, üniversitelerin organlarına atanma şartlarının da kanunla düzenlenmesini gerektirmektedir. Bu itibarla, dava konusu CBK kuralı Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir konuyu düzenlediği için 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır.

16. Öte yandan, dava konusu kural rektör seçilebilmek için en az üç yıl profesörlük yapmış olma şartının kaldırılması nedeniyle kamu görevlisi olmayan profesörlerin de dışarıdan rektör olarak atanmasının yolunu açmıştır. Dolayısıyla kural, Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına yönelik bir düzenleme yapmaktadır. Bu nedenle de Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırıdır.

17. İptali istenen CBK kuralı kanunda açıkça düzenlenen konuda yapılan bir CBK düzenlemesi mahiyetindedir. Rektörlerin atanmasına ilişkin hükümler 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiş durumdadır. Çoğunluğa göre 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesinde yer alan rektör atanacaklarda aranacak *niteliklere* ilişkin düzenlemeler 703 sayılı KHK'nın 135. maddesiyle 9/7/2018 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırıldığı için konuya ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır (§ 171).

18. Bu görüşün isabetli olmadığını açıklamak için 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesindeki değişiklik sürecine kısaca değinmek gerekecektir. "*Rektör*" başlıklı 13. maddenin "*Atanması*" alt başlıklı (a) fıkrasının birinci paragrafının birinci cümlesinin ilk halinde rektörün Yükseköğretim Kurulunun (YÖK) önereceği yüksek öğretimden sonra en az onbeş yıl başarılı hizmet vermiş tercihen devlet hizmetinde bulunmuş ikisi üniversitelerde görevli profesörlerden olmak üzere dört kişi arasından Devlet Başkanınca atanması öngörülmekteydi. Bu hüküm muhtelif zamanlarda yasal değişikliğe uğramış, bu kapsamda en son 1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanun'un 69. maddesiyle yapılan değişiklikle rektörlerin YÖK tarafından önerilecek, profesör olarak *en az üç yıl görev yapmış* üç aday arasından Cumhurbaşkanınca atanacağı belirtilmiştir.

Bilahare 28/6/2018 tarihli ve 5772 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle de rektörlerin profesör akademik unvanına sahip kişiler arasından üniversite öğretim üyeleri tarafından seçilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanınca atanacağı belirtilmiştir.

19. Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine geçişle birlikte 9/7/2018 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 703 sayılı KHK'nın 135. maddesiyle yapılan değişiklik sonucunda 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (a) fıkrasının birinci paragrafının birinci cümlesi "*Devlet ve vakıf üniversitelerine rektör, Cumhurbaşkanınca atanır*" şeklini almıştır. Bu değişiklikten sonra rektörlerin atanmaları için -yaş haddine ilişkin düzenleme hariç- 2547 sayılı Kanun'da "*en az üç yıl görev yapma*" dahil herhangi bir şart kalmamıştır.

20. Diğer yandan, 15/7/2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan (4) numaralı CBK'nın 800. maddesiyle, (3) numaralı CBK'nın 3. maddesine (5) numaralı fıkra eklenerek "*Rektörler, **en az üç yıl** profesörlük yapanlar arasından atanır*." şeklini almıştır. 12/9/2018 tarihli dava konusu CBK kuralı ise *en az üç yıl* ibaresini metinden çıkarmak suretiyle rektörlerin profesörlük yapanlar arasından atanmasını öngörmüştür.

21. Bu durumda rektörlerin atanmasına yönelik olarak bir yanda "*profesörlük*" şartı aramayan 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (a) fıkrasının birinci paragrafının birinci cümlesi, diğer yanda da iptali istenen CBK kuralı ile değiştirilen ve "*profesörlük*" şartı arayan (3) numaralı CBK'nın 3. maddesinin (5) numaralı fıkrası bulunmaktadır. 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesinde atanmaya ilişkin olarak yaş dışında bir şarta yer verilmemiş olması, rektör atama konusunun kanunda düzenlenmediği anlamına gelmez. Dahası bu durum, kanun hükmünün bu haliyle uygulan(a)mayacağı anlamına da gelmemektedir. Şayet CBK kuralları olmasaydı rektörlerin atanmasına ilişkin olarak 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesi uygulanabilecek, Cumhurbaşkanı profesörlük yapan veya yapmayanlar arasından rektör atayabilecekti.

22. Esasen dava konusu CBK bir anlamda kanunla öngörülen atama şartlarında değişiklik yapmak suretiyle, kanunla düzenlenmiş bir konuda CBK ile yeni bir kural ihdas etmiştir. Kuşkusuz rektör atanmasına ilişkin esaslarda zamanla değişiklik yapılabilir. Ancak bu değişikliğin başta üniversitelerin bilimsel özerkliği olmak üzere, Anayasa'nın 130. maddesinde güvence altına alınmış olan ilke ve esaslara aykırı olmamak şartıyla ancak *kanunla* yapılması mümkündür. Bu nedenle, dava konusu CBK kuralı Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine de aykırıdır.

23. Yukarıda (A) ve (B) başlıkları altında açıklanan gerekçelerle dava konusu kuralların konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümden aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

E.2018/78, K.2022/114, 13/10/2022

1. 6/2/2018 tarihli ve 7083 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "*…her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak…*" ibaresi dışında kalan kısmının ve üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. Dava konusu kuralın da içinde bulunduğu maddenin (1) numaralı fıkrasına göre "*Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olan*" ve ekli (6) ve (7) nolu listelerde yer alan dernekler ve basın-yayın kuruluşları kapatılmıştır. İptali istenen kural ise kapatılan bu kuruluşlara ait olan taşınırlar ile her türlü mal varlığı, alacak ve haklar, belge ve evrakın Hazineye bedelsiz olarak devredilmiş sayılmasını, bunlara ait taşınmazların tapuda resen Hazine adına tescil edilmesini öngörmektedir. Bu haliyle kural kapatılan kuruluşlara ait taşınır ve taşınmaz tüm mal varlıklarının, alacak ve haklarının bedelsiz olarak Hazineye devrini, taşınmazların da tapuda resen Hazine adına tescilini sağlamaktadır.

3. İptali istenen kuralın OHAL tedbiri mahiyetinde olduğu, dolayısıyla anayasallık denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerektiği açıktır. Bu madde uyarınca olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ya da bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak bu müdahalelerin (a) milletlerarası yükümlülükleri ihlal etmemesi, (b) 15. maddenin ikinci fıkrasında yer alan çekirdek haklara dokunmaması ve (c) durumun gerektirdiği ölçüde olması zorunludur.

4. Anayasa'nın 35. maddesine göre herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Bu hak ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Anayasa'nın "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" kenar başlıklı 38. maddesinin onuncu fıkrasında mülkiyet hakkına en ağır müdahale olan "*genel müsadere cezası*"nın verilemeyeceği

belirtilmektedir. Anayasa'da mutlak şekilde yasaklanan "*genel müsadere*", madde gerekçesinde "*bir suç nedeniyle kişinin, suçla ilgisi bulunmayan bütün mal varlığına el koyma"* olarak tanımlanmıştır. 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrasında "*ölüm cezası*" ile birlikte zikredilen "*genel müsadere cezası*"nın modern ceza hukukunda yeri olmadığı konusunda geniş bir mutabakat bulunduğu bilinmektedir.

5. Anayasa Mahkemesi, bir kararında genel müsadereyi "*Suçlunun menkul veya gayrimenkul bütün mallarının üstündeki mülkiyetini ortadan kaldıran ve bunları devlete nakleden bir ceza*" olarak tanımlamış ve günümüz ceza hukuku anlayışında bunun kabul edilmediğini belirtmiştir (AYM, E. 1987/28, K. 1988/16, 3/6/1988). Mahkeme bu yaklaşımla 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçici 9. maddesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu madde, diğer hususlar yanında, idareleri kayyıma verilen dernek ve vakıflara ait taşınır ve taşınmaz malların Hazineye devrini öngörmekteydi. Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin mülkiyet hakkını sınırlandırmanın ötesinde, "*bu kuruluşların mülkiyet hakkını tümüyle ortadan kaldırmakta*" ve sonuçları bakımından "*genel bir zoralım*" mahiyetinde olduğunu belirterek Anayasa'nın diğer maddeleri yanında 35. ve 38. maddelerine de aykırı olduğuna karar vermiştir (AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31/03/1992).

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da genel müsadere mahiyetindeki müdahalelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle bağdaşmadığı vurgulanmaktadır. *Markus/Letonya* kararında AİHM, edinilme şekline ve herhangi bir suçla bağlantısına bakılmaksızın başvurucunun tüm malvarlığına yönelik müsadereye imkân veren yasal düzenlemenin belirli ve öngörülebilir olmadığı, keyfîliğe karşı gerekli güvenceleri içermediği ve "*adil bir denge*" sağlamadığı gerekçeleriyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Markus/Letonya,* B. No: 17483/10, 11/6/2020, §§ 70-75).

7. Dava konusu kural ekli listelerde yer verilen kapatılan dernekler ve basın-yayın kuruluşlarının menkul ve gayrimenkul tüm mal varlıklarının Hazineye devrini düzenlemektedir. Bu malvarlığının herhangi bir suçla bağlantılı şekilde elde edilip edilmediğine veya suçta kullanılıp kullanılmadığına bakılmamıştır. Başka bir ifadeyle kapatılan kuruluşların malvarlığı bir bütün olarak Hazineye devredilirken, bunların kapatmaya konu fiiller kapsamında kullanılıp kullanılmadığı veya kapatmayı gerektiren bir suçtan/eylemden elde edilip edilmediği önem taşımamaktadır. Bu haliyle düzenleme, söz konusu kuruluşların mülkiyet hakkını sınırlandırmanın ötesinde, herhangi bir suçla bağlantılı olup olmadığına bakılmaksızın tüm malvarlığının mülkiyetinin kamuya geçirilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla kuralın öngördüğü düzenleme mülkiyet hakkına yönelik "*durumun gerektirdiği ölçüde*" bir müdahale olarak kabul edilemez.

8. Dava konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin "*ceza*" yerine "*tedbir*" olarak nitelendirilmesi de anayasallık denetimi bakımından sonucu değiştirmemektedir. Burada kapatılan bazı kuruluşların kapatmaya konu suç/kabahat/eylemle ilişkisine bakılmaksızın tüm malvarlıklarının Hazineye devredilmesi söz konusudur. Bu da Anayasa'nın 38. maddesi bağlamında mülkiyet üzerinde genel müsadere sonucunu doğuran bir tasarruftur. Kaldı ki, Anayasa'nın suç ve ceza bağlamında bile izin vermediği genel müsadere cezasına "*tedbir*" kapsamında evleviyetle izin vermediği söylenebilir.

9. Diğer yandan dava konusu kuralın öngördüğü malvarlığının Hazineye devri işlemine karşı etkili bir başvuru yolunun bulunup bulunmadığı hususu da mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilirken dikkate alınmalıdır. Çoğunluk tarafından belirtildiği üzere kapatılan kurumların malvarlıklarının bu şekilde devri, kapatma üzerine uygulanan bir *ilave tedbir* olarak kabul edilebilir. Bu kapsamda 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin kapatılan kurum ve kuruluşların malvarlıklarının Hazineye devrine ilişkin bir başvuru yolu oluşturduğu ileri sürülebilir (§ 168).

10. Bununla birlikte, oluşturulan bu yolda mahiyeti itibarıyla tedbire muhatap olan kişi ve kurumların terör örgütleriyle veya millî güvenliğe karşı faaliyetleri tespit edilen yapı, oluşum veya gruplarla iltisaklı veya irtibatlı olup olmadıklarının belirlenmesiyle sınırlı bir değerlendirme yapıldığı açıktır. Dava konusu kuralla öngörülen ilave tedbir bakımından ise Hazineye devredilen malvarlıklarının herhangi bir suçla bağlantılı olmadığı yönündeki iddiaları inceletme yönünden geçici 4. maddeyle öngörülen idari ve yargısal yolun yeterli güvenceleri sağladığını söylemek zordur.

11. Öte yandan dava konusu (2) numaralı fıkranın devire ilişkin işlemlerin ilgili tüm kurumlardan gerekli yardımı almak suretiyle Maliye Bakanlığı tarafından yerine getirileceğine dair üçüncü cümlesinin de uygulama kabiliyeti kalmayacağından 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptal edilmesi gerekir.

12. Açıklanan gerekçelerle kuralların Anayasa'nın 15., 35. ve 38. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

B. BİREYSEL BAŞVURU KARŞIOYLARI

KARŞIOY GEREKÇESİ

Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013

Başvurucu, diğer hususlar yanında, idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesinin ve vekalet ücretinin ölçüsüz olmasının hak arama hürriyetini ihlal ettiğini ileri sürmüş, Mahkememiz çoğunluğu ise bu yöndeki iddiayı "açıkça dayanaktan yoksun" bularak başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* kenar başlıklı 36. maddesine göre, *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* Bir çok temel hakkın kullanılabilmesinin ön şartı olan hak arama hürriyeti, mahkemeye erişim hakkını da ihtiva etmektedir.

Mahkemeye erişim hakkını engelleyebilecek unsurlardan biri, hiç kuşkusuz, makul olmayan miktarlardaki yargılama giderleridir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre, yargı hizmetleri karşılığında harç alınmasının "Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını engellememesi için, "harcın miktarının makul olması", "harcın alınmasında haklı bir amacın olması", "ulaşılmak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması" ve "ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması" kriterlerine uyulması gerekir." (E.2011/54, K.2011/142, 20/10/2011; E.2011/64, 2012/168, 1/11/2012).

Mahkememizin bu kriterleri belirlerken içtihatlarına atıf yaptığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de yüksek miktardaki harç ve masrafların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini, buradaki değerlendirmenin başvurucunun ödeme gücü ve yargılamanın evreleri gibi hususlara bakılarak her davanın özel şartlarını dikkate almak suretiyle yapılması gerektiğini vurgulamıştır (*Kreuz/Polonya* (no.1), B. No: 28249/95, 19/6/2001, § 60; *Apostol/Gürcistan*, B. No: 40765/02, 28/11/2006, § 59).

AİHM'nin bu ilkeleri uygulayarak yargılamanın başında veya sonunda ödenmesi istenen harç ve/veya masrafların 6. maddeyi ihlal ettiğine dair kararları bulunmaktadır. Söz gelimi, güvenlik güçlerince kaza ile öldürülen bir

kişinin yakınlarının idare aleyhine açtıkları tazminat davasında harçtan muaf tutulma taleplerinin reddedilmesi, başvurucuların ödeme gücü bulunmadığı ve söz konusu harç yaklaşık iki aylık asgari ücrete tekabül ettiği için, Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur. AİHM, başvurucuların bu davada avukat tutmuş olmalarının tek başına ödeme gücüne sahip oldukları anlamına gelmeyeceğini, dahası avukatın da ücretsiz olarak (pro bono) bu işi yaptığını vurgulamıştır. (*Bakan/Türkiye*, B. No: 50939/99, 12/6/2007, § 70, 73. Aynı yönde *Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye*, B. No: 52658/99, 17/7/2007).

Diğer yandan, idare aleyhine tazminat davası açan başvurucuya yargılama sonunda verilen tazminatın yaklaşık yüzde doksanına tekabül eden mahkeme harcına hükmedilmesi, öngörülen meşru amaçla orantısız olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlali olarak değerlendirilmiştir (*Stankov/Bulgaristan*, B. No: 68490/01, 12/7/2007, § 54, 67). AİHM, daha yakın tarihli bir kararında, polis merkezinde kötü muamele gördüğü gerekçesiyle idare aleyhine tazminat davası açan ve talebi kısmen kabul edilen başvurucunun, yargılamanın sonunda hükmedilen tazminatın yaklaşık yüzde seksenine yakın miktarda idare lehine vekalet ücreti ödemek zorunda bırakılmasını, orantılı olmayan ve mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyen bir müdahale olarak değerlendirmiştir (*Klauz/Hırvatistan*, B. No: 28963/10, 18/7/2013, § 97).

Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin konuya ilişkin yaklaşımları şu şekilde özetlenebilir: Mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmemesi veya yargının etkili işletilmesi amacıyla harç, mahkeme masrafları ve para cezası gibi yükümlülüklere yer verilebilir, ancak bunların mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde kişiye ağır ekonomik yük yüklememesi, ölçülü olması gerekir.

Eldeki başvuruda Mahkememiz çoğunluğu, benzer hususları ilke olarak ifade etmekle birlikte (§ 39), somut olay açısından bu ilkeleri tartışmamış; sadece *"somut başvuru bu ilkeler kapsamında incelendiğinde, başvurucunun davasının reddedilmesi sonucunda idare lehine vekalet ücreti ödemekle yükümlü tutulmasında mahkemeye erişim hakkına yapılmış bir müdahalenin olduğu söylenemez"* şeklinde bir değerlendirme yapmıştır (§ 40).

Başvurucu aleyhine hükmedilen 2.400 TL tutarındaki maktu vekalet ücretinin, başvurucunun aylık geliri, genel ekonomik durumu ve ülkemiz şartlarında ne anlam ifade ettiği gibi hususlar dikkate alınmadan ve orantılılık testi yapılmadan bu şekilde bir sonuca ulaşılması isabetli değildir. Yaklaşık üç aylık asgari ücrete ulaşabilen bir miktarın hiçbir incelemeye tabi tutulmadan daha ilk bakışta mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahale teşkil etmediği söylenemez. Her durumda bu bir müdahaledir. Müdahalenin ölçülü olup

olmadığı ise ancak somut başvurunun şartları incelenerek belirlenebilecek bir hususdur. Bu inceleme yapılmadan söz konusu müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez veya varsayılamaz.

Öte yandan, öngörülen vekâlet ücretinin başvurucu üzerinde ağır bir ekonomik yük teşkil edip etmediğinin incelenmesi, idari yargıda görülen davalar açısından özellikle önemlidir. İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine açık olması hukuk devletinin olmazsa unsurlarındandır. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesi hukuk devletinin bu önemli unsurunu düzenlemiş, 40. ve 129. maddeleri de idarenin haksız işlemlerinden kaynaklanan zararların devlet tarafından karşılanacağını belirtmiştir. İdare karşısında bireye tanınan bu güvenceler, birey-devlet ilişkisindeki eşitsizliğin doğal sonucudur. Anayasa, kamu gücünü kullanan idare karşısında bireyin yargı yoluyla hakkını araması için gerekli mekanizmaları öngörmüştür.

Ölçüsüz vekâlet ücreti, bu mekanizmaları ve sağladıkları güvenceleri işlevsiz kılma potansiyeline sahiptir. Yüksek miktardaki vekalet ücreti idarenin muhtemel keyfî işlemleri karşısında bireylerin haklarını aramalarını zorlaştırabilecek, özellikle ödeme gücü zayıf olan kişiler üzerinde dava açma konusunda caydırıcı etki yaratabilecek, sonuçta onları idare karşısında savunmasız bırakabilecektir.

Bu nedenle, idare lehine hükmedilen 2.400 TL vekâlet ücretinin orantılılık incelemesinin, başka bir ifadeyle başvurucuya ağır bir ekonomik yük getirip getirmediği ve öngörülen meşru amaçla orantılı olup olmadığı değerlendirmesinin yapılması gerekirdi. Zira, yukarıda bahsedilen AİHM kararlarından da anlaşılacağı üzere, başvurucuya ağır ekonomik yük getirebilecek miktarda olan söz konusu vekâlet ücreti mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilecek nitelikte bir müdahaledir. Dolayısıyla, başvurunun kabul edilip esasına geçilmesini ve burada ihlalin olup olmadığının değerlendirilmesini engelleyen herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu hâliyle başvurunun "açıkça dayanaktan yoksun" olduğu söylenemez.

Bu gerekçelerle, çoğunluğun orantılılık testi yapmaksızın başvurucu aleyhine hükmedilen vekalet ücretinin mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğinde olmadığı ve bu nedenle başvurunun "açıkça dayanaktan yoksun" olduğu yönündeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Hüseyin Şahin [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014

Başvurucu, diğer hususlar yanında, hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanılarak uzman erbaş sözleşmesinin sona erdirilmesinin ve buna ilişkin açtığı davanın reddedilmesinin masumiyet karinesini ihlal ettiğini ileri sürmüş, Mahkememiz çoğunluğu ise ihlal olmadığına karar vermiştir.

1. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) müessesesi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin (5) numaralı fıkrasına göre, yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Aynı fıkra uyarınca "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder*."

Mahkememiz tarafından daha önce belirtildiği üzere, HAGB kararı 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sayılan "hüküm" niteliğine sahip kararlar arasında yer almamaktadır. Bu karar, "*yargılamayı hükümle sonuçlandıran bir karar niteliğinde olmayıp, ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden birisidir.*" Hakkında HAGB kararı verilen sanık, beş yıl süreyle denetime tabi tutulur. Sanık bu süre içinde kasten yeni bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik yükümlülüklerine uygun davrandığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararı verilir (B. No: 2012/833, 26/3/2013, § 20, 21).

Madde gerekçesinde (Kanun tasarısında 233. madde) HAGB kurumunun amacı şu şekilde ifade edilmiştir: "*Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan* ***kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı*** *ve toplum ile uyum sağlamasını gerçekleştirici bir uygulama niteliğindedir… (S)anık, denetim süresi içinde denetim koşullarına uygun olarak hareket ettiğinde hâkim, adı geçen hakkında açılmış bulunan kamu davasının düşmesine karar verecektir. Böylece hükmün geri bırakılmasına tâbi tutulan* ***kişiye suçlu damgası vurulmamış olacak****tır*".

Buradan hareketle, HAGB kararı ile masumiyet karinesi arasında doğrudan bir ilişki olduğu söylenebilir. Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinde "*Şuçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*", 15. maddesinde de "*suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde ifadesini bulan ve olağanüstü durumlarda bile sınırlandırılamayan çekirdek haklardandır. Masumiyet karinesi, yargılama sonuçlanmadan ve suçluluğu kesinleşmeden kişilerin peşinen suçlu ilan edilmesini, suçlu muamelesi görmesini ve damgalanmasını engelleyen bir anayasal ilkedir.

HAGB kararının sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmaması, kişinin masumiyet karinesinden yararlanmaya devam edeceği anlamına gelmektedir. HAGB kararı ile kişinin suçluluğu kesin olarak sübuta ermediği için, bu kararın esas alınarak onu suçlu göstermeye yönelik eylem ve kararlar masumiyet karinesinin ihlalini teşkil edecektir. Nitekim 2012/665 başvuru numaralı kararda "*ceza davası dışında, fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkumiyet kararına dayanılması masumiyet karinesiyle çelişebilir*" denmek suretiyle bu hususa dikkat çekilmiştir (B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 29).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında korunan masumiyet karinesinin, sadece beraat ya da davanın devam etmemesi şeklinde sonuçlanan ceza yargılamasında değil, bu yargılamayı takip eden disiplin soruşturmaları ile işten uzaklaştırmaya ilişkin yargılamalarda da uygulanabilir bir ilke olduğunu belirtmiştir (*Allen/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, § 98). Mahkemeye göre, ceza yargılamasına konu suçlar ile disiplin suçlarının kurucu unsurları aynı olmadığı için, disiplin organlarının daha önce ceza davasına konu olan ve kişinin mahkumiyetiyle sonuçlanmayan olaylar hakkında ceza yargılamasından bağımsız olarak tespitte bulunma ve karar verme yetkileri vardır (*Vanjak/Hırvatistan*, B. No:29889/04, 14/01/2010, § 70; *Allen/Birleşik Krallık*, §124). Ancak bu durumda, "*karar-verici organ tarafından kullanılan dil, verilen kararın ve gerekçesinin 6/2. madde ile uyumluluğunu değerlendirmede belirleyici bir öneme sahip olacaktır*" (*Allen*, § 126).

Şu halde, disiplin işlemlerinde yetkililerin ilgili kişi hakkında yapılan ceza yargılamasına bir olgu olarak atıf yapması değil, beraat ettiği ya da bir şekilde yargılamanın devam etmemesine karar verildiği hallerde onu suçlu gösterecek nitelikte bir dilin kullanılması masumiyet karinesi açısından sorun teşkil edecektir.

2. Bu açıklamalar ışığında somut başvuruya bakıldığında, gerek idari işlemlerde gerekse de mahkeme kararında kullanılan dilin masumiyet karinesiyle bağdaşmadığı görülmektedir.

Silahlı Kuvvetlerde sözleşmeli uzman erbaş olarak görev yapmakta olan başvurucu, 6/9/2011 tarihinde "şahsi çıkar sağlamak amacıyla memuriyet nüfuzunu sair surette kötüye kullanmak"tan dolayı toplam 11 ay 7 gün hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Başvurucu hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş ve bu karar 27/10/2011 tarihinde kesinleşmiştir.

Başvurucu hakkında HAGB kararı verilmesinin ardından, 15/11/2011 tarihinde Kara Kuvvetleri Komutanlığı Tayin Daire Başkanı tarafından Lojistik Komutanlığına bir yazı gönderilerek başvurucunun sözleşmesinin feshi istenmiştir. Söz konusu yazının ilgili kısmı şu şekildedir: "*Personel hakkında **müsnet suçlardan dolayı HAGB kararları verilmişse de; bu kararlarla personelin isnat edilen suçları işlemediği değil tam tersine işlediğinin sabit görüldüğü mahkeme tarafından tespit edilmekte olduğundan** söz konusu personelin içinde bulunduğu durum ortadan kalkmamaktadır. İşlenen fiillerin TSK'nın disiplinin esastan sarsacak ve itibarını zedeleyecek nitelikte olması nedeniyle personelin ahlaki durumunun TSK'da görev yapmayı engelleyecek düzeyde vahamet derecesine ulaştığı değerlendirilmiş olup, adı geçen personelin kendisinden istifade edilmesine imkan bulunmamaktadır*." Bu yazı üzerine başvurucunun sözleşmesi feshedilmiştir.

Sözleşmenin feshi kararının gerekçesi, başvurucunun müsnet fiilleri işlediğinin HAGB kararı ile kesinleştiği düşüncesidir. Burada yetkililer ceza yargılamasına konu fiiller hakkında müstakil ve ceza yargılamasından bağımsız bir inceleme yapmamışlar, bunun yerine HAGB kararına dayanarak başvurucunun sözleşmesini sona erdirmişlerdir.

Sözleşmenin feshi işlemi yargıya taşındığında da Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM)' nin red kararı belirleyici şekilde HAGB kararına dayandırılmıştır. AYİM kararının ilgili kısmı şöyledir: *"...(D)avacı hakkındaki mahkumiyet kararı ile ilgili olarak **hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasının davacının mahkemece sabit bulunan eylemlerini değiştirmeyeceği ve bu eylemleri gerçekleştirmemiş sonucunu doğurmayacağı, buna bağlı olarak davacının ceza yargılamasına konu ve sabit bulunan eylemleri** ile özlük dosyasındaki diğer belgelere nazaran aşırı borçlanmayı alışkanlık haline getirmiş olduğu, belirtilen eylemlerin TSK'nin disiplinini esastan sarsacak itibarını zedeleyecek nicelik ve nitelikte olduğu, bu itibarla askerlik mesleğinin değerlerini sergilemede istenen düzeye ulaşamadığı ve kendisinden istifade edilemeyeceği anlaşıldığından TSK'nde istihdamına imkan kalmadığı, davacı hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu eylemler 2006 yılında gerçekleşmiş ve davacı bu tarihten itibaren görevine devam etmiş ise de bahse konu hükmün 27.10.2011 tarihinde kesinleşmiş olduğu ve davalı idarece de hükmün kesinleşmesini müteakip 17.11.2011 tarihinde dava konusu işlemin tesis edilmiş olduğu göz önüne alınarak takdir yetkisinin hizmet gerekleri ve kamu yararı gözetilerek objektif bir şekilde kullanılmış olduğu..."*

Görüldüğü üzere, başvurucunun sözleşmesinin feshine ilişkin gerek idari işlem gerekse AYİM kararı tamamen HAGB kararına dayandırılmıştır. Her ne kadar AYİM kararında başvurucunun "*özlük dosyasındaki diğer belgeler*"den de bahsedilmekteyse de, bunların bir anlamda destekleyici gerekçeler olduğu, asıl gerekçenin HAGB kararı olduğu açıktır. Ayrıca, söz konusu "diğer belgeler"in işaret ettiği fiillerin ve bunlara ilişkin disiplin cezalarının sözleşmenin feshinden en az beş yıl önce gerçekleştiği, başvurucunun bu süre içerisinde TSK bünyesinde çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır.

İdarenin ve AYİM'in feshe ilişkin kararlarında kullandığı dil, başvurucunun masumiyet karinesini ihlal edici mahiyettedir. Özellikle, idarenin HAGB kararıyla "*personelin isnat edilen suçları işlemediği değil tam tersine işlediğinin sabit görüldüğü"* şeklindeki ifadesi ile AYİM'in gerekçesinde belirleyici bir yere sahip olan "*hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasının davacının mahkemece sabit bulunan eylemlerini değiştirmeyeceği ve bu eylemleri gerçekleştirmemiş sonucunu doğurmayacağı"* şeklindeki ifadeleri, HAGB kararının sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağına yönelik kanun hükmüyle bağdaşır değildir. Kullanılan bu dil, kişilerin damgalanmasını engellemeyi amaçlayan HAGB kurumunu işlevsiz hale getirebilecek niteliktedir.

Açıklanan gerekçelerle, başvurucunun masumiyet karinesinin ihlal edilmediği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Ali Sarıpınar [GK], B. No: 2013/5973, 17/12/2014

1. Başvurucu, uzun süre tutuklu kalmasının Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında korunan makul sürede serbest bırakılma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

2. Başvuru tarihi itibarıyla Batman Belediyesi'nde kültür müdürü olarak görev yapan başvurucu, silahlı örgüt kurma ve yönetme suçunu işlediği şüphesiyle 4/2/2012 tarihinde gözaltına alınmış, 7/2/2012 tarihinde tutuklanmış ve 23/5/2014 tarihinde tahliye edilmiştir. Böylece, başvurucu 2 yıl 3 ay ve 19 gün boyunca hürriyetinden mahrum kalmıştır. Başvurucu hakkında Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 13/6/2012 tarihli ve 2012/1150 soruşturma sayılı iddianamesiyle açılan kamu davası devam etmektedir.

3. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 38. maddesinde "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesi, yargılama süresince kişinin hürriyetinin esas, tutukluluğun ise istisna olmasını gerektirmektedir. Tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 103).

4. Mahkememizin yerleşik içtihatlarında vurgulandığı üzere, yakalama veya tutuklama anındaki delil düzeyi ile ilerleyen aşamalarda kişinin suçla itham edilebilmesi, tutukluluk halinin devamı ve nihayet mahkûmiyeti için gerekli delil düzeyi aynı değildir. Başka bir ifadeyle, suç isnadına esas teşkil edecek şüpheye dayanak oluşturan olgu ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, § 73). Tutuklamanın başlangıcındaki nedenler belli bir süreye kadar yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin

hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi, bu gerekçelerin "ilgili" ve "yeterli" olması gerekir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 63; *Savaş Çetinkaya*, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 53).

5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, belli bir sürenin üzerindeki tutukluluk için makul şüphenin ötesinde zorlayıcı nedenlerin bulunması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, bir kararında tutukluluk için başlangıçta ileri sürülen suç şüphesinin çok genel olmakla birlikte yeterli kabul edilebileceğini, ancak zaman geçtikçe tutukluluğun devamına karar verilirken serbest bırakmanın risklerinin gerçekten varlığının ve mafya tipi örgüt içinde önemsiz bir yere sahip olduğu anlaşılan başvurucunun gerçek bir tehlike arz ettiğinin ortaya konamadığını belirtmiş, netice olarak da başvurucunun 2 yıl 7 ay tutuklu kalmasını sağlayan gerekçelerin "yeterli" olmadığına hükmetmiştir (*Labita/İtalya*, B. No: 26772/95, 6/4/2000, §§ 161, 163, 164).

6. Diğer yandan AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının otomatik tutuklamaya izin vermediğini, tutukluluğun devamı için, masumiyet karinesine rağmen, kişi özgürlüğüne ağır basacak bir kamu yararının varlığının somut olgularla ve ikna edici şekilde gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır (bkz. *Ilijkov/Bulgaristan*, B. No: 33977/96, 26/7/2001, § 84). Aynı şekilde, Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası da belirli bir süreyi aşmayan tutukluluğa şartsız ve otomatik olarak izin vermemektedir. Süre ne kadar kısa olursa olsun, kişileri hürriyetinden mahrum bırakan tutuklama tedbirinin haklılığı konusunda mahkeme kararının ikna edici olması zorunludur.

7. Somut başvuruya bu ilkeler ışığında bakıldığında, başvurucunun tutukluluğunun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin yeterli olduğu söylenemez. Başvurucunun tutukluk boyunca yaptığı tahliye talepleri, isnat olunan suçun mahiyeti, kuvvetli suç şüphelerinin varlığı, isnat edilen suçların katalog suçlardan olması, başvurucunun serbest kalması durumunda kaçma şüphesinin bulunması, adli kontrol tedbiri uygulanmasının yetersiz kalacağı gibi gerekçelerle reddedilmiştir.

8. Başvurucunun, bireysel başvuru yapmadan önce, tutukluluğun devamına ilişkin karara karşı yaptığı itiraz, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11/6/2013 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Mahkeme, sanığın üzerine atılı yasadışı terör örgütü üyesi olmak "*suçunun vasıf ve mahiyeti, üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren delillerin bulunması, üzerine atılı suç için öngörülen cezanın miktarına göre; sanığın kaçma ve delilleri karartma ihtimalinin bulunması ile, tutuklamadan beklenen amacın adli kontrol ile elde edilmesinin bu aşamada mümkün olmaması ve tutuklamanın dosya kapsamına göre makul ve ölçülü olması dikkate alınarak, itiraza konu kararda tutukluluğa iliş-*

kin olarak gösterilen gerekçe yasaya uygun bulunduğundan İTİRAZIN REDDİNE" karar vermiştir.

9. Başvurucu hakkında düzenlenen iddianame incelendiğinde, başvurucuya yöneltilen suçlamaların bazı protesto gösterilerine katılmak, bu gösterileri ve bazı konferansları organize etmek ve bu tür toplantılara örgütsel doküman sağlamak gibi eylemlere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Hiç kuşkusuz, bu fiillerin ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı ve başvurucuya isnat edilen suçun sabit görülmesi bakımından yeterli olup olmadığı derece mahkemeleri tarafından belirlenecektir. Ancak, söz konusu fiillerin mahiyeti dikkate alındığında, başvurucuya isnat edilen suçun vasfının değişme ihtimalinin olduğu, dolayısıyla iki yılı aşan tutukluluk süresinin makul olmadığı söylenebilir.

10. Diğer yandan, isnat edilen suçun niteliği ve öngörülen cezanın ağırlığı bu kadar uzun bir süre tutukluluğu tek başına haklı gösteremez. Bu yaklaşım bizi cezası ağır olan suçlardan dolayı yargılanan kişilerin mutlaka tutuklu kalması gerektiği gibi yanlış bir sonuca götürebilir. Kişilerin yargılandıkları suçun cezasının ağırlığı kaçma şüphesi değerlendirilirken dikkate alınabilirse de, bunu kişilerin kaçacaklarına dair mutlak bir karine olarak kabul etmek mümkün değildir.

11. Tutuklamanın devamına dair kararlarda, başvurucunun uzun süredir kamu görevlisi olarak görev yapması ve sabit bir ikametgâhının olması gibi kişisel özellikleri dikkate alınmadan, adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağı ifade edilmiştir. Ancak, kararlarda adli kontrol tedbirinin neden yetersiz kalacağına ve tutuklamadan beklenen amacın neden adli kontrolle sağlanamayacağına dair hiçbir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu yaklaşım da tutuklamanın istisnai niteliğiyle bağdaşmamaktadır.

12. Öte yandan, daha önceki bir karşıoy gerekçesinde de belirttiğimiz üzere, tutukluluk sürelerinin makul olup olmadığı değerlendirilirken, söz konusu tedbirin kişilerin ifade ve örgütlenme özgürlükleri ile siyasi faaliyetlerine etkileri de dikkate alınmalıdır (bkz. *İzzettin Alpergin*, B. No: 2013/385, 14/7/2015). Nitekim, bu etki Mahkememizin eldeki başvuruyla aynı gün karara bağladığı bir kararında açık bir şekilde vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun 2 yıl 2 ay ve 28 gün boyunca tutuklu kalmasının makul olmadığını belirlerken tutuklamanın siyasi faaliyetler üzerindeki caydırıcı etkisine dikkat çekmiştir.

13. Anayasa Mahkemesi'nin ihlal bulduğu *Engin Demir* kararının ilgili kısmı şu şekildedir: "*Başvurucunun iki yıldan daha fazla bir süre tutuklu kalmasının ve kendisine yöneltilen suçlamaların özünde yer alan hususun BDP Siyaset Akademisindeki eğitim faaliyetlerini koordine etmek, görevlendirmeler yapmak ve eğitim*

vermek suretiyle silahlı terör örgütünü yönetmek suçu olduğu anlaşılmaktadır. Siyasi parti üye ve yöneticileri; son derece radikal ve muhalif fikirler barındıran siyasi söylem, açıklama ve eylemlerinin makul olmayan bir süre devam edebilecek tutuklama riski doğuracağını düşünürlerse bu gibi faaliyetlere katılmaktan veya bunları düzenlemekten kaçınma eğiliminde olacaklardır. Kuşkusuz bu durumun siyasi faaliyette bulunma özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkisi olacaktır. Diğer koruma önlemlerine göre daha ağır sonuçlar doğuran tutuklama tedbirine yoğun ve geniş kapsamlı olarak başvurulmasının anılan temel hak ve özgürlükleri işlevsiz hâle getirebileceği göz ardı edilmemelidir." (*Engin Demir*, B. No: 2013/2947, 17/12/2015, § 64).

14. Siyasi faaliyette bulunma özgürlüğü için söz konusu olan caydırıcı etkinin, ifade ve örgütlenme özgürlükleri yönünden de geçerli olduğu açıktır. Somut başvuruda başvurucu, aynı zamanda, muhalif söylem ve eylemleriyle bilinen bir sendikanın da il temsilcisidir. Kişiler, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma, organize etme ve aykırı da olsa düşüncelerini açıklama gibi eylemlerinin makul olmayan bir süre devam edebilecek tutuklama riski doğuracağını düşünürlerse, bu gibi faaliyetlere katılmaktan kaçınma eğilimine gireceklerdir. Bu da demokratik toplumun gelişmesine zarar verecek şekilde caydırıcı etki yaratacaktır.

15. Sonuç olarak, yargılamanın tutuklu olarak sürdürülmesinden beklenen kamu yararı ile başvurucunun kişi hürriyetinin korunması arasında ölçülü bir dengenin kurulduğu, tutuklamanın devamına ilişkin karar gerekçelerinin "ilgili" ve "yeterli" olduğu, dolayısıyla 2 yıl 3 ay ve 19 günlük tutukluluk süresinin makul olduğu söylenemez.

Bu gerekçelerle, başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında korunan makul sürede serbest bırakılma hakkının ihlal edilmediği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Ahmet Hüsrev Altan [GK], B. No: 2016/23668, 3/5/2019

1. Başvurucu, 23/9/2016 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarından dolayı tutuklanmıştır. Başvurucu tutuklanmasının hukuka aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, gazetecilik faaliyetleri kapsamında kalan eylemlerin tutuklamaya konu edilmesi nedeniyle de ifade ve basın hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkememiz çoğunluğu başvurucunun tutuklanmasının kuvvetli suç şüphesini gösteren olgulara dayandığını ve ölçülü olduğunu belirterek herhangi bir hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

2. Başvurucu Türkiye'de bilinen bir yazar ve gazetecidir. Muhtelif tarihlerde yazdığı yazılar ve yaptığı konuşmalarda suç işlediğine dair kuvvetli belirtinin varlığını gösteren somut deliller bulunduğu gerekçesiyle tutuklanmıştır. Kanaatimce söz konusu yazıların ve konuşma içeriğinin kuvvetli suç belirtisi oluşturduğuna dair ilgili ve yeterli gerekçeler soruşturma makamlarınca ortaya konulamamıştır.

3. Öncelikle belirtmek gerekir ki, gazeteci ve yazarların açıkladıkları görüşler şiddeti, terörü veya terör örgütünü övme ya da nefret söylemi içerme gibi bir mahiyet taşımadıkça tutuklamaya konu olamaz. Demokratik toplumda ne kadar "sert" ve "aykırı" olursa olsun sırf ifade edilen görüş ve düşüncelerden dolayı tutuklama tedbirine başvurulması kabul edilemez. Aksi takdirde çoğulcu demokrasinin olmazsa olmazı olan ifade ve basın hürriyetlerinin korunması imkansız hale gelecektir.

4. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin tutuklamanın hukukiliği denetimini yaptığı kararlarda sıklıkla vurguladığı gibi şüpheli veya sanığa isnat edilen eylemlerin ifade ve basın özgürlükleri gibi demokratik toplum düzeni bakımından vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler kapsamında olduğu hususunda ciddi iddiaların bulunduğu veya bu durumun somut olayın koşullarından anlaşılabildiği hallerde tutuklamaya karar veren yargı mercilerinin kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha özenli davranmaları gerekir (bkz. *Mehmet Ha-*

san Altan (2) [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018, § 118; *Şahin Alpay* [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018, § 83).

5. Eldeki başvuru tam da bu nitelikte bir başvurudur. Başvurucuya isnat edilen eylemlerin ifade ve basın özgürlükleri kapsamında olduğu noktasında ciddi iddialar olduğu gibi somut olayın koşullarından da durumun bu şekilde olduğu anlaşılabilmektedir. Bu nedenle kuvvetli suç şüphesi belirlenirken çok daha titiz olunması, kuvvetli delil olarak kabul edilen yazı ve konuşmaların bütünlüğü içinde, bağlamlarından koparılmadan değerlendirilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde bir yazı ya da sözden dolayı sorumluluk belirlenirken söz konusu ifadeye objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemeli, olgusal temeli olmayan bir takım tahmin ve varsayımlara dayalı suçlamalar yapılmamalıdır (bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 63; *Mehmet Hasan Altan (2)*, § 224).

6. Başvurucunun tutuklanmasına gerekçe olarak sunulan olgulardan biri 14 Temmuz 2016 tarihinde konuk olarak katıldığı Can Erzincan TV'de yayınlanan "Özgür Düşünce" adlı programda yaptığı konuşmadır. Başvurucunun bu konuşmayla darbe yapılması için kamuoyu oluşturmaya çalıştığı ileri sürülmüştür. Bu suçlamaya gerekçe olarak da başvurucunun "*...Türkiye'de gerçekleşmiş askerî darbelerin önünü açan gelişmeler her ne ise, Erdoğan bugün aynı kararları vererek o yolları teker teker açıyor...*" şeklindeki sözleri gösterilmektedir.

7. Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı, söylenen sözün ya da yazılan yazının kuvvetli suç belirtisi teşkil edip etmediğini belirlerken bunları bütünlük içinde ve bağlamında değerlendirmek şeklindedir. Nitekim bu yaklaşımla Mahkeme aynı programdaki konuşması suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak sunulan Mehmet Hasan Altan'ın başvurusunda tam zıt istikamette bir sonuca ulaşmıştır (*Mehmet Hasan Altan (2)*, §§ 139-142). Söz konusu kararda programın geneli ve başvurucunun suçlama konusu sözleri bakımından şu tespitler yapılmıştır:

> *"139. Başvurucunun A.N.I. ile birlikte sunuculuğunu yaptığı "Özgür Düşünce" adlı bu programda, farklı konularda Hükumete yönelik ağır eleştirilerin dile getirildiği ve özellikle Hükumetin hukuka uymadığının vurgulandığı görülmektedir. Söz konusu programda, A.N.I. ile programa konuk olarak katılan A.H.A. [Ahmet Hüsrev Altan] arasında Hükumetin bazı mensupları ve üst düzey bürokratların konuşmalarının kimi ülkeler tarafından yasa dışı telefon veya ortam dinlemesi yoluyla kayıt altına alınıp İnternet üzerinden yayımlandığının konuşulduğu bir sırada başvurucu -araya girerek- diyaloğa katılmıştır. Başvurucu öncelikle dinlemelerin sadece teknolojik imkanlar kullanılarak yapılmamış olabileceğini , -mevcut siyasal yönetimi kastederek- hukuk dışı yöntemlerle devletin ele geçirilmesinin mümkün bulunmadığını belirtmiş ve sonrasında suça konu edilen sözleri sarf etmiştir (bkz. § 34).*

140. Başvurucunun sarf ettiği sözlerin içeriği ve bağlamı, anılan sözler öncesinde ve sonrasında diğer konuşmacılar ile başvurucu tarafından dile getirilen hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; bu sözlerin -tereddütsüz bir şekilde- darbe çağrısı olarak nitelendirilmesi ve başvurucunun bunları ertesi gün gerçekleşecek olan darbe teşebbüsünü bilerek kamuoyunu buna hazırlamak amacıyla söylediğinin kabul edilmesi zordur. Aksi durumda kullanılan sözlere, objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmesi sonucu doğabilir (bkz. § 224). Nitekim programdaki konuşmalarda Hükumetin, iki yıl sonra yapılacak seçimlerde veya seçim öncesinde iktidar partisinden bir kısım milletvekilinin bir başka siyasetçiyle birlikte yeni bir parti kurması sonucunda değişebileceğine yönelik öngörülerde bulunulmuştur (bkz. § 34)."

8. Hiç kuşkusuz aynı programa katılan konuşmacılardan birinin konuşmaları şuç işlendiğine dair kuvvetli belirti oluşturmazken başka bir konuşmacınınki oluşturabilir. Dahası aynı konuşmacının bir sözü kuvvetli belirti olmazken, başka bir sözü olabilir. Ancak her durumda suç teşkil ettiği ileri sürülen sözlerin konuşmanın bütünlüğünden ve bağlamından soyutlanarak değerlendirilmemesi gerekir. Yukarıda yapılan alıntının son cümlesinde yer alan değerlendirmeler başvurucuya aittir. Başvurucu, suçlamaya konu sözlerinden önce aynı programda *"Erdoğan iki sene sonra gidecek. Seçim geliyor, iki sene sonra seçimde ne olacağını kimse bilemez*" şeklinde, konuşmacılardan birinin "iki seneye kadar da ne olacağı belli değil" sözleri üzerine de "*Ya belli değil de, elli tane AKP'li milletvekili biz Akşener ile parti kuruyoruz dese, ayrılsa, bütün sistem sarsılıyor*" şeklinde konuşmuştur. Daha da önemlisi, suçlamaya konu sözlerinin devamında başvurucu şunları söylemiştir: "*Yani şehirlerin yönetiminde mesela generallere sivillerden öncelik tanıyan bir yasa çıkarttı. İsterse general şehri yönetecek. Bu EMASYA denilen planı bir daha canlandırdı. Ayrıca sen eğer askerlerin yargılanmasını izne bağlarsan eee adam darbe hazırlığını çok daha rahat yapar. Yani kim yargılayacak ki darbe yaparsa? Çok daha işleri kolay her türlü...*". Başvurucunun "askerî vesayetle ele ele çalışıyorlar" diye suçladığı hükûmete yönelik sözlerini bir bütün olarak ve bağlamında değerlendirdiğimizde, bunları "darbeye zemin hazırlamak" şeklinde nitelendirmek ve suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak görmek mümkün değildir.

9. Diğer yandan başvurucu bu sözleri canlı yayında söylemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi canlı yayınlanan radyo veya televizyon programlarında sarfedilen sözlerden dolayı sorumluluk belirlenirken canlı yayının sözleri yeniden formüle etme veya süzgeçten geçirme imkanı vermediğinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir (*Reznik/Rusya*, B. No: 4977/05, 4/4/2013, § 44). Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimseyerek canlı yayın ortamında "kullanılan ifadelerin kamuya duyurulmadan önce yeniden for-

müle edilmesi veya değiştirilmesi ya da geri alınması imkanının bulunmadığının da gözetilmesi" gerektiğini vurgulamıştır (*Mehmet Hasan Altan (2)*, § 141).

10. Başvurucunun farklı tarihlerde kaleme aldığı iki yazı da çoğunluk tarafından kuvvetli suç belirtisi olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda başvurucunun 12/5/2016 tarihinde yayınlanan *"Mutlak Korku"* başlıklı yazısında yer alan "*Sanırım bir piyesin son perdesini seyrediyoruz. Bedeli biraz ağır oluyor ama ... Biteceğini bilmek yine de iyi.*" şeklindeki ifadeleri ile 27/6/2016 tarihinde yayımlanan "*Ezip Geçmek*" başlıklı yazıda yer alan "*...Sarayın duvarları top mermileri ile çöktüğünde, eli silahlı insanlar koridorlarda birbirlerini öldürdüğünde iç savaşın ne olduğunu anlar ama geç kalmış olur...*" şeklindeki sözleri, kendisinin darbe teşebbüsünü bildiğinin ve darbeye zemin hazırladığının somut delili olarak kabul edilmiştir.

11. Her iki yazı da bağlamı içinde ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde bunların siyasi iktidara yönelik ağır eleştiri ve kendi açısından "uyarı" mahiyetinde olduğu görülmektedir. Yazılardan ilkinde ("*Mutlak Korku*") başvurucu, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'ya uymayan, yasama, yürütme ve yargıyı bütünüyle kendine bağlayan, toplumsal hayatın her alanına müdahale eden, sadece düşmanlarını değil dostlarını da tasfiye eden, bununla birlikte mutlak korkuya kapılan birine dönüştüğünü, bu mutlak korkunun iktidarların sonunu getirdiğini, ülke ve kendisi açısından en iyisinin "yeniden anayasal sınırlar içine dönmesi" olduğunu, ancak bunun için "galiba geç kalındığı"nı eleştirel bir dille anlatmaktadır. İkinci yazıda ("*Ezip Geçmek*") ise başvurucu, Cumhurbaşkanı'nın bir bürokratla yaptığı ileri sürülen konuşmasında iç savaş çıkabileceği uyarısı karşısında "*çıksın, ezip geçeriz*" dediğini,iç savaş hakkında en küçük bilgisinin olmadığını, bunun bir toplumun başına gelebilecek en büyük felaket olduğunu, savaştan daha korkunç olduğunu, Bosna'da, Ruanda'da, Suriye'de yaşananlara bakılması gerektiğini, iç savaşta kardeşin kardeşi vurduğunu, iç savaşın tüm ülkeyi vuracağını ifade ettikten sonra "*Ona göre davranın*" diye yazısını tamamlamaktadır.

12. Yukarıda belirtildiği gibi bir ifadeden dolayı sorumluluk belirlenirken söz konusu ifadeye objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemesi gerekir. Soruşturma makamları bu iki yazının birkaç cümlesinden hareketle başvurucunun darbe teşebbüsünden haberdar olduğunu ve darbenin zeminini hazırladığını söylerken bunun olgusal temellerini ortaya koyamamışlardır.

13. Başvurucuya yöneltilen suçlamalardan biri de bir dönem genel yayın yönetmenliğini yaptığı *Taraf* gazetesinde FETÖ/PDY terör örgütünün amaçları doğrultusunda yayın yaptığı, bu amaçla örgütün emir ve talimatları doğ-

rultusunda haberlere yer verdiği iddiasıdır. Kuşkusuz başvurucunun terör örgütünün amaçları doğrultusunda ve onun talimatlarıyla yayın yaptığına dair somut delillerin bulunması tutuklama tedbirinin ön şartı olan kuvvetli suç şüphesinin varlığı için yeterlidir. Ne var ki, başvurucunun savunmaları karşısında, soruşturma makamları tutuklamaya konu yazı ve haberlerin terör örgütünün amaçları doğrultusunda ve örgütün emir ve talimatları sonucunda yayınlandığına dair olguları ortaya koyabilmiş değillerdir.

14. Başvurucunun televizyon konuşması ve yazıları dışında da suçlamaya konu diğer bazı olgulara yer verilmiştir. Bir gizli tanık ifadesinde başvurucunun *Taraf* gazetesinin genel yayın yönetmeniyken FETÖ/PDY'nin medya yapılanmasının üst düzey yetkililerinden biriyle sık sık görüştüğünü, bu kişinin gazeteye onbeş günde bir uğradığını, dosyalar ve kapalı zarflar getirdiğini söylemiştir. Ancak başvurucunun söz konusu şahısla sadece iki kez görüştüğünü söylemesi, bunun aksine bir bilgi ve belgenin de ortaya konmamış olması ve en önemlisi gazetenin yayınlarının örgütün amaçlarıyla uyumlu şekilde yapıldığının gösterilememiş olması karşısında anılan gizli tanık ifadesinin kuvvetli belirti olarak kabulü zordur.

15. Öte yandan bazı üçüncü kişiler arasındaki "Bylock" yazışmalarında başvurucu hakkında değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte somut olayın koşulları ve başvurucu hakkında kullanılan ifadelerin içeriği dikkate alındığında bunların tek başına suç şüphesini gösterir kuvvetli bir belirti olarak değerlendirilmesi mümkün değildir (aynı yönde bkz. *Mehmet Hasan Altan (2)*, § 147).

16. Tüm bu nedenlerle soruşturma makamlarının ortaya koyduğu gerekçeler kapsamında somut olayda "suç işlendiğine dair kuvvetli belirti"nin yeterince ortaya konulamadığı, dolayısıyla başvurucunun tutuklanmasının hukukilik şartını sağlamadığı kanaatini taşımaktayım. Kuvvetli suç şüphesinin varlığı olağanüstü halin ilan edildiği dönemde de tutuklamanın ön şartı olmaya devam ettiği için, somut olayda başvurucunun tutuklanması Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında değerlendirildiğinde de anılan hakkın ihlaline sebep olmaktadır.

17. Diğer yandan başvurucu esas itibarıyla farklı tarihlerde yayınlanan bazı yazılarından ve bir televizyon konuşmasından dolayı tutuklanmıştır. Hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukukilik şartını sağlamadığı tespiti ışığında, tutuklama gibi ağır bir tedbirin ifade ve basın hürriyetleri bakımından demokratik toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

18. Mahkememizin benzer başvurularda ifade ettiği gibi demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve

basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvurucu ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel "caydırıcı etkisi" de dikkate alınmalıdır (*Şahin Alpay*, § 140). Bir gazeteci olan başvurucunun yazılarından ve televizyon konuşmasından dolayı tutuklanmasının ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği açıktır.

19. Olağan dönemde ifade ve basın özgürlüklerini ihlal eden müdahalenin, olağanüstü dönemde Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında "durumun gerektirdiği ölçüde" görülmesinin mümkün olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kapsamda tutuklamanın hukukiliğine ilişkin olarak yukarıda değerlendirme yapılmış ve suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olduğu ortaya konulmadan tutuklama tedbirinin uygulanmasının durumun gerektirdiği ölçüde bir müdahale olmadığı sonucuna varılmıştır. Somut başvuruda ifade ve basın özgürlükleri yönünden de bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durumun bulunduğu söylenemez.

20. Sonuç olarak, açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinde güvenceye alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile 26. ve 28. maddelerinde korunan ifade ve basın hürriyetlerinin ihlal edildiği kanaatini taşıdığımdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Önder Çelik ve Diğerleri [GK], B. No: 2016/50971, 2/5/2019

1. Cumhuriyet Vakfı'nın yönetim kurulu üyeleri olan başvurucular, 5/11/2016 tarihinde silahlı terör örgütüne üye olmamakla beraber örgüt adına faaliyette bulunma suçundan tutuklanmışlardır. Başvurucular tutuklanmalarının hukuka aykırı olduğunu, bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakları ile ifade ve basın hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkememiz çoğunluğu başvurucuların tutuklanmasının suç şüphesini gösteren kuvvetli belirtiye dayandığı ve ölçülü olduğunu belirterek herhangi bir hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

2. Başvuruculara yönelik suçlamaların temelinde başvurucuların Vakıf yönetim kuruluna gelmesiyle eş zamanlı olarak, Cumhuriyet gazetesinin yayın politikasının değiştiği, terör örgütlerini meşru göstermeye yönelik yayınlara yer verildiği ve devlet aleyhine manipülasyonlar yapıldığı iddiaları bulunmaktadır. Başvurucularla ilgili tutuklama kararında ve iddianamede bir dizi manşet ve haberlere yer verilmek suretiyle gazetenin son üç yıllık zaman diliminde (2013-2016) terör örgütlerine destek veren bir yayın politikası izlediği, başvurucların da Vakıf yönetim kurulu üyeleri olarak bu yayın politikasının oluşturulması ve sürdürülmesinden sorumlu oldukları ileri sürülmüştür.

3. Somut başvuruda tutuklamanın hukuki olduğu sonucuna ulaşabilmek için (a) ileri sürülen yayın politikası değişikliğinin ve bu doğrultuda yer verilen yazı, haber ve manşetlerin şuç teşkil ettiğinin, (b) bunun yanında başvuruculaların tüm bu fiillerden dolayı sorumlu olduğunun somut bilgi ve belgelerle gösterilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle başvuruculaların tutuklanabilmesi için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde belirtildiği üzere, öncelikle "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delliler"in bulunması gerekir.

4. Kanaatimce başvuruculaların tutuklanmalarını haklı kılacak nitelikte suç işlediklerine dair kuvvetli belirtiler soruşturma makamlarınca ilgili ve yeterli şekilde ortaya konabilmiş değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bir gazetenin yayın politikasının değişmesi tek başına herhangi bir suçlamaya konu

olamaz. Değiştiği söylenen yayın politikasının sistematik olarak terör ve şiddeti övmeye, terör örgütlerini meşru göstermeye yönelik olduğunun gösterilmesi durumunda sorumluların suçlanması söz konusu olabilir. Belli bir zaman diliminde gazetenin bazı manşetlerinin, haberlerinin ve köşe yazılarının seçilerek alt alta sıralanması sonucunda başvurucuların kategorik şekilde suçlanması mümkün değildir. Bu şekilde kategorik ve toptancı bir yaklaşım gazeteciliğin alanını daraltacak, özellikle basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye yol açacaktır.

5. Kuşkusuz somut başvuruya konu yayınlar arasında şiddeti ve terör örgütünü destekleyici mahiyette, dolayısıyla suç teşkil edebilecek münferit yayınlar da olabilir. Bu durum tek başına gazetenin sistematik olarak terör örgütlerini meşrulaştıracak şekilde yayın politikasını değiştirdiğini ispatlamak için yeterli değildir.

6. Diğer yandan başvurucuların suçlamaya konu yayınların yapılmasında nasıl bir sorumluluklarının bulunduğu da gösterilebilmiş değildir. Başvurucular savunmalarında ısrarla yayın politikasının belirlenmesinde herhangi bir yetki ve etkilerinin olmadığını, gazetenin manşetlerine, yazı ve haberlerine kısacası yazı işlerine hiçbir şekilde karışmadıklarını belirtmişlerdir. Buna karşın soruşturma makamlarınca başvurucuların suç teşkil ettiği ileri sürülen haber, yayın ya da manşetlerin belirlenmesinde etkili olduklarına dair somut olgular ortaya konabilmiş değildir.

7. Bu noktada Cumhuriyet Vakfı'nın gazetenin imtiyaz sahibi olması nedeniyle, Vakıf yönetim kurulu üyelerinin de hem yayın politikasından hem de suç teşkil ettiği düşünülen yazılardan sorumlu oldukları ileri sürülebilir. Anayasa'nın 38. maddesinde "Ceza sorumluluğu şahsidir" hükmüne yer verilmek suretiyle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi benimsemiştir. Bu maddenin gerekçesinde "failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılamayacağı" anlamına gelen ceza sorumluluğunun şahsiliğinin "ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kural" olduğu belirtilmiştir.

8. Anayasa Mahkemesi, terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklama ve yayınlama ile terör örgütünün propagandasını yapma suçlarının basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahiplerinin de cezalandırılmasını öngeren 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. ve 7. maddelerindeki ilgili hükümlerini Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararda gazete sahiplerinin yayın üzerindeki etkisini ve cezai sorumluluğunu şu şekilde açıklamıştır: "*Konumları nedeniyle bu kişilerin [sahiplerin] yayın işleri yönetimini şekillendirmek, yazı ve yayınları de-*

netlemek ve yayın üzerinde inceleme ve denetim görevi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Yayınları inceleme ve denetim ödevi yayın sorumlusuna aittir. Yasak eylemlerin basın yayın yoluyla işlenmesi halinde basın yayın organlarının sahiplerinin salt bu nitelikleri nedeniyle cezalandırılması ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturur" (AYM, E.2006/121, K.2009/90, 18/6/2009).

9. Nitekim 5187 sayılı Basın Kanunu'nda cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerin cezaların şahsiliği ilkesi gözetilerek düzenlendiği görülmektedir. Basın Kanunu'nun "Cezai sorumluluk" başlıklı 11. maddesi, süreli yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibinin, başka bir ifadeyle yazı veya haber ise bunları yazanın, resim veya karikatür ise yapanın (mad. 2) sorumlu olacağını belirtmektedir. Ancak eser sahibinin belli olmaması veya ceza ehliyetine sahip olmaması gibi istisnai durumlarda sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili (yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi) sorumlu olur. Görüldüğü üzere Basın Kanunu, basın yoluyla işlenen suçlarda gazete sahibi için cezai sorumluluk öngörmemiştir.

10. Ceza sorumluluğunun şahsiliğine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeler ile Anayasa Mahkemesinin anılan kararı karşısında, soruşturma makamları gazetenin imtiyaz sahibi konumunda olan başvuruculara sorumluluğunu, tutuklamaya konu suçlarla nasıl bir bağlantı içinde olduklarını ortaya koyabilmiş değillerdir.

11. Başvuruculara yöneltilen yayın politikası değişikliğinden ve bu kapsamda terör örgütlerini meşru göstermeye yönelik yayınlardan sorumlu olma şeklindeki temel suçlamanın yanında, iddianamede FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile bağlantılı kişi ve şirketler ile Cumhuriyet gazetesi arasında mali ilişkiler olduğu ve başvuruculara söz konusu örgütle bağlantılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma yürütülen kişilerle telefon görüşmeleri yaptıkları ileri sürülmüştür. Soruşturma makamları başvuruculara bu suçlamalara karşı yaptıkları ayrıntılı savunmaların aksine bir suç işlendiğine dair somut bir bilgi veya belge gösterememişlerdir.

12. Bu nedenlerle suç işlediklerine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadan başvurucular hakkında uygulanan tutuklama tedbiri kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal etmiştir. Kuvvetli suç şüphesinin varlığı olağanüstü halin ilan edildiği dönemde de tutuklamanın ön şartı olmaya devam ettiği için, somut olayda başvuruculara tutuklanması Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında değerlendirildiğinde de anılan hakkın ihlaline sebep olmaktadır.

13. Diğer yandan başvurucular, gazetenin yayın politikasının ve gazetede yayınlanan haber, yazı ve manşetlerin suç teşkil ettiği gerekçesiyle tutuklanmışlardır. Haklarında uygulanan tutuklama tedbirinin hukukilik şartını sağlamadığı tespiti ışığında, tutuklama gibi ağır bir tedbirin ifade ve basın

hürriyetleri bakımından demokratik toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

14. Mahkememizin benzer başvurularda ifade ettiği gibi demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvurucu ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel "caydırıcı etkisi" de dikkate alınmalıdır (*Şahin Alpay*, B. No: 2016/16092, 11/1/2018, § 140). Bir gazetenin imtiyaz sahibi olan Vakıf yönetim kurulu üyelerinin esas olarak gazetenin yayın politikası değişikliği ve yayınlanan yazı ve haberlerden dolayı tutuklanmalarının ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği açıktır.

15. Öte yandan başvuruculara olağan dönemde ifade ve basın özgürlüklerini ihlal eden müdahalenin, olağanüstü dönemde Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında "durumun gerektirdiği ölçüde" görülmesinin mümkün olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kapsamda tutuklamanın hukukiliğine ilişkin olarak yukarıda değerlendirme yapılmış ve suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olduğu ortaya konulmadan tutuklama tedbirinin uygulanmasının durumun gerektirdiği ölçüde bir müdahale olmadığı sonucuna varılmıştır. Somut başvuruda ifade ve basın özgürlükleri yönünden bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durumun bulunduğu söylenemez.

16. Sonuç olarak, açıklanan gerekçelerle başvuruculara Anayasa'nın 19. maddesinde güvenceye alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakları ile 26. ve 28. maddelerinde korunan ifade ve basın hürriyetlerinin ihlal edildiği kanaatini taşıdığımdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Mehmet Osman Kavala [GK], B. No: 2018/1073, 22/5/2019

1. Başvurucu, 1/11/2017 tarihinde anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme suçlarından dolayı tutuklanmıştır. Başvurucu tutuklanmasının hukuka aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkememiz çoğunluğu başvurucunun tutuklanmasının hukuki ve ölçülü olduğunu belirterek herhangi bir hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

2. Tutuklama kararında başvurucunun kamuoyunda "Gezi Olayları" olarak bilinen kitlesel eylemlerin yöneticisi ve organizatörü olduğu, eylemlere katılan kişilere maddi yardımda bulunduğu, ayrıca 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında 15-16 Temmuz 2016 tarihlerinde Büyükada'da bir otelde toplantı yapan ve darbe teşebbüsünün organizatörlerinden olduğu ileri sürülen H.J.B. ve diğer yabancı uyruklu kişilerle görüşmeler yapmak suretiyle bu sürece katıldığı iddiaları bulunmaktadır. Başvurucu hakkında düzenlenen 19/2/2019 tarihli iddianamede 15 Temmuz darbe teşebbüsüne katıldığına dair iddialar hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamış, başvurucunun adı geçen şahısla ve diğer yabancı uyruklu şahıslarla ilişkisinin mahiyetine ilişkin bir tespite de yer verilmemiştir. Bu nedenle başvurucuya yöneltilen suçlamaların temelinde tutuklamaya karar veren Sulh Ceza Hakimliğince "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükûmetini ortadan kaldırmaya ve görevini yapmasını engellemeye yönelik bir ayaklanma*" olarak nitelendirilen "Gezi Olayları"nın yöneticisi ve organizatörü olduğu iddiası bulunmaktadır.

3. Bu durumda soruşturma makamlarından beklenen, söz konusu olayların suç teşkil eden boyutu ile başvurucu arasındaki ilişkiyi gösteren kuvvetli belirtilerin gösterilmesidir. Bu doğrultuda tutuklama kararında ve iddianamede başvurucunun bazı kişilerle yaptığı telefon görüşmelerinin tapeleri, cep telefonunda yer alan bazı resimler ve bir kısım tanık ifadeleriyle üçüncü kişilerin kendi aralarında yaptıkları görüşmeleri yer almaktadır. Soruşturma makamları bu olguların tek başına ya da bir bütün olarak değerlendirildiğinde

başvurucunun tutuklanması için gerekli olan suç işlediğini gösteren kuvvetli belirti oluşturduklarını ortaya koyamamışlardır.

4. Öncelikle belirtmek gerekir ki, başvurucunun yöneticisi ve organizatörü olduğu ileri sürülen olaylar, çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, İstanbul Taksim Meydanı'nda bulunan Gezi Parkı'nda çevre ve imar düzenlemeleri yapılmak istenmesi üzerine 27/5/2013 tarihinde başlayarak daha sonra ülkenin birçok iline yayılan toplantı ve gösteri olaylarıdır (bkz. § 9). Türkiye İnsan Hakları Kurumunun Ekim 2014 tarihli raporunda da açıklandığı gibi bu olaylar kamuoyunda farklı şekillerde nitelendirilmiştir. Bazıları eylemleri çevreci duyarlılıkla başlayan ve daha sonra birçok alanda hükûmet politikalarını kitlesel eleştiriye dönüşen gösteriler olarak nitelendirirken, toplumun bir kesimi de yerleri değiştirilen ağaçlar bahane edilerek başlatılan hükûmete karşı yurt dışı destekli bir kalkışma olarak değerlendirmiştir (§ 9).

5. Anayasa Mahkemesinin görevi bu nitelendirmelerden birini kabul etmek değildir. Hiç kuşkusuz Türkiye'nin hemen hemen tüm illerine yayılan eylemelerde barışçıl gösteriler olduğu gibi, şiddet içeren ve bunun sonucu ölüm ve yaralanmaların meydana geldiği olaylar da yaşanmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi Gezi olayları bağlamında yapılan bireysel başvurularda da kategorik bir değerlendirme yapmamakta, öncelikle başvuruculaların katıldıkları toplantının barışçıl nitelikte olup olmadığını tespit etmektedir. Mahkeme başvuruculaların katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin şiddete evrildiği durumlarda dahi başvurucunun şiddete başvurup başvurmadığını belirlemektedir.

6. Anayasa Mahkemesi Gezi olayları kapsamındaki bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin başvuruda, şiddet olaylarının yaşanmadığı bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün ardından başvuruculaların kanuna aykırı şekilde toplantı düzenleme ve yönetme suçundan mahkum edilmesinin Anayasa'nın 34. maddesinde korunan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir (*Ali Orak ve İrfan Gül*, B. No: 2014/10626, 18/4/2018). Mahkeme, bir başka başvuruda başvurucunun Gezi olayları sırasında polisin aşırı güç kullanımını protesto etmek amacıyla katıldığını söylediği bir toplantı ve gösteri yürüyüşünde polisten kaçarken düşmesi üzerine fiziksel müdahaleye maruz kalmasını hem insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının hem de toplantı ve gösteri düzenleme hakkının ihlali olarak görmüştür. Anayasa Mahkemesi anılan başvuruya konu gösterilerin şiddete evrildiğini, bu nedenle kamu düzenini sağlamak amacıyla kolluk kuvvetlerinin fiziksel müdahalede bulunmasının gerekli olduğunu kabul etmekle birlikte başvurucunun "şiddete karıştığının tespit edilemediği"ne dikkat çekmiş, kolluğun saldırgan bir tavır içinde olmayan başvurucuya ölçülü olmayan müdahalesi-

nin toplantı ve gösteri hürriyeti üzerinde "caydırıcı" etki yaratacağını belirtmiştir (*Özge Özgürengin*, B. No: 2014/5218, 19/4/2018, §§ 68, 107, 108).

7. Bu kapsamda somut başvuruda yapılması gereken değerlendirme, şiddet içeren dolayısıyla suç teşkil edebilecek olan olaylar ile başvurucunun ilişkisini gösteren kuvvetli belirtilerin soruşturma makamlarınca ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya konulup konulmadığını tespit etmektir. Mahkememiz çoğunluğunun kararında ise başvurucunun "s*osyal statüsü, ulusal ve uluslararası bağlantıları gözönüne alındığında olayların süreç içinde şiddete evrildiğini ve sonuçlarını öngörebilecek konumda*" olduğu, dolayısıyla tutuklama kararı ve iddianamede yer verilen (olayların yaygınlaştırılmasını destekleme, bu yönde toplantılar düzenleme, ulusal ve uluslararası kamuoyu oluşturmaya çalışma gibi) hususların kendisinin yaşanan şiddet olaylarından sorumlu tutularak tutuklanması için soruşturma makamlarınca kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin keyfî ve temelsiz olmadığı tespiti ile yetinilmiştir (§ 70).

8. Bu tespitin şiddet olayları ile başvurucu arasındaki bağlantıyı ortaya koyduğu söylenemez. Öncelikle, başvurucunun Gezi olaylarına katılmış ve bu olayları desteklemiş olmasının tek başına bir suç işlediğinin belirtisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira barışçıl olmak kaydıyla herkes toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilir, düzenlenenlere katılabilir ve bunların yaygınlaşmasını isteyebilir. Burada temel mesele, başvurucunun şiddet içeren eylemlerle ilgisinin somut olgularla gösterilmesidir.

9. Bu bağlamda telefon tapelerinde geçen gaz maskesi ve deniz gözlüğü alınması ve dağıtılmasına yönelik ifadeler üzerinde durulmalıdır. Hiç kuşkusuz bu maske ve gözlüklerin gösteriler sırasında polisle çatışan göstericilere dağıtılmak üzere temin edildiği anlaşıldığında bu durum suç işlendiğine dair kuvvetli bir belirti olarak kabul edilebilir. Ancak başvurucunun aksi yöndeki savunmalarına karşın, soruşturma makamları bu malzemelerin şiddet olaylarında ve terör örgütü mensuplarınca kullanıldığını gösteren herhangi bir bilgiye yer vermemişlerdir. Dahası Gezi olayları sonrasında açılan birçok davada mahkemeler sanıklar hakkında beraat kararı verirken gaz maskesi ve deniz gözlüğü gibi eşyaların barışçıl amaçla da kullanılabildiğini, sanıkların bunları "eylem sırasında güvenlik kuvvetlerinin atmış oldukları göz yaşartıcı gaza karşı yanlarında bulundurdukları"nı kabul etmişlerdir (İstanbul 50. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2013/460, K.2013/790, 19/12/2013. Diğer beraat kararları için bkz. İstanbul 19. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2013/408, K.2014/145, 26/12/2014; İstanbul 33. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2014/88, K.2015/145, 29/4/2015).

10. Diğer yandan başvurucunun Gezi olayları sırasında yaptığı telefon görüşmelerinde gösterilerin "siyasi durumu nasıl değiştireceği" ve "Anado-

lu'ya yaygınlaştırılması" gibi konulara ilişkin söyledikleri de konuşmaların bütünlüğünden ve bağlamından soyutlanarak ele alınıp yorumlanmamalıdır. Başvurucunun 25/10/2013 tarihinde İ.P. isimli şahısla yaptığı telefon konuşmasında yer alan "*Gezi olaylarından sonra şeyimiz isteğimiz hayal ettiğimiz şey yerel idarelerin daha şeffaf bir hale gelmesi daha katılımcı bir modelin ortaya çıkması yani buradan doğan enerjinin de bir demokratik muhalefet unsuru olarak veya demokratik baskı aracı unsuru olarak işlev görmeye devam etmesi...*" şeklindeki sözleri söz konusu gösterilere demokratik muhalefetin baskı unsuru olarak baktığını göstermektedir. Aynı şekilde, telefon konuşmalarında yer alan, toplantı ve gösterileri organize edenlerin hükûmet yetkilileriyle, özellikle de o dönemde görev yapan Adalet Bakanı ile görüşmelerinin faydalı olacağına, yetkililerle diyaloğun başlaması gerektiğine, bir bankadan para çekme eyleminin ekonomiyi sıkıntıya sokabileceğine, ekonomik kriz yaratmanın sol demokratik kesimlerin faaliyet alanı olmaması gerektiğine dair sözleri de başvurucunun savunmalarını destekler mahiyettedir.

11. Başvurucunun eyleme katılanlara maddi yardımda bulunduğuna dair üçüncü kişilerin kendi aralarında yaptıkları konuşmalar da suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak gösterilmiştir. Soruşturma belgelerinden bu kişilerin Gezi olaylarına katılıp katılmadıkları, daha da önemlisi başvurucu ile aralarında bir irtibat bulunup bulunmadığı, başvurucudan maddi yardım alıp almadıkları anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla bu konuşmaların suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi isabetli değildir.

12. Öte yandan başvurucunun cep telefonunda ele geçirilen bazı fotoğraflar da suç işlediğini gösteren kuvvetli belirti olarak kabul edilmiştir. Bunlardan biri Türkiye'yi bölgesel olarak bölünmüş gösteren bir haritanın fotoğrafıdır. Başvurucu, başlangıçta haritayı yurt dışında basılmış bir yayında gördüğünü, Sevr Antlaşmasıyla ilgili gördüğünü ve bunu bir arşiv malzemesi olarak sakladığını ifade etmiştir. Başvurucu 7/3/2018 tarihinde sulh ceza hakimliğine sunduğu dilekçede ise haritayı yanlış hatırladığını, söz konusu haritanın ANG Vakfı tarafından yayınlanan "Ana arı üretimi" başlıklı eğitim kitabında yer aldığını, haritanın arı ırklarının bölgesel kökenlerini gösterdiğini, haritanın fotoğrafını Vakfın bir çalışmasını izlediği sırada Artvin'de çektiğini söylemiştir. Soruşturma makamları başvurucunun bu savunmasının geçerli olmadığını gösteren bir delil ortaya koymamışlardır. Aynı şekilde başvurucunun cep telefonunda bulunan ve başkalarıyla paylaşmadığını söylediği Gezi olayları sırasında çektiği bir pankartın fotoğrafının, ayrıca bir cenaze töreninde çekilen yüzü maskeli kişilerin terör örgütü liderinin posterini açtığını gösteren fotoğrafın da kuvvetli belirti teşkil ettiğinin olgusal temelleri ortaya konabilmiş değildir.

13. Başvurucunun uluslararası alanda tanınmış bazı kişi ve kurumlarla ilişki içinde olduğu, Gezi olayları sırasında sık sık yurt dışına çıktığı ve Avrupa Parlamentosu milletvekilleri, büyükelçi ve konsoloslar dahil bazı yabancılarla görüşmeler yaptığı, eylemlere Batı'nın desteğini almak için girişimlerde bulunduğu da ileri sürülmüştür. Ancak başvurucunun tüm bu faaliyetlerinin Gezi olaylarının şiddet içeren bölümüyle ve kendisine isnat edilen suçla bağlantısı soruşturma makamlarınca ortaya konulamamıştır.

14. Açıklanan gerekçeler ışığında başvurucunun hükûmeti ortadan kaldırmaya teşebbüs suçunu işlediğini gösteren olgusal temellerin, bu kapsamda başvurucunun tutuklanması için gerekli kuvvetli belirtinin soruşturma makamlarınca gösterilemediği anlaşılmaktadır.

15. Diğer yandan, çoğunluk kararında kuvvetli suç şüphesinin varlığına dair tespitten sonra tutuklamanın ölçülülüğüne dair yapılan değerlendirmeye de katılmak mümkün değildir. Tutuklama tedbirinin hukuki olabilmesi için suç işlendiğini gösteren kuvvetli belirtinin bulunması yeterli değildir. Tutuklamanın aynı zamanda ölçülü olması gerekir. Bu kapsamda ölçülülüğün bir unsuru olan *gereklilik* bakımından bir değerlendirme yapılması zorunluluğu vardır. Anayasa Mahkemesi başvuruculara ilişkin soruşturmanın başladığı tarih ile tutuklama tarihi arasında önemli zaman diliminin bulunduğu durumlarda tutuklamanın gerekliliğini incelemiştir. Soruşturmanın başlamasından itibaren uzun süre hareketsiz kalındıktan sonra tutuklama tedbirine başvurulması durumunda, soruşturma makamlarının tutuklamanın neden gerekli olduğunu gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, soruşturma açıldıktan altı ay sonra başlangıçta bulunan deliller dışında yeni bir delile ulaşılmadan ve tutuklama tedbirinin neden "gerekli" hale geldiğine dair makul bir açıklama yapılmadan tutuklama tedbirine başvurulmasını kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline karar verirken dikkate alınan olgulardan biri olarak değerlendirmiştir (bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, §§ 79-81).

16. Somut olayda başvurucu esas olarak 2013 yılının ortalarında yaşanan Gezi olaylarının yöneticisi ve organizatörü olarak suçlanmaktadır. Nitekim olayların akabinde başvurucunun da içinde bulunduğu şüpheliler hakkında 2013/1120 sayılı bir soruşturma başlatılmış, bu soruşturma daha sonra 2014/40852 sayılı soruşturma dosyası üzerinden yürütülmüştür. Bu kapsamda başvurucu hakkında iletişimin tespiti ve fiziki takip kararları verilmiştir. Ancak bu süreçte başvurucu hakkında gözaltı ya da tutuklama tedbirlerine başvurulmadığı gibi ifadesi de alınmamıştır. Başvurucu 1/11/2017 tarihinde, ilk soruşturmanın üzerinden dört yıldan fazla bir süre geçtikten sonra tutuklanmıştır. Soruşturma belgelerinde gösterilen delillerin kahir ekseriyeti Gezi olayları sırasında başvurucunun bazı şahıslarla yaptığı telefon görüşmeleri-

ne dayandırılmıştır. Başka bir ifadeyle başvurucunun tutuklanmasına neden olarak gösterilen temel delillerin neredeyse tamamı zaten ilk soruşturma dosyasında bulunan delillerdir. Soruşturma makamları kayda değer yeni bir delil ortaya koymadan başvurucunun aradan dört yılı aşkın bir süre geçtikten sonra tutuklanmasının neden *gerekli* olduğunu gösterebilmiş değillerdir.

17. Bu noktada başvurucunun tutuklanmasının Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında olağanüstü halde durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü dönemde başvurulan tutuklama tedbirinin kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığı gerekçesiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiğine karar verdiği başvurularda Anayasa'nın 15. maddesi bakımından farklı bir sonuca ulaşmamıştır (bkz. *Mehmet Hasan Altan* (2)[GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, § 157; *Şahin Alpay* [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018, §110; *Ali Bulaç*, [GK], B. No: 2017/6592, 3/5/2019, § 71). Kuvvetli suç şüphesinin varlığı olağanüstü halin ilan edildiği dönemde de tutuklamanın ön şartı olmaya devam ettiği için, somut olayda başvurucunun tutuklanması Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında değerlendirildiğinde de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline sebep olmaktadır.

18. Yukarıda açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinde güvenceye alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği kanaatini taşıdığımdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. (2) [GK], B. No: 2016/12313, 26/12/2019

1. Başvurucu, ana muhalefet partisi lideri ve eşi hakkında yapılan haberler dolayısıyla aleyhine tazminata hükmedilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkememiz çoğunluğu başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

2. Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğü, resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestisini de kapsamaktadır. Anayasa'nın 28. maddesinde de basın özgürlüğü güvenceye alınmıştır. Hiç kuşkusuz bu özgürlükler mutlak olmayıp, söz gelimi "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Ancak Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca bu sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz.

3. Başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik sınırlamanın kanuni dayanağının ve meşru amacının bulunduğu hususunda çoğunluk görüşüne katılmakla birlikte, başvurucunun tazminat ödemesi şeklindeki yaptırımın demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı kanaatindeyim.

4. Başvurucunun yayımcısı olduğu ulusal gazetede 19 ve 20 Aralık 2012 tarihlerinde yayımlanan iki haberde yolsuzluk suçlamalarıyla hakkında soruşturma açılan bir belediye başkanının mensubu bulunduğu siyasi partinin genel başkanının eşine gerdanlık ve takı seti hediye ettiğine dair iddiaların bulunduğu, söz konusu iddiaların muhatabının "*hayır böyle bir şey yok*" dediği, ancak genel başkanın bu konuda gazetecilerin yönelttiği soruları cevapsız bıraktığı, ilgili belediye başkanının rahat tavrının iddia edilen hediyelere bağlandığı ve bu olayın son günlerde parti içerisinde sıkça konuşulduğu belirtilmiştir (§§ 10,11). Bu haberlerden dolayı başvurucunun 5.000 TL tazminat ödemesine hükmedilmiştir.

5. Öncelikle belirtmek gerekir ki, başvurucu bir söylentiyi haberleştirmiştir. Başvurucunun tazminat ödemesine sebep olan "hediye" iddiası ilk kez, söz konusu haberden dört gün önce, bir başka ulusal gazetenin köşe yazısında dile getirilmiştir. Söz konusu ulusal gazetede 15/12/2012 tarihinde yayınlanan "*CHP: Neden AK Parti'yi yazmıyorsun*" başlıklı köşe yazısında yazar, günlerdir CHP'li bir belediye başkanı hakkında ortaya atılan yolsuzluk iddialarını gündeme getirdiği halde genel başkanın bu konuda açıklama yapmaktan çekindiğini, kendisine ve yetkililere konuyla ilgili birkaç şey sormak istediğini ifade etmiştir. Başvurucu hakkında tazminata hükmedilmesine neden olan hediye iddiası hakkında söz konusu yazıda şu cümlelere yer verilmiştir: "… *Belediye Başkanı*['nın] "*Kılıçdaroğlu beni görevden alamaz, hakkımda soruşturma açamaz*" *söyleminin nedeni ne? Palladium'daki Jival kuyumculuktan alınan 50 bin liranın üzerindeki hediye gerdanlık ve set iddiasının, Başkan*[ın] *bu söylemiyle bir bağlantısı var mı? Jival kuyumculuk iddiası nedir?*".

6. Görüldüğü üzere başvuruya konu haberlerde dile getirilen iddia ilk kez başka bir gazetede yayınlanmış, aynı yazı daha sonra bir internet haber sitesinde de yer almıştır. Dolayısıyla burada ilk kez dile getirilen bir iddiadan ziyade, daha önce başka ulusal düzeyde yayın yapan gazete ve internet sitelerinde yayınlanmış ve böylece aleniyet kazanmış bir iddianın, söylentinin haberleştirilmesi söz konusudur.

7. Hiç kuşkusuz bir iddiaya veya söylentiye dayansa da kişilerin itibarını zedeleyecek şekilde olgusal isnatta bulunulması durumunda gazetecinin çok daha hassas olması, bu konuda asgari bir araştırma yapması gerekmektedir. Bu gereklilik, ifade ve basın özgürlüğü ile kişilerin şeref ve itibar itibar hakkı arasındaki hassas dengenin korunması bakımından hayati derecede önemlidir. Bu dengenin korunup korunmadığı değerlendirilirken özellikle kulis haberciliğini imkânsız hale getirecek bir yaklaşımın benimsenmesi doğru olmaz. Bu noktada haber ya da yazının konusu, haberin kamusal bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı, haberin muhatabının kamusal yönü gibi hususlar önemlidir.

8. Somut olayda haberlerin esas itibarıyla bir belediye başkanı hakkında ileri sürülen yolsuzluk iddialarıyla bağlantılı şekilde verildiği, bu yönüyle kamuoyunu ilgilendiren ve bu çerçevede kamusal tartışmaya katkı sunma potansiyeli olan bir niteliği olduğu ve ana muhalefet partisi liderine yönelik olarak dile getirildiği açıktır.

9. Anayasa Mahkemesinin defaatle vurguladığı üzere, siyasetçilere yönelik eleştirinin sınırları çok daha geniştir. Gördükleri işlev nedeniyle siyasetçiler diğer kişilere göre haklarında yapılan haber ve eleştirilere karşı daha hoşgörülü olmak durumundadır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 67; *Nihat Zeybekçi*, B. No:2015/5633, 8/5/2019, § 38). Bu durum, onların şeref ve itibarının daha az önemli olmasından değil yaptıkları kamusal görevden kaynaklanmaktadır (bkz. *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 58). Demokrasilerde "gözetleyici" (*watchdog*) işlevi gören basının özellikle siyasilere yönelik haber yaparken çok daha geniş bir özgürlük alanına sahip olması gerektiği izahtan varestedir. Bu bağlamda basının bazı haberleri, gerçekten rahatsız edici hatta belli ölçüde kışkırtıcı da olabilir.

10. Diğer yandan siyasetçilerin kendilerine yönelik iddia, itham ve eleştirileri cevaplama konusunda, başkalarına nazaran çok daha avantajlı konumda oldukları da bilinmektedir (bkz. *Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi*, B. No:2014/12482, 8/5/2019, § 46). Bu kapsamda, siyasetçilerin kamusal konularda söylentiye dayansa bile haklarında ileri sürülen iddia ve isnadlar karşısında başka yollar mevcutken yargıya başvurmaları ve bunun sonunda da haberi yapan basın kuruluşuna yönelik hukuki veya cezai yaptırımlara başvurulması ifade ve basın özgürlüğünü kullananlar üzerinde ciddi bir caydırıcı etki yaratacaktır.

11. Somut başvuruya konu haber, daha önce belirtildiği üzere, başka bir ulusal gazetede ileri sürülen genel başkanın eşine pahalı bir hediye verildiği yönündeki iddianın yeniden gündeme getirilmesinden ibarettir. Daha önceki haberde olduğu gibi başvurucunun hediye iddiasına ilişkin haberinde de verildiği iddia edilen hediyenin kim tarafından kime verildiği, türü, hangi kuyumcudan alındığı ve değerinin ne olduğu gibi somut bilgilere yer verilmiştir.

12. Başvurucunun, daha önce başka mecralarda yayınlanan bir haberin gerçekliğini araştırmaya yönelik hiçbir girişimde bulunmadığı da söylenemez. Bizzat haberin içeriğinde genel başkanın eşine ulaşıldığı, kendisine iddianın sorulduğu ve böyle bir şeyin olmadığı yönünde cevap alındığı, aynı şekilde genel başkanın danışmanlarının da arandığı, danışmanların "*size döneceğiz*" demelerine rağmen dönüş yapılmadığı gibi hususlar yer almaktadır.

13. Öte yandan haberin dili ve üslubundan söz konusu iddianın söylentiye dayalı olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Haber daha en başta"*Başkentte kulisler...*

gerdanlık seti hediye ettiği iddiaları ile çalkalanıyor" cümlesiyle başlamaktadır. Ayrıca haberde "*hediye ettiği ileri sürüldü*", "*rahat tavrı,... hediye edildiği iddia edilen altınlara bağlanıyor*", "*hediye olayının CHP içerisinde sıkça konuşulduğu belirtiliyor*", "*vahim iddialara açıklık getirmeden ayrıldı*" gibi ifadelere yer verilmek suretiyle kulis bilgisine ve söylentiye dayalı bir isnat dile getirilmiştir.

14. Sonuç olarak kulis bilgisine dayalı bir isnadın haberleştirilmesi nedeniyle başvurucunun yaptırıma maruz bırakılması, başvurucunun ifade ve basın özgürlükleri ile hakkında haber yapılanların şeref ve itibar hakkı arasındaki dengenin birincisi aleyhine bozulduğunu göstermektedir. Dolayısıyla başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik sınırlamanın demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu söylenemez.

15. Açıklanan gerekçelerle, başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Erol Eşrefoğlu [GK], B. No: 2018/23111, 1/7/2021

1. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararına rağmen mahkûmiyet hükmünün infazına devam edilmesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda ihlal olmadığına karar verilmiştir.

2. Eldeki başvuruya konu olan infazın ertelenmesi talebinin reddi kararı, başvurucunun adil yargılanma hakkı ihlali şikâyetiyle yapmış olduğu başvuruda Mahkememizin 12/6/2018 tarihli ihlal kararını müteakiben alınmıştır. Bu kararında Anayasa Mahkemesi başvurucunun mal varlığı değerlerinin hangi suçlar nedeniyle elde edildiği yönünden derece mahkemelerince bir tartışma yapılmaması, tersine "*kayıt dışı para ile suçtan kaynaklanan gelirin birbirine karıştırıldığı kuşkusuna sebep olacak şekilde bir değerlendirme yapılmış*" olması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir (*Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı*, B. No: 2015/964, 12/6/2018, § 66, 78).

3. İhlal kararından sonra başvurucunun müdafilerinin talebi üzerine Bursa 5. Ağır Ceza Mahkemesi yargılamanın yenilenmesine ve hapis cezasının infazının ertelenmesine karar vermiştir. Başsavcılığın bu karara yönelik itirazı Bursa 6. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve başvurucu hakkındaki infazın ertelenmesi kararı kesin olarak kaldırılmıştır. Buna karşılık Bursa 5. Ağır Ceza Mahkemesi yeniden yargılama sürecinde 20/3/2020 tarihli duruşmada başvurucu hakkındaki hapis cezalarının infazının durdurulmasına, 19/2/2021 tarihinde de daha önce verilen mahkûmiyet hükümlerinin iptaline ve başvurucunun bu suçlardan beraatına karar vermiştir.

4. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, mevcut başvuruda temel mesele, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir ihlal kararı üzerine yeniden yargılama sürecinde infazın durdurulmamasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal edip etmediğidir (§ 72).

5. Mahkememiz çoğunluğu, Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararında yeniden yargılamaya hükmedilmesinin ötesinde başkaca bir değerlendirme yapılmadığını ve hükmün ortadan kaldırılmasına karar verilmediğini, ihlal kararının "*ihlale konu eksikliğin giderilerek sonucuna göre bir karar verilmesi biçiminde*" anlaşılması gerektiğini, ihlal kararından sonra başvurucunun tutma halinin niteliğinin değişmediğini, bu nedenle yeniden yargılama sırasında infazın ertelenmesi konusunun derece mahkemelerinin takdirinde olduğunu ve infazı ertelememe yönünde kullanılan takdir yetkisinin de hukuka uygun olduğunu belirtmiştir (§§74-77). Bu görüşlere katılmak birkaç nedenle mümkün olmamıştır.

6. Her şeyden evvel belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin ihlal bulduğu kararda yeniden yargılamaya hükmederken yapılması gerekenlere ayrıntılı şekilde değinmemesi, bu kapsamda "*hükmün ortadan kaldırılması*" gerektiğini ayrıca belirtmemesi, infazın durdurulmasının reddi kararının gerekçesi olamaz. Bu durum derece mahkemesinin infazın devamı yönündeki kararının hukuka uygun olduğunun dayanağı olarak da görülemez. Zira 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesi kapsamında hükmedilen yeniden yargılama öncelikle ihlale neden olan mahkeme kararının kaldırılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla *hükmün ortadan kaldırılması*nın ihlal kararında ayrıca belirtilmesi zorunlu değildir. Anayasa Mahkemesince bu yönde bir belirleme yapıldığı durumlarda ise bunun herhangi bir tereddüt yaşanmasını önlemeye yönelik olduğu kabul edilmelidir.

7. Nitekim Anayasa Mahkemesi mevcut başvuruya konu ihlal kararından önce verdiği birçok kararda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kuralın mümkün olduğu kadar eski hale getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması, bunun için de öncelikle ihlale konu kararın veya işlemin kaldırılması gerektiğini vurgulamıştır. Başka bir ifadeyle ihlal kararından sonra yeniden yargılamaya karar verilmesi durumunda derece mahkemesinin yapması gereken ilk iş "*bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği … tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır*" (*Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 55, 60; ayrıca bkz. *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019, § 56; *Şahin Alpay (3)*, B. No: 2018/10327, 3/12/2020, § 43).

8. İkinci olarak, çoğunluk görüşünün aksine, yeniden yargılama sırasında ihlale yol açan kararın kaldırılması noktasında derece mahkemelerinin *takdir yetkisi* bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da ifade edildiği üzere ihlalin ve sonuçlarının giderilmesi için *yeniden yargılamaya* hükmedildiği takdirde, *yargılamanın yenilenmesi* kurumundan farklı olarak, "*önceki*

kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır" (*Mehmet Doğan*, § 59).

9. Üçüncü olarak, somut olayda gerekçeli karar hakkına yönelik ihlal kararının "*ihlale konu eksikliğin giderilerek sonucuna göre bir karar verilmesi biçiminde*" anlaşılması gerektiği yönündeki çoğunluk görüşünün de yanlış anlaşılmalara müsait olduğu belirtilmelidir. Kuşkusuz bu cümle tek başına okunduğunda doğrudur. Ancak çoğunluğun bunu mevcut başvuru bağlamında derece mahkemesinin ihlale neden olan kararını kaldırma noktasındaki takdir yetkisi ile birlikte değerlendirmesi ciddi sakıncaları beraberinde getirebilecektir.

10. Öncelikle ifade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin bir başvurudaki ihlal kararı, kamu otoritelerinin başvuruya konu temel hak veya hürriyeti güvenceye alan anayasal hükme aykırı davrandıklarının tespiti demektir. Başka bir deyişle ihlal yönündeki karar, ortada ihlale neden olan ve anayasal güvencelere aykırılık teşkil eden bir mahkeme kararının veya idari işlemin bulunduğunu ifade eder. Tam da bu nedenle ihlalin ve sonuçlarının giderilmesinin şartı, Anayasa'daki güvencelere aykırı olduğu Anayasa Mahkemesince tespit edilmiş olan mahkeme kararının kaldırılarak yerine ihlal sebeplerini giderecek bir kararın alınmasıdır. Esasen ihlal kararlarının hukuki süreçler üzerinde bu şekilde sonuç doğurması, bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olabilmesinin şartlarından biridir.

11. Bu çerçevede başvuruya konu somut olayda başvurucunun sonuca etkili olacak esaslı itirazlarının derece mahkemelerince değerlendirilmemesi nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi başvurucunun anayasal güvencelere aykırı bir şekilde mahkûm edildiğine, bu nedenle yeniden yargılama yapılmak suretiyle bu aykırılığın giderilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

12. Bu durumda yeniden yargılama sırasında derece mahkemesinden beklenen, ihlale neden olan kararını kaldırmak, bunun sonucunda başvurucunun kişi hürriyetini tahdit eden hapis cezasının infazını durdurmak ve ihlal kararındaki gerekçeleri karşılayan yeni bir karar vermektir. Bunun dışındaki yorumlar, gerekçeli karar hakkı ihlali tespiti yapılan bireysel başvurularda derece mahkemelerine açık çek vermek anlamına gelebilir. Dahası gerekçeli karar hakkı ihlalinin gereklerinin çoğunluk görüşü doğrultusunda kabul edilmesi, derece mahkemelerince "*kararın gerekçesini düzeltin, ancak aynı yönde kararlar vermeye devam edin*" şeklinde anlaşılmaya müsaittir.

13. Gerekçeli karar hakkı ihlalini gidermek için yapılan yeniden yargılama sonunda derece mahkemesi ihlal kararında belirtilen usulî eksiklikleri gidermek suretiyle daha önceki kararında ısrar edebileceği gibi, önceki kararından tamamen farklı bir karar da verebilir. Nitekim somut olayda böyle olmuş,

mahkeme yeniden yargılamanın sonunda başvurucunun beraatına karar vermiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkı bağlamında usulî güvenceler yönünden Anayasa'ya aykırı bulduğu mahkûmiyet kararını derece mahkemesi bu kez esas bakımından da değiştirmiştir.

14. Dolayısıyla gerekçeli karar hakkı yönünden verilen bir ihlal kararı yargılama süreçlerini etkileyebilecek, bunun yanında yargılamanın sonucunu da değiştirebilecek nitelikte bir karardır. Zaten Anayasa Mahkemesinin uygulamasında yargılamanın hakkaniyetine etkisi olmayan basit gerekçe eksiklikleri nedeniyle ihlal bulunmamaktadır. İhlale yol açan gerekçe eksiklikleri bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyecek nitelikte olanlardır. Dolayısıyla gerekçeli karar hakkı ihlali başvurucunun durumunu etkilemeyen, basit şekilde giderilebilecek bir şekil eksikliği olarak görülemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi de böyle görmediği için somut başvuruya konu olan kararında gerekçeli karar hakkının ihlaline ve yeniden yargılamaya hükmettiğinden başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetleri yönünden ayrıca bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir (*Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı*, B. No: 2015/964, 12/6/2018, § 74).

15. Dördüncü olarak, çoğunluğun gerekçeli karar hakkı ihlalinden sonra başvurucunun hükme bağlı tutulma statüsünün devam ettiği görüşünü de bireysel başvurunun amacıyla telif etmek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararından sonra ihlale sebep olan mahkûmiyet kararının Anayasa'ya aykırı hale geldiği, Anayasa'ya aykırı olan bir kararın sonucu olarak ortaya çıkan tutma halinin devam etmesinin de Anayasa'ya aykırı olacağı, tam da bu nedenle başvurucunun statüsünün hükmen tutukluluktan çıkıp suç isnadına bağlı bir tutmaya dönüşmesi gerektiği açıktır. Başka bir ifadeyle Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilen bir mahkûmiyet kararına dayalı olarak tutma halinin devam ettirilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığını söylemek çelişkiye yol açmaktadır.

16. Son olarak, mahkûmiyet hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunmasından sonra yeniden yargılanan kişinin hükümlü statüsünün devam ettiğini ileri sürmek ona suçlu muamelesi yapılması anlamına gelebilecek, dolayısıyla masumiyet karinesini de zedeleyebilecektir. Gerçekten de ihlal kararı sonrasında başlayacak yeniden yargılamayla birlikte hükümlü statüsü ortadan kalkmış olan başvurucunun önceki mahkumiyetinin infazının devam ettirilmesi ona suçlu muamelesi yapıldığını gösterebilir.

17. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ihlal kararından sonra başlayan yeniden yargılama sürecinde başvuruculaların kamu otoritelerince suçlu gösterilmesine yönelik tutum ve davranışların masumiyet karinesini ihlal edeceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme bir kararında "*yetkili ulusal*

mahkemeler tarafından, yargılamanın yenilenmesi kapsamında, davalarının esasıyla ilgili olarak karar verilmeden önce, başvuranlardan bahsederken "sanık/hükümlü" ifadesinin kullanılmasının ilgililerin masumiyet karinesine zarar verdiği" sonucuna ulaşmıştır (*Dicle ve Sadak/Türkiye*, B. No: 48621/07, 16/6/2015, § 61).

18. Diğer yandan Mahkememiz eldeki başvuruyla aynı gün karara bağladığı benzer bir başvuruda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, bu olayda daha önce müdafi yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak adil yargılanma hakkının ihlaline karar verdiği halde başvurucunun infazın ertelenmesine yönelik talebinin reddi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline hükmetmiştir (*Behzat Çakar ve diğerleri* [GK], B. No:2019/2333, 1/7/2021).

19. Mahkememiz anılan kararında ihlalin tespitinden sonra derece mahkemesinin yapması gereken ilk işin ihlale neden olan kararını kaldırmak olduğunu, sonrasında da bu kararın sonucu olarak ortaya çıkan tutma halinin sonlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre "*ihlal kararı gereğince yapılan yeniden yargılama kapsamında hükmün ortadan kaldırılması yönünde verilecek olan kararın bir sonucu olarak artık dayanağı kalmayan hükme bağlı tutmanın sonlandırılması gerektiğinin zorunluluk teşkil ettiği de izahtan varestedir*" (*Behzat Çakar ve diğerleri*, § 63).

20. Diğer yandan ihlal kararından sonra hükme bağlı tutmanın sonlandırılması başvurucunun suç isnadına bağlı olarak tutulmasına kuşkusuz engel değildir. Mahkememizin yukarıda sözü edilen kararında da isabetle belirttiği üzere derece mahkemeleri suç isnadına bağlı tutmaya ilişkin yeni bir değerlendirme yaparak tutuklamaya karar verebilirler (Behzet Çakar ve diğerleri, § 64).

21. Somut başvuruda Anayasa Mahkemesinin *Behzet Çakar ve diğerleri* kararında ulaştığı sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir neden bulunmamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere Mahkememizin ihlal bulunan başvuruya konu önceki ihlal kararında "*ihlale yol açan kararın kaldırılması*"na ayrıca hükmetmesi de sonucu değiştirmemektedir. Bu ifadeye yer verilmesi ya da verilmemesi ihlale neden olan kararın Anayasa'ya aykırı olduğu, dolayısıyla sonuçlarıyla birlikte kaldırılması gerektiği gerçeğini etkilememektedir.

22. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Mehmet Osman Kavala (2) [GK], B. No: 2020/13893, 29/12/2020

1. Mahkememiz çoğunluğu başvurucunun, devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin etme suçundan dolayı tutuklanmasının hukuki olmadığı ve tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri yönünden ihlal bulmamış, soruşturma aşamasındaki tutukluluk süresinin kanunda öngörülen azami sınırı aştığı şikâyetinin ise kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

2. Somut başvuruya konu tutuklama kararını değerlendirmeden önce başvurucu hakkında 2017 yılından itibaren yürütülen soruşturma ve kovuşturma süreçlerine kısaca değinmek gerekmektedir. İlk olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2017/96115 sayılı soruşturma dosyasında -mevcut bulgulardan hareketle- başvurucuya (a) Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, (b) anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve (c) devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme şeklinde üç farklı suç isnadında bulunulmuştur. Başvurucunun sorgusunda anılan suçlara dayanak olarak gösterilen olay ve olgulara, özellikle de somut başvuruya konu tutuklama kararının temel gerekçesi olan yabancı uyruklu H.J.B. ile ilişkisine dair sorular sorulmuştur.

3. İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliği, 1/11/2017 tarihinde Gezi olaylarıyla ilişkili olarak Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 312. maddesi ve 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle bağlantısının bulunduğu iddiasıyla da TCK'nın 309. maddesi kapsamında başvurucunun tutuklanmasına karar vermiştir. Gerek tutuklamaya sevk yazısında gerekse tutuklama kararında başvurucunun "*15-16 Temmuz 2016 tarihinde Büyükada S. Otelde yapılan darbe teşebbüsü sürecinde darbenin organizatörlerinden olan H.J.B ile yabancı kişi ve kişilerle olağanın ötesinde yoğun irtibat kurarak darbe teşebbüsüne katılmak suretiyle anayasal düzeni cebir şiddet yöntemleri ile değiştirmek suçunu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesini gösteren somut deliller bulunduğu*" ifade edilmiştir.

4. Başvurucu hakkında Gezi olaylarına ilişkin yürütülen soruşturma 14/12/2018 tarihinde tefrik edilerek soruşturmaya 2018/210299 sayılı dosya

üzerinden devam edilmiş, bu kapsamda iddianame hazırlanmış ve yargılama İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesinde başlamıştır. Bu süreçte savcılık, 2017/96115 sayılı soruşturma dosyası üzerinden yürütülen 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle ilgili soruşturmada verilen tutuklama kararı bakımından 11/10/2019 tarihinde başvurucunun resen tahliyesine karar vermiştir.

5. Başvurucunun tutuklamanın hukuki olmadığına dair bireysel başvurusu Anayasa Mahkemesi tarafından başvuruda hak ihlali olmadığı şeklinde karara bağlanmıştır. Gezi olaylarıyla ilgili tutuklama kararı yönünden kuvvetli suç belirtisinin bulunduğunu tespit eden Anayasa Mahkemesi 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle bağlantılı tutuklama yönünden ayrı bir değerlendirme yapmamıştır (*Mehmet Osman Kavala* [GK], B. No: 2018/1073, 22/5/2019).

6. Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) başvurucunun suç işlediğine dair makul şüphe bulunmadığı, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM'e göre "*diğer ilgili ve yeterli koşulların bulunmadığı dikkate alındığında, başvuranın şüpheli bir kişiyle veya yabancı vatandaşlarla temaslarının bulunması, tarafsız bir gözlemciyi, başvuranın anayasal düzeni ortadan kaldırma teşebbüsünde bulunduğuna ikna etmeye yeterli bir delil olarak değerlendirilemez*" (*Kavala/Türkiye*, B. No: 28749/18, 10/12/2019, § 148)

7. Başvurucu hakkındaki Gezi olaylarının yöneticisi ve organizatörü olduğu iddiasıyla başlayan yargılama sonunda İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesi 18/2/2020 tarihinde beraat ve tahliye kararı vermiştir. Bu kararı müteakip başvurucu 19/2/2020 tarihinde daha önce tahliye kararı verilen 15 Temmuz darbe teşebbüsüne ilişkin suçlamadan dolayı sulh ceza hakimliğince tekrar tutuklanmıştır.

8. Başvurucu ayrıca 9/3/2020 tarihinde somut başvuruya konu olan devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme suçundan da tutuklanmıştır. Tutuklama kararında, suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin bulunduğu ifade edilirken başvurucunun H.J.B. ile irtibatlarına dair bilgilere yer verilmiştir.

9. Bu karardan on bir gün sonra ise başvurucunun 15 Temmuz darbe teşebbüsüne ilişkin olarak anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçu yönünden kanunda öngörülen iki yıllık azami süreden fazla tutuklu kaldığı gerekçesiyle anılan suç yönünden tahliyesine karar verilmiştir.

10. Başvurucu hakkında 28/9/2020 tarihinde anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme suçlarından cezalandırılması talebiyle dava açılmıştır. İddianamede esas itibarıyla başvurucunun muhtelif ta-

rihlerde diğer sanık H.J.B. ile mahiyeti bilinmeyen telefon görüşmeleri yaptığı, bu kişiyle telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal aldığı, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra bir lokantada akşam yemeğinde görüştükleri, darbe teşebbüsünden önce diğer yıllara oranla çok daha fazla sayıda yurtdışına çıkış yaptığı, toplumun sinir uçlarının harekete geçirilmesi için legal görünümlü ancak illegal amaca hizmet eden Sivil Toplum Kuruluşları (STK) kurduğu ve bunları desteklediği, doğrudan yabancı devlet istihbarat örgütleriyle organik bağı olan H.J.B.nin Türkiye'deki kolu ve yerli işbirlikçisi olduğu ileri sürülmüştür.

11. Olay ve olguları bu şekilde özetledikten sonra mevcut bireysel başvuruya konu şikâyetlerin incelenmesine geçebiliriz.

A. Tutuklamanın Hukukiliği

a. Kuvvetli suç şüphesinin varlığı

12. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, bireylerin keyfî olarak özgürlüklerinden mahrum edilmemesini güvenceye alan bir anayasal haktır. Bu temel hak hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır. Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfî olmaması, sadece olağan dönemlerde değil olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir güvencedir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 347, 348).

13. Ayrıca Anayasa ve kanunlarda öngörülen şartlar bulunmadan tutuklama tedbirinin keyfî bir şekilde uygulanması Anayasa'nın 38. maddesinde "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesini de zedeler. Anayasa Mahkemesinin vurguladığı gibi "*Masumiyet karinesi, yargılama süresince kişinin hürriyetinin esas, tutukluluğun ise istisna olmasını gerektirmektedir*" (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 103).

14. Tutuklama tedbiri kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik ağır bir sınırlamadır. Bu nedenle tutuklamaya ancak zorunlu durumlarda ve kanuni şartları bulunduğunda başvurulabilir. Aksi takdirde tutuklama, kişinin kaçmasını ya da delilleri karartmasını engellemeye yönelik bir tedbir olmaktan çıkıp cezalandırma aracına dönüşebilir.

15. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tutuklama ancak *suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan* kişiler bakımından uygulanabilir. Suç işlendiğine dair kuvvetli belirti, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, § 72).

16. Somut başvuruya konu tutuklama kararında suçlamanın temel dayanağı, başka bir ifadeyle suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak gösterilen olgu başvurucunun H.J.B. ile olan irtibatıdır. Amerikan vatandaşı bir akademisyen olan ve bir düşünce kuruluşunda Orta Doğu analisti ve uzmanı olarak çalışan H.J.B., soruşturma mercilerine göre, PKK/KCK ve FETÖ/PDY terör örgütleriyle yoğun ve derin bağlantıları bulunan biridir. H.J.B.nin 5 Temmuz 2016 günü Büyükada'da bir otelde düzenlenen göstermelik bir toplantıya katılarak buradan darbe teşebbüsünü takip ettiği, gerekli tüm uluslararası irtibatları sağladığı, 18 Temmuz 2016 tarihinde de bir lokantada başvurucuyla görüştüğü ve sonrasında Türkiye'den ayrıldığı ileri sürülmüştür.

17. Başvurucu ise H.J.B.yi 2000 yılından itibaren tanıdığını, bazı uluslararası konferanslarda bir araya geldiğini, bu konferansların hiçbirinin gizli olmadığını, hatta bir kısmına bazı kamu görevlilerinin de katıldığını, çalışma ofisinin olduğu yerde çok sayıda otel bulunduğundan telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal vermesinin anlaşılabilir bir durum olduğunu, bu kişiyle Karaköy'deki lokantada buluşmadığını, sadece karşılaştığını belirtmiştir.

18. Soruşturma mercileri, başvurucunun H.J.B. ile bağlantısıyla ilgili olarak bu ifadelerin aksini gösteren somut veriler ortaya koyamamışlardır. Gerek tutuklama kararında gerekse iddianamede birtakım varsayımlardan hareketle bazı çıkarımlar yapılarak yöneltilen soyut iddialar atılı suçun işlendiğine dair olgular olarak ifade edilmiştir. Bunun ötesinde başvurucunun H.J.B. ile telefonla veya yüz yüze yaptığı belirtilen görüşmelerinin içeriğine ilişkin somut hiçbir bilgiye yer verilmemiştir.

19. Başvurucunun H.J.B. ile ilişkisine dair en somut iddia 15 Temmuz darbe girişiminden birkaç gün sonra Karaköy'de bir lokantada buluştukları ve görüştükleridir. Başvurucu ısrarla böyle bir buluşma ve görüşme olmadığını, kültürel miras alanında uzman iki kişiyle gittiği lokantada kendisiyle karşılaştığını, H.J.B.nin başka bir grupla lokantaya gelerek ayrı bir masaya oturduğunu söylemiştir. Büyükada'daki toplantıya katılan akademisyenlerden birinin ifadesinde de başvurucunun H.J.B. ile aynı masaya oturmadığı ve birlikte olduğu bir grupla lokantadan ayrıldığı belirtilmiştir.

20. Soruşturma belgelerinde başvurucunun savunmasının ve tanık ifadesinin aksine bir belirti ortaya konabilmiş değildir. Dahası bir an için böyle bir görüşmenin gerçekleştiği kabul edilse bile, bu görüşmenin içeriğine dair herhangi bir iddia bulunmamaktadır. Bu nedenle yapıldığı varsayılan böyle bir görüşmenin başvurucunun üzerine atılı casusluk suçunu işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

21. Diğer yandan HTS ve baz istasyonu kayıtlarından hareketle başvurucunun muhtelif tarihlerde H.J.B. ile görüşmeler yaptığı ileri sürülmüştür.

Aynı şekilde bir an için tüm bu görüşmelerin gerçekleştiği varsayılsa bile bunların içeriklerine dair hiçbir bilgi, dahası iddia dahi bulunmamaktadır. İstanbul'da doğup büyüyen ve Türkiye üzerine akademik çalışmaları bulunan H.J.B. ile telefon görüşmesi yapıldığı yönündeki kayıtlar, devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme suçu bakımından kuvvetli belirti kabul edildiği takdirde, yıllar içinde bu kişiyle bir şekilde telefonla görüşmüş olan herkesin casusluk suçu bakımından kuvvetli şüphe altında olduğu ve dolayısıyla da tutuklanabileceği gibi hukuken hiçbir şekilde izah edilemeyecek bir durum ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, yabancı istihbarat servislerine çalıştığı ileri sürülen bir akademisyenin görüştüğü kişilerin, görüşmelerin içeriğine dair herhangi bir tespit olmadan, salt bu görüşmeler nedeniyle casusluk suçunu işlediklerinin ileri sürülmesi ancak varsayıma dayanan ve soyut değerlendirmelerle mümkün olabilir.

22. Bu bağlamda, somut başvuruyla ilgili en önemli mesele başvurucunun tutuklandığı siyasal veya askerî casusluk suçunun varlığına dair kuvvetli belirti bir yana basit şüphenin dahi ortaya konulamamış olmasıdır. TCK'nın "*Siyasal veya askerî casusluk*" kenar başlıklı 328. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre "*Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin eden kimseye onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir.*" Madde gerekçesine göre "*temin edilen bilgilerin Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği gizli kalmasının zorunlu*", yani "*sır niteliğinde*" olması gerekmektedir.

23. Siyasal veya askerî casusluk suçunun unsuru "*gizli kalması gereken bilgileri (devlet sırrını) siyasi veya askerî casusluk amacıyla temin etmektir*" (O. Yaşar, H.T. Gökcan, M. Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Cilt 6, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 9074). Suçun konusu ise maddede "*niteliği itibarıyla gizli kalması gereken*", başka bir ifadeyle "*devlet sırrı*" mahiyetinde olan bilgilerdir (M. Balcı, *Siyasal veya Askerî Casusluk Suçu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.98; "devlet sırrı" konusunda ayrıca bkz. İ.Özgenç, *Suç Örgütleri*, 12. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, ss.348-372).

24. Casusluk suçuna ilişkin bu bilgiler kapsamında somut olaya bakıldığında kuvvetli suç şüphesinin varlığını tespit etmeye yönelik temel soru şudur: *"Başvurucu devletin gizli kalması gereken hangi bilgilerini temin etmiştir?"* Bu sorunun cevabı ne tutuklama kararında ne de iddianamede bulunmaktadır. Daha da önemlisi başvurucunun hangi gizli bilgileri kimden, nasıl ve nerede temin ettiğine dair herhangi bir açıklama olmadığı gibi, kendisiyle "yoğun irtibatı" olduğu varsayılan H.J.B.nin hangi gizli bilgilere sahip olduğu ve bunları nasıl temin ettiği de soruşturma belgelerinden anlaşılamamaktadır.

25. Başvurucunun kurduğu ve desteklediği STK'lar vasıtasıyla devletin güvenliği ve siyasi yararları bakımından niteliği gereği gizli kalması gere-

ken bilgileri elde ettiği, bunları Türkiye aleyhine ve yabancı devletlerin lehine kullandığı ileri sürülmüştür. Belirtmek gerekir ki sivil toplum örgütlerinin en önemli görevi ülkenin sosyo-ekonomik ve politik meseleleri üzerine araştırmalarda bulunmak, analizler yapmak, raporlar hazırlamak ve öneriler üretmektir. Kuşkusuz STK'lar da casusluk amacıyla kullanılabilir. Ancak bir STK'nın casusluk olarak nitelendirilebilecek faaliyetler yürüttüğünün veya bu tür faaliyetlerin örtülmesi amacıyla kullanıldığının soyut ve genel suçlamalarla değil, somut bilgi, belge ve olgulara dayanılarak gösterilmesi gerekir. Aksi takdirde her STK, benzer suçlamalarla etkisiz ve işlevsiz hale getirilebilir. Somut başvuruya konu soruşturma belgelerinde başvurucunun ilişkili olduğu STK'ların hangi gizli bilgileri elde ettikleri, Türkiye'nin aleyhine olacak şekilde bunları nasıl kullandıkları ve hangi ülkelere verdikleri açıklanmış değildir.

26. Diğer yandan, başvurucuda ele geçirilen belgesellerin, belgesel çekimine destek olmasının, "*Ermeni olayları*" üzerine toplantı organize etmesinin atılı suçla nasıl bir bağlantısının olduğu gösterilememiştir. Başvurucunun 15 Temmuz 2016 öncesinde diğer yıllara oranla daha sık yurtdışına çıkması da delil olarak gösterilmiş, ancak bu seyahatlerin içeriğine, buralarda yapılan temaslara ve en önemlisi isnat edilen suçlarla bağlantısına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu ve benzeri iddiaların, başvurucunun casusluk suçunu işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

27. Bu noktada çoğunluğun casusluk suçunun temel özelliklerinden birinin gizlilik olduğu, bu nedenle "*soruşturmanın başlangıcında veya tutuklama gibi koruma tedbirlerinin uygulandığı aşamada aranan delil türü ve düzeyiyle ilgili kısmen farklı ölçütler benimsenmesi*" (§§ 91, 92) gerektiği şeklindeki görüşü üzerinde durulmalıdır. Burada "delil türü ve düzeyiyle ilgili" hangi farklı ölçütlerin benimsendiği çoğunluk kararında açıklanmamaktadır. Bununla birlikte bir bütün olarak karardan casusluk suçundan dolayı tutuklamada kuvvetli belirtiye *esnek* yaklaşılması gerektiği görüşünün savunulduğu anlaşılmaktadır.

28. Öncelikle belirtmek gerekir ki tutuklamanın hukukiliğini incelerken Anayasa Mahkemesinin görevi, çoğunluğun da vurguladığı üzere, "*başvurucuya isnat edilen eylemlerin hangi suçun konusunu oluşturduğunu*" tespit etmek değil, "*soruşturma mercilerince ortaya konulan ve tutuklamaya esas alınan olguların başvurucu yönünden kuvvetli suç belirtisi niteliğini taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir*" (§§ 90, 91). Bu nedenle odaklanılması gereken nokta, tutuklama kararında belirtilen delillerin gerçekten bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

29. Soruşturma belgelerinde gösterilen delillerin isnat edilen suç bakımından kuvvetli belirti oluşturup oluşturmadığı elbette her somut olayın şartları

dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu çerçevede isnat edilen suçun özellikleri de belli ölçüde göz önünde bulundurulabilir. Ayrıca casusluk türü suçlarda soruşturma mercilerinin suça ilişkin delilleri tespit etmek bakımından diğer pek çok suça göre daha zor bir konumda oldukları da kabul edilebilir.

30. Ne var ki tüm bu kabuller, hangi suçtan olursa olsun tutuklama kararı verilebilmesi için mutlaka kuvvetli şüphenin bulunması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla casusluk suçunun temel özelliğinin gizlilik olduğu tespitinden hareketle varsayımlara dayanan, soyut ve genel açıklamaların suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi, son tahlilde Anayasa'nın ve kanunların kişi hürriyeti ve güvenliği bakımından sağladığı güvenceyi anlamsız ve işlevsiz kılabilecektir.

31. Öte yandan bir an için diğer suçlardan farklı olarak casusluk suçuyla ilgili olarak *soruşturmanın başlangıcında veya tutuklama tedbirinin uygulandığı aşamada* kuvvetli suç belirtisine ilişkin delil türü ve düzeyinin farklılaşması gerektiği kabul edilse bile eldeki başvuruda sonuç değişmemektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin başvuruyu karara bağladığı anda deliller toplanmış, kovuşturmaya başlanmış ve ilk duruşma yapılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle Mahkeme, tutuklamanın hukukiliğini incelerken sadece soruşturmanın başlangıcında sunulan delilleri değil iddianamede başvurucuya isnat edilen tüm fiilleri de değerlendirme imkânına sahiptir. Buna karşın somut olayda sunulan delillerin başvurucuya isnat edilen casusluk suçunun işlendiğine dair hangi yönleriyle kuvvetli, makul veya basit şüphe oluşturduğu ortaya konulamamıştır.

32. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun siyasal veya askerî casusluk suçundan dolayı tutuklanması için ön şart olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin ortaya konulamadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurucu hakkında anılan suçtan uygulanan tutuklama tedbirinin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyim.

b. Tutuklamanın Ölçülülüğü

33. Diğer yandan, çoğunluğun tutuklamanın ölçülü olduğuna dair değerlendirmesine de katılmak mümkün değildir. Tutuklama tedbirinin hukuki olabilmesi için suç işlendiğini gösteren kuvvetli belirtinin bulunması yeterli değildir. Tutuklamanın aynı zamanda ölçülü olması gerekir. Bu nedenle somut olayın şartlarında ölçülülüğün unsuru olan *gereklilik* bakımından bir değerlendirme yapılması zorunluluğu vardır. Tutuklamanın gerekliliği yönünden birbiriyle ilişkili iki hususun ele alınması gerekmektedir. Birincisi başvurucunun, kendisine isnat edilen suçun işlendiği ileri sürülen tarihten ne kadar sonra tutuklandığı ve bu sürede soruşturma mercilerinin hareketsiz kalıp kalmadıkları değerlendirilmelidir. İkinci olarak, başvurucunun aynı

delillere dayalı olarak daha önce tutuklanıp tutuklanmadığı ve tutuklandıysa ikinci tutuklamanın önceki suçlamayla bağlantılı olup olmadığı incelenmelidir.

34. Anayasa Mahkemesi başvuruculara ilişkin soruşturmanın başladığı tarih ile tutuklama tarihi arasında önemli zaman diliminin bulunduğu durumlarda tutuklamanın gerekliliğini incelemiştir. Soruşturmanın başlamasından itibaren uzun süre hareketsiz kalındıktan sonra tutuklama tedbirine başvurulması durumunda, soruşturma makamlarının tutuklamanın neden gerekli olduğunu gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır. Mahkeme bir kişinin tutuklamaya konu suçun gerçekleştiği ileri sürülen tarihten dört yıl kadar sonra, yasama dokunulmazlığına istisna getiren Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden ise yaklaşık iki yıl sonra tutuklanmasını ölçüsüz bulmuştur (*Eren Erdem*, B. No: 2019/9120, 9/6/2020, § 176). Anayasa Mahkemesi aynı şekilde bir kişinin hakkında soruşturma başlatılmasından yaklaşık iki yıl sonra soruşturma mercilerince suça ilişkin yeni bir olgu ortaya konulmaksızın tutuklanmasının ölçülü olmadığına karar vermiştir (*A.C.*, B. No: 2016/64868, 27/2/2020, § 74).

35. Başvurucunun H.J.B. ile gerçekleştiği iddia edilen görüşmeleri 2013-2016 yıllarına ilişkindir. Yukarıda belirtildiği gibi (bkz. §§ 2, 3), bu bilgilerin sürecin başlangıcından itibaren soruşturma makamlarının elinde olduğu bilinmektedir. Başvurucunun 9/3/2020 tarihinde casusluk suçundan tutuklanmasına delil olarak gösterilen irtibata dair bilgiler genel hatlarıyla üç yılı aşkın bir süreden beri soruşturma dosyasında mevcuttur. Bu süre içinde bir de casusluk suçundan tutuklamayı haklı kılacak, söz konusu irtibatın içeriğine dair yeni bir olgu ortaya konabilmiş değildir. Bu nedenle H.J.B. ile irtibatın tespitinin üzerinden üç yılı aşkın bir süre geçtikten sonra başvurucunun casusluk suçundan tutuklanmasının neden gerekli olduğu soruşturma makamları tarafından gösterilmemiştir.

36. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi birçok kararında tutuklu olarak yargılandıkları davalarda tahliyelerine karar verilen kişilerin, bazı farklı olgu ve delillere dayalı olarak başlatılan yeni soruşturmalar kapsamında ikinci kez tutuklanmaları halinde soruşturma mercilerinin bu tutuklamanın neden gerekli ve ölçülü olduğunu göstermek zorunda olduklarını vurgulamıştır. Mahkemeye göre başvurucu ilk tutuklama tedbirine konu suçla ilgili yargılamada tahliye edildiği halde birtakım yeni delillere ulaşılsa bile "*ikinci tutuklama tedbirine konu suçlama ilk tutuklama tedbirine konu suç ile temelde aynı olgulara dayanmakta*" ise ikinci tutuklamanın gerekli ve ölçülü olduğu söylenemez (bkz. *Abdullah Kılıç*, B. No: 2016/25356, 8/1/2020, §§ 84, 85; *Cihan Acar*, B. No: 2017/26110, 27/2/2020, §§ 74, 75; *Yetkin Yıldız*, B. No: 2018/3292, 23/6/2020, §§ 68, 69).

37. Başvurucu hakkında son üç yıl içinde temelde aynı delillere dayalı olarak üç kez tutuklama, üç kez tahliye, bir kez de beraat kararı verilmiştir. Başvurucunun H.J.B. ile ilişkisi baştan itibaren tüm tutuklama kararlarında yer almıştır. Bu ilişkiye dair hususlar başvurucu hakkındaki ilk tutuklama kararında 15 Temmuz darbe teşebbüsüne ilişkin suçlama bakımından kuvvetli suç şüphesini gösteren olgu olarak kabul edilmiştir. Bu suçlamayla ilgili olarak başvurucu hakkında tahliye kararı verilmiş olmasına rağmen, Gezi olaylarıyla ilgili davada beraatına ve tahliyesine karar verilmesi üzerine başvurucu aynı suçtan dolayı ikinci kez yeniden tutuklanmıştır. Bu ikinci tutuklama kararında da kuvvetli suç şüphesi bakımından esas olarak H.J.B. ile olan ilişkiye dayanıldığı görülmektedir. Aynı şekilde bu ikinci tutuklamadan kısa bir süre sonra siyasal veya askerî casusluk suçundan dolayı başvurucunun üçüncü kez tutuklanması da H.J.B. ile ilişkisine dayandırılmıştır.

38. Başvurucunun ikinci ve üçüncü kez tutuklanmasına karar verilirken H.J.B. ile ilişkinin mahiyetine ve içeriğine dair herhangi yeni bir bulgu ortaya konulamamıştır. Bu durumda hakkında resen tahliye kararı verilen başvurucunun temelde aynı olguya dayanılarak, üstelik öncesinde anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan ikinci kez tutuklanmış olmasına rağmen bir de casusluk suçundan yeniden tutuklanmasının neden gerekli olduğunun soruşturma belgelerinde gösterildiğini söylemek mümkün değildir.

39. Sonuç olarak (a) başvurucunun H.J.B. ile ilişkisine dair bilgilere soruşturma mercileri tarafından üç yılı aşkın bir süre önce erişilmesine, (b) bu ilişkinin niteliğine veya kapsamına dair (yeni) tespitler bulunmamasına, (c) aynı deliller nedeniyle daha önce iki kez tutuklama kararı verilmesine ve (d) en önemlisi bunlardan birinde resen tahliye uygulanmasına karşın, aynı delillerin bu kez bireysel başvuruya konu siyasal veya askerî casusluk suçu bakımından tutuklamaya dayanak olarak kabul edilmesi tutuklama tedbirinin ölçüsüz olduğunu ortaya koymaktadır.

B. Tutukluluğun soruşturma aşamasında kanunda öngörülen azami süreyi aşması

40. Soruşturma evresinde tutukluluğun belli bir süreyi aşmaması 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) "*Tutuklulukta geçecek süre*" başlıklı 102. maddesinin (4) numaralı fıkrasında 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle yapılan değişiklikle getirilen önemli bir güvencedir. Başvuruya konu suç bakımından bu süre azami "*bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir*". Bu nedenle tutukluluk süresi soruşturma evresinde iki yılı aşamaz.

41. Öte yandan Anayasa Mahkemesi bir kişi hakkında birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın aynı dosya üzerinden yürütüldüğü du-

rumlarda azami tutukluluk süresinin her bir suç için ayrı ayrı değil tüm suçlar için tek bir süre olarak hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre "*Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez*" (bkz. *Burak Döner*, B. No: 2012/521, 2/7/2013, § 48; *Abdullah Ünal*, B. No: 2012/1094, 7/3/2014, § 41). Bu içtihat gereğince başvurucunun ilk tutuklama tarihinden itibaren soruşturma evresinde geçirdiği süreler tüm suçlar bakımından tek bir süre olarak hesaplanmalıdır.

42. Somut olayda 1/11/2017-11/10/2019 tarihleri arasında anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan verilen tutuklama kararı uyarınca da tutulan başvurucu, 19/2/2020 tarihinde yine bu suçtan, 9/3/2020 tarihinde ise -aynı soruşturma dosyası kapsamında- bu kez siyasal veya askerî casusluk suçundan tutuklanmıştır. Bilahare anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan uygulanan tutuklama tedbiri sona erdirilmişse de casusluk suçundan tutukluluk devam ettirilmiştir. Bu durumda iddianamenin kabul edildiği 8/10/2020 tarihine kadar başvurucunun soruşturma aşamasındaki tutukluluğunun toplam süresi 1 yıl 18 ay 29 gündür. Dolayısıyla soruşturma evresi için kanunda öngörülen azami iki yıllık tutukluluk süresi aşılmış durumdadır. Nitekim İstanbul 3. Sulh Ceza Hakimliği, 20/3/2020 tarihinde başvurucunun müsnet suç yönünden iki yıldan fazla süredir tutuklu kaldığı, dolayısıyla kanunda öngörülen azami tutukluluk süresinin aşıldığı gerekçesiyle anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan tahliye kararı vermiştir.

43. Diğer taraftan 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının bu aşamada etkili bir yol olduğunu söylemek zordur. Evvela, soruşturma dönemi için azami bir tutukluluk süresi öngörülmesi güvencesi yeni getirildiği için yargılama sona ermeden bu yola başvurulabileceğine dair açık bir düzenleme veya yargı içtihadı bulunmamaktadır.

44. Anayasa Mahkemesi, tutuklamanın makul süreyi veya kanunda öngörülen azami süreyi aştığı iddiasıyla yapılan başvurularda başvurunun incelendiği tarihte *başvurucu tahliye edilmişse*, Yargıtay'ın asıl davanın sonuçlanması ya da bu davada verilecek kararın kesinleşmesi beklenmeden tazminat talep edilebileceğine dair yerleşik hale gelen içtihatlarına atıf yapmak suretiyle, 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir yol olduğuna karar vermiştir (bkz. *Erkam Abdurrahman Ak*, B. No: 2014/8515, 28/9/2016, §§ 58, 61; *İrfan Gerçek*, B. No: 2014/6500, 29/9/2016, §§ 41, 44). Buna karşılık somut olayda başvurucunun tutukluluğu devam ettiği gibi, soruşturma evresinde tutukluluğun kanunda öngörülen azami süreyi aşması durumunda yargılama sona ermeden tazminat talebinde bulunulabileceğine dair Yargıtay kararları da mevcut

değildir. Bu nedenle bu aşamada soruşturma evresinde tutukluluğun kanunda öngörülen süreyi aştığı iddiaları bakımından CMK'nın 141. maddesinde öngörülen yolun mutlaka tüketilmesi gereken etkili bir başvuru yolu olduğu söylenemez.

45. Açıklanan sebeplerle başvurucunun söz konusu şikâyeti yönünden başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilmesi yerine şikâyetin kabul edilebilir bulunması ve ihlal kararı verilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

C. Tutukluluğun makul süreyi aşması

46. Başvurucu, aynı eylemler nedeniyle uzun süredir tutuklu olduğunu, tutukluluğunun makul süreyi aştığını ileri sürmüş, çoğunluk bu şikâyet yönünden de ihlal bulmamıştır. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası tutuklanan kişilerin yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarını güvenceye bağlamıştır.

47. Anayasa Mahkemesine göre "makul sürede yargılanmayı" ve "serbest bırakılmayı isteme" haklarının birbirinin alternatifi değil tamamlayıcısı olarak değerlendirilmesi gerekir. Burada ifade edilen serbest bırakılmayı isteme hakkı uyarınca, bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında tutuklu olanlar ilgili yargı mercilerinden serbest bırakılmalarına karar verilmesini talep edebilirler. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası tutukluluğun her aşamasında yargı organlarınca gerek resen gerekse kişinin serbest bırakılma talebi üzerine yapılan incelemelerde tutulmanın meşru nedenlerinin açıklanmasını gerektirmektedir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 66, 67).

48. Bu bağlamda tutukluluğun devamına ilişkin mahkeme kararlarının gerekçeleri belirleyici olmaktadır. Tutuklulukta makul sürenin aşılıp aşılmadığı belirlenirken tahliye taleplerinin reddine ilişkin ve bunlara karşı itiraz üzerine verilen kararların gerekçelerine bakılmalı, bu gerekçelerin tutuklamanın sürdürülmesini haklı kılmak için ilgili ve yeterli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinde tutuklamanın ön şartı olan "*kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilecektir*" (*Halas Aslan*, § 75).

49. Somut olayda, çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, ilk olarak 18/10/2017 tarihinde gözaltına alınıp 1/11/2017 tarihinde tutuklanan başvurucu bireysel başvurunun karara bağlandığı gün itibarıyla bireysel başvuruya konu dava dosyası bakımından suç isnadına bağlı olarak yaklaşık 2 yıl 10 aydır tutuklu bulunmaktadır (§ 129). Başvurucunun suç işlediğine dair kuv-

vetli belirti oluşturmayan aynı delillere dayalı olarak bu kadar uzun süredir devam ettirilen tutukluluğun makul olduğu kabul edilemez. Esasen kuvvetli suç belirtisi tutuklamanın her aşamasında bulunması gerektiğinden hukuka aykırı tutukluluğun devam ettirilmesi her durumda Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasına aykırı olacaktır.

50. Bir an için çoğunluğun somut olayda ilk tutuklama bakımından kuvvetli suç belirtisi ve tutuklama nedenlerinin bulunduğu görüşü kabul edilse bile yine de başvurucunun tutukluluğunun makul süreyi aştığına karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kuvvetli suç belirtisinin ve tutuklama nedenlerinin bulunduğunu tespit ettiği bazı başvurularda aynı hususların tekrarı niteliğinde, ilgili ve yeterli olmayan gerekçelerle bir suç isnadına bağlı olarak kişilerin iki yılın üzerinde tutuklu kalmasını makul olarak değerlendirmemiştir (*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 85).

51. Başvurucu hakkında soruşturma aşamasında muhtelif sulh ceza hakimliklerince yapılan 6/5/2020, 20/5/2020, 4/6/2020, 3/7/2020, 29/7/2020, 17/8/2020 ve 11/9/2020 tarihli tutukluluk incelemelerinde atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu ve delillerin tamamının toplanmamış olması, şüphelinin üzerine atılı suçu işlediğine ilişkin kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması, atılı suçun kanunda gösterilen cezasının üst sınırı, şüphelinin kaçma ve saklanma şüphesinin bulunması, adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacak olması ve tutuklama tedbirinin ölçülü olması hususlarına genel ve soyut olarak değinilmiştir. Kovuşturma aşamasında ise tutukluluğun devamına ilişkin olarak verilen 6/11/2020, 23/11/2020, 4/12/2020 ve 18/12/2020 tarihli kararlarda yukarıdaki gerekçelere ilave olarak başvurucunun henüz savunmasının alınmadığı, bazı tanıkların henüz dinlenmediği ve delilleri yok etme, gizleme ve değiştirme şüphesini uyandıran olgular olduğu belirtilmek suretiyle başvurucunun tahliye talepleri ve bunların reddine karşı yaptığı itirazlar kabul edilmemiştir.

52. Soruşturma ve kovuşturma mercilerinin tutukluluğun devamına ve bunlara itiraza dair kararlarındaki gerekçelerin tutukluluğun üç yıla yakın süre boyunca sürdürülmesini haklı kılacak özen ve içerikte olmadığı, aynı hususların tekrarı niteliğindeki matbu ifadelerden ibaret olduğu görülmektedir. Tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda başvurucunun casusluk suçunu işlediğine dair kuvvetli şüphenin varlığına dair herhangi bir somut olgudan bahsedilmediği gibi, soruşturma ve yargılamanın neden tutuklu olarak devam etmesi gerektiği de açıklanmamıştır. Halbuki başvurucu hakkındaki tutuklamaya konu suçlama bakımından delil olarak gösterilen bilgilerin önemli ölçüde toplandığı ve bunların toplandığı tarihten yıllar sonra tutuklama tedbirine başvurulduğu, en önemlisi bu süre içerisinde soruşturma mercilerince de ifade edildiği üzere başvurucunun birçok kez yurt dışına çıkmış olmasına

rağmen kaçmadığı ve her seferinde Türkiye'ye döndüğü dikkate alındığında "kaçma" veya "delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme" gerekçelerinin tümüyle soyut kaldığı, inandırıcı somut olgularla desteklenmediği görülmektedir.

53. Diğer yandan, başvurucu hakkındaki tutuklamanın devamına ilişkin kararların gerekçelerinde tutuklamaya alternatif olarak 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinde yer alan adli kontrol tedbirlerinin neden yeterli görülmediği de dayanaklarıyla birlikte tartışılmış değildir. Gerekçelerde sadece isnat edilen suçların niteliğinden veya bunlara ilişkin kanunda öngörülen yaptırımın ağırlığından hareketle adli kontrolün yeterli olmayacağı kanaati ifade edilmiş ancak başvurucunun durumuyla ilgili bir kişiselleştirme yapılmamıştır.

54. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere başvurucunun tutukluluğunun devamına ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilebilmiş değildir. Dolayısıyla anılan gerekçelerin somut olayın şartlarında üç yıla yaklaşan tutukluluk süresini haklı kılmak için yeterli olduğu söylenemez.

55. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuka aykırı olması, tutukluluğun makul süreyi ve kanunda soruşturma evresi için öngörülen azami süreyi aşması nedenleriyle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü ve yedinci fıkraları kapsamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini düşündüğümden, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Cem Sarısülük [GK], B. No: 2015/16451, 15/12/2021

1. Başvuruculların yakını olan E.S., 1/6/2013 tarihinde Ankara'da düzenlenen bir gösteriye katılmış, gösteriye müdahalede bulunan kolluk görevlilerinden birinin silahından çıkan merminin başına isabet etmesiyle yaralanmış, kaldırıldığı hastanede 14/6/2013 tarihinde hayatını kaybetmiştir.

2. Olaya ilişkin açılan soruşturma sonucunda kolluk görevlisinin meşru savunmada sınırın kasıt olmaksızın aşılması suretiyle öldürme suçundan cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır. Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonunda sanığın olası kastla kişinin ölümüne sebep olma suçundan dolayı neticeden 7 yıl 9 ay 10 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve hükmen tutuklu halinin devamına karar verilmiştir.

3. Başvuruculların temyizi üzerine karar, savcılık tarafından ifadeleri alınan bazı tanıkların yargılama sırasında dinlenmemesi ve olayla ilgili tüm görüntülerin bilirkişilere tevdii edilerek mümkün olduğu takdirde görüntü kalitesi iyileştirildikten sonra tarafların hazır bulunduğu bir oturumda izlenerek diyeceklerinin sorulmaması gerekçeleriyle Yargıtay 1. Ceza Dairesince bozulmuştur.

4. Bozma sonrasında sanık avukatlarının talebi üzerine Yargıtay 5. Ceza Dairesi, "*…Davanın başka bir yere naklinin uygun olacağı yolundaki görüş ve Adalet Bakanlığının bu hususta*ki *isteği yerinde görüldüğünden kamu güvenliği nedeniyle*" kamu davasının Aksaray Ağır Ceza Mahkemesine nakline karar vermiştir. Burada yapılan yargılama sonunda sanık meşru müdafaa sınırlarını taksirle aşmaktan dolayı neticeten 1 yıl 4 ay 20 gün hapis cezasına çarptırılmış, bu ceza da 10.100 TL adli para cezasına çevrilmiştir.

5. Temyiz üzerine Yargıtay 1. Ceza Dairesi, sanığın "*taksire dayalı kusurunun ağırlığı nedeniyle taksirle ölüme neden olma suçundan, sonuca etkili olacak şekilde teşdiden ceza tayini gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde alt sınırdan ceza belirlenmesi*" gerekçesiyle kararı bozmuştur. Aksaray Ağır Ceza Mahkemesi bu kez alt sınırdan ayrılarak neticeten 2 yıl 1 ay hapis cezasına, bunun 15.200 TL adli para cezasına çevrilmesine karar vermiştir. Sanığın tutuklu bulundu-

ğu 14 aylık süre dikkate alınarak adli para cezasının infaz edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Karar, temyiz aşamasında onanarak kesinleşmiştir (bkz. §§ 60, 61, 81, 83-84).

6. Olaya ilişkin yargılama sürecinden de anlaşılacağı üzere, kolluk görevlisinin ateşli silah kullanmasına ilişkin fiilîn nitelendirilmesi bakımından iki ağır ceza mahkemesi arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi fiilî olası kastla işlenmiş bir suç olarak değerlendirmiş, buna karşılık Aksaray Ağır Ceza Mahkemesi meşru müdafaa sınırlarının taksirle aşılması olarak nitelemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, her iki ağır ceza mahkemesi de sonuç olarak olayda hukuka aykırı bir güç kullanımı olduğunu, dolayısıyla yaşam hakkı bağlamında devletin "*öldürmeme*" şeklinde ifade edilebilecek negatif yükümlülüğünün ihlal edildiğini tespit etmişlerdir.

7. Mahkememizin kararlarında vurgulandığı üzere devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün usule ilişkin yönü, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmeyi gerektirir. Bu soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını, kamu görevlilerinin müdahalesiyle veya onların sorumlulukları altında meydana gelen ya da diğer bireylerin fiilleriyle gerçekleşen ölümler nedeniyle ilgililerin hesap vermelerini sağlamaktır (*T.A.* [GK], B. No: 2017/32972, 29/9/2021, § 138).

8. Dolayısıyla bu noktada yapılması gereken başvurucuların yakınlarının ölümüne sebep olan öldürme fiilîne ilişkin soruşturma ve kavuşturma sürecinin etkili olarak yürütülüp yürütülmediğini belirlemektedir. Bu usul yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumlarda yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine karar vermek gerekecektir.

9. Eldeki başvuruda, çoğunluk görüşünden farklı olarak, a) davanın naklinin gerekliliğinin gerekçelendirilememesi, b) cezasızlığa yol açılması ve c) altı yıla yakın yargılama süresinin makul olmaması nedenleriyle yürütülen soruşturmanın/kovuşturmanın etkili olmadığını, dolayısıyla başvuruculaın yaşam hakkının ihlal edildiğini düşünüyorum.

10. Belirtmek gerekir ki, davanın nakli ancak istisnaî şartlarda, yargılamanın sağlıklı yürütülebilmesi için zorunlu olan durumlarda başvurulması gereken bir kurumdur. Zira keyfî nitelikteki nakil kararları bir yandan tarafların yargılamaya etkili katılımını engelleyebilecek, diğer yandan da yargılamaya müdahale edildiği görünümünün ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

11. Bu sebeple yargılamanın nakline ilişkin kararların tatmin edici bir gerekçesinin olması beklenir. Davanın görevli ve yetkili mahkemenin bulundu-

ğu yerde görülmesi hâlinde kamu güvenliği için tehlike oluşturup oluşturmayacağı ve bunun yargılamanın sıhhatini olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceği ilgili ve yeterli gerekçeyle gösterilmelidir.Bunun yapılması "*adalete olan güvenin sarsılmaması, hukuk devletine olan inancın sürdürülmesi ve en önemlisi genel olarak kamuoyunda özelde de mağdurlarda davanın naklinin hesap verilebilirliğe ilişkin kamuoyu denetiminin ve mağdurların etkili katılımlarının önüne geçilebilmesi amacıyla gerçekleştirildiği kanısının oluşmasına engel olunması açısından kritik bir öneme sahiptir*" (*Seyfullah Turan ve diğerleri*, B. No: 2014/1982, 9/11/2017, § 178).

12. Başvuruya konu olayda, davanın nakline Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesinin kararının Yargıtay tarafından bozulmasından sonra karar verilmiştir. Esasen kamu güvenliğinin ve sanığın can güvenliğinin sağlanması şeklindeki nakil gerekçelerinin, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi önünde iki yıl iki ay süren yargılama sırasında geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim söz konusu dönemde gerek mahkeme huzurunda gerekse mahkeme dışında yaşanan asayişi bozan olaylara rağmen davanın nakline karar verilmemiştir.

13. Ankara'da yaşanan bu olumsuzluklara rağmen sonuçlandırılan yargılamanın, Yargıtay'ın bozma kararından sonra Aksaray'a nakledilmesinin ikna edici gerekçelerinin olduğu söylenemez. Olayların oldukça sıcak olduğu bir dönemde bile gerekli tedbirlerin alınması suretiyle Ankara'da görülebilen davanın, aynı yerde ve mahkemede görülmeye devam edilmesinin kamu güvenliğini ne yönde tehdit edeceği gösterilebilmiş değildir. Diğer yandan sanığın can güvenliğini sağlama şeklindeki amacın da Aksaray'a nakledilen yargılamada sanığın SEGBİS üzerinden duruşmalara katıldığı gözetildiğinde, makul bir gerekçe olarak kabul edilmesi zordur.

14. Bunun yanında, Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin adli para cezası olarak ortaya çıkan nihai kararı da dikkate alındığında, nakil kararının objektif gereklilikten ziyade sanık lehine karar verilmesini sağlamaya dönük bir karar olarak alındığı izlenimini doğurmaya elverişli olduğu söylenebilir. Buna nakle ilişkin kararın adli tatil esnasında nöbetçi heyetçe alınması da eklendiğinde yargılamaya müdahale edildiği izleniminin oluşması kaçınılmazdır.

15. Kuşkusuz bozma üzerine dava Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından görülmeye devam etseydi de Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği karar verilebilirdi. Ne var ki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi "*olgu*" olduğu kadar "*algı*" meselesidir. Mahkemelerin gerçekten bağımsız ve tarafsız olması yetmez, bunun dışarıya da yansıması gerekir. Bu sebeple yukarıda belirtilen şartlarda somut başvuruya konu yargılamanın, ikna edici gerekçeler ortaya konmadan, bozma sonrasında -mahkûmiyet kararı veren mahkemeden- başka bir ildeki mahkemeye nakledilmesi yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin zedelendiği izlenimini ortaya çıkarmıştır.

16. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (AİHM) adil yargılamanın vazgeçilmez unsurları olan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının aynı zamanda bir "*görünüm*" meselesi olduğunu vurgulamıştır. AİHM'in kararlarında belirtildiği üzere "*adaletin sağlanması yetmez, sağlandığının görülmesi de gerekir*" (*Denisov/Ukrayna,* B. No: 76639/11, 25/9/2018, § 63). Bu sebeple demokratik bir toplumda tarafsızlıkları noktasında mahkemelerin kamuoyuna ve davanın taraflarına güven vermesi gerekmektedir (bkz. *Fey/Avusturya,* B. No: 14396/88, 24/2/1993, § 30; *Academy Trading Ltd ve diğerleri/Yunanistan,* B. No: 30342/96, 4/4/2000, § 45; *Sazanov/Rusya,* B. No: 24647/05, 1/12/2015, § 38).

17. Bu bağlamda yargılamanın sonucuna etkili olup olmadığından bağımsız olarak yeterli gerekçe olmaksızın yargılama yerinin değiştirilmesi mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkında "*haklı*" şüpheye neden olabilir. Nitekim AİHM'e göre başvurucunun lehine verilen bir kararın ardından yüksek mahkeme tarafından davanın yeterli gerekçe olmadan başka bir mahkemeye gönderilmesi, bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda şüpheye yol açmış, bu suretle bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının ihlaline neden olmuştur (*Bochan/Ukrayna,* B. No: 7577/02, 3/5/2007, §§ 66, 74).

18. Anayasa Mahkemesinin önündeki başvuruya konu somut olayda da bozmadan sonra yargılama yerinin değiştirilmesi ve buna ilişkin ikna edici gerekçelerin ortaya konulamaması bir bütün olarak mahkemenin tarafsızlığı konusunda tereddütlere neden olmuştur. Bu da yürütülen soruşturma/kovuşturmanın etkili olarak kabul edilmesini engellemiştir.

19. Diğer yandan, yargılama sonunda öldürme olayından sorumlu kolluk mensubuna uygulanan yaptırımın "*cezasızlık*" sonucu doğurmaması gerekir. Bu noktada öncelikle Anayasa Mahkemesinin yetkili mercilerin yerine geçerek delilleri değerlendirmesinin ve sorumluluk türünü belirleyen hukuk kurallarını yorumlamasının söz konusu olmadığı belirtilmelidir (bkz. *Rıfat Bakır ve diğerleri,* B. No: 2013/2782, 11/3/2015, §§ 68, 143).

20. Bununla birlikte yaşam hakkı ihlalleri gerçekleştiren kamu görevlilerinin cezasız kalmalarına ya da gerektiği gibi cezalandırılmamalarına yol açan uygulamalar, caydırıcılığı sağlayamadığı için etkili ceza soruşturması yürütme yükümlülüğünü açıkça zedelemekte, yaşam hakkını korumak için oluşturulan mevzuatın etkili uygulanmamasına, dolayısıyla kişilerin hayatlarının kanun ile korunamamasına sebebiyet vermektedir (bkz. *Seyfullah Turan ve diğerleri,* § 162).

21. Bu nedenle ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesinin somut olayda ceza hukuku kapsamındaki sorumluluğun türüne ilişkin bir tespitte bulunma görevi bulunmamakta ise de yargısal mercilerin Anayasa'dan kaynaklanan, yaşamı korumak için oluşturulan hukuku etkili biçimde uygulamaya ilişkin

yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerini denetleme görevi bulunduğu açıktır.

22. Nitekim Anayasa Mahkemesi kolluk görevlisi tarafından güç kullanılması sonucu hayati tehlike geçirilmesine neden olacak şekilde yaralanmanın meydana geldiği bir olaya ilişkin soruşturma/kovuşturma sürecinin hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı ile sonuçlandırılmasını yaşam hakkının usul boyutunun ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre "*olayda ağır suç meydana getiren eyleme karşılık olarak yetersiz cezaya hükmolunması*" benzer olaylarda caydırıcılığın sağlanması için devletin etkili bir ceza soruşturması yürütme konusundaki yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelmektedir (*Seyfullah Turan ve diğerleri*, § 196). Söz konusu caydırıcılık hukukun üstünlüğünün sağlanması ve hukuka aykırı eylemlere tolerans gösterildiği görünümünün önlenmesi açısından hayati derecede önemlidir (konuya ilişkin AİHM'in yaklaşımı için bkz. *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 65; *Ateşoğlu/Türkiye*, B. No: 53645/10, 20/1/2015, § 23).

23. Mevcut başvuruya konu olayda ise Mahkememiz çoğunluğuna göre "*14 ay süreyle tutuklu yargılanan sanık hakkında hükmedilen adli para cezasının meydana gelen netice ile orantılı olmadığının değerlendirilmesi mümkün değildir*" (§ 202). Öncelikle belirtmek gerekir ki, cezanın orantılı olup olmadığını değerlendirirken bir tedbir olan tutuklulukta geçen sürenin dikkate alınması isabetli değildir. Kaldı ki somut olayda tutuklulukta geçen süre hükmolunan nihai cezadan indirilmiş, Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin 30/5/2019 tarihli ek kararıyla sanığın "*tutuklu kaldığı sürelerin hakkında hükmedilen adli para cezası miktarını karşılaması nedeniyle infazının tamamlandığını dikkate alarak*" adli kontrol kararı kaldırılmıştır (§ 84).

24. Diğer yandan yaşam hakkının söz konusu olduğu bir yargılamanın sonunda hükmedilen bir "*adli para cezası*"nın meydana gelen netice ile orantılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira meydana gelen netice bir kişinin yaşamının sona ermesidir. Bu derece ağır bir sonucun alt sınıra yakın bir adli para cezasıyla tecziyesi cezasızlık durumu ortaya çıkarır.

25. Son olarak soruşturmanın etkili olabilmesi için makul bir özen ve süratle yürütülmesi gerekir. Soruşturmanın özenle ve süratle sonuçlandırılması, özelde başvuruculların genel olarak da toplumun hukukun üstünlüğüne bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümü verilmesinin engellenmesi bakımından önemlidir (*Fahriye Erkek ve diğerleri*, B. No: 2013/4668, 16/9/2015, § 92). Kuşkusuz soruşturma/kovuşturmanın makul bir özenle ve süratle yürütülüp yürütülmediği başvuruya konu her olayın şartlarına bağlıdır. Bu anlamda şüpheli veya sanık sayısı, suçlamaların niteliği ve olayın karmaşıklık derecesi gibi hususlara bakılmalıdır (*Fahriye Erkek ve diğerleri*, § 91).

26. Nitekim Anayasa Mahkemesince yargılamanın beş yıl üç ay sürdüğü bir başvuruda *"başvuruya konu ceza yargılamasının daha sonra ortaya çıkabilecek benzer yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesinde sahip olunan önemli rolün zarar görmesine neden olabilecek şekilde makul bir özen ve süratle yürütülmediği sonucuna varılmıştır"* (bkz. *Fatma Akın ve Mehmet Eren*, [GK], B. No: 2017/26636, 10/11/2021, § 110).

27. Eldeki başvuruda bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Başvuruya konu olayda tek sanıklı ve karmaşık olmayan bir davanın olduğu, olaya ilişkin görüntülerin ve diğer delillerin de toplandığı, üstelik soruşturma evresinin bir buçuk ayda tamamlandığı dikkate alındığında altı yıla yaklaşan yargılama süresinin makul olduğu söylenemez.

28. Açıklanan gerekçelerle Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

A.A. [GK], B. No: 2017/34502, 21/10/2021

1. Başvurucunun hukuka aykırı gözaltı ve elkoyma tedbirleri üzerine açtığı tazminat davasının reddedilmesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyeti, çoğunluk tarafından başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.

2. Bir terör olayına ilişkin soruşturma kapsamında iki gün gözaltında kalan başvurucu hakkında aradan geçen iki yılı aşan sürede herhangi bir kamu davası açılmadığı gibi, kovuşturmaya yer olmadığına da karar verilmemiştir. Başvurucu uzun süredir ne suçlanmış ne de aklanmış, tabir yerindeyse "araf"ta bırakılmıştır.

3. Başvurucunun hukuka aykırı şekilde hürriyetinden mahrum bırakılması ve evinin aranarak bazı materyallerine elkonulması nedeniyle açtığı tazminat davası "*davacı hakkında herhangi bir kamu davası açılmadığı, dolayısı ile esası çözen herhangi bir mahkeme hükmünün de verilmediği, ayrıca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar da verilmediği, talebinin bu yönüyle tazminat davasına konu edilemeyeceği*" gerekçesiyle usul yönünden reddedilmiştir. Bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu da "*incelenen dosya kapsamına göre istinaf başvurusunda bulunanların ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla*" esastan reddedilmiştir.

4. Çoğunluk, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının kanuna uygun yakalama veya tutuklamadan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilenlere tazminat imkânı sağlayan (e) bendi uyarınca açılan tazminat davalarının, anılan tedbirlerin hukuka aykırılıkları genel hatlarıyla da olsa ileri sürülmedikçe, Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında incelenemeyeceğini belirtmiştir (§§ 87-88). Çoğunluğa göre somut başvuruda başvurucu gözaltına alınmasının neden hukuka aykırı olduğuna dair derece mahkemeleri önünde açıklamada bulunmadığı için başvuru yollarını tüketmemiştir (§ 89).

5. Öncelikle eldeki başvuruyla aynı gün karara bağlanan *Eyyüp Güneş* başvurusunda yazdığım karşıoyda belirttiğim gerekçelerle, çoğunluğun

CMK'nın 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi uyarınca açılan tazminat davalarının reddedilmesi veya verilen tazminatın düşük bulunması üzerine yapılan başvuruların Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında olmadığına dair görüşüne katılmadığımı belirtmek isterim (*Eyyüp Güneş* [GK], B. No: 2017/28308, 21/10/2021, §§ 4-20).

6. Esasen mevcut başvuru, CMK'nın 141. maddesi kapsamında açılan davaların hangi bent kapsamında açıldığının belirlenmesinin kolay olmadığını gösteren tipik örneklerden biridir. Başvurucu dava dilekçesinde haksız ve hukuksuz olarak özgürlüğünden mahrum bırakıldığını, pasaport, cep telefonu, bilgisayar gibi kişisel eşyalarına el konulduğunu, serbest bırakıldıktan sonra soruşturma kapsamında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda ismine yer verilmediği gibi hakkında bir dava da açılmadığını belirterek ağır manevi zararlara maruz kaldığını ileri sürmüştür.

7. Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararında davanın konusu "*Tazminat*" olarak belirtilmiş, CMK'nın 141. maddesinin hangi fıkrası ve bendi uyarınca açıldığına ve görüldüğüne dair de herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Mahkemeye göre davacı hakkında "*5271 sayılı CMK'nun 141-142. maddesi bağlamında* [kararda 141. maddenin zikredildiği tek yer burasıdır] *kesinleşmesi şartı aranan bir karar verilmediği*"nden tazminat için gerekli "*yasal şartın oluşmadığı anlaşılmakla davanın reddine karar vermek gerekmiş*"tir.

8. Başvurucu istinaf dilekçesinde hukuka aykırılık iddiasına ilave olarak koruma tedbirleri nedeniyle "*beraat*" veya "*takipsizlik*" kararının şart koşulmasının kanuna aykırı olduğunu, zira CMK'nın 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi dışında da hükümlerinin bulunduğunu belirtmiş, dahası başta aynı fıkranın (a) bendi olmak üzere diğer hükümlerini açıkça yazmıştır. Başvurucu benzer ifadelere bireysel başvuru formunda da yer vermiş, özgürlüğünden mahrum bırakılmasının kanuna aykırı olduğunu ve hukuki temelinin bulunmadığını ileri sürmüştür.

9. Bu hususlar birlikte incelendiğinde, başvurucunun gözaltına alınmasının haksız ve hukuka aykırı olduğunu açıkça dile getirdiği, dahası tazminat talebini CMK'nın 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi kapsamıyla sınırlı tutmadığını, kanunlarda belirtilen şartlar dışında yakalanan veya tutuklananların da tazminat hakkı olduğunu belirttiği görülmektedir. Dolayısıyla başvurucunun hukuka aykırılığı derece mahkemeleri önünde yeterince dile getirmediği söylenemez.

10. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine dair şikâyetinin kabul edilebilir olduğunu düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK)
[GK], B. No: 2017/36889, 29/9/2022

1. Mahkememiz çoğunluğu tarafından Taksim Meydanı'nda 1 Mayıs günü kutlama yapılmasının engellenmesi nedeniyle başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

2. Başvurucu olan Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK), 1 Mayıs 2016 tarihinde Taksim Cumhuriyet Anıtı'na çelenk ve Kazancı Yokuşu başına da karanfil bırakılacağını belirterek İstanbul Valiliğine bildirimde bulunmuştur. Valilik, "*Taksim Meydanı'nın 2016 yılı için belirlenen toplantı ve gösteri yürüyüşleri alanları içerisinde olmaması ve kamu düzeni ve güvenliğiyle ilgili değerlendirmeler*" gerekçesiyle talebi kabul etmemiştir.

3. Başvurucunun işlemin yürütmesinin durdurulması ve iptali talebiyle açtığı dava idare mahkemesi tarafından 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 6. maddesine atıf yapılmak suretiyle reddedilmiştir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi de istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir. Bu arada başvurucu konfederasyonun genel sekreterinin de aralarında bulunduğu sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerinden oluşan yedi kişilik "Düzenleme Kurulu"nun talepleri olumlu karşılanmış, 29/4/2016 tarihinde 100 kişilik bir grup İstiklal Caddesinden Şişhane Parkına kadar yürüyüş gerçekleştirmiştir (§§ 12-20).

4. Başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yönelik sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olmaması için kanuni dayanağının ve meşru amacının bulunması yeterli değildir. Hakkın kullanılmasını engelleyen müdahalenin aynı zamanda zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması ve ölçülü olması gerekir. Aksi durumda müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvencelerden biri olan demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacaktır.

5. Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edildiği üzere, Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı demokratik toplumun vazgeçilmez unsurlarından biridir. Demokratik

toplum şiddet içermemek kaydıyla her türlü görüşün savunulabildiği, serbestçe ifade edilebildiği ve başkalarıyla paylaşılabildiği bir ortamın varlığını gerektirir. Bu anlamda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çoğulcu demokrasilerin gelişmesi bakımından zorunlu olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması ve korunmasını güvence altına almaktadır (bkz. *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 115; *Eğitim ve Bilim Emekçileri ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 79).

6. Diğer yandan, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, bu hakkın kullanılacağı yer ve güzergahı seçme konusundaki tercih hakkını da içermektedir. Bu nedenle ilgili kanun hükümlerinin tercih hakkını ortadan kaldıracak veya etkisiz hale getirecek şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Bu bağlamda 2911 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca mahallin en büyük mülki amirine verilen -siyasi partiler, sendikalar, meslek kuruluşları ve ilgili belediyelerin görüşlerini almak suretiyle- toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacak yerleri ve güzergahı belirleme yetkisi mutlak değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu kuralın kişilerin "*toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenleneceği yer ve güzergâhı seçme serbestîsinin bütünüyle göz ardı edilmesine imkân*" tanımadığını belirtmiştir (AYM, E.2014/101, K.2017/142, 28/09/2017, § 37).

7. Anayasa Mahkemesine göre yer ve güzergahın "*bireylerin mekân seçme hususundaki tercih hakkını aşırı biçimde kısıtlayacak, toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılımı caydırıcı hâle getirecek veya bu hakkın kullanımını zedeleyecek şekilde belirlenmesi*" hukuk devletiyle ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Bu yöndeki bir idari karar da yargı yerlerince iptal edilebilecektir (AYM, E.2014/101, K.2017/142, 28/09/2017, § 38).

8. Kuşkusuz toplantı hakkı da kişilerin toplantı ve yürüyüş yerini seçme konusundaki tercih hakları da sınırsız değildir. Bu haktan yararlanmanın ön şartı toplantı ve yürüyüşün barışçıl olmasıdır. Şiddetin yaygınlaştığı ve toplantıya bir bütün olarak hâkim olduğu durumlarda barışçıl bir toplantı ve gösteri yürüyüşünden söz edilemez. Aynı şekilde idari makamlar, seçilen yer ve güzergahta toplantı ve yürüyüşün gerçekleşmesi durumunda kamu düzeni ve güvenliğinin tehlikeye gireceğini somut ve haklı gerekçelerle ortaya koyarak başka yer ve güzergâh gösterebilirler.

9. Devletin toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanları ve hakkın kullanıldığı yerde yaşayan diğer bireyleri şiddet eylemlerine karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle kamu düzenini bozacak nitelikte bir tehlike veya tehdidin bulunması ve bunun daha hafif tedbirlerle bertaraf edilememesi durumunda son çare olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı sınırlanabilir.

10. Bununla birlikte devlete düşen görev her türlü güvenlik tedbirini alarak anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılması için uygun bir ortamı sağlamaktır. Bu sebeple toplantı ve gösteri yürüyüşü talebinde bulunanlara karşı yetkililer bu hakkı sınırlandırırken öncelikle "*kamu yararını ve toplanmaya ilişkin riskleri tespit etmek*" durumundadırlar (*Süleyman Çelebi ve diğerleri/Türkiye* (2), B. No: 22729/08 ve 10581/09, 12/12/2017, § 47).

11. Bu tespitle uyumlu olarak idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşünü sınırlama gerekçesi, soyut ve muhayyel değil, somut, gerçek, açık ve yakın bir tehlikenin varlığı olmalıdır. Zira kamu düzeninin bozulacağına dair soyut ve kategorik değerlendirmeler, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını kullanılamaz hale getirebilecektir. Dolayısıyla toplantı ve gösteri yürüyüşü için seçilen yerin daha önce belirlenen alanlar içinde olmaması ve kamu güvenliğinin sağlanması şeklindeki soyut gerekçelerle toplantı yapılmasının engellenmesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun görülemez.

12. Somut başvuruya konu olayda tam da böyle bir durum söz konusudur. Ne valilik ne de idari yargı organları başvurucunun 1 Mayıs'ta Taksim Meydanı'nda toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmasının yaratacağı somut, açık ve yakın bir tehlikenin varlığını ortaya koyabilmişlerdir. İdare ve mahkemeler, (a) toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacak yerlerin ilgili kanunda gösterildiği ve Taksim'in bu yerler arasında olmadığı ve (b) kamu düzeni ve güvenliğiyle ilgili değerlendirmeler gerekçesiyle başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale etmişlerdir. Ancak idari ve yargısal kararlardan kamu düzeni ve güvenliğine ilişkin değerlendirmelerin ne olduğu, bunların hangi somut olaylara ve bilgilere dayandığı anlaşılamamaktadır.

13. Öte yandan Antik Çağda toplanma, toplantı yeri anlamına gelen "*agora*"lardan bugüne şehir meydanları insanların bir araya geldikleri ve düşüncelerini başkalarıyla paylaştıkları mekanlar olagelmiştir. Dahası bulundukları şehrin kimliğinin ayrılmaz unsurları olan bazı meydanlar, aynı zamanda orada yaşayan belli toplum kesimleri için sembolik değer taşıyabilmektedirler.

14. Bu anlamda Taksim Meydanı'nın işçiler ve işçi örgütleri bakımından sembolik değere sahip olduğu bilinmektedir. Bunda 1 Mayıs 1977 tarihinde gerçekleştirilen toplantı ve gösteride çıkan olaylarda çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesi ve sonrasında yaşanan tartışmalar da belirleyici olmuştur. Dolayısıyla işçi örgütlerinin 1 Mayıs gününü Taksim Meydanı'nda yapacakları toplantıyla kutlamak ve mesajlarını buradan paylaşmak istemeleri anlaşılabilir bir durumdur.

15. Elbette Taksim Meydanı'nın sosyal ve kültürel etkinliklerin yoğunlaştığı merkezi bir konumda bulunması nedeniyle, kalabalık toplantı ve yürüyüşlerin bir yandan halkın günlük hayatını aksatabileceği diğer yandan da kamu

düzeninin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasını zorlaştırabileceği söylenebilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kamuya açık alanda yapılan bir gösterinin günlük hayatın akışını belli ölçüde aksatabileceğini ve düşmanca tepkilere yol açabileceğini, yetkililerin de bunlara yönelik önleyici tedbirler alabileceğini belirtmektedir. Ancak başta bildirimde bulunma yükümlülüğü olmak üzere düzenlemelerin ve alınan tedbirlerin barışçıl toplantı özgürlüğüne yönelik dolaylı sınırlamalara ve "*örtülü engel*"e dönüşmemesi gerekir (*Oya Ataman/Türkiye* (B. No: 74552/01, 5/12/2006, § 38).

16. Bunun yanında toplantıların ve gösteri yürüyüşlerinin başkalarının hayatını belli ölçüde zorlaştırması kaçınılmazdır. Anayasa Mahkemesine göre bu gerekçeyle hakka müdahale edilebilmesi için "*gündelik yaşamın "aşırı ve katlanılamaz derecede" zorlaşması gerekmektedir*" (AYM, E.2014/101, K.2017/142, 28/09/2017, § 52). Somut olayda böyle bir durumun söz konusu olduğu kamu makamlarınca ortaya konulabilmiş değildir. Aynı şekilde başvurucunun yapmak istediği toplantı nedeniyle kamu güvenliğinin sağlanamayacağına dair de somut ve haklı gerekçeler sunulmamıştır.

17. Anayasa'nın 5. maddesi uyarınca kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak devletin görevlerinden biridir. Bu nedenle devlete düşen, soyut ve kategorik ifadelerle yasaklama yoluna gitmekten ziyade gerekli tüm tedbirleri almak suretiyle işçilerin ve işçi örgütlerinin Taksim Meydanı'nda toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarını kullanmalarını sağlamaktır.

18. Nitekim uzun yıllar toplantı ve gösteri yürüyüşlerine kapatılan Taksim Meydanı'nda, 1 Mayıs gününün "*Emek ve Dayanışma Günü*" olarak kabul edildiği 2009 yılından itibaren 2010, 2011 ve 2012 yıllarında toplantı yapılmasına müdahale edilmemiştir. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere alınan tedbirler sayesinde söz konusu yıllarda gerçekleştirilen toplantılarda kamu düzenini bozacak nitelikte şiddet olayları yaşanmamıştır (§ 17).

19. Sonuç olarak başvurucunun 1 Mayıs günü Taksim'de toplantı yapamayacağına dair soyut değerlendirmelerin ötesinde ikna edici ve haklı gerekçelerin gösterilemediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının sınırlandırılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamaya yönelik ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunun ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulduğu söylenemez.

20. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğini düşündüğümden aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Müyesser Uğur [GK], B. No: 2020/18546, 7/4/2022

1. Başvurucunun tutuklama tedbiri nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

2. Hakkında siyasal ve askerî casusluk suçundan soruşturma başlatılan bir astsubayın gizli kalması gereken askerî operasyonlara ilişkin bilgileri telefonla kendisine aktardığı gerekçesiyle başvurucunun 9/1/2020 ile 9/3/2020 tarihleri arasındaki iletişiminin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına karar verilmiştir. Dinleme kayıtları doğrultusunda Ankara 7. Sulh Ceza Mahkemesinin kararı üzerine 8/6/2020 tarihinde başvurucunun ikametgahında arama yapılmış, bazı dijital materyallere el konulmuş, kendisi de yakalanarak gözaltına alınmıştır.

3. Başvurucu 11/6/2020 tarihinde devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçundan tutuklanmıştır. Tutuklama kararının gerekçesinde tape kayıtlarında geçen konuşmaların, şüpheliye ait köşe yazılarının ve dijital materyallere ilişkin raporların içeriklerinin atılı suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesine neden olduğu, şüphelinin delillere etki etme ve kaçma şüphesinin bulunduğu, bu haliyle adli kontrol tedbirlerinin yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Başvurucunun itirazı da tutuklama kararının usul ve kanuna uygun olduğu, gerekçesinin isabetsiz bulunmadığı ve delil durumunda değişiklik olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

4. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçundan cezalandırılması talebiyle başvurucu hakkında dava açılmıştır. Dava devam ederken 9/11/2020 tarihinde tape kayıtlarının içeriği, sanığın savunmasının alınmış olması ve suç vasfının değişme ihtimali dikkate alınarak başvurucunun adli kontrol şartıyla tahliyesine karar verilmiştir.

5. Daha sonra başvurucu hakkında devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme suçundan da iddianame düzenlenmiş ve yeni açılan davanın öncekiyle birleştirilmesine karar verilmiştir. Yargılama sonunda başvurucu

hakkında yasak bilgileri *temin etme* suçundan 1 yıl 1 ay 10 gün hapis cezası verilmiş ve bu ceza ertelenmiştir. Başvurucu yasak bilgileri *açıklama* suçundan da 2 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlali

6. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, bireylerin keyfî olarak özgürlüklerinden mahrum edilmemesini güvenceye alan bir anayasal haktır. Bu temel hak, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır. Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfî olmaması, sadece olağan dönemlerde değil olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir güvencedir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 347, 348).

7. Bu bağlamda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik son derece ağır bir müdahale teşkil eden tutuklamaya, ancak kanuni şartlarının bulunduğu zorunlu ve istisnai durumlarda başvurulmalıdır. Başka bir ifadeyle kişinin suç işlediğine dair kuvvetli belirti konusunda şüpheye düşülüyorsa yahut kuvvetli belirti olmasına rağmen delilleri karartma veya kaçma şüphesi yoksa, aynı şekilde verilecek ceza da dikkate alındığında ölçüsüz bir tedbir olacaksa tutuklama yoluna gidilmemelidir. Asıl olan tutuksuz soruşturma ve yargılamadır. Tutuklamanın ceza muhakemesinde bir *cezalandırma aracı* değil, yargılamanın hakkaniyete uygun şekilde devam etmesini sağlayan bir *tedbir* olduğu unutulmamalıdır.

8. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tutuklama ancak *suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan* kişiler bakımından uygulanabilir. Suç işlendiğine dair *kuvvetli belirti*, tutuklama tedbirinde aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bu kapsamda suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 100. maddesi uyarınca tutuklama için aranan "*kuvvetli şüphe*"nin somut delillere dayanması zorunludur.

9. Başvurucu Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 329. maddesinde düzenlenen *devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama* suçundan tutuklanmış, yargılamanın sonunda ise yasak bilgileri temin etme ve açıklama suçlarından mahkûm edilmiştir. Bu sebeple kuvvetli belirti değerlendirmesi gizli bilgileri açıklama suçu yönünden yapılmalıdır.

10. Başvurucunun söz konusu suçtan dolayı tutuklanması bir haber sitesinde yayımladığı altı adet yazıya dayandırılmaktadır. Bu yazılardan sadece 20/1/2020 tarihli ve "*Libya'ya hangi komutan gitti. Yerine kim geldi*?" başlıklı yazıda "gizli" olduğu belirtilen Libya'ya gidecek komutanın kimliğine ilişkin

bilgilere yer verildiği, dolayısıyla başvurucunun gizli bir bilgiyi açıkladığı iddiasını destekleyecek tek delilin bu yazı olduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında başvurucunun telefon görüşmeleri sonucunda elde ettiği herhangi bir gizli bilgiyi açıkladığına dair tespit de bulunmamaktadır.

11. Bu durumda anılan yazıda "gizli" bir bilginin açıklanıp açıklanmadığını değerlendirmek gerekecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, başvurucuya ait altı yazıya yönelik herhangi bir erişimin engellenmesi kararı alınmamış olup, yazılar halen erişime açık bulunmaktadır. Bu kapsamda Libya'ya gönderilecek komutanın kimliğinin açıklandığı yazı için de herhangi bir erişimin engellenmesi kararı alınmamıştır.

12. Diğer yandan Libya'ya asker gönderileceği ve komutanın bir korgeneral olacağı başvurucunun yazısından önce kamuoyu tarafından bilinmektedir. Ayrıca başvurucu Libya'ya gönderilecek komutanın 10/1/2020 tarihinde müşavir olarak görevlendirildiğinin bilindiğini, dolayısıyla korgeneral düzeyindeki komutanın isminin tahmin edilebilir hale geldiğini belirtmiştir. Bu durumda korgeneralin isminin açıklanmasının millî güvenliğe ve ülkenin uluslararası ilişkilerine nasıl zarar vereceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bunun soruşturma belgelerinde yapılmadığı anlaşılmaktadır.

13. Bir an için bu bilginin açıklanmasının atılı suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti teşkil edebileceği, dahası başvurucunun aynı zamanda gizli bilgilerin temini suçunu işlediğine dair kuvvetli belirti bulunduğu için tutuklandığı kabul edilse bile, başvurucunun tutuklanmasının hukuka uygun olabilmesi için diğer anayasal şartların da karşılanması gerekir. Bu çerçevede ilk olarak tutuklamanın meşru bir amacının bulunması, bunun için de delilleri karartma veya kaçma şüphesi gibi tutuklama nedenlerinin bulunması şarttır.

14. Oysa başvurucu hakkındaki suçlamaların tek delili olan tapeler zaten soruşturma makamlarının elindedir, suçlamaya konu yazı da zaten yayımlanmıştır. Dolayısıyla başvurucunun delilleri değiştirme ihtimalinin bulunduğunu söylemek zordur. Öte yandan bilinen bir gazeteci olan başvurucunun kaçabileceği düşüncesini destekleyen olgular da tutuklama kararında gösterilebilmiş değildir. Nitekim başvurucu delil durumunda hiçbir değişiklik olmadığı halde tutuklandıktan yaklaşık beş ay sonra adli kontrol şartıyla tahliye edilmiştir. Bu sebeple soruşturma belgelerinde tutuklama nedenlerinin varlığı somut olgulara dayalı olarak gösterilememiştir.

15. Bunun yanında başvurucunun tutuklanmasının ölçülü olduğu da söylenemez. Belirtmek gerekir ki tutuklamaya konu yazının yayımlanmasının ardından başvurucu hakkında herhangi bir işlem yapılmamıştır. Üstelik başvurucu bu yazının üzerinden yaklaşık beş ay, hakkında uygulanan iletişiminin tespiti tedbirinin sona erdiği tarihin üzerinden de üç ay geçtikten sonra tu-

tuklanmıştır. "Gizli" bilgileri temin ettiği ve açıkladığı ileri sürülen bir kişinin bu kadar uzun süre tutuklanmaması uygulanan bu tedbirin gerekli olduğu konusunda kaçınılmaz olarak şüpheye yol açmaktadır.

16. Ayrıca bu süre içerisinde tapeler ve yazılar dışında başvurucunun tutuklanmasını gerektiren başka bir delilin elde edildiğine ilişkin de herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun suçun işlendiği ileri sürülen tarihten beş ay sonra tutuklanarak beş ay süreyle tutuklu kalmasının *gerekli ve orantılı*, dolayısıyla *ölçülü* olduğu soruşturma belgelerinde ortaya konulabilmiş değildir.

17. Açıklanan gerekçelerle başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyim.

B. İfade ve Basın Özgürlüklerinin İhlali

18. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğü, 28. maddesinde ise basın özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Kuşkusuz bu özgürlükler sınırsız değildir. Anayasa'nın ilgili maddelerinde gösterilen özel sebeplerle ifade ve basın özgürlükleri sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması zorunludur.

19. Başvurucunun silahlı kuvvetler ve askerî operasyonlar gibi konularda yazan bir gazeteci olduğu bilinmektedir. Nitekim başvurucuya yönelik suçlamaların kaynağında bir astsubayla yaptığı telefon görüşmeleri sonucunda bazı "gizli" bilgileri temin ettiği ve bunlardan bazılarını yayımladığı iddiası bulunmaktadır. Bu durumda suçlamaya dayanak olarak gösterilen olguların gazetecilik faaliyetleri kapsamında olmadığı söylenemez.

20. Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere başvurucunun tutuklanması hukukilik şartını sağlamamaktadır. Hukuka aykırı şekilde gerçekleşen tutuklama gibi ağır bir tedbirin başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü bir müdahale olduğu kabul edilemez.

21. Öte yandan tutuklamanın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının dışında başka haklara da müdahale teşkil ettiği durumlarda daha hassas davranılması gerektiği açıktır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere tutuklamanın ifade ve basın özgürlüklerinin kullanılması üzerinde *caydırıcı* bir etkisi olduğu da dikkate alınmalıdır (bkz. *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 79). Bu caydırıcı etkinin iki düzlemde gerçekleştiği söylenebilir. Birincisi gazetecilik faaliyetleri kapsamında yapılan yayınlardan dolayı tutuklanan gazetecinin yazmaktan çekinme gibi bir etkisi olabilecektir. İkincisi ve daha önemlisi, diğer gazeteciler üzerinde ortaya

çıkabilecek caydırıcı etkidir. Benzer yazıları yazdığında tutuklanabileceğini düşünen gazetecilerin çekinmesi ve oto sansür uygulamaları kuvvetle muhtemel hale gelecektir.

22. İfade ve basın özgürlükleri çoğulcu demokrasilerin olmazsa olmazlarıdır. Anayasa Mahkemesine göre "*Demokratik toplumlarda basının en önemli görevi, kamu yararını ilgilendiren olay ve konularda haber ve bilgi vermek, açıklamalar yapmak, eleştiri ve değer yargıları sunmak suretiyle toplumu aydınlatmak, kamuoyu oluşturmak, böylece toplumun düşünce ve kanaatlere ulaşmasını sağlamak ve kamu gücünü elinde tutanların üzerinde de toplumun denetimine aracı olmaktır*" (AYM, E.2016/165, K.2017/76, 15/03/2017, § 18). Dolayısıyla basının toplumu bilgilendirme ve siyasal sistemi denetleme işlevleri dikkate alındığında, bu alandaki caydırıcılığın demokratik toplumlar açısından çok önemli bir güvenceyi etkisiz kılacağı söylenebilir.

23. Bu bağlamda somut olayda tutuklanmanın dayanağı olarak gösterilen yazının yayımlanmasından beş ay sonra tutuklanan ve beş ay boyunca tutuklu kalan başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahale zorunlu bir ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğundan demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü görülemez. Bu sebeplerle, hukuka aykırı şekilde tutuklanan başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlükleri de ihlal edilmiştir.

24. Yukarıda "A" ve "B" başlıkları altında açıklanan gerekçelerle başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

FARKLI GEREKÇE

Adnan Vural ve diğerleri [GK], B. No: 2017/36237, 10/3/2022

1. Kararın "*uygulanabilirlik*" konusunun tartışıldığı kısmında, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yönelik müdahalenin bir olağanüstü hâl (OHAL) tedbiri olup olmadığı belirlenirken, *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararıyla başlayan yerleşik içtihatla uyumlu olarak, tedbirin (a) OHAL ilanına neden olan tehlikenin tasfiyesine yönelik olup olmadığı ve (b) OHAL dönemiyle sınırlı uygulanıp uygulanmadığı yönlerinden bir inceleme yapılmak suretiyle başvuruların Anayasa'nın 15. maddesi yönünden incelenmesine, ancak öncelikle Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırılık olup olmadığının tespit edilmesine karar verilmiştir (§§ 44, 45).

2. Belirtmek gerekir ki, sonuçtan bağımsız olarak, olağanüstü hâl tedbirlerine yönelik ikili inceleme yönteminin zaman içinde bazı *eksiklikler* ve *fazlalıklar* içerdiği, bu nedenle de güncellenmesi gerektiği anlaşılmıştır. Aşağıda detaylı şekilde açıklanacağı üzere inceleme yönteminin gözden geçirilerek Anayasa'nın sözü ve ruhuyla daha uyumlu hâle getirilmesi gerektiği düşünüldüğü için bu farklı gerekçe kaleme alınmıştır.

3. Mevcut yöntemdeki *eksiklik* bir müdahalenin OHAL tedbiri olup olmadığına karar verilirken *şekil* şartlarının dikkate alınmamasıdır. İnceleme yöntemindeki *fazlalık* ise bir müdahalenin OHAL tedbiri olduğuna, dolayısıyla 15. madde yönünden incelenmesi gerektiğine karar verildikten sonra bu incelemeden önce müdahalenin 13. madde yönünden incelenmesidir. Dolayısıyla yapılması gereken (a) anılan kriterlere, müdahalenin kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) şeklinde bir olağanüstü hâl mevzuatına dayanıp dayanmadığı kriterinin de eklenmesi, (b) *şeklî* ve maddi kriterler uygulandıktan sonra bir müdahalenin olağanüstü hâl tedbiri olduğu tespit edildiğinde bireysel başvurudaki incelemenin *sadece* Anayasa'nın 15. maddesi yönünden yapılmasıdır.

4. Anayasa Mahkemesinin kararlarında belirtildiği üzere demokratik ülkelerde olağanüstü yönetimlerin sınırları anayasa ve yasalarla belirlenmiştir. Bu anlamda "*Olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve*

özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın sonuçta hukuki bir rejimdir" (AYM, E.2016/171, K.2016/164, 02/11/2016, § 4).

5. Anayasa'da olağanüstü hâlin nasıl ilan edileceği, onaylanacağı ve bu dönemde temel hakların nasıl sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 119. maddesine göre "*15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı … kanunla düzenlenir*". Aynı maddede olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik CBK çıkarılabileceği belirtilmektedir. 2017 Anayasa değişikliğinden önce de olağanüstü hâllerde "Olağanüstü Hâl Kanunu" ve Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak olan "kanun hükmünde kararnameler" (OHAL KHK) ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması veya durdurulması öngörülmekteydi (mülga 121. madde).

6. Buna göre olağanüstü hâlde temel hak ve hürriyetlere yönelik bir sınırlandırmanın Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenebilmesi için öncelikle Anayasa'nın 119. maddesi uyarınca çıkarılmış bir kanun/OHAL Kanunu ya da CBK/KHK hükmünün bulunması gerekir. Bunun dışında kalan olağan dönem kanunları, CBK'ları ve bunlara dayalı olarak çıkarılan düzenleyici işlemlerle yapılan müdahaleler Anayasa'nın 13. maddesi yönünden denetlenmelidir. Zira bu noktada kanun koyucunun veya yürütme erkinin olağanüstü hâle neden olan tehlikeyle mücadelede olağan dönem kurallarını tercih ettiğinin kabulü gerekmektedir.

7. Mahkememizin bir müdahalenin 15. madde kapsamında incelenip incelenmeyeceğini belirlerken *şeklî kriteri dikkate almayan yaklaşımının* iki temel sakıncaya yol açtığı söylenebilir. Birincisi, bu yöntem olağanüstü hâllerde Anayasa'nın sadece yasama organına ve CBK koyucu olarak Cumhurbaşkanına tanıdığı olağanüstü hâlin gerektirdiği konularda tedbir alma ve bu kapsamda temel hak ve hürriyetleri sınırlama yetkisinin idareye de tanınması sonucunu doğurabilmektedir. İdarenin olağanüstü hâlin gerektirdiği bir konuda olsa bile hiçbir kanuna veya CBK'ya dayanmayan bir düzenleyici ya da bireysel işlemiyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hatta durdurulması sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bunun da Anayasa'nın başta hukuk devleti ilkesine yer veren 2. maddesi olmak üzere, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine, yasama yetkisinin devredilemezliğini güvenceye alan 7. maddesine ve bilhassa da 119. maddesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

8. Mevcut yöntemin birincisiyle bağlantılı ikinci sakıncası ise olağanüstü tedbirlerin yaygınlaştırılarak bir anlamda olağanüstünün olağanlaştırılmasına yol açabilecek olmasıdır. Gerçekten de temel hak ve

hürriyetlere yönelik bir müdahale için usulüne uygun yürürlüğe girmiş olan bir kanun veya CBK hükmünün aranmaması durumunda, *olağan* dönem için geçerli kabul edilen düzenlemelerin Anayasa'nın açıkça "*savaş, seferberlik ve olağanüstü hâllerde*" alınan tedbirlerin denetimi için öngördüğü 15. madde kapsamında incelenmesine neden olacaktır. Hâlbuki Anayasa olağan dönem müdahalelerinde denetimin 13. madde yönünden yapılmasını öngörmektedir.

9. Bu noktada belirtilmelidir ki, şeklî kriterin mevcut kriterlere eklenmesi, Mahkememizin başvurunun esasıyla ilgili vereceği kararı etkilemeyeceği gibi "*uygulanabilirlik*" bakımından da sonucu değiştirmeyebilir. Nitekim somut başvuruya konu olayda idare toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yönelik müdahaleyi 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'nun 11. maddesinin verdiği yetkiye dayandırmıştır. Bu nedenle şeklî kriter eklendiğinde de inceleme yine 15. madde yönünden yapılabilecektir.

10. Diğer taraftan Anayasa'nın 15. maddesi yönünden incelenmesi gerektiğine karar verilen müdahalenin önce Anayasa'nın 13. maddesindeki güvencelere uygunluğunun incelenmesi de bazı sakıncaları beraberinde getirebilmektedir. Mevcut yönteme göre 13. madde yönünden yapılan incelemede ihlal bulunmadığında ayrıca 15. madde yönünden inceleme yapılmamakta, buna karşılık 13. madde yönünden bir aykırılık tespit edildiğinde Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme daha yapılmaktadır.

11. Bu *ikili* inceleme yönteminin en az üç olumsuz sonucu olduğu söylenebilir. Birincisi, olağanüstü hâlin özel şartları altında bir temel hak veya hürriyete yönelik müdahalenin olağan dönemin kriterleriyle incelenmesi, konunun somut gerçeklikten uzaklaşılarak değerlendirilmesine yol açabilmektedir. Olağanüstü hâl düzenlemesine dayanılarak yapılan bir müdahaleyi adeta *olağan dönemde yapılmış bir müdahale gibi* görerek 13. madde yönünden incelemek, kaçınılmaz olarak soyut bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Oysa bireysel başvuruda ihlale neden olup olmadığı incelenen müdahale soyut ya da farazi değil, bizzat başvurucuya uygulanmış olan somut işlem veya karara dayanmaktadır.

12. Bu yöntemin ikinci sakıncası -hiç gerekmediği halde- Anayasa Mahkemesinin bir OHAL tedbirini olağan dönem tedbiri gibi değerlendirip ihlalin varlığı ya da yokluğuna dair bir sonuca ulaşmasına neden olmasıdır. Bu durum Mahkemenin OHAL sonrasında önüne gelebilecek benzer bir konuda önceden 13. madde incelemesi yaparak görüş açıklaması sonucunu doğurmaktadır. Hâlbuki Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başvuruda OHAL tedbiri mahiyetinde bir müdahale bulunuyorsa bunu olağanüstü dönemin şartlarını dikkate alarak değerlendirmesi gerekmektedir.

13. Üçüncü ve daha ciddi sakınca ise iki ayrı hukuki rejimin temel hakların sınırlandırılmasına yönelik kriterlerinin kavram kargaşasına yol açacak şekilde iç içe geçmesidir. Bu karmaşanın bilhassa "*kanunilik*", "*meşru amaç*" ve "*ölçülülük*" kriterlerinde tecessüm ettiğini söylemek mümkündür.

14. Anayasa'nın 13. maddesine göre bir temel hak veya hürriyetin sınırlandırılabilmesi için yasama organı tarafından "*kanun*" adı altında çıkarılmış bir kural bulunmalı, bu kural da açık, net ve belirli olmalıdır. Buna karşılık olağanüstü hâlde kanunun yanında OHAL KHK'larıyla da (yeni sistemde CBK) temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilmektedir. Bu durumda bir OHAL kararnamesinin veya CBK'nın Anayasa'nın olağan dönemler için öngördüğü 13. maddede düzenlenen "*kanunilik*" şartı bakımından değerlendirilmesi ontolojik olarak mümkün değildir. Tam da bu nedenle OHAL KHK'sı ile yapılan bir müdahale 13. madde yönünden incelendiğinde bazen olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin OHAL KHK'sı ile sınırlandırılabileceğine dair anayasal hükme atıfla "*kanunilik şartını sağladığı*", bazen de bunun yanlış olacağı düşünülerek "*kanuniliğin istisnası*" olduğu değerlendirmesi yapılmıştır. Hâlbuki şeklî ve maddi kriterler kullanılarak OHAL tedbiri olduğu tespiti yapıldıktan sonra artık incelemenin Anayasa'nın 13. maddesi değil, olağanüstü dönemde temel hakların sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi yönünden yapılması gerekir.

15. İkili inceleme yöntemi benzer şekilde "*meşru amaç*" kriteri yönünden de soruna yol açabilmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen özel sınırlama sebeplerinin olağanüstü tedbirler için de geçerli olduğu söylenemez. Başka bir ifadeyle olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken Anayasa'da bunlar için öngörülmüş olan sınırlama sebepleriyle bağlı kalınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Olağanüstü hâle neden olan tehlikenin bertaraf edilmesi amacıyla, olağanüstü "durumun gerekleri" dikkate alınarak hak ve özgürlükler sınırlandırılabilmektedir. Bu sebeple, olağanüstü bir tedbirle yapılan sınırlandırmanın "*meşru amacı*"nın Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında incelenmesi anayasal hükümlerin hatalı yorumlanmasına ve karışıklığa neden olabilmektedir.

16. Öte yandan "*ölçülülük*" ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde ve 15. maddesinde öngörülen ortak kriterdir. Bu ilkenin olağan ve olağanüstü dönemde aynı alt ilkelere sahip olduğu malumdur. Buna göre bir müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için müdahale için öngörülen meşru amaç bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olması zorunludur. Kuşkusuz olağan dönemdeki ölçülülük ile olağanüstü dönemdeki ölçülülük arasında derece farkı bulunmaktadır. Bu bakımdan olağan dönemde "*ölçüsüz*" kabul edilen bir müdahale olağanüstü hâl şartlarında "*durumun gerektirdiği ölçüde*" kabul edilebilir. Lakin bu derece farkı zaten somut olayın şartlarından

kaynaklandığından, her müdahalenin özel şartlarında ve "*durumun gerekleri*" bağlamında değerlendirme yapılabilmektedir. Bu nedenle bir müdahalenin hem 13. maddedeki hem de 15. maddedeki "*ölçülülük*" ilkesi yönünden incelenmesi kaotik bir duruma yola açabilmektedir. Dahası bir müdahalenin Anayasa'nın 15. maddesi yönünden "*ölçüsüz*" olduğu sonucuna ulaşılırken, çoğu kez daha önce 13. madde yönünden yapılan incelemelerdeki değerlendirmelere yer verilmektedir.

17. Belirtilen tüm bu sakıncaların giderilmesi için bir yandan olağanüstü tedbirin varlığını tespit ederken, maddi kriterlerin varlığından önce, bir OHAL mevzuatının bulunup bulunmadığının dikkate alınması, diğer yandan da OHAL tedbirinin varlığı tespit edildikten sonra da müdahalenin sadece 15. maddeden incelenmesi gerekir.

18. Mevcut ikili inceleme yönteminin yukarıda açıklanan şekilde revize edilmesi ve güncellenmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun somut başvuruda incelemenin 15. madde kapsamında yapılması gerektiği görüşüne farklı gerekçeyle katılıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Meltem Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş [GK], B. No: 2018/13551, 23/2/2023

1. Başvurucu sahibi olduğu televizyon kanalında yayımlanan bir programda genel sağlığa zarar verecek davranışların teşvik edilmesi nedeniyle uyarı yaptırımı ve gizli ticari iletişim yapıldığı gerekçesiyle de idari para cezası yaptırımı uygulanmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüş, çoğunluk başvuruda ihlal olmadığına karar vermiştir.

2. Başvurucu şirkete ait bir televizyon kanalı hakkında Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (l) bendinde belirtilen "*Genel sağlığa, … zarar verecek davranışları teşvik edemez*" hükmünün ihlali nedeniyle uyarı yaptırımının, aynı Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki "*Gizli ticari iletişime izin verilemez.*" hükmünün tekraren ihlali nedeniyle de 11.026 TL idari para cezası yaptırımının uygulanmasına karar vermiştir.

3. Başvurucunun idari işlemin iptali talebiyle açtığı dava Ankara 9. İdare Mahkemesi tarafından idarenin gerekçeleri belirtildikten sonra "*Davalı idare kararında hukuka ve mevzuata aykırılık görülmemiştir*" denilerek reddedilmiştir. Bu karar Danıştay 13. Dairesince de onanmıştır.

4. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü demokrasinin vazgeçilmez unsurudur. Demokratik toplum şiddet içermemek kaydıyla her türlü görüşün savunulabildiği, serbestçe ifade edilebildiği ve başkalarıyla paylaşılabildiği bir ortamın varlığını gerektirir. Farklı görüşlerin ifade edilemediği bir toplumda çoğulculuktan, çoğulculuğun olmadığı bir toplumda da demokrasiden söz edilemez. Anayasa Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı üzere farklı düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, bu yönde başkalarını ikna etme çabaları ve buna ilişkin çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir (AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 112).

5. Diğer yandan ifade özgürlüğü sınırsız değildir. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kamu düzeni ve kamu güvenliğinin

korunması gibi sebeplerle bu özgürlük sınırlandırılabilir. Ancak ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında kanuni dayanağının ve meşru amacının yanında demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir.

6. Eldeki başvuruya konu yaptırımların kamu düzeninin ve başkalarının haklarının korunması amacıyla ve 6112 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine dayanılarak uygulandığı söylenebilir. Bununla birlikte ifade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olabilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekmektedir. Bunun için de müdahaleyi oluşturan tedbirin meşru amaca ulaşmaya elverişli, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olması zorunludur (bkz. *Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, § 77).

7. Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca "*devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak*"la yükümlüdür. Bu pozitif yükümlülüğün gereği olarak kişilerin ve toplumun sağlığını korumaya yönelik bazı tedbirler alınabilir. Ancak sağlık alanında ifade özgürlüğünü korumak için söz konusu tedbirlerin de bir sınırının olması gerektiği, özellikle akademik ve bilimsel özgürlüğü engelleyici olmaması gerektiği izahtan varestedir. Bu bağlamda sağlıkla ilgili bilgilerin sansürlenmesi veya sağlık alanındaki tartışmalara katılımı engelleyecek mahiyetteki müdahaleler ifade özgürlüğünü ihlal edebilecektir (*Mutia Canan Karatay* (2), B. No: 2018/6707, 31/3/2022, §§ 31-33).

8. Bu sebeple bireyin ve toplumun sağlığını korumak amacıyla ifade özgürlüğü kısıtlandığında uygulanan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği ve orantılı olduğu idari ve yargısal kararlarda gösterilmelidir. Aksi takdirde "*yanlış*" veya "*tehlikeli*" olduğu gerekçesiyle birtakım görüşlerin yasaklanması veya bunların ifade edilmesine yaptırım uygulanması tam tersi yöndeki amaca, bunların daha da yayılmasına ve toplumda karşılık bulmasına hizmet edebilir.

9. Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere, "*İnsanların sağlığını tehdit ettiği düşünülen düşünce açıklamaları ile mücadele etmek için ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkını tam olarak destekleyen politikalar geliştirilmelidir. Yanlış bilgiye ilişkin sansür ve yaptırımlara dayalı yaklaşımların yerini şeffaflık ve ifade özgürlüğünü koruyan yaklaşımlar almalıdır*" (*Mutia Canan Karatay* (2), § 36).

10. Yasaklamalar ve yaptırımlarla belli konuların tartışılmasını engellemek, demokrasinin varlık şartı olan çoğulculuğu zedeler. İfadenin özgür olmadığı yerde insanların oldukları gibi görünmeleri, göründükleri gibi olduklarında da kendileri olarak kalmaları zordur. Kişileri maskeli baloya zorlayan rejimin adı demokrasi olamaz.

11. Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, başvurucunun sahibi olduğu televizyon kanalında yayınlanan programda *fitoterapi* alanında çalıştığı bilinen bir tıp doktorunun konvansiyonel tedavi yöntemlerini eleştiren açıklamalarda bulunduğu, programa telefonla bağlanan bazı izleyicilerin bu doktorun tedavilerinden faydalandıklarını söyledikleri ve bu arada ekranın altında danışma hattı telefon numarasının bulunduğu anlaşılmaktadır. RTÜK, programın daimî konuğu olan doktorun "*insanları gerçek tedavi yöntemlerinden uzaklaştıran, bilimi, tıbbı ve tıp doktorlarını hedef alan yayındaki sözlerinin toplumun doktorlara ve hastaneye karşı güvenlerinin zedelenmesine neden olabileceği ve genel sağlığı olumsuz etkileyeceği*" gerekçesiyle yayıncı kuruluşa uyarı yaptırımı ile aynı programda gizli ticari iletişim yapılması nedeniyle de idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Derece mahkemesi de RTÜK'ün değerlendirmelerini aktardıktan sonra aynı sonuca ulaşıldığını belirterek iptal talebinin reddine karar vermiştir.

12. Mahkeme kararında, idari yaptırıma konu programın daimî konuğu olan doktorun "*O memlekette* [Çanakkale'de] *doktorlar diyorlar ki sen kolesterol için şunu kullanacaksın, sen hepatit için şunu kullanacaksın, sen tansiyon için şunu kullanacaksın… Bunu bize söyleyen, bunu bize empoze eden, yani bizim beynimizi yıkayan bu insanlar kim biliyor musunuz bu doktorlar? İşte Çanakkale'de bizim o yatan şehitlerimizin çarpıştığı mantık…*" şeklinde sözler sarf ettiği, bu şekilde genel sağlığa zarar verecek davranışları teşvik ettiği RTÜK kararına atfen belirtilmiştir.

13. Modern tıbba ve doktorlara yönelik bu ifadelerin hamaset yüklü hatta rahatsız edici olduğu söylenebilir. Ancak bu sözler en az iki nedenle başvurucunun sahibi olduğu kanalın genel sağlığa zarar verecek davranışları teşvik ettiğini göstermek bakımından yeterli değildir.

14. Birincisi bir sınırlamanın ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği belirlenirken kullanılan ifadelerin bağlamından kopartılmaksızın ve olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Hâlbuki somut olayda idari ve yargısal makamların kararlarına gerekçe olarak aldıkları sözler bağlamı ve bütünselliği içinde değerlendirilmemiştir. Başvuruya konu yayında Çanakkale'den bağlanan bir izleyicinin sorusu ve sözleri üzerine yukarıda aktarılan sözler söylendiği halde, kararda bunlara yer verilmeden doğrudan doktorun açıklamaları yer aldığından bu sözlerin hangi bağlamda sarf edildiği anlaşılamamıştır.

15. İkincisi ve daha önemlisi, ifade özgürlüğü hoşa gitmeyen, rahatsız edici sözleri de korumaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin sıklıkla vurguladıkları üzere "*İfade özgürlüğü, sadece kabul gören veya zararsız yahut kayıtsızlık içeren bilgiler ya da fikirler için değil aynı zamanda*

kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir" (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 36; AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, §109). Benzer şekilde, ifade özgürlüğünün belli ölçüde "*abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği*"ne dikkat çekilmiştir (*Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri*, § 102).

16. Diğer yandan, ne RTÜK kararında ne de bu kararda "*hukuka ve mevzuata aykırılık görülmemiştir*" diyen mahkeme kararında başvurucunun gizli ticari iletişim yaptığına dair somut veriler ortaya konulabilmiştir. Somut başvuruya konu idari ve yargısal kararlarda yayın esnasında ekranın alt kısmında telefon numarasının verilmesi gizli ticari iletişim yapıldığının belirtisi olarak kabul edilmiştir. Başvurucu bu numaranın izleyicilerin soru ve görüşlerinin alınması için verildiğini ileri sürmesine karşın, buna ilişkin bir açıklama ilgili kararlarda yer almamıştır. Programın daimi konuğu olan doktorun ürünlerine verilen danışma hattından ulaşılmasının mümkün olduğu varsayımına dayalı olarak idari para cezasının uygulandığı anlaşılmaktadır.

17. Bu bağlamda idari ve yargısal makamlar başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmaların zorunlu bir toplumsal ihtiyacın karşılanmasına yönelik olarak demokratik toplum düzeninde gerekli olduğunu ilgili ve yeterli gerekçelerle gösterebilmiş değillerdir.

18. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini düşündüğümden çoğunluğun kabul edilemezlik kararına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

HBB Mühendislik Alt Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. [GK],
B. No: 2020/20854, 23/2/2023

1. Başvurucunun kesin hükmü değiştirecek şekilde tavzih kararı verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik şikâyeti kabul edilebilir bulunarak ihlal sonucuna ulaşılmıştır.

2. Çoğunluk kararında başvurucunun "*ruhsat alanının tamamının*" teslimi için açtığı davanın lehine sonuçlandığı, ancak Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin (BAM) tavzih kararıyla "*sözleşmenin içeriği yeniden yorumlanarak kesinleşen ve icrasında tereddüt uyandırmayan ilk hükmün içeriğini değiştirecek şekilde yeni bir hüküm kurulduğu*", bunun da tavzihe ilişkin kanun hükmünün öngörülemez şekilde yorumlanması anlamına geldiği belirtilmiştir (§§ 84-85).

3. Eldeki başvuruda çözümlenmesi gereken temel mesele, çoğunluğun da belirttiği üzere, BAM'ın iki kararı arasında karşılaştırma yapmak suretiyle tavzih kararının açıkça keyfîlik veya bariz takdir hatası içerip içermediğini tespit etmektir (§ 82). Bunun için öncelikle tavzih kararına kadar gerçekleşen yargısal sürece kısaca bakmak gerekecektir.

4. Başvurucu şirket ile davalı şirket arasında 2/8/2008 tarihinde bir rödovans sözleşmesi imzalanmıştır. Başvurucunun sözleşmenin geçerliliğine ve sözleşme alanının kendisine teslim edilmesine yönelik açtığı dava sulh hukuk mahkemesi tarafından kısmen kabulle sonuçlanmıştır. Mahkeme sözleşmenin geçerli olduğuna, maden sahasının teslimi ve müdahalenin önlenmesine ilişkin taleplerin ise reddine karar vermiştir.

5. Tarafların istinaf başvurusu üzerine BAM, "*rödovans sözleşmesinin geçerliliğinin ve davacının kiracılık sıfatının tesbiti ile kiralanana yapılan müdahalenin men'ine, kiralananın davacı kiracıya teslimine*" hükmetmiştir. Ancak kararın icrası aşamasında "*kiralanan*" ibaresi üzerinde görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Aslında *teslim edilecek alanın belirlenmesine* ilişkin olarak başvurucuyla davalı şirket arasındaki uyuşmazlık daha ziyade BAM kararının uygulanması aşamasında ortaya çıkmıştır.

6. Nitekim Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğünün (MAPEG) Mahkememize gönderdiği 25/7/2022 tarihli yazıdan "*kiralanan*" alanın kapsamı konusunda tereddütler yaşandığı anlaşılmaktadır. Buna göre, BAM'ın kararının icrasına yönelik olarak İstanbul 31. İcra Müdürlüğünce MAPEG'e gönderilen 5/3/2020 tarihli yazıda "*maden sahasının tamamı üzerinde müdahalenin meni ve ruhsat alanının tamamının teslimine yönelik ilamlı icra takibine geçildiği*" belirtilmiştir. Bundan kısa bir süre sonra, 13/3/2020 tarihli yazıda ise bu kez "*sadece rödovans sözleşmesinde yazılı olan, Y1-314125…X8-41554400 koordinatlar üzerine müdahalenin meni ile ruhsat alanının teslimine yönelik icra takibine geçildiği*" bildirilmiştir.

7. MAPEG'in "*koordinatları belirli alanın*" başvurucu şirkete teslimine dair ilgili şirketlere ve Isparta Valiliğine yazı yazmasını müteakip İcra Müdürlüğü 20/3/2020 tarihli yeni bir yazıyla "*ruhsat alanının tamamının teslimine yönelik icra takibine geçildiğini ve takibin kesinleştiğini*" belirtmiştir. Bunun üzerine MAPEG 25/3/2020 tarihli yazısıyla söz konusu ruhsat alanında başka bir şirketin (K. şirketi) rödovansçı olarak faaliyet gösterdiğini, bu konuda idare mahkemesinin kararı bulunduğunu, bu sebeple *ruhsat sahasının tamamının mı yoksa rödovans koordinatlarında belirtilen alanla sınırlı olmak üzere mi* işlem yapılacağını sormuştur. İcra Müdürlüğü bu soruyu "*20/3/2020 tarihli karar ve müzekkerenin açık ve anlaşılır olduğu*" şeklinde cevaplamıştır.

8. Tüm bu yazışmalardan BAM'ın kararında yer alan "*kiralanan*" ibaresinden ne kastedildiği noktasında tereddütler yaşanmış olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de BAM'ın kararında teslim edilmesi gereken alana ilişkin açık bir belirleme bulunmamaktadır. Bu anlamda çoğunluğun söz konusu hükümde "*ruhsat alanının bir kısmını içeren ve sözleşmede koordinatları verilen alan ile sınırlandırıldığına ilişkin bir belirleme*"nin bulunmadığı yönündeki değerlendirmesi bizce de isabetlidir (§ 84). Ancak bu değerlendirme eksiktir. Aynı şekilde BAM'ın kararında teslim edilmesi gereken "*kiralanan*" alanın *ruhsat alanının tamamı* olduğuna dair de herhangi bir belirleme bulunmamaktadır.

9. Esasen tam da bu nedenle tavzih talebinde bulunulmuştur. 6100 sayılı Kanun'un 305. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre "*Hüküm yeterince açık değilse veya icrasında tereddüt uyandırıyor yahut birbirine aykırı hükümler içeriyorsa, icrası tamamlanıncaya kadar taraflardan her biri hükmün açıklanmasını veya tereddüt ya da aykırılığın giderilmesini isteyebilir*". Somut olayda hükmün yeterince açık olmadığı ve icrasında tereddüt uyandırdığı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur.

10. Nitekim BAM, davalı tarafın tavzih talebi üzerine hükmünü açıklamış ve "*kiralanan*" ibaresi konusunda icra aşamasında ortaya çıkan tereddütleri gidermiştir. BAM, hükmün *sözleşmenin 2. maddesinde rödovans sahası*

koordinatları olarak X ve Y noktaları belirlenen saha olan kiralananın davacı kiracıya teslimine şeklinde açıklanmasına karar vermiştir.

11. Mahkememizin kararlarında vurgulandığı üzere, bireysel başvuruya konu uyuşmazlıklarda kanun hükümlerini yorumlama ve uygulama yetkisi derece mahkemelerine aittir. Bu yorumlar açıkça keyfî olmadıkça veya bariz takdir hatası içermedikçe bunlara müdahale edilmemesi gerekmektedir.

12. Somut olayda, son tahlilde iki şirket arasında imzalanan bir sözleşmenin yorumlanması ve uygulanması söz konusudur. BAM'ın her iki kararında da sözleşmeyi esas aldığı ve davacıya teslim edilmesi gereken "*kiralanan*" alanın belirlenmesi konusunda sözleşme hükümlerini değerlendirdiği kabul edilmelidir. Bu kapsamda tavzih kararının konusu rödovans sözleşmesinin yorumuna ilişkin olduğundan öncelikle bu sözleşmeye bakılması gerekmektedir.

13. Başvurucu ile davalı şirket arasında imzalanan sözleşmenin kapağında "*…Maden İşleri genel Müdürlüğü'nden Alınma İR64018 Nolu Ruhsat Sahası İçinde Belirlenen Koordinatlar İçin Hazırlanan Rödovans Sözleşmesi*" yazmaktadır. Sözleşmenin "*Sözleşme konusu*" kenar başlıklı 2. maddesinde rödovans sahasının koordinatlarına yer verilmiş, "*İşe başlama ve yer teslimi*" kenar başlıklı 4. maddesinde ise sözleşmenin imzalanmasının ardından "*ruhsatın tamamının*" işletme hakkının işletmeciye devredileceği belirtilmiştir.

14. Öte yandan sözleşmenin başlığı dahil neredeyse tamamında teslimi yapılacak alanın "*koordinatlarla sınırlı*" olduğuna dair ifadeler bulunmaktadır. Söz gelimi "*Rödovans bedeli ve ödeme şeklî*" kenar başlıklı 5. maddede işletmecinin "*kendisine teslimi yapılan koordinatlarla sınırlı alandan*" mermer çıkaracağı, "*Tarafların yükümlülükeri*" kenar başlıklı 8. maddede ise işletmecinin "*koordinatlarla sınırlı bu mermer ocağı çalışmasına ait alan*"la ilgili sicil numarası açarak işyerini çalıştıracağı ve "*Sosyal Sigortalar Kanunu gereğince işyerini bildirmek ve koordinatlarla sınırlı alanda her türlü mesuliyeti taşımak zorunda*" olacağı belirtilmektedir.

15. Tavzih kararına konu uyuşmazlığın, rödovans sözleşmesinin 4. maddesiyle diğer maddeleri arasında bir çelişki olup olmadığı noktasında düğümlendiği anlaşılmaktadır. Bunu değerlendirme konusunda derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesine göre daha avantajlı olduğu izahtan varestedir. Anayasa Mahkemesine düşen görev sözleşmenin yorumunda ve uygulanmasında açık bir keyfîliğin veya bariz takdir hatasının bulunup bulunmadığını tespit etmektir.

16. Bu noktada delil tespiti aşamasında alınan bilirkişi raporuna değinmek gerekir. Bu raporda sözleşmedeki koordinatlarla belirtilen alan ekli krokide

gösterilerek "*krokide taralı olarak gösterilen alanın 1/11/2008 tarihli rödovans sözleşmesi ile 15 yıllığına*" başvurucunun faaliyet göstermesine imkân sağlandığı belirtilmiştir. Başvurucunun bu tespite itiraz ettiğine dair herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır (§ 12).

17. Yukarıda yapılan tüm bu açıklamalar, dosyadaki bilirkişi raporu ve üçüncü şirketlerin aynı ruhsat alanında rödovans faaliyetinde bulunma hakkına sahip olduğuna dair mahkeme kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, BAM'ın tavzih kararının keyfî olduğunu veya bariz takdir hatası içerdiğini söylemek mümkün değildir. BAM'ın kararlarında başvurucuya teslim edilmesi gereken alanın belirlenmesi bakımından sözleşmenin bir bütün halinde ve sistematik yorumla değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda tavzih kararının hükmü değiştirdiği veya daralttığı söylenemez.

18. Diğer yandan, bir kanun hükmünün veya sözleşmenin birden fazla yoruma müsait olması durumunda Anayasa Mahkemesine düşen görev bunlardan birini "*doğru*" kabul edip, diğerinin "*yanlış*" olduğunu ilan etmek değildir. Dahası Mahkememizin bireysel başvuruda başvuruya konu somut uyuşmazlığın esasını çözmek gibi bir görevi de yoktur.

19. Somut olayda, çoğunluğun da kabul ettiği üzere, "*Anayasa Mahkemesinin görevi başvurucu ile uyuşmazlığın tarafı olan üçüncü kişi arasındaki rödovans sözleşmesinin kapsamını belirlemek*" değildir (§ 82). Ne var ki, BAM'ın ilk hükmünde başvurucuya teslim edilmesi gereken alana ilişkin açık bir belirleme yapılmadığı halde, Mahkememiz çoğunluğu başvurucunun beyanlarından ve cevaba cevap dilekçesinden hareketle, kararın ruhsat alanının tamamını kapsadığına, tavzih kararının ise bunu daralttığına hükmetmiştir.

20. Böylece çoğunluk tam da yapmaması gerekeni ve söylediğinin tersini yapmış, *rödovans sözleşmesinin kapsamını* belirlemiş, BAM'ın yerine geçerek bir anlamda kendisi hükmü tavzih etmiştir. Bunu bireysel başvurunun ikincilliği ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

21. Açıklanan gerekçelerle, başvurunun açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez olduğunu ve esas bakımından da ihlal bulunmadığını düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararlarına katılmıyorum.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Ahmet Çörekçi [GK], B. No: 2021/30753, 26/1/2023

1. Hava Kuvvetleri eski komutanı olan başvurucunun hakkındaki yargılamanın Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesinde yapılması gerekirken ağır ceza mahkemesince görülüp sonuçlandırılması nedeniyle kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiği iddiası Mahkememiz çoğunluğu tarafından yerinde görülmemiş ve söz konusu güvencenin ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.

2. 2010 yılında Anayasa'nın 148. maddesine yapılan eklemeyle Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının da "*görevleriyle ilgili suçlardan dolayı*" Yüce Divanda yargılanmaları öngörülmüştür. Buna göre suçun işlendiği ileri sürülen tarihte Hava Kuvvetleri Komutanı olarak görev yapan başvurucunun göreviyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanması gerektiği açıktır. Burada çözümlenmesi gereken mesele başvurucunun mahkûm olduğu suçun "*göreviyle ilgili*" olup olmadığıdır.

3. Hukuk sistemimizde görev suçları bir liste halinde belirlenmiş değildir. Bu sebeple hangi suçların görev suçu olduğu konusunda süregiden bir tartışma mevcuttur. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan ve Yüce Divan olarak yetki alanını belirleyen "*görevleriyle ilgili suçlar*" kavramının ne anlama geldiğini özerk bir yorumla ortaya koymak durumundadır.

4. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi -anayasal hükümleri yorumlama konusunda yegâne makam değilse de- Yüce Divanın görevine ilişkin Anayasa kurallarının doğrudan yorumlanması ve uygulanması ile ilgili meselelerde nihai yorum yetkisine sahiptir. Bu sebeple Yüce Divanın görevleriyle ilgili anayasal kurallar yorumlanırken Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı mercileri tarafından gözetilmemesi kanuni hâkim güvencesini ihlal edebilir (§ 120).

5. Somut olayda "*28 Şubat süreci*" olarak bilinen dönemde kuvvet komutanı olan başvurucu, 54. Türkiye Cumhuriyeti *İcra Vekilleri Heyetini Cebren Iskat veya Vazife Görmekten Cebren Men Etmek* suçuna iştirak etmekten dolayı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 147. maddesi gereğince cezalandırılmıştır. Derece

mahkemesi atılı "*suçun görevin sağladığı kolaylık, avantajla ve imkân kullanılarak işlendiği sabit ise de görev kapsamında işlendiğinin kabulü*"nün mümkün olmadığını, zira "*hiç bir görevin hiç kimseye suç işleme hak ve ayrıcalığı*" vermeyeceğini belirterek, başvurucunun cezalandırıldığı suçun "*görev suçu*" olmadığına karar vermiştir (§ 40).

6. Görev suçunun tayininde tek başına bu yaklaşımın benimsenmesinin isabetli olmadığı açıktır. Kuşkusuz hiçbir görev hiç kimseye suç işleme hakkı vermez. Bu durumda "*görev suçu*"ndan bahsetmek de imkânsız hale gelir. Hiçbir görev hiçbir kamu görevlisine rüşvet almak, zimmetine para geçirmek, ihaleye fesat karıştırmak gibi fiillere cevaz vermez. Dahası hiçbir görev onu yerine getirenlere görevi kötüye kullanma hakkı ve ayrıcalığı tanımayacağından "*görevi kötüye kullanma suçu*"nun dahi "*görev suçu*" olarak kabul edilmesi mümkün olmayabilir.

7. Tüm bu suçlar görevin gereklerine aykırı olarak kamu görevlisinin kendisine tanınan yetki ve imkânlardan yararlanarak işleyebildiği suçlardır. Bu durumda "*görev suçu*"nun kamu görevlisinin o görevde bulunmasa işleyemeyeceği suç olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle görev suçunun en belirgin özelliği suç işleyen kişinin görevin kendisine sağladığı güç, imkân, nüfuz ve avantajdan yararlanmış olmasıdır.

8. Başvuruya konu somut olayda da başvurucuya atfedilen suç onun kuvvet komutanı olarak görevinin sağladığı imkânlardan yararlanarak yapabileceği fiillere dayanmaktadır. Başvurucu, "*28 Şubat süreci*" olarak bilinen ve hükûmetin görevden ayrılmasıyla sonuçlanan süreçte etkili olan Millî Güvenlik Kurulunun üyesidir. Bu nedenle başvurucunun yargılandığı ve mahkûm edildiği suçun onun "*göreviyle ilgili*" olmadığını söylemek mümkün değildir.

9. Çoğunluk tarafından da kabul edildiği üzere, derece mahkemelerinin Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan *görevleriyle ilgili suç* ibaresini, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin yorumu ile bağdaşmayacak ve kanuni hâkim ilkesini anlamsızlaştıracak derecede dar yorumlayıp yorumlamadığı suçun vasfından bağımsız olarak belirlenmelidir (§ 121). Kararda ise "*derece mahkemelerinin isnat konusu suçun başvurucunun görevleriyle ilgili olmadığı yönündeki değerlendirmelerinin Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarıyla uyumlu olduğu*" sonucuna ulaşılmıştır (§ 130).

10. Hâlbuki, Anayasa Mahkemesinin içtihadı tam tersi yöndedir. Yüce Divan, Anayasa'nın 148. maddesinde ve bu maddenin birer yansıması olarak ilgili kanunlarda geçen "*görevleriyle ilgili suçlar*" ibaresini istikrarlı bir şekilde, yargılama konusu eylemlerin *görevle bağlantılı ve görevden doğan yetkilerin mevzuata aykırı şekilde kullanılması* sonucu ortaya çıkan suçlar olarak değerlendirmiştir (bkz. §§ 69, 70).

11. Nitekim Yüce Divanın 2019/1 sayılı kararında, diğerleri yanında, Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme suçundan yargılanan ve suçun işlendiği ileri sürülen tarihte Genelkurmay Başkanı olan şüpheliye isnat edilen suçların "*görev suçu*" olduğu tespit edilmiştir. Yüce Divan sıfatıyla karar veren Anayasa Mahkemesine göre "*sanığa isnat edilen fiillerin sanığın göreviyle bağlantılı ve görevinden doğan yetkilerin mevzuata aykırı olarak kullanılmasına ilişkin olduğu sonucuna varılarak iddia konusu eylemler görev suçu olarak nitelendirilmiş*" tir (E. 2017/1 (Yüce Divan), K. 2019/1, 31/10/2019).

12. Benzer şekilde Yargıtay eski üyesi olan bir sanık hakkında kamuoyunda kozmik oda olarak bilinen yerde yapılan arama sırasında devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri temin ettiği iddiasıyla son soruşturma açılmasına karar verilmiş ve dosya Yüce Divana gönderilmiştir. Bu davada Yüce Divan, her ne kadar sanığa atfedilen suçun işlendiği dönemde sanığın Yargıtay üyesi olmaması nedeniyle görevsizlik kararı vermişse de, fiilîn "*görev suçu*" olduğunu tespit etmiştir. Yüce Divana göre "*Sanığa isnat olunan fiilîn sanığın göreviyle bağlantılı ve görevinden doğan yetkilerin hukuka aykırı olarak kullanılmasına ilişkin bulunduğu ve dolayısıyla isnat edilen suçun sanığın göreviyle ilgili olduğu görülmektedir*" (E. 2020/1 (Yüce Divan), K. 2020/1, 17/9/2020).

13. Eldeki başvuruda da bu kararlardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, derece mahkemelerinin isnat konusu suçun başvurucunun *görevleriyle ilgili* olmadığı yönündeki değerlendirmeleri Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarıyla uyumlu değildir. Zira eski Hava Kuvvetleri Komutanı olan başvurucuya isnat edilen suç ile Yüce Divanın 2019/1 sayılı kararına konu yargılamanın sanığı olan eski Genelkurmay Başkanına isnat edilen suç aynıdır.

14. Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerinde güvence altına alınan kanuni hâkim güvencesi hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamamasını gerektirmektedir. Bu nedenle Yüce Divanda yargılanması gereken bir kişinin Anayasa Mahkemesinin kararları dikkate alınmadan yapılan yorumlarla başka bir yargı merciinde yargılanması kanuni hâkim güvencesini ihlal edecektir.

15. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerinde güvence altına alınan kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

V- TANIKLIKLAR

Mr. Moussa LARABA
(Secretary General of the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, CCJA, Former Judge of the Constitutional Council of Algeria from 2004 to 2011)

(Genel Sekreter, Afrika Anayasa Yargısı Konferansı (CCJA), Cezayir Anayasa Konseyi Eski Yargıcı (2004-2011))

I met Professor Zühtü Arslan after his election as the President of the Turkish Constitutional Court in 2015, and our relationship developed and strengthened further over the years.

On a personal level, I keep the image of a man full of energy and will, who was able to give the Constitutional Court an international dimension, through his effective presence and his personal involvement, at various regional and international events.

In this respect, we can cite his very important role in the revitalization of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC) and in the organization of its secretariat, without forgetting the institutionalization of the Summer School, which became an annual scientific activity much requested by judges and jurists and which has allowed the Constitutional Court of Türkiye to shine and play a leading academic role at the Asian level.

Furthermore, his crucial role in the creation of the Conference of Constitutional Jurisdictions of the Islamic World (CCJ-I) no longer needs to be demonstrated since he became the first president of this Conference after its creation.

At the African level, Professor Zühtü Arslan played a leading role in consolidating relations between the Constitutional Court of Türkiye and the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa (CCJA), which is an organization that brings together no less than 48 African constitutional courts. Thus, the Constitutional Court of Türkiye became a member of the CCJA with the status of Observer dated October 5, 2017, which opened the doors for it to participate in all activities organized by the CCJA and therefore, share its experience and its expertise in matters of constitutional justice with African judges and jurists.

He always made sure to be personally present at the activities of the CCJA, like the International Seminar organized in Algiers in 2017, and the Congress held in Luanda-Angola in 2019 and that of Rabat-Morocco in 2022.

His participation in these events was always awaited by jurists, given the quality and originality of his speeches, which he never forgot to recall the contribution of Muslim scholars and jurists in the promotion of world civilization.

I take this opportunity to thank him from the bottom of my heart for everything he has done to promote relations between the Constitutional Court of Türkiye and African Jurisdictions.

I don't want to talk about retirement, concerning him, because he is still young, but I wish him a good deserved rest and to enjoy life with his family in health and happiness.

"Men pass and their actions remain"

Done in Algiers, on December 14, 2023

Prof. Dr. Zühtü Arslan ile 2015 yılında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı seçilmesinin ardından tanıştım ve kendisiyle olan dostluğumuz yıllar içinde daha da gelişti ve güçlendi.

Kendisi, çeşitli bölgesel ve uluslararası etkinliklere bizzat etkin katılımıyla Anayasa Mahkemesine uluslararası bir boyut kazandırmayı başarmış enerji dolu ve iradeli bir şahsiyettir.

Bu bağlamda Arslan'ın, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin (AAMB) canlandırılması ve sekretaryasının oluşturulmasının yanı sıra, her yıl düzenlenen bilimsel bir etkinlik hâline gelen ve yargıçlar ve hukukçular tarafından yoğun ilgi gören Yaz Okulu organizasyonunun kurumsallaştırılmasındaki ve bunun neticesinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Asya'da parlayıp öncü bir akademik rol üstlenmesindeki büyük katkısından bahsedebiliriz.

Arslan'ın ayrıca İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansının kuruluşundaki önemli rolünden bahsetmeye gerek bile yoktur, zira kendisi bu Konferansın ilk başkanıdır.

Prof. Dr. Zühtü Arslan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile en az 48 Afrika ülkesinin anayasa mahkemelerini bir araya getiren Afrika Anayasa Yargısı Konferansı (CCJA) arasındaki ilişkilerin güçlendirilmesinde de öncü bir rol üstlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 5 Ekim 2017 tarihinde CCJA nezdinde Gözlemci kurum statüsünü almıştır. Böylece, CCJA tarafından düzenlenen tüm etkinliklere iştirak etme ve dolayısıyla anayasa yargısı alanındaki deneyim ve uzmanlığını Afrikalı yargıç ve hukukçularla da paylaşma imkânına sahip olmuştur.

Arslan, aralarında 2017'de Cezayir'de düzenlenen uluslararası seminer ile 2019'da Luanda-Angola'da ve 2022'de Rabat-Fas'ta düzenlenen kongrelerin bulunduğu CCJA etkinliklerine bizzat katılmaya her zaman özen göstermiştir.

Kaliteli ve özgün bir niteliğe sahip konuşmalarında Müslüman âlimlerin ve hukukçuların dünya medeniyetinin gelişimine olan katkılarından söz etmeyi asla ihmal etmeyen Arslan'ın söz konusu etkinliklere katılımı hukukçular tarafından daima hevesle beklenmiştir.

Bu vesileyle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile Afrika yargı mercileri arasındaki ilişkilerin geliştirilmesine yönelik tüm katkıları için kendisine en derin teşekkürlerimi sunuyorum.

Kendisi hâlâ genç olduğundan, emeklilik konusuna değinmek istemiyorum, ancak kendisine iyi bir dinlenme ve ailesiyle birlikte sağlıklı ve mutlu bir hayat diliyorum. "İnsanlar gider, yaptıkları kalır."

Cezayir, 14 Aralık 2023.

Farhad ABDULLAYEV
(Chairman of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan)
(Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı)

A TRIBUTE TO PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN, PRESIDENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF TÜRKİYE BY DR. FARHAD ABDULLAYEV, CHAIRMAN OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN

Undoubtedly, the ensuring the rule of law and the human rights and freedoms protection constitutes the basis of a state governed by the rule of law. Therefore, for the democratic development of a country the role of the constitutional review body is undeniable in order to ensure the supremacy of Constitution and ensure that the functioning of public authorities doesn't deviate from the framework of constitutional principles.

It is a gratifying and proud fact that today Türkiye's influence in international arena is increasing due to its geopolitical power and economic development.

The development of Türkiye in all areas is especially observed in the field of law and the strengthening of a democratic society. In this sense, the role of the Constitutional Court of Türkiye is great.

The Constitutional Court of Türkiye, through its judgments, plays a special role in the development of a state governed by the rule of law. It honors constitutional justice based on universal principles and Constitution.

For the past period, the Constitutional Court of Türkiye has been serving the people, laws and Constitution. The Constitutional Court of Türkiye, one of the most experienced courts in the field of constitutional justice in the world, effectively contributes to the ensuring the supremacy of Basic Law.

My Dear Friend, Honourable President Prof. Dr. Zühtu Arslan has been working diligently in the Constitutional Court of Türkiye since 2015 and has a unique reputation as a legal academic and lawyer among the legal community of both Türkiye and the Turkic world in general.

Professor Zühtü Arslan is author of extensive scientific researches in such areas as human rights, constitutional law, political-legal relations and political philosophy.

Prof. Dr. Zühtü Arslan made important contributions to the development of the legal system, the enhancement of legal culture, and the strengthening of a state governed by the rule of law in general through the adopted judicial acts during the period when he headed the Constitutional Court of the Republic of Türkiye.

I also would like to make a pointed reference that Azerbaijani-Turkish relations, built on the basis of historical friendship, mutual confidence and cooperation at a high level, are constantly strengthening. The fact that our peoples have the same origin, language, religion, culture and many other mutual connections has always made these two countries close to each other. Throughout history, there has been unbreakable friendship and fraternal relations between Türkiye and Azerbaijan. Both peoples showed unity in both good and difficult times, sharing each other's joys and sorrows.

The motto "One nation, two states", expressed by National Leader Heydar Aliyev in response to the statement of the founder of the Republic of Türkiye, Gazi Mustafa Kamal Atatürk, "Azerbaijan's joy is our joy, Azerbaijan's sorrow is our sorrow", once again means that relations between the two states are based on friendship and brotherhood.

The successful policy of President of the Republic of Azerbaijan, H.E. Mr. Ilham Aliyev and President of the Republic of Türkiye, H.E. Mr. Recep Tayyip Erdoğan, the strategic cooperation of these two countries, which have great geopolitical and economic potential, is aimed at ensuring the peace and security in the region, as well as further strengthening the economic development in the region.

During the 44-day Patriotic War and during the antiterror measures carried out by the Armed Forces of the Republic of Azerbaijan in September 2023, the Government and people of Türkiye demonstrated their solidarity with Azerbaijan to the whole world, and also defended the legitimate cause of our state and people in the fight against the Armenian occupation and provocations.

The Glorious Victory achieved in the Second Karabakh War is a historical Victory not only for Azerbaijan, but for the entire Turkic world. It should be emphasized with feelings of joy and pride that Azerbaijani-Turkish relations have now reached their highest peak. Our state and people will never forget Türkiye's moral and political support in ending the thirty-year occupation and restoring the territorial integrity of Azerbaijan.

The cooperation between the two countries, as in all areas, continues at a qualitatively new stage in the judicial and legal sphere, and the existing relations are further strengthened as a result of joint activities, and this development is successfully reflected in the cooperation of the Constitutional Courts of both countries.

My Dear Friend, Honourable Zühtü Arslan, continuing this tradition under his presidency of the Court, treated relations with the Constitutional Court of Azerbaijan with particular sensitivity and attached great importance. During the 44-day Patriotic War, esteemed Zühtü Arslan constantly expressed the moral support.

The relationships between the Constitutional Court of Türkiye and the Constitutional Court of Azerbaijan are based on very close and sincere links. We take the joint positions at international events.

It is a well-known fact that Honourable Zühtü Arslan was one of the main initiators of the establishment of the Conference of Constitutional Jurisdictions of the Turkic World (TURK-AY), as well as the Conference of Constitutional Jurisdictions of the Islamic World. Today also within the framework of these international organizations, there is a close cooperation between the Constitutional Court of Azerbaijan and the Constitutional Court of Türkiye. The relationships within these organizations are of great importance in terms of the sharing of experience and information in the field of constitutional justice among Turkic and Islamic countries.

At the same time, on the initiative of esteemed Zühtu Arslan, the Center for Training and Human Resources Development of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions has begun its functioning at the Constitutional Court of Türkiye in Ankara. Every year, seminars and trainings are organized at this Center on various current legal topics for the employees of the Constitutional Courts of many countries and not only Asian ones.

In 2016, H.E. Mr. Ilham Aliyev, President of the Republic of Azerbaijan, received a delegation headed by Mr. Zühtu Arslan, President of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye. During the meeting the President of Azerbaijan stated that Azerbaijan and Türkiye are friendly and fraternal countries and our bilateral relations are developing at a high level in all fields. President Ilham Aliyev noted also the importance of further developing of cooperation between our countries in all directions, including political, economic, energy, transport and other fields, as well as in the field of the judicial and legal system.

In conclusion, I would like to underline that the activity of Prof. Dr. Zühtu Arslan, whom we deeply respect, occupies a special role in the history of the Constitutional Court of Türkiye as well as in the development of Turkish constitutional law in general. I would like to convey my best wishes to my valuable and dear friend Zühtü Arslan of good health and success in his future activities, as well as peace and prosperity to the friendly and brotherly people of Türkiye.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN'A ARMAĞAN AZERBAYCAN CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI DR. FARHAD ABDULLAYEV

Bir hukuk devletinin temelini, şüphesiz hukukun üstünlüğünün sağlanması ve insan hak ve özgürlüklerinin korunması oluşturmaktadır. Bu nedenle bir ülkenin demokratik gelişimi için Anayasa'nın üstünlüğü ve kamu otoritelerinin işleyişinin anayasal ilkeler çerçevesinden sapmamasını sağlama hususunda anayasal denetim organının rolü yadsınamaz.

Günümüzde Türkiye'nin jeopolitik gücü ve ekonomi alanında kaydettiği gelişmeler sayesinde uluslararası arenadaki etkisinin artması sevindirici ve gurur verici bir gerçektir.

Türkiye'nin genel olarak kaydettiği gelişmeler, kendisini bilhassa hukuk alanında ve demokratik toplumun güçlendirilmesinde göstermektedir. Bu anlamda Türk Anayasa Mahkemesinin rolünün vurgulanması gerekmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla hukuk devletinin gelişmesinde ayrıcalıklı bir rol üstlenmektedir. Mahkeme, bu doğrultuda, evrensel ilkelere ve Anayasa'ya dayalı anayasal adaleti yüceltmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan günümüze dek halka, yasalara ve Anayasa'ya hizmet etmektedir. Anayasa yargısı alanında dünyanın en deneyimli mahkemelerinden biri olan Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın üstünlüğünün sağlanmasına etkin bir şekilde katkıda bulunmaktadır.

Saygıdeğer Dostum Sayın Başkan Prof. Dr. Zühtü Arslan, 2015 yılından bugüne dek Türk Anayasa Mahkemesinde çalışmalarını özenle yürütmekte olup Türkiye ve genel olarak Türk dünyası hukuk camiasında bir hukuk akademisyeni ve hukukçu olarak eşsiz bir üne sahiptir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan insan hakları, anayasa hukuku, siyaset-hukuk ilişkileri ve siyaset felsefesi gibi alanlarda kapsamlı bilimsel araştırmalara imza atmıştır.

Prof. Dr. Zühtü Arslan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'nı üstlendiği dönemde verilen yargı kararlarıyla, hukuk sisteminin gelişmesine, hukuk kültürünün yaygınlaşmasına ve genel olarak hukuk devletinin güçlenmesine önemli katkılar sağlamıştır.

Tarihî dostluk, karşılıklı güven ve yüksek düzeyde iş birliği temelinde inşa edilen Azerbaycan-Türkiye ilişkilerinin sürekli güçlendiğini ayrıca belirtmek isterim. Halklarımızın aynı kökene, dile, dine, kültüre ve daha birçok ortak bağa sahip olması, bu iki ülkeyi her zaman birbirine yakın kılmıştır. Türkiye ile Azerbaycan arasında tarih boyunca sarsılmaz dostluk ve kardeşlik ilişkileri süregelmiştir. Her iki halk da hem iyi hem zor zamanlarda birlik olmuş, birbirlerinin sevinçlerini ve üzüntülerini paylaşmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün "Azerbaycan'ın sevinci bizim sevincimiz, Azerbaycan'ın kederi bizim kederimizdir." sözüne cevaben Umummillî Lider Haydar Aliyev'in dile getirdiği "Bir millet, iki devlet" anlayışı, iki devlet arasındaki ilişkilerin dostluk ve kardeşlik temelinde şekillendiğini bir kez daha gözler önüne sermektedir.

Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın İlham Aliyev ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın başarılı politikası ile büyük jeopolitik ve ekonomik potansiyele sahip bu iki ülkenin stratejik iş birliği, bölgede barış ve güvenliğin sağlanmasının yanı sıra bölgedeki ekonomik kalkınmanın daha da güçlendirilmesini amaçlamaktadır.

44 gün süren Vatan Savaşı sırasında ve Eylül 2023'te Azerbaycan Cumhuriyeti Silahlı Kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen terörle mücadele faaliyetleri süresince, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ve halkı Azerbaycan ile dayanışmasını tüm dünyaya göstermiş, bununla birlikte Ermeni işgali ve provokasyonlarına karşı mücadelede devletimizin ve halkımızın meşru davasını savunmuştur.

İkinci Karabağ Savaşı neticesinde kazanılan şanlı zafer, yalnızca Azerbaycan için değil tüm Türk dünyası için de tarihî bir zafer olmuştur. Sevinç ve gururla vurgulamak gerekir ki Azerbaycan-Türkiye ilişkileri artık zirveye ulaşmıştır. Devletimiz ve halkımız, otuz yıllık işgalin sona erdirilmesi ve Azerbaycan'ın toprak bütünlüğünün tesis edilmesinde Türkiye'nin manevi ve siyasi desteğini hiçbir zaman unutmayacaktır.

İki ülke arasındaki iş birliği, her alanda olduğu gibi yargı ve hukuk alanında da niteliksel olarak yeni bir aşamada devam etmekte, ortak faaliyetler neticesinde mevcut ilişkiler daha da pekiştirilmekte ve bu gelişme her iki ülkenin Anayasa Mahkemelerinin iş birliğine başarıyla yansımaktadır.

Saygıdeğer dostum Sayın Zühtü Arslan, Mahkeme başkanlığını yürüttüğü dönemde de bu geleneği sürdürerek Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile kurulan ilişkilere hususi bir hassasiyetle yaklaşmış ve büyük önem atfetmiştir. 44 gün süren Vatan Savaşı boyunca Sayın Zühtü Arslan manevi desteğini hiçbir zaman eksik etmemiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi ile Azerbaycan Anayasa Mahkemesi arasındaki ilişkiler oldukça yakın ve dostane bağlara dayanmaktadır. Uluslararası etkinliklerde ortak bir tutum sergilemekteyiz.

Malumunuz olduğu üzere, Sayın Zühtü Arslan Türk Dünyası Anayasa Yargısı Konferansının (TÜRK-AY) ve İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansının (İDAY) kurulmasına önderlik etmiştir. Bugün de söz konusu uluslararası örgütler çerçevesinde Azerbaycan Anayasa Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesi arasında yakın bir iş birliği mevcuttur. Bu örgütler bünyesinde kurulan ilişkiler, Türk ve İslam ülkeleri arasında anayasa yargısı alanında tecrübe ve bilgi paylaşımı açısından son derece önemlidir.

Bununla birlikte, Sayın Zühtü Arslan'ın girişimi sonucunda Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği Eğitim ve İnsan Kaynakları Geliştirme Merkezi, Ankara'da Türk Anayasa Mahkemesi nezdinde faaliyetlerine başlamıştır. Bu merkezde her yıl sadece Asya ülkeleri değil birçok ülkenin Anayasa Mahkemesi çalışanlarına yönelik çeşitli güncel hukuki konularda seminerler ve eğitimler düzenlenmektedir.

2016 yılında Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın İlham Aliyev, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan başkanlığındaki heyeti kabul etmiştir. Görüşme esnasında Azerbaycan Cumhurbaşkanı, Azerbaycan ve Türkiye'nin dost ve kardeş ülkeler olduğunu ve ikili ilişkilerinin her alanda en üst düzeyde geliştiğini ifade etmiştir. Sayın Cumhurbaşkanı İlham Aliyev ayrıca iki ülke arasındaki iş birliğinin siyasi, ekonomik, enerji, ulaştırma ve diğer alanların yanı sıra yargı ve hukuk sistemi de dâhil olmak üzere tüm alanlarda geliştirilmesinin önemine dikkat çekmiştir.

Sözlerime son verirken kendisini derin bir saygıyla takdir ettiğimiz Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın faaliyetlerinin Türk Anayasa Mahkemesi tarihinde ve genel anlamda Türk anayasa hukukunun gelişiminde müstesna bir yere sahip olduğunun altını çizmek isterim. Değerli ve saygıdeğer dostum Zühtü Arslan'a gelecekteki çalışmalarında sağlık ve başarı dileklerimle birlikte dost ve kardeş Türk halkına barış ve refah temennilerimi iletmek isterim.

En derin saygılarımla.

Mirza-Uluğbek Abdusalomov ELCHİEVİCH

(Ўзбекистон Республикаси Конституциявий судининг Раиси, Ўзбекистон Республикасида хизмат кўрсатган юрист)

(Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Özbekistan'ın onurlu hukukçusu)

Зухту Арслан – Ўзбекистон-Туркия ўзаро муносабатлари ривожига, туркий давлатлар бирдамлигига салмоқли ҳисса қўшган йирик давлат ва жамоат арбоби, таниқли олим ва мураббий

Қадрли ҳамкасбим ва дўстим, қардош Турк халқининг фидоий фарзанди, Туркия Республикаси Конституциявий судининг раиси, профессор Зухту Арслан ҳақидаги фикрларимнинг аввалида шуни алоҳида таъкидлашни истардимки, мамлакатларимиз ўртасида тобора мустаҳкамланиб бораётган иқтисодий, сиёсий, ижтимоий муносабатлар билан бирга суд-ҳуқуқ тизимида ҳамда инсон ҳуқуқ ва эркинликларини ҳимоя қилиш борасида ҳам икки томонлама муносабатлар йўлга қўйилган, шунингдек ўзаро самарали тажриба алмашиниб келинмоқда.

Бундан роппа-роса ўттиз икки йил муқаддам ўз давлат мустақиллигини эълон қилган Ўзбекистон халқи ўтган даврда қанча синовларни бошидан ўтказди, кўплаб қийинчилик ва машаққатларни енгиб ўтди. Туркия Республикаси дунёда биринчи бўлиб Ўзбекистоннинг мустақиллигини тан олган давлат сифатида тарихга муҳрланган. Аҳиллик ва ўзаро дўстлик халқларимизнинг асосий ютуғидир. Ҳеч иккиланмай айтиш мумкинки, Ўзбекистон ва Туркия ўртасидаги муносабатлар 2016 йилнинг ноябрь ойида Туркия Президенти, жаноб Ражаб Тоййиб Эрдўғаннинг Самарқандга ташрифи ҳамда Ўзбекистон Республикаси Президенти, муҳтарам Шавкат Мирзиёев билан ўтказган қатор учрашувлари натижасида икки давлатимиз ўртасидаги ҳамкорлик тараққиётида янги саҳифа очилди.

Юксалиш йўлидан дадил бораётган юртимиз тарихидан мустаҳкам ўрин олган Ўзбекистон Республикаси Президенти Шавкат Мирзиёев ташаббуси билан қабул қилинган Ўзбекистон Республикасини ривожлантиришнинг устувор йўналишлари бўйича Тараққиёт стратегияси конституциявий одил судловни демократлаштириш соҳасида ҳам туб ислоҳотларга туртки бўлди.

Гарчи икки халқимиз ва давлатларимиз орасидаги ўзаро муносабатлар узоқ тарихга эга бўлса-да, Ўзбекистон Республикаси Конституциявий суди ва Туркия Республикаси

Конституциявий суди ўртасидаги ҳамкорлик муносабатлари 1998 йилдан бошланган, 2009 йилда Осиё Конституциявий судлари ва эквивалент институтлари ассоциацияси ташкил этиш бўйича Тайёрлов қўмитасининг йиғилишларида ҳар икки томоннинг иштироки билан янада мустаҳкамланди. Бугунги кунда мамлакатларимиз Конституциявий судлари ўртасидаги ҳамкорлик Осиё Конституциявий судлари ва эквивалент институтлари ассоциацияси доирасида ҳам, икки томонлама асосда ҳам изчил давом этмоқда. Бундай самарали ва аниқ мақсадларга йўналтирилган, ўзаро манфаатли халқаро алоқаларни ривожлантиришда Туркия Республикаси Конституциявий суди раиси Зухту Арсланнинг узоқни кўзлаган ташкилотчи раҳбар сифатидаги алоҳида ўрни ва хиссаси бор десам муболаға бўлмайди.

Мен, Туркия Республикаси Конституциявий суди раиси Зухту Арсланни яқиндан биламан. У билан ўтказилган суҳбатлар менда Зухту Арсланнинг кенг қамровли тафаккур эгаси, юксак инсоний фазилатлар тимсоли, маънавиятли инсон, ҳуқуқшунос олим сифатида таассурот қолдирган. Ҳар бир инсоннинг фаолияти самараси унинг меҳнати натижалари билан ўлчанади.

Агар унинг бугунгача босиб ўтган ҳаёт йўлига назар ташласак, Зухту Арслан 1987 йилда Анқара университетини "Давлат бошқаруви" йўналишида тамомлаб, кейинчалик Англиянинг Лестер университети Ҳуқуқшунослик факультетида Магистрлик даражасига эришган, ушбу факультетда Конституциявий ҳуқуқ бўйича докторлик диссертациясини ёқлагани, 2007 йилдан профессор унвонига сазовор бўлгани ҳам унинг ҳаётда тиришқоқ, илмга чанқон мутахассис эканлигини кўрсатади. Шу билан бирга, унинг Туркиянинг машҳур олийгоҳларида "Конституциявий ҳуқуқ", "Давлат ва ҳуқуқ назарияси", "Инсон ҳуқуқлари" ҳамда "Ҳуқуқ ва сиёсат" фанларидан ўқиган маърузалари, шунингдек дунёда танилган конституциявий ҳуқуқ, инсон ҳуқуқлари, диний эркинликлар, парламент ҳуқуқи ва бошқа мавзуларда чоп этган китоблари ҳамда илмий мақолалари унинг ҳозирда етук замонавий давлат хизматчиси, ташкилотчи раҳбар ва давлат арбоби бўлиб улғайишига ва тафаккурининг чархланишига хизмат қилган.

Зухту Арслан 2015 йил Туркия Республикаси Конституциявий суди раиси сифатида иш бошлаган давридан бошлаб, Ўзбекистон – Туркия Конституциявий судлар ўртасида узвий алоқалар ўрнатишга ва уларни ривожлантиришга алоҳида эътибор қаратиб келмоқда.

Жумладан, 2017 йил Ўзбекистон Республикаси Конституциясининг 25 йиллиги байрами муносабати билан Тошкент шаҳрида ташкил

этилган халқаро конференцияда Зухту Арслан Туркия делегацияси раҳбари сифатида ташриф буюриб, унда сермазмун маъруза билан иштирок этган. Ўз навбатида 2018 йил Туркия Конституциявий суди ташкил топганининг 56 йиллиги муносабати билан ташкил этилган халқаро симпозиумда Ўзбекистон Конституциявий суди судьялари ҳам иштирок этган.

2022 йилнинг 24-28 апрель кунлари Туркия Республикаси Конституциявий суди ташкил этган тадбирлар доирасида Ўзбекистон ва Туркия Конституциявий судлари ўртасида дўстлик ва ҳамкорлик Меморандуми имзоланган. Энг муҳими, Зухту Арсланнинг ташабуси билан ушбу тадбир давомида Туркия, Ўзбекистон, Қозоғистон, Кирғизстон ва Озарбайжон Республикалари Конституциявий судининг раҳбарлари томонидан "Туркий давлатлар ташкилотига аъзо давлатлар конституциявий юрисдикциялари Конференцияси (TURK-AY)" Кенгашини тузишга келишиб олинди. Бу Туркий давлатлар ташкилотига аъзо давлатлар Конституциявий судлари Кенгашининг таъсис этиш орқали конституциявий одил судловни таъминлашда тажриба ва ахборот алмашиш, конституция устуворлиги ва инсон ҳуқуқларини ҳимоя қилишда судларнинг ролини янада ошириш, улар фаолиятидаги ижобий тажрибаларни ўртоқлашиш масалаларини янги босиқичини бошлаб берди.

Кўп ўтмай, раис Зухту Арслан ташаббуси билан яна бир муҳим хайрли ишга қўл урилди. Яъни, 2022 йилнинг 22-25 декабрь кунлари Туркия Республикасининг Истамбул шаҳрида бўлиб ўтган "Ислом ҳамкорлик ташкилотига аъзо давлатларнинг конституциявий юрисдикциялари конференцияси" ва "Туркий давлатлар ташкилотига аъзо давлатлар конституциявий юрисдикциялари Конференцияси (CCJ-I)"нинг таъсис Конгресси, жами 36 давлатнинг конституциявий ва юқори судлари ҳамда конституциявий юрисдикцияни амалга оширувчи тегишли институтларнинг раислари ва вакилларини бир жойга тўплади. Конгрессда Туркия Республикаси Президенти, жаноб Режеп Таййип Эрдоғаннинг шахсан иштирок этганлиги ҳам Туркия Конституциявий судининг юксак нуфузидан далолат беради.

Мазкур тарихий аҳамиятга эга халқаро анжуманда "Ислом дунёси конституциявий юрисдикциялари Конференцияси Низоми" нинг қабул қилиниши, шунингдек, "Туркий давлатлар ташкилотига аъзо давлатлар конституциявий юрисдикциялари Конференцияси (TURK-AY) Низоми" қабул қилиниши Туркия томонининг бирлаштирувчи кучи ҳамда Туркия Республикаси

Конституциявий судининг ютуғи, раис Зухту Арсланнинг машаққатли меҳнати маҳсули бўлди, десак муболаға бўлмайди.

Фурсатдан фойдаланиб, қадрдоним Зухту Арсланга ўзаро ҳамкорликни ривожлантиришга, судларимиз ўртасидаги дўстона ўзаро муносабатларни кучайтиришга қўшган беқиёс ҳиссаси, конституциявий одил судловни ривожлантиришдаги самарали меҳнати, айниқса тилимиз ва динимиз бир қардош халқларни бир бирига яқинлаштиришда кўрсатган тарихий ташаббускорлик ва жонбозлигинги учун юксак эҳтиромимни билдираман.

Туркиялик барча ҳамкасбларимизга Ўзбекистон Республикаси Конституциявий суди номидан энг эзгу тилакларимни йўллайман ва мамлакатларимиз Конституциявий судлари ўртасидаги ҳамкорлик бундан кейин ҳам янада ривожланиб ва такомиллашиб боради, деб ишонч билдираман.

ZÜHTÜ ARSLAN – ÖZBEKİSTAN VE TÜRKİYE İLİŞKİLERİNİN GELİŞMESİNE, TÜRK DEVLETLERİ TEŞKİLATINA ÖNEMLİ ÖLÇÜDE KATKILARDA BULUNAN BÜYÜK BİR DEVLET VE HALK FİGÜRÜ, ÜNLÜ BİR BİLİM İNSANI VE EĞİTMEN

Değerli meslektaşım ve dostum, kardeş Türk milletinin özverili evladı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Profesör Zühtü Arslan ile ilgili düşüncelerimin başında şunu vurgulamak isterim ki ülkelerimiz arasında giderek güçlenen sosyal ilişkiler, yargı sistemi ve insan hak ve özgürlüklerinin korunması açısından ikili ilişkiler kurulmakta ve karşılıklı, etkili deneyim alışverişinde bulunulmaktadır.

Tam otuz iki yıl önce bağımsızlığını ilan eden Özbekistan halkı bugüne kadar pek çok sınavdan geçmiş, pek çok zorluğun ve sıkıntının üstesinden gelmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, dünyada Özbekistan'ın bağımsızlığını tanıyan ilk ülke sıfatıyla tarihe girmiştir. Uyum ve karşılıklı dostluk, halklarımızın temel başarısıdır. Hiç tereddüt etmeden söyleyebiliriz ki Özbekistan ile Türkiye arasındaki ilişkiler 2016 yılının Kasım ayında Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın Semerkant ziyareti ve Özbekistan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Shavkat (Şevket) Mirziyoyev ile yaptığı bir dizi görüşme, iki ülke arasındaki iş birliğinin geliştirilmesinde yeni bir sayfa açmıştır.

Büyüme yolunda cesurca ilerleyen ülkemizin tarihinde güçlü bir yere sahip olan Özbekistan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Şevket Mirziyoyev'in girişimiyle kabul edilen *Özbekistan Cumhuriyeti Kalkınma Stratejisi*, anayasal yargının demokratikleştirilmesi alanında da temel reformlar açısından kalkınmaya ivme kazandırdı.

İki milletimiz ve devletimiz arasındaki karşılıklı ilişkiler uzun bir geçmişe sahip olmasına rağmen Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi arasında 1998 yılında başlayan iş birliği ilişkileri, 2009 yılında Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği'nin kurulmasına ilişkin Hazırlık Komitesi toplantılarına her iki tarafın katılımıyla güçlendirildi. Bugün ülkelerimizin Anayasa Mahkemeleri arasındaki iş birliği hem Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği

bünyesinde hem de ikili bazda istikrarlı bir şekilde devam etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın böylesine etkili ve net hedefli, karşılıklı yarar sağlayan uluslararası ilişkilerin geliştirilmesinde ileriyi gören bir organizatör ve lider olarak özel bir rol ve katkısı olduğunu söylemek abartı olmayacaktır.

Ben, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ı çok iyi tanıyorum. Kendisiyle yapılan röportajlar bende Zühtü Arslan'ın kapsamlı bir düşünür, yüksek insani vasıfların vücut bulmuş hâli, ruhani bir insan ve bir hukuk âlimi olduğu izlenimini uyandırdı. Her kişinin faaliyetinin etkinliği, işinin sonuçlarıyla ölçülür.

Eğer bugüne kadarki hayat yolculuğuna bakacak olursak Zühtü Arslan'ın 1987 yılında Ankara Üniversitesinden Kamu Yönetimi bölümünden mezun olmasının ardından İngiltere Leicester Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yüksek lisans derecesi alması onun gayretli olduğunu gösteriyor. Anayasa Hukuku alanında doktora tezini bu fakültede savunması ve 2007 yılında profesör ünvanını alması onun çalışkan, hayatta bilgiye susamış bir uzman olduğunu da göstermektedir. Aynı zamanda Türkiye'nin ünlü üniversitelerinde "Anayasa Hukuku", "Devlet ve Hukuk Teorisi", "İnsan Hakları" ve "Hukuk ve Siyaset" derslerinin yanı sıra dünyaca ünlü anayasa hukuku, insan hakları, din özgürlükleri, parlamento hukuku ve diğer konularda yayımladığı kitaplar ve bilimsel makaleler, onun düşüncesinin keskinleşmesine, olgun, modern bir devlet memuru, örgütsel lider ve devlet adamı hâline gelmesine hizmet etti.

Zühtü Arslan, 2015 yılında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak göreve başladığından bu yana, Özbekistan ve Türkiye Anayasa Mahkemeleri arasında organik ilişkilerin kurulmasına ve geliştirilmesine özel önem veriyor.

Örneğin Zühtü Arslan, 2017 yılında Özbekistan Cumhuriyeti Anayasası'nın 25. yıl dönümü dolayısıyla Taşkent'te düzenlenen uluslararası konferansı Türk heyetinin başkanı olarak ziyaret etmiş ve anlamlı bir konuşmayla konferansa katılmıştı. Buna karşılık Türkiye Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 56. yıl dönümü nedeniyle 2018 yılında düzenlenen uluslararası sempozyuma Özbekistan Anayasa Mahkemesi hâkimleri de katıldı.

24-28 Nisan 2022 tarihlerinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin düzenlediği etkinlikler çerçevesinde Özbekistan ve Türkiye Anayasa Mahkemeleri arasında *Dostluk ve İşbirliği Anlaşması* imzalandı. En önemlisi, Zühtü Arslan'ın girişimiyle bu etkinlikte Türkiye, Özbekistan, Kazakistan, Kırgızistan ve Azerbaycan Cumhuriyetleri Anayasa Mahkemesi liderleri tarafından *Türk Devletleri Teşkilatına Üye Devletlerin Anayasa Yargı Yetkileri Konferansı (TÜRK-AY) Konseyi*'nin kurulması konusunda mutabakata vardı. Bu

durum, Anayasa Mahkemeleri Kurulunun kurulması yoluyla anayasa adaletinin sağlanmasında deneyim ve bilgi alışverişinde bulunulması, anayasanın üstünlüğünün ve insan haklarının korunmasında mahkemelerin rolünün daha da artırılması ve faaliyetlerindeki olumlu deneyimlerin paylaşılması konularında yeni bir aşamayı başlattı.

Kısa süre sonra Başkan Zühtü Arslan'ın girişimiyle önemli güzel bir çalışmaya daha imza atıldı. Yani 22-25 Aralık 2022 tarihlerinde Türkiye Cumhuriyeti İstanbul'da düzenlenen *İslam İşbirliği Örgütü Üye Devletlerinin Anayasal Yargı Yetkileri Konferansı* ve *Türk Devletleri Üye Devletlerinin Anayasa Yargı Yetkileri Konferansı (CCJ-I)* Kurucu Kongresi, 36 ülkenin anayasa ve yüksek mahkemelerinin başkanları ve temsilcileri ile anayasa yargı yetkisini kullanan ilgili kurumları bir araya getirdi. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın bizzat Kongre'ye katılmış olması, Anayasa Mahkemesinin yüksek otoritesinin bir kanıtıdır.

Bu tarihî uluslararası konferansta *İslam Dünyası Anayasal Yargı Yetkileri Konferansı Tüzüğü* ile *Türk Devletleri Teşkilatına Üye Ülkeler Anayasa Yargıları Konferansı Tüzüğü'nün* (TÜRK-AY) kabul edilmesi, Türk tarafının birleştirici gücü ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin başarısı Başkan Zühtü Arslan'ın yoğun çalışmalarının sonucu olduğunu söylemek abartı olmaz.

Bu vesileyle sevgili Zühtü Arslan'a, Mahkemelerimiz arasında karşılıklı iş birliğinin geliştirilmesi ve dostluk ilişkilerinin güçlendirilmesine yaptığı eşsiz katkıları, anayasal adaletin gelişmesindeki etkin çalışmaları, -özellikle- dilimizin ve dinimizin kardeş halklarını birbirine yaklaştıracak girişim ve coşkun tarihî çalışmaları nedeniyle saygılarımı sunuyorum.

Özbekistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi adına Türkiye'deki tüm meslektaşlarımıza en iyi dileklerimi sunuyor, ülkelerimizin Anayasa Mahkemeleri arasındaki iş birliğinin daha da gelişeceğine inanıyorum.

Arief HİDAYAT
(Justice, Constitutional Court of the Republic of Indonesia)
(Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Yargıcı)

FROM COLLEAGUES TO BROTHERS: EMBRACING OUR NATIONS' FOUNDING FATHERS' VALUES IN FRIENDSHIP

Soekarno and Mustafa Kemal Atatürk

Allow me to begin this memoir by delving into the vast and complex history of the Indonesian archipelago, reflecting its diverse geographical and cultural settings over the centuries. In prehistoric times, the archipelago was inhabited by various human species for at least a million years. In the fourth century, powerful kingdoms and empires emerged, such as Sriwijaya in Sumatra and Majapahit in Java. These kingdoms, serving as centres of trade and cultural exchange, had a significant impact on the region. Islam was subsequently spread to various regions in Indonesia through trade, introduced by traders and merchants. The Islamisation process was gradual, and by the thirteenth century, several Islamic sultanates had been established.

Fast forward to 17 August 1945, shortly after the end of the Second World War, Indonesia, as a nation and a country, declared its independence from colonial rule. Soekarno became the first president, and a war of independence ensued with the Dutch attempting to reassert control. International pressure and internal conflicts in the Netherlands led to the recognition of Indonesian independence in 1949. The Dutch-Indonesian Round Table Conference marked the official transfer of sovereignty.

Soekarno (also spelled Sukarno), the founding president, played a crucial role in the country's struggle for independence. His leadership was characterised by a blend of nationalism and socialism. A charismatic nationalist, whose leadership was marked by a mixture of populism and authoritarianism, Soekarno introduced the concept of 'guided democracy' in the early 1960s. Under this system, he established guidance in politics while allowing for representation from various socio-political groups.

In the years following its hard-fought independence from Dutch colonial rule, Indonesia found itself navigating the complex landscape of Cold War geopolitics. In 1955, the Indonesian city of Bandung became the epicentre of a historic event known as the Asian-African Conference. The event brought together leaders from twenty-nine Asian and African nations, all united by

a common history of colonialism and a shared desire for self-determination. President Soekarno, who played a pivotal role in organising the Conference, sought to foster a movement that would promote solidarity and cooperation among nations not aligned with either the Western or Eastern blocs of the Cold War.

The principles outlined in Bandung, encapsulated in the 'Ten Principles of Bandung', emphasised sovereignty, non-interference, and equality among nations. This gathering laid the groundwork for what would later become known as the 'Non-Aligned Movement', a movement that aimed to assert the autonomy of nations in the face of superpower rivalry.

Although Soekarno and Atatürk were distinct leaders with different visions for their countries, they both played pivotal roles in shaping the early trajectories of Indonesia and Türkiye, respectively. Their leadership styles reflected the unique historical, cultural, and geopolitical contexts in which they operated in similar ways. Atatürk implemented significant cultural and social reforms in Türkiye, including the adoption of the Latin alphabet, the introduction of a new legal code, and the secularisation of the education system. These reforms were aimed at transforming Türkiye into a modern republic. Atatürk's foreign policy was focused on ensuring Türkiye's independence and neutrality in international affairs as Türkiye sought to maintain good relations with various nations.

Atatürk's commitment to secularism and the separation of religion from state provides a case study for countries grappling with issues of religion in governance. His implementation of secular policies in a predominantly Muslim country offers insights into navigating the relationship between state and religion.

Atatürk's legacy as a reformer, military leader, and architect of modern Türkiye has left a lasting mark, and aspects of his vision resonate beyond the country's borders.

The Constitutional Court of Indonesia and the Constitutional Court of Türkiye

In general, both the Constitutional Courts of Indonesia and Türkiye share similarities. Both have the power of judicial review, enabling them to ensure the constitutionality of laws and government actions. As such, both Courts play a crucial role in upholding constitutional principles and protecting the rights of citizens. While the Constitutional Courts of Indonesia and Türkiye share similarities in their roles and powers, the specific details of their structures and functions uniquely reflect the legal and constitutional frameworks of each country.

Similar to what Soekarno and Atatürk had in common, the Constitutional Courts of Indonesia and Türkiye have also played equally significant roles in their respective countries and on the global stage. Both have played roles and occupied vital positions in constitutional relations at the international level. Both have always supported each other and have been serving as presidents of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC), members of the Bureau of the World Conference on Constitutional Justice (WCCJ), and as founding fathers of the Conference of Constitutional Jurisdictions of the Islamic World (CCJ-I).

From these similarities, as well as their historical parallels, it is clear that the two Constitutional Courts also share Indonesia's and Türkiye's commitment to constitutional supremacy, democracy, and human rights, commitments that must be upheld and promoted by a constitutional court.

As Chief Justice of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia from 2015 to 2018, I came to know Prof. Zühtü Arslan in the AACC. In August 2015, as President of the AACC, the Constitutional Court of the Republic of Indonesia held an international symposium on constitutional complaints in Jakarta. It was at this event that I made my first courtesy call on him. I remember very well how he appreciated the initiatives I had taken in the AACC, one of which was to organise the first AACC meetings of Secretaries General. It was during this series of meetings that discussions began on the need for the AACC to have a permanent secretariat to support the organisation.

A year passed and in April 2016 I had the opportunity to pay a return visit to Ankara. I was impressed by everything that happened during my visit, not only by the friendliness but also by the sense of brotherhood that had developed between us. During a relaxed and friendly conversation in the beautiful city of Antalya, we discussed the future of the AACC, particularly how a permanent secretariat would meet the needs of the organisation. We did not agree on everything, but our sense of brotherhood always managed to leave something memorable and valuable. In the end, the Constitutional Courts of Indonesia, Türkiye, and Korea were collectively trusted to share roles and become the pillars of the AACC's development as the Permanent Secretariat for Planning and Coordination (Indonesia), the Center for Training and Human Resources Development (Türkiye), and the Permanent Secretariat for Research and Development (Korea).

In the same year, we met again in Bali, Indonesia, at the Third AACC Congress in August. This time, in slightly different circumstances, I remember something different about my friend Zühtü Arslan when we met on 9 August 2016. He looked much more serious. He told me about the conditions his Court was facing at that time. I could imagine the challenges he faced as a guardian of

democracy and the Constitution. Then, inspired by his experience, I endorsed a specific statement in the Bali Declaration that emerged from the Congress: "We uphold the principle that the Constitutional Court, as the guardian of constitutional democracy, should be free from interference by other branches of state powers. The Association also deplores any unconstitutional and undemocratic attempt to abolish the rule of law and democracy in any country."

I found the sentence meaningful. Therefore, a year later, I proposed that a similar statement be included in the Vilnius Communiqué (at the Fourth WCCJ Congress): "The World Conference deplores any unconstitutional attempt to undermine the rule of law in any country."

I recall that at the Fourth WCCJ Congress, Prof. Arslan and his delegation initially volunteered to be the Asian representative member of the WCCJ Bureau for 2017-2020. However, due to the brotherhood and Asian way that we always prioritise in decision-making, he withdrew his proposal. Then, he turned to support the Constitutional Court of Indonesia, which was finally elected as a member of the WCCJ Bureau. This story left me with the impression that he is a wise and thoughtful leader who prioritises the common good.

Zühtü Arslan and Arief Hidayat

Our collaboration as Muslim-majority countries continued until the establishment of the CCJ-I. Both Courts had been seriously discussing it since 2018, so that the preparatory conferences in İstanbul (2018) and Bandung (2021) could be held. I remember very well how Prof. Arslan offered his support in the midst of the pandemic that was still ravaging the world. I might have been exhausted from the preparations; in fact, I had to be hospitalised during the Bandung Conference. I followed the Conference virtually and witnessed how my friend Prof. Arslan skilfully led the discussion on the drafting of the Bandung Declaration, with the members eventually agreeing to establish an independent formal platform for the constitutional jurisdictions in the Islamic world to exchange experiences and information on mutual concerns relating to constitutional cases and jurisprudence, thereby promoting the rule of law, democracy, and human rights. At the meeting, the members also agreed to convene at the inaugural congress in İstanbul in 2022.

Unexpectedly, Prof. Arslan visited me at the end of the meeting while I was in hospital in Jakarta. I was thrilled by his visit. It showed that our relationship went beyond professional matters and that we shared a brotherhood. He said that my absence had deprived him of a sparring partner. If only he knew that in the hospital, witnessing how he was leading the meeting, I wanted to respond and share my opinion to support his leadership. Prof. Arslan and I

know how to support each other in a forum or discussion. For the Bandung Conference, I am thankful for two things: our shared vision to establish an organisation for the Islamic world which could begin to be realised and my friendship with Prof. Arslan.

I am grateful that in 2022, Bali became another historic location for the relationship between Indonesia and Türkiye. The Fifth Congress of the WCCJ in Bali was also held with the support of Prof. Arslan for Indonesia. During the Congress, I was more than happy to convey the full support of the Constitutional Court of Indonesia for the Constitutional Court of Türkiye as a member of the WCCJ Bureau for 2022-2025, replacing Indonesia. Moreover, for the first time, a conference of constitutional courts in the Asia-Africa region was successfully organised.

My brother Zühtü Arslan, thank you for everything. Your presence in the AACC, the WCCJ, and the CCJ-I has been a blessing for constitutional courts worldwide. You are the embodiment of Atatürk in modern times, always fulfilling your duty and responsibility of upholding law, democracy, and human rights. Your ideas are valuable not only for your Court, but also at the international level, and especially for the Constitutional Court of Indonesia. I will miss my partner in discussions, coalition building, and reflection on global movements. Under your leadership, the golden era of the Constitutional Court of Türkiye has truly left a fundamental legacy for the AACC, the WCCJ, and the CCJ-I, as well as for the bilateral relations with the Constitutional Court of Indonesia. I hope that this brotherhood will last forever in the name of constitutional supremacy.

MESLEKTAŞLIKTAN KARDEŞLİĞE: ULUSLARIMIZIN KURUCU LİDERLERİNİN DEĞERLERİNİ DOSTLUK İÇİNDE KUCAKLAMAK

Soekarno ve Mustafa Kemal Atatürk

Bu anı yazısına kendini yüzyıllar boyunca çeşitlilik barındıran coğrafi ve kültürel doğasıyla ortaya koyan Endonezya takımadalarının geniş ve karmaşık tarihiyle başlamak isterim. Tarih öncesi dönemlerde bu takımadalarda en az bir milyon yıl boyunca çeşitli insan toplulukları yaşamıştır. Dördüncü yüzyıla gelindiğinde, Sumatra'daki Sriwijaya ve Java'daki Majapahit gibi, bazı güçlü krallıklar ve imparatorluklar hüküm sürmüştür. Bu krallıklar, ticaret ve kültür alışverişinin merkezleriydi ve nitekim bölge üzerinde önemli etkiler bırakmıştır. Daha sonra İslam, ticaret yolları üzerinden ve tüccarlar aracılığıyla Endonezya'ya yayılmıştır. Müslümanlaşma süreci kademeli olarak gerçekleşmiş ve on üçüncü yüzyıla gelindiğinde bazı İslami sultanlıklar kurulmuştur.

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden kısa bir süre sonra, 17 Ağustos 1945 tarihinde Endonezya, bir ulus ve ülke olarak, sömürge yönetiminden kurtulmuş ve bağımsızlığını ilan etmiştir. Soekarno ülkenin ilk cumhurbaşkanı olmuş ve Hollanda'nın kontrolü yeniden ele geçirme girişimleri nedeniyle bir bağımsızlık savaşı başlamıştır. Uluslararası baskı ortamı ve Hollanda'daki iç çatışmalar 1949 yılında Endonezya'nın bağımsızlığının tanınmasını sağlamış, Hollanda-Endonezya Yuvarlak Masa Konferansı ile egemenlik resmî olarak el değiştirmiştir.

Kurucu Cumhurbaşkanı Soekarno (Sukarno olarak da yazılır.) ülkenin bağımsızlık mücadelesinde hayati bir rol oynamıştır. Liderliği milliyetçilik ve sosyalizm izleri taşımaktaydı. Karizmatik, milliyetçi ve aynı zamanda popülizm ve otoriterliğin bir karışımı biçiminde sergilediği liderlik modeliyle Soekarno, 1960'ların başında "rehberli demokrasi" kavramını ortaya atmıştır. Bu sistem kapsamında çeşitli sosyopolitik grupların temsiline izin verirken siyaset dâhilinde bir rehberlik işlevi üstlenmiştir.

Endonezya; Hollanda sömürge yönetiminden zorlu bir mücadeleyle bağımsızlığını kazanmasını takip eden yıllarda kendisini Soğuk Savaş jeopolitiğinin karmaşık ortamında bulmuştur. 1955'te Endonezya'nın Bandung ken-

ti Asya-Afrika Konferansı adındaki tarihî bir etkinliğin merkez üssü hâline gelmiştir. Etkinlik, ortak bir sömürgecilik tarihi ve kendi kaderini tayin etme arzusuyla birleşen yirmi dokuz Asya ve Afrika ülkesinin liderlerini bir araya getirmiştir. Konferansın düzenlenmesinde önemli bir rol oynayan Cumhurbaşkanı Soekarno, Soğuk Savaş'ın Batı Bloku veya Doğu Bloku içinde yer almayan uluslararasında dayanışma ve iş birliğini teşvik edecek bir hareket öngörmüştü.

Bandung'da ana hatları çizilen ve "Bandung'un On İlkesi" olarak özetlenen ilkeler; egemenlik, müdahale etmeme ve uluslararasında eşitliği vurguluyordu. Bu etkinlik, daha sonra "Bağlantısızlar Hareketi" olarak anılacak olan ve süper güç rekabeti karşısında ulusların özerkliğini savunmayı amaçlayan hareketin temelini atmıştır.

Soekarno ve Atatürk ülkeleri için farklı vizyonlar öngören farklı liderler olmalarına karşın, Endonezya ve Türkiye'nin erken dönem yörüngelerinin şekillenmesinde her ikisi de oldukça önemli bir rol oynamıştır. Liderlik tarzları benzer şekilde faaliyet gösterdikleri benzersiz tarihî, kültürel ve jeopolitik bağlamları yansıtmaktaydı. Atatürk Türkiye'de Latin harflerinin kabulü, yeni bir hukuk kanununun yürürlüğe konması ve eğitim sisteminin laikleştirilmesi gibi önemli kültürel ve toplumsal reformlar gerçekleştirmiştir. Bu reformlar Türkiye'yi modern bir cumhuriyete dönüştürmeyi amaçlıyordu. Atatürk'ün izlediği dış politika, Türkiye'nin uluslararası ilişkiler kapsamında bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya odaklanmış, Türkiye çeşitli uluslararası iyi ilişkiler tesis etmeye çalışmıştır.

Atatürk'ün laikliğe ve dinin devlet işlerinden ayrılmasına olan bağlılığı, yönetimde din meseleleriyle boğuşan ülkeler için bir vaka çalışması sunmaktadır. Müslüman nüfusun çoğunlukta olduğu bir ülkede uyguladığı laik politikalar, devlet ve din arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiği konusunda önemli içgörüler sunmaktadır.

Atatürk, reformcu kişiliğiyle, askerî bir lider ve modern Türkiye'nin mimarı olarak, kalıcı bir miras bırakmıştır. Vizyonu bazı yönleriyle ülke sınırlarının ötesinde de yankılanmaktadır.

Endonezya Anayasa Mahkemesi ve Türkiye Anayasa Mahkemesi

Endonezya ve Türkiye Anayasa Mahkemeleri genel anlamda bazı benzerlikler göstermektedir. Her iki Mahkeme de kanunların ve diğer normatif düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu sağlamalarına olanak tanıyan yargısal denetim yetkisine sahiptir. Dolayısıyla her iki Mahkeme de anayasal ilkelerin muhafaza edilmesinde ve vatandaşların haklarının korunmasında önemli bir rol üstlenmiştir. Endonezya ve Türkiye Anayasa Mahkemelerinin görev ve

yetkileri benzerlik gösterse de yapıları ve işlevlerine ilişkin belirli ayrıntılar her ülkenin kendine özgü yasal ve anayasal çerçevelerini yansıtmaktadır.

Soekarno ve Atatürk arasındaki ortak noktalar gibi, Endonezya ve Türkiye Anayasa Mahkemeleri de ulusal düzeyde ve küresel arenada eşit derecede önemli roller oynamaktadır. Her iki Anayasa Mahkemesi de uluslararası düzeyde anayasal ilişkilerde hayati rol oynamaktadır. Her iki Mahkeme de sürekli olarak birbirlerini desteklemekte ve Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği (AAMB) başkanlığı, Dünya Anayasa Yargısı Konferansı (WCCJ) Büro üyeliği ve İslam Dünyası Anayasa Yargısı Konferansı (İDAY) kuruculuğu yapmaktadır.

Bu benzerlikler ve tarihî paralelliklerden yola çıkarak, iki Anayasa Mahkemesinin -Endonezya ve Türkiye'nin- anayasal üstünlük, demokrasi ve insan haklarına bağlılıkları konusunda aynı yaklaşımı benimsedikleri açıktır. Bu değerlerin bir anayasa mahkemesi tarafından desteklenmesi ve teşvik edilmesi gerekir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan ile tanışmam Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı olduğum 2015-2018 döneminde gerçekleşen AAMB Forumu'na rastlar. Ağustos 2015'te Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, AAMB Başkanı olarak, Cakarta'da anayasal şikâyetlere ilişkin uluslararası bir sempozyuma ev sahipliği yapmıştı. Kendisine ilk nezaket ziyaretimi bu etkinlik sırasında gerçekleştirmiştim. AAMB'de hayata geçirdiğim girişimleri ne kadar takdir ettiğini çok iyi hatırlıyorum; bunlardan biri de AAMB Genel Sekreterler Toplantısını düzenlemekti. Bu toplantılar dizisi sırasında AAMB'nin kuruluşu destekleyecek daimî bir sekretaryasının bulunması gerektiğini tartışmaya başladık.

Aradan bir yıl geçti ve Nisan 2016'da Ankara'ya iadeiziyarette bulunma fırsatım oldu. Ziyaretim sırasında her şeyden çok etkilendim zira aramızda yalnızca dostluk değil, aynı zamanda bir kardeşlik duygusu da vardı. Güzel şehir Antalya'da gerçekleşen rahat ve dostane bir sohbet sırasında AAMB'nin geleceğini, özellikle de kuruluşun ihtiyaçlarını karşılayacak daimî bir sekretaryanın nasıl oluşturulabileceği üzerine görüştük. Elbette her konuda hemfikir olamadık ama kardeşlik duygumuz geride her zaman unutulmaz ve değerli bir iz bıraktı. Sonunda, Endonezya, Türkiye ve Kore'nin ortaklaşa görev paylaşımında bulunmalarına ve Planlama ve Koordinasyon Daimî Sekreterliği (Endonezya), Eğitim ve İnsan Kaynakları Geliştirme Merkezi (Türkiye) ve Araştırma ve Geliştirme Daimî Sekreterliği (Kore) görevlerini üstlenmelerine karar verildi.

Yine aynı yıl ağustos ayında Endonezya'nın Bali kentinde düzenlenen Üçüncü AAMB Kongresi'nde yeniden bir araya geldik. 9 Ağustos 2016 tarihinde, bu kez biraz daha farklı koşullar altında bir araya geldiğimiz dostum

Zühtü Arslan'da bir farklılık olduğunu hatırlıyorum. Çok daha ciddi görünüyordu ve bana o dönemde Türk Anayasa Mahkemesinde hüküm süren koşullardan bahsetti. Demokrasinin ve anayasal değerlerin bir koruyucusu olarak karşılaştığı zorlukları tahmin edebiliyordum. Daha sonra, onun deneyimlerinden esinlenerek, Kongrenin sonucu olan Bali Deklarasyonu'nda yer alan şu ifadeyi hâlâ desteklerim: "Anayasal demokrasinin koruyucusu olan anayasa mahkemelerinin diğer devlet erklerinin müdahalesinden uzak olması gerektiği ilkesini destekliyoruz. Birlik, ayrıca, herhangi bir ülkede hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi ortadan kaldırmaya yönelik anayasaya aykırı ve antidemokratik her türlü girişimi esefle kınamaktadır."

Bu cümle oldukça anlamlıydı. Bu nedenle, bir yıl sonra, benzer bir ifadenin Vilnius Bildirisi'ne (Dördüncü WCCJ Kongresinde) dâhil edilmesini önerdim: "Dünya Anayasa Yargısı Konferansı, herhangi bir ülkede hukukun üstünlüğünü yıpratmaya yönelik anayasaya aykırı her türlü girişimi esefle kınamaktadır."

Hatırladığım kadarıyla Dördüncü WCCJ Kongresinde Prof. Dr. Arslan ve beraberindeki heyet başlangıçta 2017-2020 dönemi için WCCJ Bürosunun Asya temsilcisi olmak için gönüllü olmuştu. Ancak, aramızdaki kardeşlik ve karar alma sürecinde her zaman ön planda tuttuğumuz Asya destekçisi tutum münasebetiyle adaylığını geri çekti. Ardından Endonezya Anayasa Mahkemesini desteklemeye karar verdi ve Mahkememiz nihayetinde WCCJ Bürosuna üye olarak seçildi. Yaşanan bu deneyim bende, onun kamu yararını ön planda tutan bilge ve düşünceli bir lider olduğu izlenimini bıraktı.

Zühtü Arslan ve Arief Hidayat

Müslüman nüfusun çoğunlukta olduğu ülkeler olarak iş birliğimiz İDAY'ın kurulmasına kadar devam etti. İstanbul (2018) ve Bandung'da (2021) hazırlık konferanslarının yapılabilmesi için her iki Mahkeme de 2018 yılından beri bu konuyu ciddi bir şekilde tartışmaktaydı. Prof. Dr. Arslan'ın dünyayı kasıp kavurmaya devam eden salgının ortasında bu konuda ne kadar çok destek verdiğini gayet iyi hatırlıyorum. Hazırlıklardan ötürü herhâlde yorgun düşmüştüm ki Bandung Konferansı sırasında hastaneye kaldırılmam gerekti. Konferansı sanal ortamdan takip ettim ve dostum Prof. Dr. Arslan'ın Bandung Deklarasyonu'nun hazırlanmasına ilişkin müzakereleri nasıl ustalıkla yönettiğine tanık oldum. Süreç sonunda üyeler İslam dünyasındaki anayasa yargısı kurumlarının anayasa davaları ve içtihadıyla ilgili karşılıklı endişeler konusunda deneyim ve bilgi alışverişinde bulunmaları ve böylece hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarını teşvik etmeleri için bağımsız bir resmî platform kurulması konusunda anlaştılar. Toplantıda üyeler, ayrıca, 2022 yılında İstanbul'da bir açılış kongresi düzenlenmesi konusunda da mutabık kaldılar.

Prof. Dr. Arslan, toplantının sonunda Cakarta'da hastanede yattığım sırada beni beklenmedik bir şekilde ziyaret etti. Ziyareti beni hem çok şaşırttı hem de sevindirdi. Bu, ilişkimizin mesleki hususların ötesine geçtiğini, aynı zamanda aramızda bir kardeşlik bağı olduğunu gösteriyordu. Toplantı sırasında bulunmamam nedeniyle fikir arkadaşından nasıl mahrum kaldığını ifade etti. Keşke hastanede, onun toplantıyı nasıl yönettiğini gözlemlerken, sürece dâhil olmak ve liderliğini desteklemek üzere görüşlerimi paylaşma arzuma tanıklık edebilseydi. Prof. Dr. Arslan ve ben bir forumda veya tartışmada birbirimizi nasıl destekleyeceğimizi biliyoruz. Bandung Konferansına ilişkin olarak iki şey adına müteşekkirim. Bunlardan ilki, İslam dünyası için bir birlik kurma yönünde filiz veren ortak vizyonumuz ve ikincisi ise Prof. Dr. Arslan ile olan dostluğum.

2022'de Bali'nin Endonezya ve Türkiye arasındaki ilişkiler yönünden bir başka tarihî mekân hâline gelmesinden ötürü müteşekkirim. Bali'deki Beşinci WCCJ Kongresi de Prof. Dr. Arslan'ın Endonezya'ya verdiği destekle gerçekleştirildi. Kongre sırasında, Türk Anayasa Mahkemesinin 2022-2025 dönemi için Endonezya'nın yerine WCCJ Bürosuna üye olması amacıyla Endonezya Anayasa Mahkemesinin tam desteğini iletmekten büyük memnuniyet duydum. Ayrıca ilk defa Asya-Afrika bölgesinde bir anayasa mahkemeleri konferansı da başarıyla düzenlenmiş oldu.

Değerli kardeşim Zühtü Arslan, sana her şey için teşekkür ederim. AAMB, WCCJ ve İDAY'daki varlığın dünya çapında anayasa mahkemeleri için bir lütuf olmuştur. Atatürk'ün modern zamanlarda vücut bulmuş hâlisin; hukuku, demokrasiyi ve insan haklarını koruma görev ve sorumluluğunu her zaman layıkıyla yerine getiriyorsun. Fikirlerin yalnızca Mahkemeniz için değil, aynı zamanda uluslararası düzeyde ve özellikle Endonezya Anayasa Mahkemesi için de oldukça değerli. Müzakerelerde, koalisyon oluşturmada ve küresel hareketlere ilişkin fikir yürütürken paydaşlığını özleyeceğim. Türk Anayasa Mahkemesinin senin liderliğinde yaşanan altın çağı, AAMB, WCCJ ve İDAY için olduğu kadar Endonezya Anayasa Mahkemesi ile ikili ilişkiler açısından da gerçekten önemli bir miras bıraktı. Bu kardeşliğin anayasanın üstünlüğü adına sonsuza dek sürmesini temenni ediyorum.

Ali MUHANNA
(President of the Supreme Constitutional Court State of Palestine)

(Filistin Devleti Yüksek Anayasa Mahkemesi Başkanı)

A WORD OF GRATITUDE TO H.E. THE PRESIDENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF TURKEY PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN

The Almighty God said in his Noble Book: "يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعملون خبير"

With all pride and honor, and with all the love and appreciation, we have the pleasure at the Supreme Constitutional Court of Palestine to extend our heartfelt gratitude to Prof. Dr. Zühtü ARSLAN, the President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey on the occasion of the end of his term of office in April 20, 2024 after a lifetime spent in the arena of justice, rich with contributions and efforts leading to great achievements especially in the realm of constitutional justice. Through the rulings and decisions issued during his term, he diligently safeguarded the constitution, shielding rights and freedoms against any encroachment or violation.

Moreover, H.E. published three books in Turkish: *Constitutional Theory*, 2005, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, 2005, and *History of Turkish Parliament* between 1957–1960 (3 Volumes, 2013). He also edited a book titled *Freedom of Expression in the Judgments of the US Supreme Court*, 2003. He is also the co-author of the book (*Constitutional Law in Turkey*, 2016). In addition, He has published numerous articles in national and international law reviews on constitutional law, human rights, relations of freedom-security and the law of political parties.

We are also thrilled to extend our sincere gratitude and profound appreciation to His Excellency for his valuable support and assistance to the Supreme Constitutional Court of Palestine in its accession and membership at the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC). Your unwavering presence and participation in constitutional gatherings and meetings have been steadfast and invaluable.

We also thank him for his visit to Palestine and the Supreme Constitutional Court and his assistance, as well as for inaugurating the computer laboratory with the support of the Turkish Cooperation and Coordination Agency (TIKA). Therefore, we emphasize the strengthening of the bonds of cooperation and the development of the framework of mutual understanding between the two parties, especially after signing the MoU between the two Courts.

We ask the Almighty God for him a long life in his obedience, in good health and prosperity.

Reiterating our highest considerations and best wishes.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI SAYIN PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN'A ŞÜKRAN MEKTUBU

Yüce Allah, kutsal kitapta şöyle buyurmuştur:

"يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعملون خبير"

"(Allah, içinizden iman edenleri ve kendilerine ilim verilenleri derecelerle yükseltir ve Allah, yaptıklarınızdan haberdardır.)"

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın 20 Nisan 2024 tarihinde görev süresinin sona ermesi vesilesiyle, bilhassa anayasa yargısı konusundaki zengin katkı ve çabalarını üstün başarılar ile taçlandırdığı adalete adanmış yaşamına Filistin Anayasa Mahkemesi olarak en içten şükranlarımızı sunmaktan onur ve gurur duyuyor, kendisine saygı ve takdirlerimizi sunuyoruz. Prof. Dr. Zühtü Arslan, görev süresi boyunca verdiği karar ve hükümler aracılığıyla anayasayı özenle güvence altına almış, hak ve özgürlükleri her türlü müdahale ve ihlale karşı korumuştur.

Sayın Arslan, bunlara ek olarak Türkçe üç kitap yayımlamıştır: 2005 tarihli *Anayasa Teorisi*, 2005 tarihli *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü* ve *Türk Parlamento Tarihi* (1957-1960) (3 Cilt, 2013). Kendisi bununla birlikte 2003 yılında yayımlanan *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü* isimli kitabın da editörlüğünü üstlenmiştir. Prof. Dr. Zühtü Arslan Türkiye'de Anayasa Yargısı (*Constitutional Law in Turkey*, 2016) isimli bir başka kitabın ise eş yazarlığını üstlenmiştir. Bununla birlikte Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın çeşitli ulusal ve uluslararası hukuk dergilerinde anayasa hukuku, insan hakları, özgürlük ve güvenlik ilişkisi ve siyasi partiler hukuku üzerine çok sayıda makalesi yayımlanmıştır.

Filistin Yüksek Anayasa Mahkemesinin, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği'ne (AAMB) katılım ve üyelik sürecindeki sunduğu değerli destek ve yardımları için Ekselanslarına en içten teşekkürlerimizi ve derin takdirlerimizi sunuyoruz. Anayasal toplantı ve görüşmelerdeki daimî mevcudiyetiniz ve katılımınız bizim için paha biçilemez bir önem teşkil etmektedir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a ayrıca Filistin'e ve Yüksek Anayasa Mahkemesine gerçekleştirdiği ziyaret ve sunduğu yardımların yanı sıra, Türk İşbirliği

ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığının (TİKA) desteği aracılığıyla bilgisayar laboratuvarının açılışını gerçekleştirdiği için teşekkürlerimizi sunuyoruz. Dolayısıyla, bilhassa iki Mahkeme arasında Mutabakat Zaptının imzalanmasının ardından, iki taraf arasındaki iş birliği bağlarının kuvvetlendirilmesinin ve karşılıklı anlayış çerçevesinin geliştirilmesinin önemini vurgulamak istiyoruz.

Yüce Allah'tan kendisine uzun, sağlıklı ve refah dolu bir ömür dileklerimizi sunarak en derin saygılarımızı ve en iyi dileklerimizi yineliyoruz.

Rıdvan GÜLEÇ
(Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı)

SAYIN ZÜHTÜ ARSLAN İLE ANAYASA MAHKEMESİNDE GEÇEN DOKUZ YIL

Yüce Mahkemeye Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 2015 yılı Mart ayında üye seçilmemden hemen önce Sayın Başkan'ımız Zühtü Bey ile tanışma imkânım oldu. Kendisi makamında bizleri kabul etti ve Meclisin iradesinin hepimiz hakkında hayırlı olmasını diledi. Bu ziyaretteki tavrı ve nezaketi beni fazlasıyla mutlu etmişti. Sayıştay kontenjanından Anayasa Mahkemesi üye adayı olarak 2015 yılında yaşadığım tecrübenin üzerine, bu sefer üye olarak seçilmem konusunda kendimi oldukça şanslı hissetmiştim. Neticede aynı yılın 13 Mart tarihinde Mahkemeye Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından üye olarak seçilerek göreve başladım.

Sayın Başkan hakkında edindiğim ilk olumlu izlenim zaman içinde daha da pekişti. Anayasa Mahkemesi üyesi olarak yaptığımız görev bağımsız, tarafsız, hukukun üstünlüğüne yürekten inanmışlık ve adalet duygusunu her şeyin üstünde tutan bir anlayış gerektirmekteydi. Zaman içinde Sayın Başkan'ın bu ilkelerden ödün vermediğine, güvenlik kaygısı ile özgürlüklere dar alan biçmediğine, akademik ve entelektüel birikimini kendi dünya görüşü ile sınırlandırmadığına, normal koşullarda yan yana bile gelmesi mümkün olmayan bireylerin hakkını ve hukukunu koruma noktasında hiç ödün vermediğine şahitlik ederim. Bu tanıklığımın yanı sıra, Mahkeme olarak vermiş olduğumuz birçok kararda Sayın Başkan'dan farklı yönde yaklaşımlar sergilediğimiz olmuştur. Bu farklılıklarımızı kararlarda yer alan karşı oy yazılarımızla ifade etmiş bulunuyoruz.

Anayasa'ya sadakat ve hukukun üstünlüğü ile temel hak ve özgürlükler konusunda Sayın Başkan'ın akademik duruşu, biz üyeler üzerinde zaman zaman aydınlatıcı etkiler oluşturmuştur. Bunun yanında kendi görüşü olarak ortaya koyduğu argümanlara üyeler olarak bizlerin katılımını arzu etmiş olsa bile, her türlü görüş ve düşünceye çok pozitif yaklaşmış ve bu tür görüş ayrılıklarının Mahkememizin kararlarına zenginlik katacağını ifade etmiştir.

Başkan'ımız Sayın Prof. Dr. Zühtü Arslan Bey'in görev süresinin sona ermesine ithafen çıkarılan bu Armağan'da kendisinin anayasa hukuku

profesörü olarak başta anayasa hukuku alanı olmak üzere hukukun farklı alanlarına yaptığı ulusal ve evrensel düzlemdeki katkılarını hakkıyla ortaya koyacak yetkinlikte değerlendirmeler yapamayacağımı düşünüyorum. Ancak tecrübelerim doğrultusunda gönül rahatlığı ile ifade etmem gerekirse Sayın Başkan, hukukun üstünlüğünden, temel hak ve özgürlüklerin korunmasından, adalet ve hakkaniyet duygusuna verdiği önemden ve hak eksenli yaklaşımdan hiç ödün vermemiş; günlük yaşantısında da mütevazı ve alçak gönüllü yaklaşımını hep sürdürmüştür.

Aslında Zühtü Bey'in bu hasletlere sahip olması hiç kimse için sürpriz de değildir. Benim şahsen tanışmadığım ama ismini sıkça duyduğum dönemlerde, Türkiye'nin acil ihtiyacı olan özgürlükçü ve kapsayıcı Anayasa çalışmalarında ve yeni Anayasa hazırlanması süreçlerinde hep yer almıştır. Kişilerin inançları gereği taktıkları başörtüsüne karşı ortaya konan despotik tavırların bir sonucu olarak Anayasa Mahkemesinin din ve vicdan özgürlüğü noktasında önceki dönemlerde verdiği hukuk dışı kararları, en etkin ve yetkin şekilde eleştiren ve toplumu aydınlatan yine kendisi olmuştur. Mahkemenin kararlarının hak eksenli olmasına, çoğulculuğu ve özgürlükleri esas almasına yönelik yaklaşımda Sayın Zühtü Arslan'ın AK Partinin 2008 yılındaki kapatma davası bağlamında yazdığı akademik ve bilimsel yazı ve görüşler geleceğe yönelik ufuk açıcı öneriler olarak kayıtlarda yerini almıştır.

Birlikte görev yaptığımız yaklaşık on yıl boyunca Sayın Başkan'ın hiçbir arkadaşımıza ya da Mahkeme çalışanına karşı olumsuz olarak nitelendirilecek herhangi bir tavrına şahit olmadım. Tek kelimelik ifadeler ile anlatmak gerekirse Sayın Zühtü Başkan; "nezaket", "saygı", "sağduyu" ve "olgun" davranışların çok yerinde bir örneğidir. Hakkı tam da yerine koymak anlamında eleştirilecek yanlarının hiç olmadığını söylemek mümkün de değildir. Mesleki ve profesyonel geçmişi, bulunduğu görevler ve akademisyenlik sıfatının belli konularda ısrarcı davranmasına, kolay ikna olmamasına yol açtığını düşünmekteyim. Müzakereler sırasında kendimce güçlü gördüğüm argümanlar karşısında dahi Başkan'ımızı ikna edememenin hayal kırıklığını yaşadığım anlar olmuştur. Tabiidir ki niteliği itibarıyla yaptığımız görev bu tür fikirsel ayrışmaları ve zıt düşmeleri beraberinde getirmektedir.

Belki de Sayın Başkan ile en ayrı düştüğümüz an 2019 yılı Anayasa Mahkemesi Başkanlık seçimlerinde olmuştur.

Mahkememizde o dönem görev yapan çok değerli üyelerimizden bir kısmı benim aday olmam konusunda bir teklifte bulunmuşlardı. Ben de bu teklifi karşılıksız bırakmama ve Mahkemeye yeni bir yönetim ve anlayış getirebilme umuduyla aday oldum. Bu süreçte gayet demokratik

ve centilmence bir yarış gerçekleşti aramızda. Seçim nihai turda Sayın Başkan'ın yeniden seçilmesi ile sonuçlandı. Bu olayı konu etmemdeki asıl neden, Sayın Zühtü Arslan Bey'le yarışmaktan çok, seçimin hemen akabinde henüz salondan ayrılmadan tüm üyelerimizin huzurunda şahsımdan izin alarak bana sarılmak istemesinin memnuniyetini ifade etmektir. Bu kucaklaşma ile seçimin tüm stresi üzerimden kalkmış ve katlanacağım ağır külfetten kurtulmanın verdiği rehavet tüm bedenime ve ruhuma yayılmıştı.

Seçimden sonraki dönemde Sayın Başkan'dan hep dostluk ve kardeşlik duygularını ziyade edecek yaklaşımlar gördüm. Aramızda gerçekleşen bu rekabete rağmen kendisi şahsıma karşı en ufak bir olumsuz duygu ve düşünce gütmemiş, aksine her daim adil ve centilmen davranmıştır. Böyle düşünmeme neden olan olay ve durumlar burada konu edeceğim hususlardan olmayıp sadece ikimizin tanıklığında muhafaza edilecek anılardır.

Bu vesile ile on iki yıllık görev süresini tamamlayarak Anayasa Mahkemesindeki görevinden ayrılan Sayın Prof. Dr. Zühtü Arslan Beyefendi'ye bundan sonraki yaşantısında sağlık, afiyet ve başarılar diler; uzun yıllar hak eksenli yaklaşımını yeni nesillere aktarmasını sağlayacak çalışmalar içerisinde olmasını temenni ederim.

Mirsad ĆEMAN
(Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina)

(Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanvekili)

PRESIDENT ZÜHTÜ ARSLAN, INTELLECTUAL, PROFESSIONAL AND FRIEND

Bosnia and Herzegovina and the Republic of Turkey are countries that cultivate friendly relations. The constitutional courts of our two countries have been maintaining friendly relations and having good cooperation in such an atmosphere for a long time.

In order to reinforce such relations, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the Constitutional Court of the Republic of Turkey signed a Memorandum of Understanding in Ankara in 2009. The aim was to strengthen bilateral cooperation by implementing and developing programs that will contribute to the development of friendly relations, institutional capacities and the comparative study of law.

As a judge, Vice-President and President (2015-2018) of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, I have met President Arslan often in the period since his election as a judge of the Constitutional Court of the Republic of Turkey in 2012. This was especially so since his election as the President of the Court. We had an opportunity to meet each other at a large number of bilateral, regional, Balkan, European and world conferences of constitutional courts. We also met on other occasions in Turkey, in Bosnia and Herzegovina, and elsewhere in the world.

With an appearance that radiates calmness and modesty and an obvious intellectual potential, I realized, at our first meeting, that President Arslan is a person with whom we will have honest, relaxing and inspiring professional and personal relationship. This relationship will certainly be of a protocol nature to the necessary extent, but above all, it will be human and friendly.

It is not only me who has had such a relationship with him, but he has been always very sincere and expressed his willingness to nurture and deepen the cooperation between our two courts. This is just as our two countries nurture harmonious bilateral relations and cooperation at all levels and in all areas wherever there is a need, interest, and possibility for such relations.

I noticed that he highly appreciated the intellectual, juridical and statesman personality of the first democratically elected chairman of the

Presidency (of the Republic) of Bosnia and Herzegovina, Alija Izetbegović, and especially his contribution to law, especially to the philosophy of law. I do not recall that he ever failed to highlight some of Alija Izetbegović's legal, philosophical, statesmanship, and even political thoughts while addressing national and foreign participants and guests while speaking at the anniversary celebration of the Constitutional Court of the Republic of Turkey (to which the Constitutional Court is invited every year).

I highly appreciate the balance that Judge Arslan, as the President of the Constitutional Court of the modern Turkish state and nation, shows in the affirmation of internal law, as well as international standards in the field of human rights and civil liberties. What certainly contributed to this balance is the fact that President Arslan gained his academic knowledge and experience studying at reputable national and foreign universities. In addition, what contributed is the fact that he gained practical experience, among other things, through a program at the European Court of Human Rights in Strasbourg. The fact that he was elected as a judge and as a president of the highest judicial body of the Republic of Turkey in several terms certainly confirms all this.

Finally, it is impossible not to notice that the healthy traditional values of the environment from which he originates and the inevitable traits of a man of the modern era have been happily combined in the personality of President Arslan.

I am convinced that the cooperation between our two courts will continue even after someone else becomes the head of the Constitutional Court of the Republic of Turkey instead of President Arslan. I am committed to that cooperation, as is the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, which we demonstrated by signing the Memorandum of Understanding and Cooperation between our two courts.

Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, November 2023

BİR ENTELEKTÜEL, DEĞERLİ MESLEKTAŞIM VE DOSTUM BAŞKAN ZÜHTÜ ARSLAN'A İTHAFEN

Bosna Hersek ve Türkiye Cumhuriyeti dostane ilişkiler geliştiren iki ülkedir. Bu iki ülkenin anayasa mahkemeleri de uzun zamandır böyle bir atmosfer içerisinde dostane ilişkilerini sürdürmekte ve sağlıklı bir iş birliği içerisinde hareket etmektedir.

Kurulan ilişkileri güçlendirmek amacıyla Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi arasında 2009 yılında Ankara'da bir İş birliği Protokolü imzalanmıştır. Amaç, dostane ilişkilerin, kurumsal kapasitelerin ve karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının geliştirilmesine katkıda bulunacak programlar uygulamak ve geliştirmek suretiyle ikili iş birliğini güçlendirmektir.

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi üyesi, başkanvekili ve başkanı (2015-2018) olarak Başkan Arslan ile 2012 yılında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi üyesi olarak göreve başlamasından bu yana sık sık bir araya gelme fırsatı buldum. Özellikle de Anayasa Mahkemesi başkanı olarak seçilmesinin ardından ikili ilişkilerimiz aynı şekilde devam etmiştir. Çok sayıda ikili, bölgesel, Balkan, Avrupa ve dünya anayasa mahkemeleri konferanslarında bir araya gelme imkânımız oldu. Bunların yanı sıra Türkiye'de, Bosna Hersek'te ve dünyanın başka yerlerinde de çeşitli vesilelerle bir araya geldik.

Sakin ve mütevazı bir duruş sergileyen görünümü ve barındırdığı bariz entelektüel potansiyeli ile Başkan Arslan'ın dürüst, rahatlatıcı ve ilham verici bir profesyonel ve kişisel ilişki kurabileceğimiz bir isim olduğunu ilk görüşmemizde anladım. Bu ilişki elbette gerektiği ölçüde protokol ilişkisi niteliğinde olacak ama her şeyden önce insani ve dostane çerçevede yürütülecektir.

Kendisiyle böylesine bir ilişki sürdüren sadece ben değilim, zira kendisi her zaman samimi tutumunu sürdürmüş ve iki ülke Mahkemeleri arasındaki iş birliğini beslemek ve derinleştirmek konusundaki niyetini içtenlikle ifade etmiştir. Bu bağlamda ülkelerimiz her düzeyde ve her alanda, bu tür ilişkilere ihtiyaç, ilgi ve imkân olan her yerde uyumlu ikili ilişkiler yürütmekte ve iş birliği içerisinde hareket etmektedir.

Başkan Arslan'ın Bosna Hersek Cumhurbaşkanlığının demokratik yollarla seçilmiş ilk başkanı Aliya İzzetbegoviç'in entelektüel, hukukçu ve devlet adamı kişiliğini ve özellikle hukuka, özellikle de hukuk felsefesine yaptığı katkıları takdirle karşıladığını fark ettiğimi belirtmek isterim. Her yıl davet edildiğimiz Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümü kutlamalarında yerli ve yabancı katılımcı ve konuklara hitap ederken Aliya İzzetbegoviç'in hukuk, felsefe, devlet adamlığı ve hatta siyasi düşüncelerinden bazılarına her zaman atıfta bulunmuştur.

Sayın Arslan'ın modern Türk devletinin ve milletinin Anayasa Mahkemesi başkanı olarak, iç hukukun yanı sıra insan hakları ve sivil özgürlükler alanındaki uluslararası standartların desteklenmesi konusunda gösterdiği dengeyi takdirle karşılıyorum. Bu dengenin sağlanmasında Başkan Arslan'ın akademik bilgi ve deneyimini saygın yerli ve yabancı üniversitelerde edinmiş olmasının katkısı büyüktür. Buna ek olarak Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde bir program aracılığıyla uygulama deneyimi edinmiş olması da bu hususlara katkıda bulunmuştur. Türkiye Cumhuriyeti'nin en yüksek yargı organına çeşitli dönemlerde üye ve başkan olarak seçilmiş olması da tüm bunları doğrular niteliktedir.

Son olarak yetiştiği çevrenin güçlü geleneksel değerleri ile bir modern çağ insanının taşıdığı karakteristik özelliklerin Başkan Arslan'ın kişiliğinde tezahür ettiği oldukça aşikârdır.

İki Mahkeme arasındaki iş birliğinin Başkan Arslan'ın yerine seçilecek olan yeni başkan döneminde de devam edeceğine inancım tamdır. Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi gibi ben de iki Mahkeme arasında imzalanan Mutabakat ve İş birliği Anlaşması ile ortaya koyduğumuz iş birliğini destekliyorum.

Saraybosna, Bosna Hersek, Kasım 2023

Prof. Dr. Khaled TALAHMA
(Member of the Supreme Constitutional Court State of Palestine)

(Filistin Devleti Yüksek Anayasa Mahkemesi Üyesi)

"ESSAYS IN HONOUR OF PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN"
A BOOK DEDICATED TO H.E. PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN

As Prof. Dr. Zühtü ARSLAN's time on the constitutional presidency draws to a close, I wanted to express my sincere gratitude for his successful service. Even if you didn't see Prof. Zühtü in person, he has worked tirelessly throughout his presidency to ensure his role commitments are fulfilled.

It was my pleasure to connect with Prof. Dr. ARSLAN in the Constitutional Court of Turkey. In addition to the amazing ability of H.E. to connect with us in the Constitutional Court's 60th anniversary, his willingness to support us in every possible opportunity was very passionate. I am most grateful for his active leadership in his capacity as the President of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye.

It was also amazing having Prof. Dr. ARSLAN in the Palestinian Supreme Constitutional Court and listening to his extensive experience in this area of law, especially that Palestine is still seeking expertise in Constitutional Law as a newly established Court. We also had an amazing tour in my home town, Hebron. We enjoyed our time together visiting the historic sites such as al- Ibrahimi Mosque and the old town of Hebron. From our social and work time with him, we can surely say that Prof. ARSLAN is both wise and virtuous, and we are grateful he shared those qualities with us. Prof. ARSLAN supported our Court's connection process with the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC), where his support was extremely beneficial. Moreover, Prof. ARSLAN with the support of the Turkish government, helped in funding the computer laboratory at our Supreme Constitutional Court, which was greatly helpful for our IT team.

I will certainly miss connecting with Prof. Dr. Zühtü ARSLAN as the President of the Turkish Constitutional court, but I look forward to staying in touch with each other for years to come.

"PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN ONURUNA YAZILAR"
PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN'A ARMAĞAN KİTABI

Prof. Dr. Zühtü Arslan mahkeme başkanlığı görev süresinin sonuna yaklaşırken başarılı hizmetlerinden dolayı kendisine en içten dileklerimi sunmak isterim. Başkan Zühtü Arslan'ı bizzat görmemiş olsanız bile kendisinin görevinin vazifelerini layığıyla yerine getirebilmek için durmaksızın çalıştığını bilirsiniz.

Türk Anayasa Mahkemesinde Prof. Dr. Zühtü Arslan ile irtibat hâlinde olmak benim için bir onurdur. Ekselanslarının Anayasa Mahkemesinin 60. yıl dönümünde bizimle iletişime geçerek gösterdiği nezaketin yanı sıra her fırsatta bizi destekleme yönündeki iyi niyeti oldukça takdire şayandır. Bu vesileyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi başkanı vasfıyla ortaya koyduğu etkin liderlik hususunda kendisine müteşekkir olduğumu ifade etmek istiyorum.

Filistin'in yeni kurulan bir mahkemesi olarak anayasal hukuk alanındaki uzmanlık arayışını sürdürdüğü bu dönemde, Prof. Dr. Arslan'ı Filistin Yüksek Anayasa Mahkemesinde ağırlamak ve hukukun bu alanındaki engin tecrübesini kendisinden dinlemek hayli faydalı olmuştur. Aynı zamanda memleketim olan El-Halil (*Hebron*) şehrinde de harika bir gezi düzenledik. İbrahim Camii ve El-Halil tarihî şehri gibi tarihî açıdan önem teşkil eden mekânları birlikte ziyaret etmekten büyük bir memnuniyet duyduk. Prof. Dr. Arslan ile çalışma hayatında ve sosyal programlar çerçevesinde geçirdiğimiz süre boyunca kendisinin ne denli bilge ve erdemli olduğunu görme şansına eriştim. Bu niteliklerini bizimle paylaştığı için kendisine ayrıca teşekkürlerimizi sunarız. Prof. Dr. Arslan, Mahkememizin Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği (AAMB) ile olan irtibat sürecini desteklemiş ve bu süreçte sunduğu destek oldukça yararlı olmuştur. Bununla birlikte Prof. Dr. Arslan, Türk Hükûmetinin desteğiyle Yüksek Anayasa Mahkememizin bilgisayar laboratuvarının finanse edilmesine yardımcı olmuş ve söz konusu katkı Bilgi İşlem Birimimiz nezdinde büyük yarar sağlamıştır.

Bu vesileyle Prof. Dr. Zühtü Arslan ile Türk Anayasa Mahkemesi başkanı olarak irtibat kurmayı oldukça özleyeceğimi ancak ilerleyen yıllarda da kendisi ile iletişim hâlinde kalmayı temenni ettiğimi vurgulamak isterim.

Prof. Dr. Anthony BRADNEY

(Emeritus Professor of Law, Keele University)
(Hukuk Emeritus Profesörü, Keele Üniversitesi)

ACADEMIC AND JUDGE

To succeed as both an academic and a senior member of the judiciary is difficult. Yet, whilst there are many differences between the two occupations, there are some similarities. In both analysing and assessing the arguments of others are central to the task. In both deciding which arguments one finds convincing, even if others are not convinced by them, is central. In both articulating one's own arguments are central. Finally, in both accepting that others may criticise the merit of what one does is almost unavoidable. Yet, whilst all of the above are necessary features of the roles, none of them lie at the essence of either pursuit. The core of what both academics and judges do is, instead, found in why they do it. Independence and autonomy is part of the key; a desire to do something because one personally feels the need to do it. An equal part of the key is an awareness that, more important than the approbation of others, is the feeling that one has done one's best to say that which is true. Notwithstanding these similarities the differences between being an academic and a judge are also important. Academics should address those questions that they find interesting and compelling simply because they find them interesting and compelling. The questions that judges face are those that are raised because of the exigencies of the legal system they work in. The work of academics tends towards the general and universal. The work of judges tends towards the specifics of the legal system and the legal tradition that they work in. In the quotidian world of both academics and judges there is much that they do is mundane and ordinary but also vital. Yet, whilst the mundane and ordinary is part of the unavoidable everyday reality of both academic and judicial life, this should not distract from what is at its heart. In both instances the focus of what one is doing is stating and restating what one sees as truths whether or not one is heard and whether or not one's words are welcome. To be successful in these terms in being an academic or a judge is demanding; to be successful in both is very rare.

BİR AKADEMİSYEN VE YARGIÇ

Bir akademisyen ve aynı zamanda yargının kıdemli bir üyesi olarak başarıya ulaşmak oldukça güçtür. Bununla birlikte iki meslek arasında gözlemlenebilecek birçok farklılığın yanı sıra bazı benzerlikler de mevcuttur. İki meslekte de başkalarının argümanlarını analiz etmek ve değerlendirmek görevin merkezinde yer alır. Her iki bağlamda da başkaları ikna olmasa dahi kişinin hangi argümanları ikna edici bulduğuna karar vermesi esastır. Söz konusu iki alanda da kişinin kendi argümanlarını dile getirmesi merkezî konumdadır. Tüm bunların neticesinde, iki uygulamada da başkalarının o kişinin yaptıklarının değerine ilişkin eleştiriler sunabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Ne var ki yukarıda belirtilenlerin hepsi mesleklerin gerekli özellikleri olsa da hiçbiri her iki arayışın da özünü oluşturmamaktadır. Akademisyenlerin ve yargıçların çalışmalarının özü, bu çalışmaları yapma nedenlerinde saklıdır. Bağımsızlık ve özerklik anahtarın bir parçasıdır, bir işi yalnızca yapma ihtiyacı hissettiği için gerçekleştirme arzusuyla ilintilidir. Anahtarın eşdeğer bir diğer parçası da başkalarının onayından daha önemli olan hususun, kişinin hakikati dile getirmek amacıyla elinden gelenin en iyisini yaptığını hissetmesi olduğuna ilişkin farkındalıktır. Belirtilen benzerliklere karşın akademisyen ve yargıç olmak arasındaki farklar da önem taşımaktadır. Akademisyenler, ilginç ve merak uyandırıcı buldukları soruları yalnızca ilginç ve merak uyandırıcı buldukları gerekçesiyle ele almalıdır. Yargıçların karşılaştıkları meseleler, içinde bulundukları hukuk sisteminin zorunlulukları nedeniyle ortaya çıkan sorunlardır. Akademisyenlerin çalışmaları genel ve evrensel olana yönelir. Yargıçlar ise ilgili hukuk sisteminin ve hukuk geleneğinin hususiyetlerine odaklanmaktadır. Gerek akademisyenlerin gerekse yargıçların gündelik yaşamlarında gerçekleştirdikleri pek çok eylem sıradan ve olağan olmakla birlikte aynı zamanda hayati önem taşımaktadır. Sıradanlık ve olağanlık hâli akademik ve yargısal yaşamın kaçınılmaz gerçekliğinin bir parçası olsa dahi bu durum, konunun özünden uzaklaşılmasına neden olmamalıdır. Her iki durumda da kişinin yaptıklarının odak noktası, duyulup duyulmadığına ve sözlerinin hoş karşılanıp karşılanmadığına bakılmaksızın hakikat olarak gördüklerini ifade etmek ve gerektiğinde yeniden dile getirmekten ibarettir. Bir akademisyen ya da yargıç olarak bu şartlarda başarılı olmak zahmetlidir; her iki alanda da başarı kazanmak ise çok nadir gerçekleşmektedir.

Prof. Dr. Fiona COWNIE
(Professor of Law Emerita, Keele University)
(Hukuk Emerita Profesörü, Keele Üniversitesi)

PROF. DR ZÜHTÜ ARSLAN: A MEMOIR

I met Zühtü when he was a postgraduate LL.M. student at the University of Leicester where I was then on the staff of the Law School. I taught on one of the modules he took, which was focussed on human rights. The first thing I learnt, which made a big impression on me, was that he had learnt to speak English to a very high standard, in what to me seemed a remarkably short period of time. The same went for his knowledge of English law. These were impressive achievements, but when I remarked on them, Zühtü just smiled in acknowledgement. I was to learn that this was very much his style. He worked very hard as a student, producing consistently high-quality work, but he always did this in a quiet, under-stated way.

After Zühtü graduated with an LL.M. he went on to study for a PhD. My husband, Professor Anthony Bradney, was his supervisor, and so we all kept in touch. When Zühtü returned to Turkey after successfully completing his PhD, he kindly invited us to participate in some legal conferences. He was very hospitable when we visited Ankara to attend conferences, and we were delighted to meet his wife, Hülya, and his children (who were then very young). Zühtü showed us around Ankara in the thoughtful way which is a hallmark of his personality. At one point, knowing how much I love baklava, he took us to the shop which sold what he considered the best baklava in Ankara. It was typical of him to be both very amused that I loved baklava, and also pleased when I told the delighted shopkeeper how good his products were.

It is always a pleasure, as an academic, when people that you taught as students gain success in their personal lives and careers. Zühtü has achieved both of these things. He has remained a family man at heart, but has also pursued a very distinguished and high-profile career. I am proud to call him a friend, and wish him health and happiness for the future.

PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN'A DAİR ANILAR

Zühtü Arslan ile Leicester Üniversitesinde yüksek lisans öğrencisiyken tanıştım, o sırada ben de Hukuk Fakültesinde çalışıyordum. Aldığı modüllerden birinde ders veriyordum ve bu modül insan haklarıyla ilgili bir modüldü. Kendisiyle ilgili üzerimde büyük bir etki bırakan ilk unsur, bana oldukça kısa bir süre gibi gelen bir dönemde, İngilizceyi çok yüksek bir standartta öğrenmiş olmasıydı. Aynı başarıyı İngiliz hukuku bilgisi bağlamında da göstermişti. Bunlar oldukça etkileyici başarılardı ancak bunları dile getirdiğimde Zühtü sadece gülümsemekle yetinirdi. Söz konusu tavrının onun tarzı olduğunu sonradan öğrenecektim. Öğrenciyken çok sıkı çalışır, her seferinde oldukça nitelikli işler çıkarırdı ancak bunu her zaman sessiz ve gösterişsiz bir üslupla yapardı.

Zühtü, hukuk alanında yüksek lisans derecesiyle mezun olduktan sonra doktora eğitimine devam etti. Eşim Profesör Anthony Bradney onun danışmanlığını yapıyordu ve dolayısıyla hepimiz iletişim hâlindeydik. Zühtü, doktora eğitimini başarıyla tamamladıktan sonra Türkiye'ye döndüğünde bizi nazik bir şekilde çeşitli hukuk konferanslarına katılmaya davet etti. Konferanslara katılmak üzere Ankara'yı ziyaret ettiğimizde oldukça misafirperverdi ve sevgili eşi Hülya ve (o zamanlar çok küçük olan) çocuklarıyla tanışmaktan büyük memnuniyet duyduk. Zühtü, kişiliğinin bir göstergesi olan incelikli yaklaşımıyla bize Ankara'yı gezdirdi. Hatta baklavayı ne kadar çok sevdiğimi bildiği için bizi Ankara'daki en iyi baklavayı bulabileceğimizi düşündüğü dükkâna götürdü. Hem baklavayı beğendiğim için çok sevinmesi hem de dükkân sahibine ürünlerinin ne kadar iyi olduğunu söylediğimde memnun olması onun karakteristik özelliklerini yansıtıyordu.

Bir akademisyen olarak, eğitim verdiğiniz öğrencilerin kişisel yaşamlarında ve kariyerlerinde başarılı olmaları her zaman mutluluk vericidir. Zühtü bunların her ikisini de başardı. Özünde bir aile babası olarak kaldı ama aynı zamanda çok seçkin ve yüksek profilli bir kariyere imza attı. Kendisine dostum demekten gurur duyuyor, ona sağlıklı ve mutlu bir gelecek diliyorum.

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

BİR ARKADAŞ VE MESLEKTAŞ OLARAK ZÜHTÜ ARSLAN

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın ismini Mahkemeye atanmadan önce duymuş, medyada çıkan birkaç yazısını ve akademik bir çalışmasını okumuştum. O dönem Türkiye'sinde egemen olan anayasa hukuku paradigmasına aykırı düşünceler ifade eden çok az sayıdaki anayasa hukukçularından biriydi. Bir vatandaş olarak dile getirdiği özgürlükçü demokrasi eksenindeki görüşlerini beğenmekteydim.

Nisan 2010'da Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanınca ilk yaptığım şeylerden biri anayasa hukuku ile ilgili akademik yazını gözden geçirmek oldu. Bu vesileyle Zühtü Arslan'ın yayımlanmış akademik çalışmalarını okumaya başladım. Dikkatimi çeken ilk husus Arslan'ın klasik bir anayasa hukukçusu olmadığıydı. Özellikle "Anayasa Teorisi" kitabında ve makalelerinde anayasayı ve hukuku dar bir teknik alan olarak görmeyen ama o boyutları da ihmal etmeyen, siyaset felsefesi ve siyasi düşünce tarihine vakıf olan bir akademisyen olduğu rahatlıkla görülmekteydi. Zühtü Arslan'ın anayasa hukukçuluğu sağlam bir sosyal bilim formasyonundan beslenmekteydi ve bu durum, onunla diğer meslektaşları arasındaki en önemli farklılıklardan birini oluşturmaktaydı.

Kendisiyle şahsi olarak tanışmam ortak bir tanıdığımızın -aklımda yanlış kalmadıysa- 2011'de organize ettiği bir yemekte oldu. Burada edindiğim izlenim; konusuna hâkim, son derece bilgili, nazik ve mütevazı bir akademisyen hukukçu olduğuydu. Aşağı yukarı aynı yıllarda yurt dışında lisans üstü öğrencisi olmuşuz ancak farklı şehirlerdeki üniversitelerde bulunmamızdan dolayı tanışma imkânımız olmamıştı. Yemekte sohbet ederken lisans üstü yıllarından ortak tanıdığımız başka arkadaşların da olduğu ortaya çıkmıştı.

Yemek sonrasında bana -daha önce varlığından haberdar olmadığım- kendi makalesiyle birlikte doktora öğrencilerinin çalışmalarının yer aldığı ve editörlüğünü yaptığı "ABD Yüksek Mahkeme Kararlarında İfade Özgürlüğü" kitabını hediye etti. Kitabı o akşam okumaya başladım. Demokratik toplum düzeninin en temel taşlarından biri olan ifade özgürlüğü denen şeyin hangi çetrefilli yollardan geçerek günümüzde, en azından kuramsal olarak evrensel düzeyde, kabul gören bir anlayışa nasıl ulaştığını Amerikan Yüksek Mahkemesi deneyimi üzerinden aktaran kitap gerçekten çok bilgilendiriciydi. Zühtü

Arslan'ın makalesi, ifade özgürlüğünün tanınması ve gelişmesiyle ilgili çok karmaşık bir tarihî, siyasi ve hukuki süreci değişik yönleriyle büyük bir ustalıkla okuyucuya anlatmaktaydı.

Nisan 2012'de Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanması, Mahkeme açısından yeni bir dönemin başlangıcının habercisi olacaktı. Atandığı tarihten itibaren Zühtü Arslan, sahip olduğu geniş bilgi birikimini artık somut davalara uygulama fırsatı bulacaktı. Bu, bir bakıma teori ile pratiğin bir araya gelmesi anlamına gelecekti. Katıldığı ilk heyetlerden itibaren Arslan dosya ve konulara olan hâkimiyeti ve yaklaşımıyla dikkat çekmekteydi. Azınlıkta kaldığı zaman kaleme aldığı karşıoylar etkileyici ve öğreticiydi. Zühtü Arslan 2015 yılında AYM tarihinin en genç başkanı olarak seçilmiş, 2019 ve 2023'de yapılan AYM başkanlık seçimlerinin sonucunda da bu görevine devam etmiştir. Kendisiyle 2015-2019 arası dönemde başkanvekilliği görevim dolayısıyla daha yakın bir mesai içinde bulunma fırsatına sahip oldum.

Başkan olarak Zühtü Arslan heyetlerde genellikle en son konuşmayı tercih eder ve o ana kadar söz alanların düşüncelerini, raportörün hazırladığı taslak raporu özetler; toparlar ve en nihayetinde kendi düşüncesini gerekçeleriyle heyetle paylaşır. Tam bir veriye sahip olmamakla birlikte büyük bir olasılıkla Zühtü Arslan, AYM tarihinin en fazla karşıoy yazan başkanı olmuştur. Bu bize, Arslan'ın düşüncelerini azınlıkta kalma pahasına savunma azmi taşıdığını göstermektedir. Kaldı ki bu karşıoyların bir kısmı ilerleyen zaman diliminde içtihadın değişmesine neden olarak, Mahkemenin görüşü olarak da benimsenebilmiştir. Bu da bize daha genel anlamda bugünün karşıoylarının yarının çoğunluk görüşü olabileceğini göstermektedir.

Gerek heyetlerdeki müzakerelerde gerekse de kamuya açık toplantılarda üzerinde en çok durduğu husus AYM'nin "hak eksenli" bir anlayışla karar vermesidir. Bu anlayış Anayasa'nın güvenceye aldığı temel hak ve özgürlüklerin AYM eliyle korunması ve geliştirilmesine dayanmaktadır. Bilindiği üzere demokratik anayasal düzene yönelik tehditlerle anayasal sınırlar içinde kalarak mücadele etmek amacıyla hak ve özgürlükler Anayasa'da öngörüldüğü şekliyle sınırlandırılabilir. Zühtü Arslan'ın başkanlık döneminde hendek olayları, 15 Temmuz darbe girişimi ve akabinde OHAL ilanı, COVID-19 salgını gibi olağanüstü olaylar meydana gelmiş; bu dönemlerde AYM özgürlük-güvenlik dengesini sağlama gayreti içinde olmuştur. Bu zor zamanlarda AYM gemisini batmadan, karaya oturmadan fırtınalı sularda yüzdürmeyi başarmak kolay bir iş değildi. Burada gemi kaptanı olarak Zühtü Arslan'ın anayasa hukukçusu kimliği ve idareci konumu önemli bir işlev görmüştür. Son derece haksız ve mesnetsiz ithamlarla, iftiralarla karşılaşmasına, eleştirinin çok ötesine geçen ağır hakaretlere maruz kalmasına rağmen duruşunu bozmamış her türlü polemikten özenle uzak durmuştur.

Tanımaktan ve birlikte çalışmaktan büyük bir onur ve mutluluk duyduğum Zühtü Arslan'dan sahip olduğu geniş bilgi birikimini, AYM üyelik ve başkanlık tecrübesini sadece gelecek kuşaklara değil günümüz Türk toplumuna da aktarmasını umuyor ve bundan sonraki yaşamında ailesi ve tüm sevdikleriyle sağlıklı, mutlu ve huzurlu zamanlar geçirmesini diliyorum.

Hasan Tahsin GÖKCAN
(Anayasa Mahkemesi Başkanvekili)

ANAYASA YARGICI OLARAK ZÜHTÜ ARSLAN

Anayasa Mahkemesinde yaklaşık 10 yıl birlikte çalışmaktan onur duyduğum Sayın Başkan Zühtü Arslan hakkında tanıklık yazısı yazmayı şahsım açısından bir ödev olarak değerlendiriyorum. Fakat klavyenin başına geçtiğimde alışkın olmadığım bir tarzda yazmanın zorluğunu yaşadığımı da itiraf etmeliyim. Başkan'ın geçmişteki mesleği hukukçu akademisyen iken Mahkemedeki 12 yılı bir hâkim olarak geçmiştir. Bu nedenle yazının başlığını tanıklık ettiğim dönemini yansıtmak amacıyla tercih ettim.

Diğer meslektaşlarım gibi görev yaptığım her yerde öğrenme çabamı sürdürdüm, mesleki birikimimi artırmaya gayret gösterdim. Dokuz yıla yaklaşan kürsü tecrübesinden sonra tetkik hâkimi olarak görev yaptığım Yargıtay ceza dairesinde çalıştığım yıllar benim için oldukça öğretici oldu. Bu nedenle Yargıtayı daima bir "yargı okulu" gibi değerlendirdim. Yargıtaydaki kıymetli hukukçuların birikimlerinden istifade etmeye çalıştım. Aynı bakışla Anayasa Mahkemesinin de karar birikimi, özgür tartışma ortamı ve kurum kültürü itibarı ile alanında önemli bir hukuk okulu olduğu kanısındayım. Kurumun bu niteliğinin oluşmasında başkan ve üyelerinden raportörlerine kadar tüm yargısal kadronun önemli katkısı bulunmaktadır. Bununla birlikte Başkan Zühtü Arslan'ın 9 yılı aşan başkanlık döneminin gerek kurum kültürünün gerekse anayasal denetim yönteminin geliştirilmesi bakımından ayrı bir önemi olduğunu düşünüyorum.

Mahkemedeki ilk toplantıdan itibaren anayasal denetim alanında yeni şeyler öğrenmem gerektiğini fark ettim. Bu konuda tecrübeli üyelerin tartışmalar sırasındaki konuşmalarının yararlı olduğunu ifade etmeliyim. Katıldığım ilk toplantılardan itibaren Genel Kurul çalışmalarımızda bilgi dolu ve nezaketli üslubuyla yaptığı konuşmaları heyet tarafından ilgiyle dinlenen Sayın Zühtü Arslan dikkatimi çekti. Alandan bir akademisyen olmasının getirdiği bilgi birikimi ile birçok konuya dair tartışmada hukuki sorunun ortaya konulması ve çözümünde aydınlatıcı oluyordu. Bu bakımdan konuşmalarından en çok istifade ettiğim üyelerimizin başında geliyordu. Nitekim Mahkememiz Genel Kurulu 2015 yılı Şubat ayında Sayın Zühtü Arslan'ı başkan olarak seçti ve 2023 yılı Şubat ayında yapılan seçim sonucunda üçüncü dönemi için hâlen bu görevini sürdürüyor.

Bu yazıda Sayın Zühtü Arslan'ın bir anayasa hukukçusu ve yargıcı olarak tanıdığım yönlerini ifade etmeye çalışacağım. Bunun için en önemli kaynak ise Sayın Başkan'ın resmî konuşmalarıdır. Karşıoylarının incelenmesi ise ayrı bir çalışmayı gerektirir.

Sayın Arslan, başkan seçildiği 2015 yılında Anayasa Mahkemesinin 53. kuruluş yıl dönümünde yaptığı ilk konuşmasının teması *adalet* kavramı üzerine idi. Konuşmasında adalet hizmetinin önemine ve bu hizmetin hiçbir vesayet unsurunun gölgesi altında kalamayacağına vurgu yapmıştı. Ona göre *"… Vesayetçilik, kurumsal düzeyde demokratik siyasi aklın yetersiz olduğu varsayımına dayanır. Bireysel düzeyde ise kişinin kendi haline bırakılmaması, yönlendirilmesi gerektiği, aksi halde doğru karar veremeyeceği düşüncesinden beslenir. Her iki durumda da kurumsal ve bireysel akla ipotek koyma söz konusudur. Bu nedenle Kant, vesayeti özgürlüğün düşmanı olarak görür ve Aydınlanmanın şiarını, 'aklını kullanmaya cesaret et' şeklinde formüle eder."*[1]

Sayın Başkan'ın konuşmasındaki büyük Atatürk'ün meşhur sözlerine de atıf yapan şu ifadeler, basına yansıması nedeniyle kamuoyu tarafından da hatırlanıyor olabilir:

"Türkiye'de yargı, belki de tarihinin en önemli ve hassas dönemlerinden birini yaşıyor. Adaletin tesisi gibi son derece ağır bir yük taşıyan yargının, bu yükün altından hakkıyla kalkabilmesinin ve kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesinin yolu, 'vesayet' kavramıyla yüzleşmesinden geçmektedir. Bu konuda sadece yargının kendisiyle yüzleşmesi ve özeleştiri yapması yetmez, aynı zamanda siyasal ve hukuksal sistemin tüm unsurlarının da bir muhasebe yapması gerekmektedir. … Unutmayalım ki, fikri ve vicdanı hür olmayandan hâkim olmaz. Aklını ve vicdanını başkalarına kiralayan veya iradesine ipotek konmasına izin veren kişiden hâkim olamaz. Hukuk devletinde, uzaktan kumandalı yargı da, yargıç da düşünülemez."[2]

Başkan'ın bu sözleri âdeta bir yıl sonra gerçekleşecek menfur 15 Temmuz kalkışmasında ortaya çıkacak olan yargı ve askerî-sivil bürokrasi içerisindeki FETÖ/PDY yapılanmasının "vesayet aklını" tanımlar nitelikteydi.

3 Mart 2016 tarihinde bireysel başvuru sisteminin desteklenmesi ortak projesi açılış konferansında Başkan Arslan'ın yaptığı konuşmanın konusunu ise demokratik hukuk devleti ve çoğulcu toplum oluşturmaktaydı. Konuşmada yer alan *"Demokratik hukuk devletini yaşatan; adalet, özgürlük, eşitlik, hoşgörü, çoğulculuk gibi değerler manzumesidir."* biçimindeki ifade dikkat çekicidir. Bu cümle, onun Anayasa'da yer alan ilkeleri siyasal toplumu bir arada tutan, toplumla bağ kuran ve bir anlamda toplumsal sözleşmeyi içselleştiren bir yak-

1 Anayasa Mahkemesi. (2022). *Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları (1984 – 2022)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 424.

2 a.g.e. s. 423-424.

laşımla yorumladığını göstermektedir. Yine aynı konuşmadaki *"Farklılıkların birlikte yaşamasının ve yaşatılmasının güzel örneklerini, tevarüs ettiğimiz Osmanlı sosyal ve siyasi tecrübesinde bulabiliriz."*[3] şeklindeki sözleri ile çoğulculuğun kültürümüzden gelen değerler manzumesi içerisinde olduğuna vurgu yapılmaktadır.

2016 yılı Ekim ayında iki yeni üyenin yemin törenindeki konuşmasında Başkan Zühtü Arslan, kısa süre önce gerçekleşen hain kalkışmaya karşı darbecilik zihniyetini şöyle nitelemişti: "*Darbeler siyasi irademize ve aklımıza giydirilen deli gömleğidir. Darbecilik, milli iradeyi gasp etmeye çalışan, vesayetçi elitizmin pençesinde demokrasiyi içten içe kemiren iflah olmaz bir hastalık, tam bir siyasi sapkınlıktır*."[4]

Başkan aynı konuşmada kalkışmanın icra edildiği gece yarısı Anayasa Mahkemesinin sosyal medyadan kamuya paylaştığı *"Anayasal düzene karşı her türlü demokrasi dışı girişimi reddediyor ve demokratik hukuk devletinin yanında olduğumuzun aziz milletimizce bilinmesini istiyoruz."* şeklindeki açıklamadan söz etmişti. Konuşmasının devamında *"15 Temmuz aynı zamanda bu hastalıklı, seçkinci ve antidemokratik zihniyetle hesaplaşmanın da miladıdır. Bu millet, canı ve kanı pahasına darbelere geçit vermeyeceğini, egemenliğin kendisine ait olduğunu göstermiştir. İnanıyorum ki 15 Temmuz, Türkiye'nin darbeler ve darbe teşebbüsleri makus talihinin kırıldığı, anayasal demokrasinin gerektirdiği zihniyet devriminin başladığı gün olacaktır."* sözleriyle anayasal demokrasinin korunmasına verdiği önemi ifade etmiş ve bu direniş ile milletin kendi iradesine, demokrasiye sahip çıkmasına vurgu yapmıştır. Öte yandan Başkan Arslan, konuşmasının sonunda böylesi olağanüstü günlerde dahi adalet ilkesinin önemine işaret etmiştir: *"Güvenlik ve özgürlük gibi iki hayati değer arasındaki ilişkiyi düzenlerken başvuracağımız temel değer hiç kuşkusuz adalettir. Adalet, hukuk düzeninin çimentosu, mülkün yani devletin temelidir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin daha kırılgan hale geldiği olağanüstü dönemlerde adaletin tesisi çok daha önemlidir."*[5]

Şunu ifade etmeliyim: Başkan'ın yukarıda özetlediğim konuşmasındaki bu sözler birer retorikten ibaret kalmamıştır. Bu noktada ülkenin geçirdiği en zor dönemlerde dahi dönemsel eğilimlere, değerlendirmelere itibar etmeyip adalet ilkesine ve hakimlik duruşuna sahip çıktığına ilişkin şahitliğimi

3 Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi Açılış Konferansında Yaptığı Konuşma", 3/3/2016, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/bireysel-basvuru-sisteminin-desteklenmesi-ortak-projesi-acilis-konferansinda-yaptigi-konusma/ (Erişim Tarihi: 31/1/2024)

4 Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "Anayasa Mahkemesi Üyeleri Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in Andiçme Törenlerini Açış Konuşması", 5/10/2016, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyeleri-recai-akyel-ve-yusuf-sevki-hakyemez-in-andicme-torenlerini-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 31/1/2024)

5 Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "Anayasa Mahkemesi Üyeleri Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in Andiçme Törenlerini Açış Konuşması"

anmadan geçemem. Nitekim hep birlikte birçok kez yaşadığımız hukukun üstünlüğüne veya Mahkememize yönelik medyatik saldırılara susmanın zor olduğu zamanlarda, en çok da kendisi hedef olduğu hâlde *"Hâkimlik mesleği tarafsız kalmayı ve bu nedenle susmayı, hatta yutkunmayı gerektirir; bu bir fedakârlık ise hepimiz bu duruşumuzla bu fedakarlığı yapıyoruz."* biçimindeki konuşmalarını hatırlıyorum.

Anayasa Mahkemesinin 56. kuruluş yıldönümünde 2018 yılı Nisan ayında yaptığı konuşmada Sayın Başkan, insan haklarının güvence altına alınması için anayasa yargısının öneminden söz etmiştir[6]. Konuşmada ayrıca bireysel başvuru ile birlikte Mahkemenin yaklaşımının hak eksenli bir dönüşüm geçirdiğine işaret etmiş ve bu yaklaşımla Mahkemenin "olağanüstü hâl şartlarında dahi 'hak eksenli' yaklaşımla kararlar vermeye devam ettiğine" değinmiştir.

Başkan Arslan 2020 yılı Haziran ayında yeni üye yemin törenindeki konuşmasında Anayasa Mahkemesinin görevinin temel hak ve hürriyetleri korumak olduğuna değinmiş, Mahkemenin özellikle bireysel başvuruda verdiği hak ihlali kararlarının önemine işaret etmiştir. Başkan, mağduriyetin giderilebilmesi için ihlal kararlarının gereğinin yerine getirilmesi gerektiğine vurgu yapmış ve ayrıca yeni hak ihlallerinin önüne geçilebilmesinin Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif etkisinin kabul edilmesine bağlı olduğuna işaret etmiştir.

3 Mayıs 2021 tarihli "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunmasında Bireysel Başvurunun Rolü" başlığını taşıyan konuşmasında Sayın Arslan "insan hakları yargısı" kavramı üzerinde durmuştur. Konuşmada genel ve kapsayıcı yargı kavramından farklı olarak böyle bir kavram kullanılmasının yadırganabileceğini, ancak bunun bir ihtiyaç olarak ortaya çıktığını ve kabul gördüğünü ifade etmiştir. Konuşmada insan hakları yargısı işlevini üstlenen bireysel başvuru kurumunun önemine değinen Başkan, bu kurumun başarısının ise uygun bir kültürel iklimin varlığına bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu noktada başkasının farklı olanın, yani "öteki"nin haklarının korunması öne çıkmaktadır. Ona göre "insan hakları, aynı zamanda 'ötekinin hakları'" olduğundan, "bu kültürü inşa edecek olan anlayış ise "öteki"nin ontolojik varlığını kabul etmeyi" gerektirir[7].

Başkan Zühtü Arslan 2022 yılında 60. kuruluş yıldönümü konuşmasında yine adalet kavramına öncelik vermiştir. Onun ifadesiyle mahkemelerin adaleti tesis görevi "hayati bir görev"dir. Zira *"Toplumsal ve siyasal hayatın den-*

6 Anayasa Mahkemesi. (2022). s. 456 vd.

7 Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "İnsan Hakları Yargısına Bakış" konulu çevrim içi panelde yaptığı "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunmasında Bireysel Başvurunun Rolü" Başlıklı Konuşma, 3/5/2021, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/turkiye-de-insan-haklarinin-korunmasinda-bireysel-basvurunun-rolustar/ (Erişim Tarihi: 31/1/2024)

gesini sağlayan bizatihi adalettir. Bu nedenle de tarih boyunca hemen her toplumda adalet toplumun örgütlü hâli olan devletin bir yandan varlık sebebi diğer yandan da varlığını devam ettirmesinin temel şartıdır."[8] Başkan bu konuşmasında adaletin retorik bir kavram olmayıp asıl olanın uygulanmasının, başka deyişle "tecelli etmesinin" önemli olduğunu vurgulamıştır. Öte yandan adaletin tecellisi arkasında kamu gücünün varlığı hâlinde mümkün olabileceği gibi siyasal iktidar gücünün meşruiyeti de adaletin gerçekleşmesine bağlıdır. Başkan Arslan'ın veciz ifadesiyle *"Adaletin tecellisi gücü, gücün meşruiyeti adaleti gerektirir."*

Sayın Zühtü Arslan'ın 2023 yılında 61. Kuruluş Yıldönümü konuşmasının teması ise anayasal kimlik bağlamında hukuk devleti ilkesi olmuştur. Başkan 2. ve 14. maddeler birlikte okunduğunda Anayasa'mızın kimliğinin "hukuk devleti" olduğunun altını çizmiş ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da hukuk devletinin "Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması zorunlu olan" bir ilke olarak değerlendirildiğini ifade etmiştir. Başkan ayrıca Cumhuriyetin herkesin eşit ve özgür bireyler olarak kendilerini ait hissettikleri demokratik bir hukuk devleti olarak yoluna devam etmesinin hepimizin ortak amacı olduğunu ifade ettikten sonra bu amacın iki şarta bağlı olduğuna vurgu yapmıştır. Bunlardan ilki bizden farklı düşünen ve yaşayanlarla sağlıklı bir ilişki kurmak, "öteki"nin ontolojik varlığını kabul etmekten geçmektedir. İkincisi, hukuksal ve siyasal düzlemde kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve bu kapsamda yargı bağımsızlığının tam manasıyla hayata geçirilmesidir[9].

Görüldüğü üzere Başkan Zühtü Arslan'ın zihnini meşgul eden meseleler ve kavramlar her durumda adaletin tecellisi, temel hakların korunması, Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğünün tesisi, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, "öteki"nin ontolojik varlığının kabul edilmesi ve haklarının korunmasıdır. Yine onun konuşmalarında hangi alanda olursa olsun mahkeme kararlarının uygulanarak hukukun üstünlüğünün sağlanması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının anayasal düzeni ve temel hakları koruyucu etkisini gösterebilmesi için kararların objektif etkisinin tanınması konuları önemli ölçüde yer almaktadır.

Başkan Arslan ile 10 yıllık çalışma süremizde gerek Genel Kurul toplantılarındaki uzun hukuki tartışmalar atmosferinde gerekse idari görev dolayısıyla teşrikimesaimiz oldu. Özel yaşamlarımızda komşuluk, arkadaşlık münasebetimiz gelişti. Başka bir ifadeyle karşılıklı olarak birbirimizin yaşam tanığı olduk. Bu süreçte Sayın Zühtü Arslan'ı mahkeme üyesi, başkan, akade-

8 Anayasa Mahkemesi. (2022). s. 497. vd.

9 Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "Anayasa Mahkemesi'nin 61. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-61-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi (Erişim Tarihi: 31/1/2024)

misyen, arkadaş, aile babası gibi farklı yönleriyle yakından tanıma imkânım oldu. Bununla birlikte tabiri caizse onun farklı şapkaları altındaki kimliğinin ortak yönlerini birkaç kelimeyle izah etmeyi deneyeceğim.

Tanıdığım Zühtü Arslan her düzeydeki ilişkilerinde nezaketi, zarafeti ve adalet ilkesini esas almaya özen gösteren bir kimsedir. İdareci olarak karar ve uygulamalarında kamusal sorumluluk bilinci içerisinde eşitlik, liyakat ve adalet ilkeleri temel olmuştur. Hatta kimi zaman yakın arkadaşları veya meslektaşlarımız tarafından yadırganmayı, eleştirilmeyi göze alarak bu ilkelere ısrarla sahip çıktığına çoğu kez tanık oldum. Bir akademisyen olarak ise kendilerinde bilimsel yaklaşımı ve akademik ahlakı esas alan bir hukukçu kimliği gördüm. Bir hâkim olarak Zühtü Arslan, tartışılan hukuki konunun tam anlamıyla anlaşılması ve adaletin tecellisi için kılı kırk yaran bir hukukçudur. Geçirdiğimiz mesleki süreçlerde kamuoyu, sosyal-siyasal ortam, medya vb. baskılar içerisinde hukuk ikliminin ortadan kalkmaya yüz tuttuğu zamanlarda önündeki dosya kapağında yazan ismi dikkate almadan herkese eşit hukuk dağıtmaya çalışan, bir *hâkim* gibi durabilmenin özlemle aranan ve ne yazık ki sıkça karşılanmadığına şahitlik ettik. Böylesi zamanlar bize hakimlik mesleğinin özünün bilgiden öte mesleğin onur ve ilkelerine sahip çıkmak olduğu tecrübesini yaşatmıştır. Bu yönden bakıldığında Başkan Zühtü Arslan'ın sözü edilen zamanlarda "hâkim duruşu" göstermiş ve meslektaşlarına örneklik teşkil etmiş olması alkışlanması gereken meziyetleri arasındadır.

Tanıdığım ve tanıklık ettiğim çok kıymetli bir kişilik, dost, akademisyen, yüksek hâkim ve başkan olarak Sayın Zühtü Arslan ile on yılı bulan bir süre birlikte çalışmaktan ve onu tanımaktan onur duyduğumu özellikle ifade etmeliyim. Başkan Zühtü Arslan'ın Mahkemedeki görevinden ayrıldıktan sonraki yaşamında da tecrübelerini yansıtabilmesini diliyor, kendisine ailesi ve sevdikleriyle huzurlu bir ömür temenni ediyorum.

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

BU MAHKEMEDEN BİR ZÜHTÜ ARSLAN GEÇTİ

Prof. Dr. Zühtü Arslan ile aynı fakülteden mezun olmamıza rağmen tanışmamız iki binli yılların başında ve kendisinin İngiltere'de doktorasını tamamlayıp Polis Akademisinde öğretim üyesi olarak göreve başlamasından sonraki bir zamana denk gelmektedir. Farklı akademik etkinliklere de birlikte katıldığımız olmuştur. İlginçtir ki bunlardan ilki, 2001 Anayasa değişikliklerinin ele alındığı Anayasa Mahkemesinin 40. kuruluş yıl dönümüne denk gelen sempozyumdur. Antalya'da düzenlenen bu sempozyumda Sayın Arslan "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler" konulu, ben ise "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri" başlıklı bir bildiri sunmuştum.

Akademik hayatımızın sonraki dönemlerinde de birçok farklı bilimsel etkinlikte birlikte olduk. İkimiz de anayasa hukuku alanıyla ilgilendiğimiz için bu vesileyle yollarımız sıklıkla kesişiyordu. Nitekim kaderin bir tecellisi olarak yine bu minvalde Anayasa Mahkemesinde buluştuk. Kendileri ile Anayasa Mahkemesinde yedi yıldan daha uzun süre birlikte görev yaptık. Mahkemeye geldiğim tarihten itibaren Sayın Zühtü Arslan hep Anayasa Mahkemesi başkanı olarak görev yapmıştı.

Akademik ve mesleki hayatımızdaki bu birlikteliklerden kaynaklı söylenebilecek çok şey vardır elbette. Ancak bu kısa "tanıklık" yazısında Sayın Zühtü Arslan ile ilgili olarak gerek akademik hayatta ve gerekse Anayasa Mahkemesi üyesi ve Başkanı sıfatıyla görev yaptığı süre boyunca ön plana çıkan ve mutlaka belirtmem gerektiğini düşündüğüm bazı hususlara yer vermek istiyorum.

Sayın Zühtü Arslan siyaset felsefesi ve kamu hukuku teorik altyapısı ile desteklenen anayasa hukuku birikimi ile gündemdeki anayasa hukuku ve insan hakları konularını irdeleyen önemli çalışmalara imza atmıştır. Kendisi doğu ile batıyı harmanlayan, entelektüel birikime sahip olan bir akademisyen olarak ön plana çıkmaktadır. Bu zengin birikimi ile Anayasa Mahkemesine üye seçilmiş olmasının ülkemiz adına çok önemli bir fırsat olduğu kanaatindeyim.

Sayın Arslan'ın herkesin görüşünü dinleyen, insanların görüşlerine değer veren, bununla birlikte kendi görüşünü de çok açık biçimde ifade eden bir

kişiliği vardır. Kendi hukuki yaklaşımı itibarıyla sorunlu gördüğü hususları net bir şekilde ifade etmekten geri durmayan özelliği de göze çarpmaktadır. Bu bağlamda gerek akademisyen kimliği ile yazdığı eserlerde ve gerekse Anayasa Mahkemesi çoğunluk kararlarına muhalif kaldığında kendi eleştirisini ve karşı görüşünü net bir biçimde ifade etmeye özen göstermektedir. Ancak bunu yaparken her zaman hukukun üstünlüğünü ve temel hak ve özgürlükleri esas alan bir perspektifle hareket etmeye dikkat etmektedir.

Akademik çalışmalarında anayasal demokrasinin tesisi, hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi gayreti her zaman temel hedef konumundadır. Dolayısıyla bu bağlamda kararlı bir biçimde vesayete, antidemokratik müdahale ve süreçlere karşı olan bir akademik duruşa sahip olmuştur. Nitekim daha sonra 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin henüz başladığı ilk saatlerde Başkanı olduğu Anayasa Mahkemesi de sıcağı sıcağına yayımladığı bildiride anayasal düzene karşı her türlü demokrasi dışı girişimi reddettiğini ve demokratik hukuk devletinin yanında olduğunu duyurmuştur.

Sayın Arslan'ın Anayasa Mahkemesinde göreve başlaması Mahkemenin bireysel başvuruları kabul etmeye başladığı yıla denk gelmiştir. Bireysel başvuru ile ilgili hazırlık çalışmalarının gündemde olduğu dönemden görevinin sona erdiği 2024 yılı Nisan ayına kadar Anayasa Mahkemesi çok yoğun biçimde bireysel başvurularla da ilgilenmek ve hatta norm denetimine nazaran mesaisinin önemli bir kısmını bireysel başvuru incelemelerine ayırmak durumunda kalmıştır.

Bu nedenle bireysel başvurunun aldığı mesafede Sayın Arslan'ın önemli bir katkısı olduğu mutlaka not edilmelidir. Bu bağlamda uzmanlık alanı itibarıyla anayasa hukuku ve insan hakları konularında çalışan bir akademisyenin bireysel başvuru incelemelerinin kabulünden itibaren on iki yıl boyunca Anayasa Mahkemesinde üyelik yapması bu konudaki içtihada katkısı boyutu ile çok değerlidir.

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi başkanlığı sadece temsil ve idari niteliği ile değil belki de ondan daha fazla başkanın Genel Kuruldaki müzakereleri yönetme ve yargısal süreçlerin bizzat içinde yer alması boyutu ile gündemdeki dosyalarla daha fazla ilgilenilmesi gereken bir makam konumundadır. Genel Kurulun tüm yargısal görevlerini yerine getirme sürecinde Anayasa Mahkemesi başkanı önemli ve başat bir aktör olarak müzakereleri yürütmektedir. Sağlıklı bir müzakere sürecinin tesisinde başkanın önemli görev ve sorumlulukları vardır.

Birbirinden oldukça farklı konulara ilişkin dosyaların tüm boyutlarına tam anlamıyla vâkıf olması, gündemde müzakere edilmekte olan dosyalara ilişkin Mahkemenin içtihadını çok iyi bilmesi, müzakere sürecinde herkesin kendi

görüşünü ifade etmesine imkân sağlayan bir ortam oluşturması müzakere yöneticisi sıfatıyla başkanın Genel Kuruldaki sorumlulukları olarak ilk akla gelenlerdir. Bunlar sağlanmadan gerçekleştirilen müzakerelerden sağlıklı sonuçlara ulaşılması zordur.

Sağlıklı bir müzakere için her dosyada olduğu gibi özellikle oldukça karmaşık ve büyük hacimli dosyalarda heyet öncesinde ciddi hazırlık ve okumalar yapılması gerekmektedir. Sonrasındaki müzakere süreci de dosyadaki zorlukları ve karşılaşılabilecek tıkanıklıkları aşabilecek hukuksal yaklaşımları ortaya koyarak isabetli sonuçlara ulaşmayı gerektirmektedir. Bunun içindir ki Anayasa Mahkemesi başkanının mesaisinin önemli bir kısmını gündemdeki dosyalara yönelik bu hazırlanma işi almaktadır. Sayın Zühtü Arslan'ın başkanlık görevi boyunca bu konuda sergilediği yoğun özverili çalışma herkesin malumudur.

Dokuz yıl boyunca ve her ayda neredeyse en az üç Genel Kurul gündemi dosyalarına hazırlanılması, sonrasında metinlerin satır satır okunarak kararlara son şeklinin verilmesi ve karşıoy gerekçelerinin yazılması biçiminde geçirilen bir Anayasa Mahkemesi başkanlığı gerçekten yorucu ama adaletin tecellisi ve insan haklarının korunması adına o derece onurlu bir görevdir. Hukukun üstünlüğünü egemen kılma adına bu biçimde dolu dolu geçirilen bir Anayasa Mahkemesi Başkanlığı kolay bir görev olmasa gerek.

Esasında Anayasa Mahkemesinde birlikte çalıştığımız yedi yılı aşkın süre boyunca Sayın Başkan'dan çok şey öğrendiğimi de ifade etmeliyim. Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanan bir kişinin gerçekleştireceği yargılama görevi belli bir süre boyunca aynı zamanda bu işin öğrenilmesini de gerektirmektedir. Kendi adıma bu süreçteki en şanslı yanlarımdan birisi bu yılları Sayın Arslan gibi yetkin bir anayasa hukukçusunun başkanlık yaptığı dönemde geçirmem olmuştur.

Anayasa Mahkemesinin gerek norm denetimi ve bireysel başvuruda ve gerekse diğer görevleri dolayısıyla verdiği kararlar niteliği gereği kamuoyunda ve özellikle siyasi alanda yoğun biçimde gündemi meşgul etmektedir. Bu süreçte kararlara yönelik oldukça ağır eleştiriler de yapılabilmektedir. Sayın Arslan döneminde bunlara yönelik Anayasa Mahkemesi tarafından hiçbir açıklama yapılmadığı göze çarpmaktadır. Sayın Başkan'ın görev süresi boyunca hassas bir şekilde korumaya çalıştığı hukukçu duruşu nedeniyle Mahkemenin sert siyasi polemiklerden uzak kalarak yoluna devam etmesinin demokratik hukuk devletinde önemli ve çok değerli olduğunu vurgulamak gerekir.

Nitekim Sayın Zühtü Arslan'ın başkanlığı dönemi boyunca Anayasa Mahkemesi sadece kararları ile konuşmuş, Mahkeme Başkanı da kuruluş yıl

dönümleri, yemin törenleri ve bazı bilimsel toplantılardaki konuşmalarda yapmış olduğu hukuki tespit ve değerlendirmeler dışında hiçbir şekilde bu polemiklere müdahil olmayan saygıdeğer bir yaklaşım sergilemiştir.

Sayın Zühtü Arslan'ın başkanlık dönemi sistematiği, argümantasyonu ve anlaşılırlığı bünyesinde barındıran kararların kalitesiyle de yeni bir dönemi ifade etmektedir. Bunda raportörlük düzeyinde oluşturulan kurumsallaşmanın önemli bir etkisi olduğu aşikârdır. Bu konuda daha sağlıklı müzakere ve daha nitelikli karar verme amacıyla işin mutfağında çalışan raportör arkadaşlara Anayasa Mahkemesinin işlevine katkı sağlayabilecek değişik imkânların Sayın Arslan döneminde sağlanmaya çalışıldığını da vurgulamak önemlidir.

Sayın Arslan'ın ülke içerisinde olduğu gibi uluslararası alanda da Anayasa Mahkemesini başarılı biçimde temsile özen gösterdiğini vurgulamak gerekir. Gerek bireysel başvuru yetkisinin kabulü sonrasında daha sağlıklı ilişkiler geliştirmek durumunda olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ve gerekse dünyanın dört bir yanındaki anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemelerle gerçekleştirilen temaslar noktasında kendi döneminde önemli mesafeler alınmıştır.

Yaptığım akademik çalışmalarda Anayasa Mahkemesinin önceki dönem kararlarını da inceleyen bir anayasa hukukçusu olarak gelinen noktada Sayın Zühtü Arslan dönemi Anayasa Mahkemesinin, kuruluşundan bugüne kadarki süreçte Anayasa'nın üstünlüğünün sağlanması ve temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olma misyonuna en fazla yaklaşılan dönem olduğunu söylemenin abartılı bir tespit olmadığı kanaatindeyim. Kuşkusuz bunda bireysel başvurunun kabulü önemli bir etmendir ancak kendisiyle birlikte yedi yılı aşkın bir süre boyunca Anayasa Mahkemesinde görev yapan bir kişi olarak bu dönemdeki gayretleriyle, birikimiyle ve örnek bir hukukçu duruşuyla Sayın Zühtü Arslan'ın "hak eksenli" yaklaşıma sağladığı önemli katkıya tanıklık ettiğimi belirtmeyi kendi adıma bir borç biliyorum.

Sonuç olarak on iki yıllık süre boyunca Anayasa Mahkemesinde dolu dolu bir üyelik ve bunun dokuz yılı aşkın bir döneminde başkanlık yapan Sayın Zühtü Arslan'ın mütevazı kişiliğiyle hepimize örnek olacak bir yönetim sergilerken yargılama görevi boyunca adaletin tesisine, anayasal demokrasinin pekişmesine, hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik yoğun gayretlerinin şahidiyim. Bu ülkeye olan vatandaşlık borcunu ifa etmesi noktasında çok önemli bir dönemi alnının akıyla tamamladığı kanaatindeyim. Kendilerine bundan sonraki hayatlarında sağlık, mutluluk ve başarı diliyorum.

Kenan YAŞAR
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

MAKAMDA SEZAİ GÖRDÜM

Zühtü Arslan'a ithaf

Uzunca bir yoldan geldim çok içinde azı gördüm
Kapıda değil yüzünde, başkan yazan yazı gördüm

Kim ne söylerse söylesin kınanmaya aldırmayan
Özden emin, sözden emin, haline hep razı gördüm

Züht içinde sevgi ile gönüllere yürür iken
Bilgeliğin arkasında hayli mütevazı gördüm

Çabalarken gece gündüz hak ve adalet yolunda
Mağdur ve mazlum adına içinde bir sızı gördüm

Göz kararı verilmez hak, deniz de bir damla da bir
Sarraf kadar ince ayar, elinde terazi gördüm

Su toplanır olur nehir, nehir gibi akar ömür
Yolun başındaki kadar lekesiz bir mazi gördüm

Kolay değil hakkı demek, zor zamanda zor söylemek
Kemal eden özdür asıl, sözleri mecazi gördüm

Nasıl söyler isek sözü, tarih öyle anar bizi
Mahşer de sorgular bizi, yürekte ayazı gördüm

Görmedim ben eksik yalan, söylenenden çoktur kalan
Adaletse beyaz olan, sütten de beyazı gördüm

Kâh'ı sustum ar eyledim, kâh işittim kâr eyledim
Kenan oldum zâr eyledim, makamda sezai gördüm

Prof. Dr. Mustafa ÇUFALI
(Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Öğretim Üyesi)

KIRK YILLIK DOSTLUĞA DAİR

Prof. Dr. Zühtü Arslan ile tanışıklığımız 1984-1985 eğitim öğretim döneminde Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetiminde öğrenciliğimize kadar uzanır. O yıldan günümüze yaklaşık kırk yıl boyunca hayatın her alanında acı tatlı, zor kolay hatıralara sahibiz. Dört yıllık fakülte döneminde kendisini Sorgun'dan gelen Anadolu'nun yağız delikanlısı, hep başkalarına yardım eden, arkadaşlarının dertleriyle ilgilenen, kitap kurdu olarak tanıyoruz. Derslerine iyi çalışır, iyi not tutardı. Ders dışı çalışmaları da bir o kadar verimliydi. O dönemlerde meşhur olan konferans, panel takipleri, kitap fuarları ziyaretleri sevdiği faaliyetlerdendi. Şehirlerarası gezileri sever, tarihî, turistik mekânları dolaşır, düşünürleri ziyaret ederdik. Sadece okuması değil, bitişik el yazısı da güzeldi. O nedenle sevdiğim şairlerin bazı dizelerini kendisine yazdırıp ders kitaplarımın arkasına yapıştırdığımı hatırlıyorum.

Mezun olduktan sonra Polis Akademisine anayasa hukuku alanında araştırma görevlisi olarak başlayıp lisansüstü eğitim için İngiltere'ye gidince "*Ben de akademisyen olup yurt dışına lisansüstü eğitime gidebilsem*." düşüncesine kapılmış, aynı imkânı bulunca dostluğumuz İngiltere'de devam etmişti. O Leicester Üniversitesinde, ben Nottingham Üniversitesinde yüksek lisans ve doktora eğitimi sırasında birbirimize verdiğimiz destek, dostluğumuzun pekişmesine vesile oldu. Birbirimizi çok sık ziyaret ederdik. Bilgisayarda ilk yazımı 1991 yılında kendisinin bilgisayarında, dönem ödevi olarak hazırladığım Türkiye'nin anayasal tarihi konusunda yazmıştım. O merak ile bir bilgisayar almıştım. Türkiye'den gelip lisansüstü eğitim gören arkadaşlarla Türkiye ve dünya üzerine yaptığımız sohbetlerimiz, müzakerelerimiz, bazen farklı çoğu zaman da benzer düşünce ve tespitlerle gelişir, geleceğin Türkiye'sinin daha demokratik, daha özgür olması, temel hak ve hürriyetlere daha fazla sahip olma yolunda kendimizi yetiştirmemiz ve bu uğurda yapılacak fedakârlıklara hep hazır olmamız ortak düşüncesinde son bulurdu. Kitap sevgimiz nedeniyle İngiltere şehirlerinde yaptığımız geziler mutlaka o şehirdeki kitapçıları da kapsardı. Sadece kitap incelemek ve almak için Londra'ya, Lincoln'e ve "kitap kasabası" olarak bilinen Galler'in Hay-on-Wye kasabasına yaptığımız gezilerin tadına doyulmazdı. Hatta bir keresinde Galler'den dönerken tali bir yolda kişisel bir arazide bulunan küçük bir köprüden geçmek için bir miktar ücret ödediğimizi Deli Dumrul hikâyesi gibi tebessümle hatırlıyorum.

Fakülte ve İngiltere arkadaşlığı askerlikte de devam etti. Farklı taburlarda olduğumuz için askerlik hatıralarımız diğerlerinden daha azdır. Yine de Burdur'da 1994 yılındaki iki aylık askerlik süresince akademik sohbetlerimiz ve hafta sonları gezilerimizle hayatımıza asker arkadaşlığını da eklemiş olduk.

Polis Akademisinde akademik hayatımızda kitapçıları dolaşmamız, kütüphanemizi zenginleştirmemiz, Türkiye ve dünya siyaseti, hak ve özgürlükler üzerine sohbetlerimiz devam edip durdu. Bu süre boyunca yaptığımız sohbetlerimizi bazen Kızılay veya Anıttepe'de sipariş ettiğimiz veya bizzat gidip aldığımız ekmek arası dönerle şenlendirir, Ali Birinci Hoca'mızın deyişiyle "*Bugün de nefis canavarını susturduk*." derdik. Zaman zaman Ali Birinci Hoca'mızın odasına gider, kitapları "elimizle değil gözümüzle" inceler, limonlu çay eşliğinde sohbetlere dalardık. Bazen Remzi Fındıklı Hoca'mızın odasına uğrar, onun özlü sözlerini dinlerdik.

Zühtü Arslan Hoca'nın Polis Akademi Başkanlığı yaptığı dönemde Akademi'nin "sivilleştirilmesi" ve "üniversiteye dönüştürülmesi için" günlerce hatta aylarca süren mevzuat çalışmalarını, Akademiye farklı üniversitelerden öğretim üyeleri alarak akademik çeşitliliği artırma çabalarımızı dün gibi hatırlarım. Yine o dönemde Prof. Dr. Hikmet Özdemir'in editörlüğünde bazı dönemlerinin hazırlandığı "TBMM Parlamento Tarihi"nin iki farklı döneminin yazımında akademik birlikteliğimizde birbirimize çok destek vermiştik.

Zühtü Arslan hocanın Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanmasıyla 30 yıla yakın aynı ya da yakın mekânlarda çalışmalarımız belki sona ermişti ama mesai dışı dostluğumuz devam etti. Zaman zaman bir araya gelir; Türkiye, anayasal düzen, temel hak ve hürriyetler, demokrasi, siyaset ve daha güzel bir dünya üzerine sohbetlerimize devam ederdik. Sohbetlerimiz daha çok kendimizin, çevremizin, Türkiye ve dünyanın geçirdiği değişimler üzerine olur, daha iyi nasıl olabilir, neler yapılması gerekir şeklinde devam ederdi.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'ı birkaç satırda anlatmak çok zor. Öz olarak söylemek gerekirse kendisinin en önemli özelliği Türkiye sevdalısı, demokrasi aşığı, anayasa ve özgürlük düşkünü olmasıdır. Türkiye'nin geleceğinin her ne şartta olursa olsun doğruluk, hukuk ve hakkaniyetten ayrılmamaya bağlı olduğuna inanır. Belki anayasa hukukçusu bir akademisyen olmasının doğal sonucu olarak olaylara hak ve hukuk açısından bakar ve ona göre değerlendirir. Kendisinin Anayasa Mahkemesinden sonra da akademik hayata katkılarının devam edeceğine, demokrasi ve Türkiye üzerine çalışmalarını sürdüreceğine inanıyorum.

Prof. Dr. Bekir Berat ÖZİPEK
(İstanbul Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ZÜHTÜ ARSLAN'IN ARMAĞANI

"Praetexta[1] *giyinmiş, adı Forum'da iyi bilinen birini gördüğünde onu kıskanma, bu şeyler yaşam karşılığında alınır."* der Seneca. Ve *"adlarıyla anılan o yıllar için"* bu insanların tüm yıllarını harcadıklarını ilave eder.

Bir hâkim için iyi bilinmek ve iyi anılmak, teraziyi elinde tuttuğu uzun yıllar boyunca verdiği adil kararların bir birikimi veya karnesidir. Herkese nasip olmayacak asıl yüce makam da odur.

Hâkimler emekli olduklarında o gün için onları taltif eden törenler yapılır, yaldızlı belgeler takdim edilir. Ama bazıları sanki yıllar boyunca o görevde hiç bulunmamışlar gibi, daha ellerine tutuşturulan plaketler tozlanmadan unutulur.

Adil kararlarıyla insanların vicdanında yer edinenler ise gönüllerdeki makamdan hiç kalkmazlar. Bir ömür pahasına kazanılmış ya da doğru biçimde harcanmış yılların tükenmez servetidir bu.

Anayasa Mahkemesi (AYM) Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'ı yazmaya Seneca'nın bu sözüyle başlamak uygun olur. Çünkü tam da böyle bir serveti var onun. AYM başkanı olarak görev yaptığı yıllar boyunca biriktirdiklerinin ürünü olan bir servet. Bu bağlamda başlıktaki "Prof. Zühtü Arslan'ın armağanı" ifadesi en az iki anlama geliyor: Birincisi, hayırla anılacak bir kariyer inşa ederek kendisi için biriktirdiği bir armağan; ikincisi ise, kurumuna, Türkiye yüksek yargısına ve ülkeye onun bir armağanı.

Açık söylemek gerekirse Türkiye yüksek yargısı her zaman adalet tanrıçasının alnından öpeceği bir yargı olmadı. Bütün felsefi, ideolojik veya sınıfsal farklılıkların ötesinde, insanların varlığını hissedip onun üzerinde uzlaşacağı bir yüce ilkeye, "adalete" bağlı olmadı. Hatta daha açık söylemek gerekirse, öyle olsun diye de oluşturulmadı. Adaletin kurumsal bir öncelik hâline gelmesi için etkili adımların atılmaya başlanması, uzun yıllar içinde ağır bedeller ödenerek gerçekleşti ve nihai anlamda aşağıdan gelen demokrasi dalgasının bürokratik vesayet sistemini dönüştürmesinin yargıya yansıması anlamını taşıdı.

1 Eski Roma'da hâkim giysisi.

Yüksek yargının doğal hukukun varlığına işaret ettiği adalet ilkesine ve evrensel hukukun işaret ettiği hak temelli standartlara ulaşması yönündeki ilk anlamlı değişimde, onun kendi iç dinamikleri değil, demokratikleşme dalgaları belirleyici oldu. Prof. Dr. Zühtü Arslan'a ve adalet adına övülen ve her kesimden insan tarafından saygıyla anılan kararlara imza atan diğer üyelere yolu açan da esas olarak Türkiye'deki "çevre"nin eşitlik ve hak mücadelesi oldu.

Ancak asıl heyecan verici ve değerli olan, söz konusu sürecin ürünü olan zihniyet değişiminin başka türden bir tarafgirliği değil bu kurumlara ilk kez adalet ve hukuku egemen kılma mücadelesi veren yaklaşımı beraberinde getirmesiydi. Başkan Arslan bu yaklaşımın bir simgesi oldu; iktidar ya da muhalefet adına değil adalet adına hareket etme çabasının simgesi.

Yüksek yargı, oluşumu bakımından demokrasinin de bir gereği olarak siyaset kurumundan, parlamentodan ve seçimlerden bağımsız değildi ama o makama geldikten sonra adaleti öncelemek, bazen iktidarı bazen muhalefeti kızdıran, bazen birini bazen diğerini sevindiren kararlara imza atmak mümkündü ve Anayasa Mahkemesi yeni dönemde esas olarak bunu yaptı. Bu anlamda sadece Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın değil pek çok üyesiyle bütün bir kurumun, AYM'nin başarısı bu. Özellikle sosyal ve politik güvensizliğin söz konusu olduğu ve yargının tarafsız bir biçimde hareket etmesi ihtiyacının çok daha hayati önem taşıdığı bir ülkede Anayasa Mahkemesinin bu rolü, paha biçilmez bir değeri ifade etti ve ediyor.

Bu tespitleri yapmak, kurumun artık hep doğru karar verdiğini veya artık doğal hukukun sesi hâline geldiğini söylemek anlamına gelmiyor ama olumlu anlamda niteliksel bir değişim geçirdiğini tespit etmek gerek. Ve elbette gerçek olmayacak kadar abartılı bir iyimser tablo da çizmemek gerek.

Bugün Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın aldığı kararlarda ve kurumun işleyişinde belirginleşen adalet ve hak temelli yaklaşım artık kurumsallaştı ve Türkiye'de yüksek yargının kendi itibarını yok etmesi anlamına gelen yüz kızartıcı kararları geçmişte kaldı diyebilir miyiz? AYM'nin *367*, Yargıtayın "Hrant Dink" ve Danıştayın "Başörtüsü" kararlarında somutlaşan ve bir kurumun kendi itibarını dışarıdan hiç kimsenin yapamayacağı şekilde düşüren kararlarına bir daha dönülmez diyebilir miyiz? Eğer tarihin kendi başına ileriye ve iyiye gittiğini zannedenlerden değilseniz buna rahatlıkla evet cevabı veremezsiniz. Daha açık söylemek gerekirse iyiye de kötüye de gidebilir; tıpkı bütün kurumlar gibi, insanlar gibi.

Ama kesin olan ve aynı zamanda önemli olan şu ki bugün Anayasa Mahkemesinin temsil ettiği ve olabilirliğini gösterdiği, mümkün olduğunu kanıtladığı adalet ve hak temelli yaklaşım artık toplumsal hafızanın ve Türkiye

yüksek yargısının kayıtlarına geçti. Prof. Dr. Zühtü Arslan da bu sürecin sembol ismi oldu. Bunun anlamı yarın öbür gün toplum, siyaset ya da dünya hangi yöne doğru giderse gitsin örnek gösterilecek ve oraya atıfla söz söylenebilecek iyi bir pratik ortaya koyuldu; bir standart oluştu. İktidarın ve muhalefetin mutlak güven duyamadığı ve kararlarını kestiremediği yeni bir durum bu. Kimseye yaranmaya çalışmamak, sağlıklı bir durum; bugün AYM'nin böyle bir görüntüsü var.

Prof. Dr. Zühtü Arslan bağırıp çağırmadan, parmak sallamadan, polemiğe girmeden yani AYM eski başkanlarının birçoğundan hatırladığımız kişisel, sınıfsal veya siyasi reflekslerle manevralar yapmadan, sakin ve hukuku önceleyen bir AYM başkanı oldu; bir standart oluşturdu, görev süresi dolunca vakur bir şekilde ve zarif bir reveransla sahneden ayrıldı.

Teşekkürler arkadaşım, dostlarını gururlandıran ve bu yazıyı yazdıran doğru duruşun için. Teşekkürler Prof. Dr. Zühtü Arslan, bir yaşam karşılığında kazandığın ve ülkeye bıraktığın bu armağan için.

Doç. Dr. Veysel DİNLER
(Hitit Üniversitesi Öğretim Üyesi)

BİR YOL GÖSTERİCİ OLARAK SÜKÛNET VE MÜTEVAZILIĞIN VÜCUT BULMUŞ HÂLİ ZÜHTÜ HOCA*

Zühtü Arslan Hoca'mla tanışıklığımız, Polis Akademisine başladığım 1996 yılına dayanır. Polis Akademisi, kurulduğu 1937 yılından beri çok az sayıda kadrolu hocasıyla ve kıdemli emniyet müdürü öğretim görevlileri ile öğretimi sürdürmeyi tercih etmiş; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Gazi Üniversitesi, Hacettepe Üniversitesi ve ODTÜ'nün farklı bölümlerinden öğretim üyelerini geçici görevlendirmekle yetinmiştir. İlk defa 1989 yılında kendi kadrosunu oluşturmak üzere çeşitli alanlardan aldığı araştırma görevlilerini yüksek lisans ve doktora yapmaları amacıyla İngiltere'ye göndermiştir. Zühtü Hoca, yüksek lisans ve doktorasını Leicester Üniversitesinde tamamlamış, 1989'luklar arasında misyonunu başarıyla yerine getirerek Polis Akademisine ilk dönenler arasında olmuştur. Henüz öğretim üyesi olarak atanmadan doktoralı araştırma görevlisi iken dahi bazı derslerimize girmiş ve bu sayede kendisini tanıma imkânı bulmuştuk. Hocamı erken tanımış olmanın hayatıma ne kadar önemli bir katkı sunacağını, sonradan idrak edecektim.

Zühtü Hoca'mı hatırlayacağım iki önemli ders var: Anayasa hukuku ile insan hakları ve demokrasi.

Anayasa hukuku, Polis Akademisinin ilk senesindeydi. O dönem dersin yürütücüsü Prof. Dr. Mehmet Kocaoğlu aynı zamanda Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesinin kurucu dekanlığını yürütmekteydi. Kendi fakültesiyle ilgili meşguliyeti olduğu zamanlarda dersi Zühtü Hoca'mız ikame ederdi. Bu durum esasında heyecan ve sükûneti birlikte izlememize ve karşılaştırma yapmamıza imkân tanıyordu. Bir tarafta konuşma hızı düşünme hızına yetişmeye çalışan, cümleleri soluksuz birbiri ardına ulayan, aralara hikâyeler sıkıştıran, konular arasında parantez açıp uzunca bir süre sonra parantezi kapatan, anayasa hukukuna daha devletçi bir perspektiften bakan kıdemli Profesör Kocaoğlu; diğer tarafta cümleleri tek tek ve açık kuran, hikâyelere daha az başvuran, dersi bağlamından koparmadan ve liberal bakış açısıyla ve çok sakince anlatan, sükûnetin vücut bulmuş hâli Doktor Arslan.

* Yazar Prof.Dr. Zühtü Arslan'ın 1996-2000 yılları arasında lisans, 2004-2009 yıllara arasında yüksek lisans öğrencisi olmuştur.

Zühtü Hoca'ya sükûnetin vücut bulmuş hâli diyebiliriz. Sevindiği ve mutlu olduğunda bunu belli edecek bir tebessümü olur. Gülüşünü içten yapar. Bir şeyi komik ve esprili bulsa bile ölçülü bir şekilde güler. Kızdığı, öfkelendiği zaman da anlaşılır ancak o durumda da sesi çok yükselmez. Ders anlatışında da ses tonu hep ayarlı şekilde -ne çok düşük ne de çok yüksek- belli bir düzeyde olur. Monotonluk gibi görünen bu ton, şaşırtıcı bir şekilde öğrencinin dikkatini toplamasını sağlar ve kendisini dinlettirirdi.

Zühtü Hoca'm ile özdeşleşen ders ise "insan hakları ve demokrasi" dersi idi. Bu ders, Akademinin daha üst sınıflarında olduğundan, o zamana kadar öğretim üyesi olarak atanmış ve müstakil ders yürütücüsü olmuştu. 1990'ların sonunda siyasi çalkantıların hiç bitmediği güzel yurdumda- tüm zamanların en netameli konusunu, Polis Akademisi öğrencilerine anlatmak kolay değildi. 1992 CMUK değişiklikleri henüz polis tarafından benimsenmemiş, köy boşaltmalar, Madımak, Gazi, Susurluk ve 28 Şubat yaşanmış ve bütün bu karmaşanın üzerine milliyetçilik endoktrine edilmiş öfkeli gençlere işkence görmeme hakkından, adil yargılanma hakkından söz etmek hiç de kolay değildi. Ama Zühtü Hoca'm, her türlü kışkırtma ve tahrik edici soruları ustalıkla ve sakinlikle savuşturup liberal insan hakları anlayışını bizlere anlatmayı başarabilmişti. Sanırım kendisi de beni en çok bu dersten hatırlayacaktır. Pek çok öğrencinin derse sadece bedensel olarak katıldığı bir derste soru soran, tartışmalara katılan az sayıda öğrenci idik.

İnsan hak ve özgürlüklerine bakıştaki samimiyeti şuradan daha iyi anlayabiliyordum: *"Hukuku niçin öğrenmeliyiz?"* sorusuna başka bir hocamız *"Kanunları falancadan (AİHM başvurularında öne çıkmış bir avukat kastediliyor.) daha iyi bileceksiniz ki onun iddialarını kolay savuşturabilesiniz."* şeklinde karşılık vermişti. Oysa Zühtü Hoca bu meseleyi hiçbir zaman siyasi bir tavır değil, ahlaki bir mesele olarak görmüştür. İnsanların hak ve özgürlüklere sahip oluşunun sadece insan olmalarından kaynaklandığını, bu haklara sahip olmak için herhangi bir ödev ileri sürülemeyeceğini, henüz polislik mesleğine başlamadan ondan öğrenmiştim.

Zühtü Hoca'mla bir lisans öğrencisi olarak samimiyetimi artıran şey 1999 yılında Polis Bilimleri Dergisi'nde hakemli bir makalemin yayımlanışı oldu. Birkaç arkadaş makale yazmaya ve 1997 yılında çıkarılmaya başlanan Polis Bilimleri Dergisi'nde yayımlatmayı kararlaştırdık. Hedefimiz bu dergide yayımlanan ilk öğrenci makalesinin yazarı olmaktı. Yarışı ben kazandım ve 1999 Nisan'ında makalem yayımlandı. Zühtü Hoca'm içten tebriklerini iletti ve eleştirilerini sıraladı. Hele ki başlık çok iddialı idi "Devlet Paradigması ve Polisin Kurumsallaşması". Bugünkü tecrübem olsa böylesine iddialı bir başlığı atmayacağımdan kuşkum bulunmamakta. Hocam akademik çalışmaya kabiliyetim olduğunu ve akademiye yönlenmem gerektiğini söyledi. O

günden sonra sohbetlerimiz hep bu yönde oldu. Lisansı bitirmeden önce mutlaka akademiye yönelmem gerektiğini telkin etti bana. Bugün ALES olan sınavın o zaman adı Lisansüstü Eğitim Sınavı (LES) idi. Akademi bitmeden LES ve KPDS puanlarını cebime koyarak Isparta'ya gittim ve 2000 yılında yüksek lisansa başladım. Bu süreçte haberleşmemiz eksik olmadı.

2004 yılında Güvenlik Bilimleri Enstitüsünde Suç Araştırmaları Anabilim Dalı Başkanıyken yeniden çıktım karşısına. Polis Akademisine yüksek lisans için başvurmuştum. Zühtü Hoca ikinci kez yüksek lisans yapmanın çok anlamlı olmadığını, enerjimi doktoraya harcamam gerektiğini söyledi. Çok haklıydı. Ancak genç bir komiser olarak İl Emniyet Müdürünün dolduruşa gelerek kafaya taktığı biri olduğumu nasıl anlatabilirdim ki. *"Buna mecburum hocam, bana anlayış gösterin."* dedim. Polis Akademisindeki yüksek lisans sürecimde kendisiyle çok sık görüştük. Çok çayını içtim. Çok sıkıldığım, bunaldığım, çaresiz kaldığım dönemlerde sakin sesiyle beni teselli etti ve sabretmeye salık verdi. O dönemler bana en iyi terapilerden biri Zühtü Hoca'nın sakinleştirici naif sesiydi. Yüksek lisans sürecinde Prof. Dr. Tülin İçli Hoca'mızla başlattığımız projede de Zühtü Hoca'yla birlikte çalıştık. Yürütücümüz olarak her zamanki göstericiliğini bu kez profesyonel bir şekilde görmüş oldum. TÜBİTAK'a raporu birlikte teslim ettik.

Yüksek lisansım tamamlanmadan bir yurt dışı görevine gittim. Zühtü Hoca'mı Afrika'dan da maillerimle rahatsız etmeye devam ettim.

Saygıdeğer Zühtü Hocam,

Mektubuma öncelikle sağlık ve esenlikler dileyerek başlamak istiyorum. Zira geçen iki ay sürecinde sağlık açısından oldukça ciddi sorunlar yaşadım ve sağlığın bir insanın bireysel olarak sahip olduğu en önemli değer olduğunu yeniden tecrübe etmiş bulunmaktayım.

Liberya'da Fildişi Sahilleri kıyısında, bizim Bodrum'u andıran son derece doğa güzelliklerine sahip ve Liberya ölçütlerinde oldukça nezih sayılabilecek bir şehirde görev yapıyorum. Burada vazifemiz, 14 yıl süren iç savaş sonunda taş taş üstünde kalmadığından tabiatıyla bütün kurumları yok olmuş bir ülkenin polis teşkilatını yeniden kurmak. Bugün, Liberya Polis Akademisi mezun vermeye başladı ve dünyanın çeşitli ülkelerinden gelen polislerin Amerikan ekolüyle yetiştirdiği bu insanlar görev yapıyor. Biz de onlara danışmanlık, gözlemcilik ve katılımcılık yapıyoruz.

Zühtü Hocam,

İlkokula başladığım 1984 yılından beri ilk defa bir okula kayıtlı değilim. Daha doğrusu kaydımı dondurduğumdan, sabah kalktığımda

okula gitme ya da okul için hazırlık yapma durumunda değilim. Esasında bu bende bir boşluk yaratmadı değil. Bu nedenle bu yıkık ülkenin ayağa kalkmaya çalışan üniversitesini (University of Liberia-UL) fırsat buldukça ziyarete gidiyorum. Sosyal Bilimler Fakültesi Dekan Vekili, aynı zamanda Sosyoloji ve Antropoloji Bölüm Başkanı olan Doç. Dr. Steven Jubee ile son derece sıcak bir muhabbetim oldu. Hoca beni birkaç kez derse konuk etti. Sosyoloji bölümü öğrencilerine Türkiye-Liberya mukayeseli birkaç ders anlatma fırsatım oldu. Sayın Jubee, AÜ DTCF Sosyoloji bölüm Başkanı …'na üniversiteler arası işbirliği öneren ve benimle ilgili olumlu görüş bildiren bir mektup gönderdi.

Size daha önce bahsettiğim gibi, "Unionization of Police in Turkey: Necessities and Difficulties" adlı bir makale hazırladım. Esasında bu makaleyi Türkçe olarak hazırlayıp, Liberya'ya gelmeden aceleyle Polis Bilimleri Dergisine vermiştim. Ancak dergi sekreteriyle yaptığım kısıtlı bir görüşmede birinci hakemin kurguyu iyi bulmadığını ve makalenin yeniden kurgulanması gerektiğini öğrendim. İşin gerçeği iyi de oldu, zira dergiye gönderdiğimde sansürlemek zorunda kaldığım kısımları da katarak, bir iki başlıkla basit bir kurgu yaptım…

Hazır, kırktan fazla ülkeden gelen polisleri bulduğum bir yerde, yine polisin sendikalaşmasıyla ilgili bir konuya gireyim, dünya polislerinin sendikalaşma konusundaki fikirlerini alayım dedim. Ancak yetkili kişi anket çalışması için izin vermedi. Zaten burada olanlar ülkelerindeki polis teşkilatının tümünü temsil edecek sayıda olmadığı için anketten vazgeçtim ve izin gerektirmeden onlardan görüşme yoluyla bilgi ve görüş alıyorum. İnşallah bunu da yazılı bir metine dönüştürebilirim.

Daha önce de Batasuna konusunu anlatmıştım. Bu konuda hiçbir Türkçe eser bulunmadığından oldukça orijinal bir çalışma olacaktı. Çok sayıda İngilizce metin taradım ve yazılı hale getirdim. Bunu … hocaya göndereli neredeyse dört ay oldu ama cevap alamadım. Artık sizin de tavsiyenizle kimseye bağımlı kalmadan, bir makale hazırlayabilirim sanırım…

Size ve ailenize sağlık ve esenlik dolu günler diliyorum.

Sağlıcakla ve muhabbetle kalın.

Veysel Dinler

Kendisine yazdığım bu mektuptan tam bir buçuk yıl sonra (2008) Hitit Üniversitesine intisap ettim. Kendisinin Polis Akademisin'den beri bana tavsiye ettiği şey yerine gelmiş oluyordu. Zühtü Hoca'mla öğretim görevlisi iken de irtibatım sürdü. Fakültedeki anayasa hukuku derslerini yürütmem

ondan bazı taktikler almamı gerektirdi. Dersleri planlamam sürecinde "Anayasa Teorisi" kitabındaki makalelerinden fazlaca istifade ettim.

Pek çok öğrencisi gibi Anayasa Mahkemesine seçilmiş olması beni de çok mutlu etti. Doktora tezimi yazdığım bu dönemde sıkça Anayasa Mahkemesi kararları okumaktaydım. 1980'li yıllarda Mahmut Celalettin Cuhruk ismi muhalefet şerhleri bakımından aklımda kalmıştı. Kendisini tebrik ettikten sonra *"Hocam, umarım siz de güzel muhalefet şerhleri yazarsınız."* dediğimde *"Anayasa Mahkemesine karar vermek üzere gidiyorum, muhalefet şerhi yazmaya değil. Bizim görevimiz anayasaya uygunluk denetimi yapmak, hak ve özgürlükleri savunmak."* demişti. Zühtü Hoca'mın Anayasa Mahkemesi üyelik ve başkanlık günleri de tıpkı onu ilk hoca olarak tanıdığım günlerdeki gibi, siyasetin çalkantılı olduğu zamanlara denk geldi. Bireysel başvuru kurumu onun başkanlığı döneminde başladı ve bir sistematiğe kavuştu. Gerek döneminde kararlar gerekse kendisinin çok sayıda oyu tartışılır. Bu, herhangi bir yüksek mahkeme başkanı ve üyesi bakımından kaçınılmaz bir sondur. Muhalefet şerhleri meselesinde biraz öğrencisinin öngörüsü doğrulandı gibi. Dönemin Mahkeme başkanı, hemşehrisi Mahmut Cuhruk gibi çoğunluk karşısında çok kereler özgürlükleri savunan muhalefet oyu kullanmak durumunda kalmıştır.

Kendisini tanıdığım kadarıyla zor dönemlerde olabileceğinin en iyisi olduğuna, bir yüksek mahkeme başkanı olarak yapılması gerekeni en üst düzeyde yaptığına kuşkum bulunmamaktadır. Bir gün bugünler daha ayrıntılı el alınacaktır. Gelecekte bizim yerimizi alacak akademisyenler, bu kararları bugünün siyasi atmosferinden bağımsız olarak değerlendirecektir. Zühtü Hoca ve onun başkanlığı hakkında çok daha iyi analizler yapılacaktır.

Son olarak dinginliğin, sükûnetin ve mütevazılığın vücut bulmuş hâli olan değerli hocama sağlıklı ve uzun ömürler dilerim. Mahkeme başkanlığından sonra tecrübe ve birikimlerini üniversitede, üniversiteye heyecanla başlamış lisans öğrencilerine büyük bir dinginlikle, lisansüstü öğrencilerine tecrübe ve olgunlukla aktarması akademinin geleceği için de faydalı olacaktır. Onu tanımış ve onun öğrencisi olmanın gururunu her zaman hissedeceğim.

VI. ZÜHTÜ ARSLAN'IN FİKİRLERİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Qaisar ABBAS

(Senior Research Officer at the Supreme Court Research Centre (SCRC), Supreme Court of Pakistan)

(Pakistan Yüksek Mahkemesi Yüksek Mahkeme Araştırma Merkezi'nde (SCRC) Kıdemli Araştırmacı)

JUDICIAL LUMINARY: PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN'S LASTING IMPRINT ON TURKISH CONSTITUTIONAL LAW

ABSTRACT

This essay provides an in-depth exploration of the life and career of Prof. Dr. Zühtü Arslan, the President of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye. With a focus on his foundational years, including his academic pursuits in "Human Rights and Civil Freedoms" at Leicester University, we delve into the influence of his education on his judgments. Through a detailed examination, the paper sheds light on Dr. Arslan's unwavering commitment to upholding constitutional law and fundamental rights in Türkiye, encompassing privacy rights, social and economic rights, combating torture, and ensuring access to justice. A particular emphasis is given to Dr. Arslan's endeavour to align the Turkish Constitution with international human rights standards. The analysis further expands to a comparative perspective, drawing parallels between the legal challenges faced by Türkiye and Pakistan, emphasizing the universal themes of justice and individual rights protection. As we approach the climax of Dr. Arslan's influence, we reflect on his significant judgments, leadership qualities, and the enduring impact he has left on Turkish jurisprudence. The essay concludes with an acknowledgement of Dr. Arslan's contributions and an expression of gratitude for his service to the Turkish legal system.

Key Words: Zühtü Arslan, Constitutional Court of Türkiye, Human Rights and Civil Freedoms, Constitutional law, Turkish jurisprudence.

I. INTRODUCTION

The Constitutional Court of Türkiye, an institution deeply embedded in the fabric of the nation's democracy, stands as a sentinel safeguarding the principles enshrined in the Turkish Constitution. As the primary judicial authority in constitutional matters, this apex body has been instrumental in navigating the intricacies of Turkish politics and society, ensuring the rule of law, and acting as the custodian of individual rights and freedoms. Integral to the Court's functioning and stature is its leadership, and at its helm, providing both direction and vision, is Prof. Dr. Zühtü Arslan.

Prof. Dr. Zühtü Arslan's journey is both inspiring and illustrative of a life dedicated to the cause of justice and education. Born in Türkiye, he ventured to the UK for his higher studies, obtaining his master's degree with a focus on "Human Rights and Civil Freedoms" from the renowned Leicester University. As a further testament to his commitment to academia and law, he achieved his Ph.D. in constitutional law from the same institution. Over the years, he has enriched the academic world by teaching at several notable universities and institutions. His intellectual prowess is mirrored in his vast array of publications, with several books and articles bearing his name, delving deep into themes of constitutional law, human rights, and freedom of expression.

However, academia did not remain the sole focus of his illustrious career. In 2012, the nation acknowledged his profound understanding of constitutional matters by appointing him as a judge of the Constitutional Court. His commitment, expertise, and unwavering sense of justice were further recognized when he was elected, and subsequently re-elected, as the President of the Constitutional Court in 2019 and 2023, respectively.

This dual identity - as a revered academic and a dedicated public servant - sets Prof. Dr. Zühtü Arslan apart. His journey and leadership at the Constitutional Court underscore a life committed to upholding the tenets of justice, fostering academic debate, and ensuring the protection of rights, thereby solidifying the role of the Constitutional Court as a bulwark of Turkish democracy.

II. DR. ARSLAN'S EDUCATIONAL BACKGROUND AND ITS INFLUENCE

In the realm of law and academia, the institutions one attends and the nature of one's studies often have a profound influence on the trajectory of one's career, as well as on the perspectives and values one brings to one's professional roles. Prof. Dr. Zühtü Arslan's association with Leicester University in the UK, and his deep exploration into the subjects of "Human

Rights and Civil Freedoms," offer revealing insights into the principles that have influenced his judgments and academic contributions.

Leicester University, renowned for its commitment to research and knowledge dissemination, is recognised for cultivating a spirit of critical inquiry and dedication to justice and human rights. The university has a storied tradition of promoting an inclusive ethos, upholding values of fairness, equality, and the intrinsic dignity of every individual. Its rich tapestry of diverse students, scholars, and an interdisciplinary approach encourages a broadened worldview, fostering a deep understanding of global standards, norms, and conventions. It is in this dynamic and vibrant academic environment that Prof. Dr. Arslan spent his formative years.

His master's dissertation on "Human Rights and Civil Freedoms" was not a mere academic exercise; it laid the foundation for his subsequent judicial philosophy. This topic, inherently multidimensional, delves into the delicate balance of individual rights with societal needs, the imperative of safeguarding personal freedoms in the face of broader national concerns, and the global consensus on core human rights tenets. Such a profound academic exploration during his time at Leicester undoubtedly equipped Prof. Dr. Arslan with a nuanced understanding of these subjects, enabling him to appreciate the delicate balances and trade-offs that often come to the fore in constitutional matters.

The influence of Leicester University's ethos can be discerned in the judgements Prof. Dr. Arslan has been part of. His decisions often reflect a nuanced balance between individual rights and broader societal values, reminiscent of his studies on human rights and civil freedoms. The university's ethos, which accentuates inclusivity, fairness, and respect for individual dignity, seems to echo in his verdicts, particularly in cases that concern minority rights, gender equality, and freedom of expression. His rulings, which often resonate with international human rights standards and conventions, may well draw from the global perspectives he was exposed to during his time in Leicester.

The synthesis of Leicester University's rich academic culture and Prof. Dr. Arslan's focused study on "Human Rights and Civil Freedoms" have undoubtedly left an indelible mark on his judicial and academic approach. The intersection of this academic rigour and the values of human dignity and rights have sculpted the decisions and contributions he has made to Turkish constitutional law.

III. UPHOLDING CONSTITUTIONAL LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN TÜRKIYE

In a country that often finds itself at the confluence of East and West, where diverse cultural and historical threads meet, Prof. Dr. Zühtü Arslan has emerged as a bulwark for the preservation and advancement of constitutional principles. His dedication to the law becomes even more evident when we delve into the specifics of his endeavours to safeguard the fundamental rights of the Turkish citizenry.

A. FREEDOM OF EXPRESSION

Central to any thriving democracy is the principle of freedom of expression. It is the bedrock upon which societies foster creativity, innovation, and progress. Prof. Dr. Arslan's commitment to this principle has been steadfast. Through several landmark rulings, he has championed the cause of journalists and academics, among others, who faced adverse consequences for expressing their views. For instance, the release of journalists who reported on Türkiye's alleged arms transfer to Syria was a testament to his belief in the indispensable role of the press in a democratic society[1]. By ensuring that the voices of the press and public remain un-curtailed, Prof. Dr. Arslan has affirmed the Turkish Constitutional Court's unwavering support for the foundational value of freedom of expression.

B. MINORITY RIGHTS

Türkiye's rich tapestry of cultures, religions, and ethnicities adds layers of complexity to the nation's socio-political landscape. Prof. Dr. Arslan's tenure has seen significant strides in the recognition and protection of minority rights. He has, time and again, illustrated a judicious understanding of the challenges faced by minorities and has worked to ensure that they are not marginalized. The annulment of parts of the Turkish Criminal Code that penalized individuals who had religious marriages without civil marriages stands as an epitome of his efforts to ensure that minorities have the right to practice their traditions without fear of punitive actions[2]. By doing so, he not only validated the rights of minorities but also strengthened the secular fabric of the nation.

C. GENDER EQUALITY

In an era marked by global movements championing women's rights and gender equality, Prof. Dr. Arslan's role in addressing gender disparities in

1 *Erdem Gül and Can Dündar*, No: 2015/18567, 25/2/2016.
2 TCC, E.2014/36, K.2015/51, 27/5/2015.

Türkiye deserves special mention. His progressive stand is highlighted by the landmark decision that annulled the provision requiring married women to take their husband's surnames[3]. In a society where such norms have been deeply entrenched, this ruling sent a powerful message about the necessity of ensuring equal rights for all, regardless of gender. Additionally, the ruling in favour of a woman lawyer who was banned from a hearing for wearing a headscarf displayed an acute understanding of the multifaceted nature of gender rights[4]. It underscored the essence of ensuring that women have the autonomy to make choices that align with their beliefs and traditions.

D. PRIVACY RIGHTS

In an increasingly interconnected digital age, the right to privacy has emerged as a significant concern worldwide. Prof. Dr. Arslan has taken a firm stance on safeguarding this right, even in instances where the state's actions threatened its sanctity. A case in point is the annulment of provisions of the Turkish Criminal Code that potentially violated the rights to privacy, family, and religious freedom[5]. By asserting that there was no democratic justification for certain penalties related to religious marriages, he championed the right to individual privacy and family life. Such decisions amplify the importance he places on the individual's sanctity and the inalienable right to privacy.

E. SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS

Social and economic rights often form the bedrock of a country's promise to its citizens. Prof. Dr. Arslan has shown unwavering commitment to these rights, ensuring that the principles enshrined in the Turkish Constitution don't remain mere words but translate into tangible protections. In his tenure, a poignant reflection of this commitment can be seen in the case where a professor was unjustly dismissed from his academic position. By ruling in favour of the academic and ensuring his reinstatement, he highlighted the importance of economic rights and safeguarding an individual's profession and livelihood[6].

F. COMBATTING TORTURE AND INHUMAN TREATMENT

One of the cardinal principles of any just society is the absolute prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Through his judicature, Prof. Dr. Arslan has been a staunch defender of this principle. Instances where individuals have been unlawfully detained, such as the

3 TCC, E. 2022/155, K. 2023/38, 28/4/2023.
4 *Tuğba Arslan*, No: 2014/256, 25/6/2014.
5 TCC, E.2014/36, K.2015/51, 27/5/2015.
6 *Zübeyde Füsun Üstel and others* [Plenary], No: 2018/17635, 26/7/2019.

foreigner's case in the removal centre, are indicative of his deep commitment to ensuring humane treatment for everyone[7]. His rulings have repeatedly emphasised the necessity for the state to adhere to both national and international standards that vehemently prohibit such actions.

G. ACCESS TO JUSTICE

The right to access justice is pivotal in ensuring the rule of law and the effective protection of all other rights. Prof. Dr. Arslan has displayed an unwavering commitment to this principle by consistently championing the cause of those who faced barriers in accessing justice. His judgments, such as the case involving the judge who was dismissed by an emergency decree, spotlight the importance of ensuring procedural justice, offering remedies, and reinstating faith in the judicial system.

Collectively, these instances from Prof. Dr. Zühtü Arslan's tenure paint a portrait of a jurist deeply committed to the ethos of the Turkish Constitution. His persistent endeavours in safeguarding these fundamental rights not only reflect his profound understanding of the law but also his compassion and dedication to ensuring justice for every individual under the purview of the Turkish legal system.

H. ALIGNING TURKISH CONSTITUTION WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS STANDARDS

The international legal landscape is replete with conventions, treaties, and standards that encapsulate the collective humanistic aspirations of nations. These instruments reflect the universal ethos that countries, despite their differences, converge upon, especially in matters of human rights. For a nation like Türkiye, which stands at the crossroads of multiple civilizations and has historically been a confluence of diverse cultural, social, and legal traditions, aligning its domestic laws with international standards is not merely a legal obligation but a testament to its commitment to global harmony and justice.

Prof. Dr. Zühtü Arslan, in his esteemed capacity as the President of the Constitutional Court of Türkiye, has been instrumental in ensuring that the Turkish Constitution does not remain insular but resonates with these international values. His efforts in this regard can be observed through several of his judicial decisions.

In interpreting constitutional provisions, Prof. Dr. Arslan frequently resorts to international human rights conventions to which Türkiye is a party. This alignment is not just about ensuring legal compliance but also

7 *K.A.*, No: 2014/13044, 11/11/2015.

about enriching the Turkish jurisprudential fabric with universally accepted principles. The European Convention on Human Rights (ECHR), for instance, has often been invoked in its decisions, leveraging its principles to interpret similar provisions in the Turkish Constitution.

Consider the instances where freedom of expression was under scrutiny. In the case of journalists arrested for reporting on sensitive matters, or academics who faced punitive measures for expressing dissent, Arslan's judgments reflected a harmonization of the Turkish Constitutional provisions with Article 10 of the ECHR, which protects freedom of expression[8]. By relying on international standards, he accentuated that freedom of expression isn't merely a domestic constitutional principle but a universal right that transcends borders.

Similarly, in matters relating to the prohibition of torture and inhuman treatment, Dr. Arslan's stance has been in sync with international conventions like the United Nations Convention Against Torture. His judgments have consistently highlighted the need to ensure that domestic practices and procedures are not just in letter but also in spirit, aligned with these international instruments.

Furthermore, Prof. Dr. Arslan's inclination to interpret the Turkish Constitution's provisions in light of international standards serves another crucial purpose: bolstering the credibility and legitimacy of the Turkish judiciary in the international arena. By showcasing that the Constitutional Court of Türkiye aligns with international human rights standards, Arslan implicitly underscores Türkiye's commitment to upholding and championing these rights, both domestically and internationally.

The Constitutional Court of Türkiye, under the guidance and leadership of Prof. Dr. Zühtü Arslan, has not only upheld the sanctity of its Constitution but has also gracefully woven the threads of international human rights standards into its interpretative framework. This alignment serves as a beacon for other nations, indicating the possibility and importance of harmonizing domestic laws with global values for the collective betterment of humanity.

III. NOTEWORTHY JUDGMENTS AND THEIR IMPACT

Prof. Dr. Zühtü Arslan's tenancy at the Constitutional Court of Türkiye has been marked by a series of judgments, each possessing a distinct legal resonance and societal implication. These judgments, when viewed collectively, paint a vivid picture of a jurist deeply committed to the pillars of justice, equity, and constitutional sanctity. Let's delve into some of these monumental judgments and unearth their multi-faceted impact.

8 *Erdem Gül and Can Dündar*.

A. JOURNALISTS REPORTING ON TÜRKIYE'S ALLEGED ARMS TRANSFER TO SYRIA[9]

1. Context

A precarious intersection of national security and freedom of the press, this case revolved around the arrest and detention of two journalists who reported on an alleged arms transfer by Türkiye to Syria.

2. Ruling

The court found a violation of their constitutional rights, including freedom of expression and press. Grounded in Articles pertaining to personal liberty, security, and fair trial, the court ordered their release and awarded compensation.

3. Implication

This ruling not only championed the principle of freedom of the press but also sent a clear message about the limitations of state power in the face of constitutional rights.

B. ARRESTS PRIOR TO THE 2016 COUP ATTEMPT[10]

1. Context

A journalist and an academic were arrested after their appearance on a TV program just before the infamous 2016 coup attempt.

2. Ruling

The court leaned heavily on provisions safeguarding liberty, expression, and fair trial, decreeing that their constitutional rights had been infringed upon. Both were ordered to be released and compensated.

3. Implication

The judgment underscored the sanctity of personal liberties even in turbulent political climates and reiterated the importance of due process.

C. ARTICLE 230 OF THE TURKISH CRIMINAL CODE - RELIGIOUS MARRIAGES[11]

1. Context

Two contentious paragraphs of this Article punished individuals involved in religious marriages without preceding civil ceremonies.

9 *Erdem Gül and Can Dündar*.
10 *Mehmet Hasan Altan (2)*, No: 2016/23672, 11/1/2018.
11 TCC, E. 2014/36, K. 2015/51, 27/5/2015.

2. Ruling

The court, delving deep into rights related to privacy, family, and religious freedom, deemed these penalties undemocratic and hence, unconstitutional.

3. Implication

This was a landmark decision bolstering personal freedom, especially in matters of personal and religious choices.

D. DISMISSAL OF ACADEMICS THROUGH EMERGENCY DECREE[12]

1. Context

A professor, along with 329 other academics, faced abrupt dismissal from their roles, sans any objective criteria or judicial review.

2. Ruling

The court, referencing rights associated with fair trial, respect for private and family life, and property, as enshrined in the Turkish Constitution, ruled in favour of the dismissed academics.

3. Implication

This judgment reinforced the idea that even in times of emergencies, constitutional rights couldn't be discarded arbitrarily.

E. POST-COUP DISMISSAL OF A JUDGE

1. Context

A judge faced dismissal in the aftermath of the 2016 coup attempt, challenging the constitutionality of the decision.

2. Ruling

Finding the dismissal arbitrary and unjustified, the court leaned on the principles of justice and fair trial, ordering reinstatement.

3. Implication

Beyond the immediate ruling, this judgment emphasized the judiciary's independence and its pivotal role in upholding the rule of law.

These are just a few select cases from a vast jurisprudential tapestry woven under Prof. Dr. Zühtü Arslan's leadership. Each judgment encapsulates a commitment to the ideals of justice, equity, and human rights. The broader

12 *Zübeyde Füsun Üstel and others* [Plenary].

societal implications of these rulings, ranging from reinforcing personal liberties to safeguarding democratic processes, manifest Prof. Dr. Arslan's legacy as a jurist par excellence, navigating the intricate labyrinth of law with unwavering principle and unparalleled acumen.

IV. LEADERSHIP QUALITIES AND VISION

Prof. Dr. Zühtü Arslan, as the President of the Constitutional Court of Türkiye, stands as a testament to the vital interplay between profound legal acumen and intrinsic leadership traits. His leadership style and the decisions he presided over offer valuable insights into the man behind the robe, revealing the qualities of independence, impartiality, and courage that not only define him but set the tone for the Constitutional Court under his stewardship.

A. INDEPENDENCE

In an era where the demarcations between judiciary, executive, and legislature often appear blurred, Arslan's commitment to judicial independence has been unwavering. Independence for Arslan is not merely an institutional tenet but a personal creed. His judgements, often rendered in challenging and complex political climates, resonate with a sense of autonomy. This independence doesn't mean isolation from societal realities; rather, it represents a determination to ensure that the Court's rulings are based on constitutional principles and not transient political or popular sentiments.

B. IMPARTIALITY

A cornerstone of justice, impartiality implies judgements free from bias, prejudice, or favour. Dr. Arslan's tenure showcases a consistent thread of impartiality. Whether dealing with cases involving government officials or ordinary citizens, his judgements reflect a balanced consideration of the law and the facts. His academic grounding, especially with a focus on "Human Rights and Civil Freedoms", has likely fortified this trait, ensuring that his rulings are not swayed by personal beliefs but anchored firmly in the law and the broader ideals of justice.

C. COURAGE

Courage in the judicial realm doesn't always mean grand gestures. Often, it's seen in the consistent commitment to justice, especially when easier paths are available. Arslan's judgements, some of which have been potentially contentious, reveal a willingness to confront challenging issues head-on. Cases involving freedom of expression, minority rights, and other sensitive areas demanded not just legal expertise but also the courage to uphold constitutional principles even when faced with significant pressures.

As the President of the Constitutional Court, Arslan's leadership has been about more than just presiding over cases. It has involved guiding the Court through turbulent times, mentoring the next generation of judges, and ensuring that the Court remains a robust defender of constitutionalism in Türkiye. His vision for the Court, one that aligns with international standards while staying rooted in Türkiye's unique context, has been instrumental in charting its course. Under his guidance, the Constitutional Court has not just been a passive arbiter of disputes but an active contributor to Türkiye's constitutional discourse.

V. COMPARATIVE ANALYSIS WITH PAKISTAN

The judiciaries of Türkiye and Pakistan, while operating within their unique socio-political contexts, share striking similarities. Both nations have historically navigated the delicate balance between the rule of law, governmental powers, and the protection of individual rights amidst political transitions, military interventions, and socio-cultural changes. Drawing a comparative lens over these two judiciaries illuminates broader universal themes and challenges within legal systems aiming to uphold constitutionalism.

A. CHALLENGES FACED BY BOTH JUDICIARIES

1. Political Pressures

Both Türkiye and Pakistan have experienced significant political upheaval. Military coups, shifting political alliances, and evolving definitions of secularism and religious influence have created environments where the judiciaries, at times, have faced immense pressure. In both nations, the judiciary has been expected to arbitrate on highly charged political issues, ranging from the legitimacy of governments to the boundaries of free speech.

2. Judicial Activism vs. Judicial Restraint

In Türkiye, with figures like Prof. Dr. Zühtü Arslan at the helm, the judiciary has shown both restraint and activism, depending on the demands of the moment. Similarly, Pakistan's judiciary has oscillated between periods of restraint and moments of robust activism, especially in the last few decades.

3. Balancing Individual Rights and Security Concerns

Both countries, facing internal and external security threats, have grappled with the balance between individual rights and national security. This challenge has manifested in cases related to terrorism, freedom of the press, and assembly rights. While judges like Dr. Arslan have endeavoured to

uphold human rights amidst security concerns, Pakistan's judiciary has also faced comparable dilemmas, particularly post the 2000s.

4. Universal Themes Manifesting in Both Legal Landscapes

a. Justice

At the heart of both judiciaries lies the quest for justice. Despite the differing routes taken, the fundamental aspiration remains ensuring that justice isn't merely an abstract ideal but a tangible reality for their citizens.

b. Rule of Law

Both countries, through their judicial decisions, have reiterated the supremacy of the rule of law. Whether it's Türkiye's Constitutional Court ensuring that legislative actions align with the Constitution, or Pakistan's judiciary upholding the sanctity of its own Constitution, especially during periods of military rule, the commitment to the rule of law remains evident.

c. Protection of Individual Rights

Dr. Arslan's tenure in Türkiye underscores a robust defence of individual rights. Similarly, Pakistan's judiciary, especially in its more activist phases, has emphasized the protection of individual rights, from freedom of speech to minority rights.

While the socio-political terrains of Türkiye and Pakistan might differ, their judiciaries share common threads, bound by the universal tenets of justice, rule of law, and protection of rights. By understanding the similarities and differences, one gains not just insights into the individual judicial systems but also a deeper appreciation for the global challenges and aspirations that underpin the quest for justice.

VI. LEGACY AND CONTINUED INFLUENCE

Prof. Dr. Zühtü Arslan's tenure in the Constitutional Court of Türkiye stands as a testament to a jurist deeply committed to the principles of justice, the rule of law, and the protection of individual rights. The ripple effects of his decisions, both immediate and prospective, are evident not just within the corridors of the Turkish judiciary, but also in the wider contours of Turkish society.

A. SHAPING TURKISH JURISPRUDENCE

Strengthening Constitutional Protections: Dr. Arslan's judgments have often reinforced the Turkish Constitution as a living document, dynamic and responsive to changing societal needs. By grounding decisions in both the

Constitution's text and its spirit, he ensured that constitutional interpretations evolve in sync with modern challenges and realities.

B. BENCHMARKING DECISIONS

Many of his rulings serve as benchmarks for future legal deliberations. Whether in the realm of privacy rights, combatting torture, or ensuring access to justice, his decisions have often set precedents, providing legal scholars and future judges with a robust framework for analysis and decision-making.

C. BLENDING DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

Arslan's keen sense of aligning Turkish law with international human rights standards has fostered a jurisprudential approach that bridges local imperatives with global benchmarks. This synthesis promises to guide Turkish courts in future instances where domestic laws intersect with international conventions.

D. IMPACT ON TURKISH SOCIETY AND LEGAL SYSTEM

1. Empowering Citizens

By consistently upholding individual rights, Dr. Arslan's decisions have, in many ways, empowered the average Turkish citizen. His rulings have sent a clear message about the sanctity of rights, ensuring that citizens can bank on the judiciary as a bulwark against potential excesses.

2. Influencing Future Legal Thought

Dr. Arslan's meticulous reasoning and emphasis on constitutional principles will likely influence future generations of legal scholars, students, and practitioners. His writings and decisions are poised to become essential readings in Turkish law schools, shaping the thought processes of those who will steer Turkish jurisprudence in the coming decades.

3. Cultivating Trust

In times of political uncertainty and societal flux, a consistent and principled judiciary can serve as an anchor. Through his leadership, Dr. Arslan has contributed significantly to fostering trust in the Turkish legal system, ensuring that the judiciary remains a revered institution.

In the annals of Turkish legal history, Prof. Dr. Zühtü Arslan will undoubtedly be remembered as a jurist whose influence transcended the immediate confines of the courtroom. His legacy, imprinted in his decisions and leadership, promises to shape the trajectory of Turkish jurisprudence and society for years to come.

VII. CONCLUSION

In the complex tapestry of the Turkish legal landscape, Prof. Dr. Zühtü Arslan emerges as a luminary, illuminating paths less tread, championing causes most pressing, and setting benchmarks for future jurisprudential endeavours. His journey, which spans from academic excellence to practical adjudication, is marked by an unwavering commitment to the principles of justice, equity, and the rule of law.

Dr. Arslan's contributions are manifold, both in their depth and breadth. Through his landmark judgments, leadership acumen, and profound understanding of the delicate balance between individual rights and collective interests, he has played an instrumental role in reinforcing the Constitutional Court's place as a pillar of democracy and guardian of rights in Türkiye.

Beyond the legal nuances and constitutional intricacies, what stands out is his innate sense of fairness and an unyielding commitment to ensuring that justice isn't just a theoretical concept but a lived reality for every citizen of Türkiye.

As we draw to a close on this reflection of his illustrious career and service, we extend our heartfelt gratitude to Prof. Dr. Zühtü Arslan. His tireless efforts have not only shaped Turkish jurisprudence but have also inspired countless individuals, both within and outside the legal fraternity.

In admiration of his achievements and in anticipation of many more to come, we wish Dr. Arslan the best in his continued journey of upholding justice, safeguarding rights, and fortifying the edifice of Turkish democracy. May his legacy serve as a beacon for generations to follow.

YARGI DÜNYASININ FENERİ: PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN'IN TÜRK ANAYASA HUKUKU ÜZERİNDEKİ KALICI ETKİSİ

ÖZET

Bu makale, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın hayatını ve kariyerini derinlemesine incelemektedir. Bu çalışma, kendisinin Leicester Üniversitesinde yürüttüğü "insan hakları ve sivil özgürlükler" alanındaki akademik çalışmaları da dâhil olmak üzere, kariyerinin başlangıç yıllarına odaklanarak aldığı eğitimin verdiği kararlar üzerindeki etkisini de ele almaktadır. İlgili araştırma, Prof. Dr. Arslan'ın özel hayatın gizliliği, sosyal ve ekonomik özgürlükler, işkenceyle mücadele ve adalete erişimin sağlanması gibi hususlarda Türkiye'de anayasal hukukun ve temel hakların korunmasına yönelik sarsılmaz iradesine detaylı bir analizle ışık tutmaktadır. Prof. Dr. Arslan'ın Türk Anayasa yargısını uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu hâle getirme çabasına özel bir vurgu yapılmaktadır. Analiz, Türkiye ve Pakistan'ın karşılaştığı hukuki zorlukların benzerlikleri üzerinden evrensel adalet ve bireysel hakların korunması temalarını vurgulayarak karşılaştırmalı bir perspektife de yer vermektedir. Bu makale, Prof. Dr. Arslan'ın başkanlık ettiği önemli kararları, liderlik özellikleri ve Türk hukuku üzerinde bıraktığı kalıcı etki üzerine yoğunlaşmaktadır. Çalışma, katkılarından dolayı Prof. Dr. Arslan'a teşekkür edilerek Türk hukuk sistemine yaptığı hizmetler için kendisine şükranların sunulması ile sonlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zühtü Arslan, Türk Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları ve Sivil Özgürlükler, Anayasa Hukuku, Türk İçtihadı.

I. GİRİŞ

Ülke demokrasisinde köklü bir kurum olan Türk Anayasa Mahkemesi, Türk Anayasası'nda yer alan ilkeleri koruyan bir muhafız vazifesi görmektedir. Anayasal hususlarda birincil yargı mercii olan bu yüce organ, Türk siyasetinin ve toplumuna özgü karmaşık durumların çözülmesinde, hukukun üstünlüğünün sağlanmasında ve bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkili olmuştur. Bu bağlamda, Prof. Dr. Zühtü Arslan da Mahkemenin işleyişinin ve itibarının ayrılmaz bir parçası hâline gelen liderlik vasfıyla yön ve vizyon sunmaktadır.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın yolculuğu ilham verici olmanın yanı sıra adalete ve eğitime adanmış bir yaşamın da örneğini teşkil etmektedir. Türkiye'de doğan Arslan, yükseköğrenimi için İngiltere'ye giderek Leicester Üniversitesi'nden "insan hakları ve sivil özgürlükler" alanında yüksek lisans derecesi almıştır. Akademiye ve hukuka olan bağlılığını sürdürerek aynı kurumdan anayasa hukuku alanında doktora derecesini almıştır. Yıllar boyunca birçok önemli üniversite ve kurumda ders vererek akademik dünyaya zenginlik katmıştır. Entelektüel yetkinliği, anayasa hukuku, insan hakları ve ifade özgürlüğü konularını derinlemesine inceleyen çok sayıda kitap ve makalenin de dâhil olduğu kapsamlı yayın yelpazesinde de kendini göstermektedir.

Ancak akademisyenlik, görkemli kariyerinin tek odak noktası olarak ele alınamaz. Anayasal konulardaki derin bilgisinin karşılığının bir takdiri olarak Prof. Dr. Zühtü Arslan Anayasa Mahkemesine 2012 yılında üye olarak atanmıştır. Kararlılığı, alanındaki uzmanlığı ve sarsılmaz adalet duygusu, sırasıyla 2019 ve 2023 yıllarında Anayasa Mahkemesi başkanı olarak seçilmesi ve ardından yeniden başkan olarak seçilmesiyle birlikte daha da perçinlenmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'ı farklı kılan, saygın bir akademisyen ve kendini işine adamış bir kamu görevlisi olarak tezahür eden çift yönlü kimliğidir. Hayat yolculuğu ve Anayasa Mahkemesindeki liderliği, adalet ilkelerini muhafaza etmeye, akademik tartışmayı teşvik etmeye ve hakların korunmasını sağlamaya adanmış bir yaşamın önemini gözler önüne sermekte ve Anayasa Mahkemesinin Türk demokrasisinin bir koruyucusu olma rolünü de sağlamlaştırmaktadır.

II. PROF. DR. ARSLAN'IN AKADEMİK HAYATI VE YANSIMALARI

Hukuk ve akademi camiasında, şahısların parçası oldukları kurumlar ve aldıkları eğitimin niteliği, kariyerlerinin gidişatının yanı sıra profesyonel rollerine kattığı perspektifler ve değerleri de derinden etkilemektedir. Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın İngiltere'de yer alan Leicester Üniversitesi ile olan bağlantısı ve "insan hakları ve sivil özgürlükler" üzerine yürüttüğü kapsamlı araştır-

maları, aldığı kararları ve akademik katkılarını şekillendiren ilkeler hakkında aydınlatıcı bilgiler sunmaktadır.

Araştırma etiği ve bilgi yayma konusundaki kararlılığıyla öne çıkan Leicester Üniversitesi, eleştirel sorgulama ruhunu geliştirmesi ve adalet ve insan haklarına olan bağlılığıyla tanınmaktadır. Üniversite; adalet, eşitlik ve her bireyin kendine özgü haysiyeti gibi değerlerin korunmasını savunan kapsayıcı bir ahlak anlayışını teşvik etme konusunda köklü bir geleneğe sahiptir. Farklı öğrencilerden, akademisyenlerden ve disiplinler arası bir yaklaşımdan oluşan zengin dokusu, zenginleştirilmiş bir dünya görüşünü teşvik ederek küresel standartlara, normlara ve geleneklere ilişkin derin bir kavrayış geliştirilmesini sağlar. Bu dinamik ve canlı akademik ortam, Prof. Dr. Arslan'ın kariyerinin temelini oluşturmuştur.

"İnsan hakları ve sivil özgürlükler" konulu yüksek lisans tezi sadece akademik bir çalışma olarak kalmamış, ilerleyen dönemlerdeki yargı felsefesinin de temelini oluşturmuştur. Doğası gereği çok boyutlu bir nitelik taşıyan bu konu, bireysel haklar ile toplumsal ihtiyaçlar arasındaki hassas dengeyi, daha kapsamlı ulusal kaygılar karşısında kişisel özgürlüklerin korunması zorunluluğunu ve temel insan hakları ilkeleri üzerindeki küresel mutabakatı incelemektedir. Prof. Dr. Arslan'ın Leicester'da bulunduğu süre boyunca böylesine kapsamlı bir akademik araştırma yürütmesi, kuşkusuz bu konularda derin bir kavrayış geliştirmesini ve anayasal meselelerde sıklıkla ön plana çıkan hassas dengeleri ve uzlaşmaları değerlendirebilmesini sağlamıştır.

Prof. Dr. Arslan'ın iştirak ettiği kararlarda Leicester Üniversitesi ekolünün izi sürülebilir. Arslan'ın verdiği kararlar genellikle insan hakları ve sivil özgürlükler üzerine yaptığı çalışmaları hatırlatacak şekilde bireysel haklar ile daha geniş toplumsal değerler arasındaki incelikli dengeyi ortaya koymaktadır. Üniversitenin kapsayıcılık, adalet ve bireysel onura saygıya vurgu yapan ekolünün yansımasını, Prof. Dr. Arslan'ın bilhassa azınlık hakları, toplumsal cinsiyet eşitliği ve ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda verdiği kararlarda görmek mümkündür. Sıklıkla uluslararası insan hakları standartları ve sözleşmeleriyle örtüşen kararlarının Leicester'da geçirdiği süre boyunca karşılaştığı küresel perspektiflerden beslendiği düşünülebilir.

Leicester Üniversitesinin güçlü akademik ortamı ile Prof. Dr. Arslan'ın "insan hakları ve sivil özgürlükler" odaklı çalışmalarının bir sentezi olan bu etkileşim, kuşkusuz Arslan'ın hukuki ve akademik yaklaşımında kalıcı bir iz bırakmıştır. Söz konusu akademik titizlik ile insan onuru ve hakları değerlerinin kesişimi, Prof. Dr. Arslan'ın verdiği kararları ve Türk anayasa hukukuna sunduğu katkıları şekillendirmiştir.

III. TÜRKİYE'DE ANAYASA HUKUKUNUN VE TEMEL HAKLARIN KORUNMASI

Prof. Dr. Zühtü Arslan, Doğu ile Batı'nın kesiştiği, farklı kültürel ve tarihi dokuların buluştuğu bu coğrafyada, anayasal ilkelerin korunması ve ilerletilmesi için bir siper rolü üstlenmiştir. Hukuka olan bağlılığı, Türk vatandaşlarının temel haklarını koruma yönündeki çalışmalarının ayrıntılarına bakıldığında daha da belirginleşmektedir.

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Gelişmekte olan tüm demokrasilerin merkezinde ifade özgürlüğü ilkesi bulunmaktadır. İfade özgürlüğü ilkesi, toplumların yaratıcılığı, yeniliği ve ilerlemeyi teşvik ettiği temel bir dayanak noktasıdır. Prof. Dr. Arslan da bu ilkeye sarsılmaz bir bağlılıkla yaklaşmaktadır. Dönüm noktası niteliğindeki birçok kararı ile Prof. Dr. Arslan görüşlerini ifade ettikleri gerekçesiyle aleyhte hükümlerle karşılaşan gazetecilerin ve akademisyenlerin davalarını savunmuştur. Örnek vermek gerekirse Türkiye'nin Suriye'ye silah sevkiyatı yaptığı iddiasını haberleştiren gazetecilerin serbest bırakılması, basının demokratik bir toplumdaki vazgeçilmez rolüne olan inancının bir göstergesiydi[1]. Prof. Dr. Arslan, basının ve kamuoyunun sesinin kısıtlanmamasını sağlayarak Türk Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğünün temel değerine yönelik sarsılmaz desteğini teyit etmiştir.

B. AZINLIK HAKLARI

Türkiye'nin çeşitli kültürler, dinî inançlar ve etnik kökenlerden oluşan zengin dokusu, ülkenin sosyopolitik görünümüne karmaşık katmanlar eklemektedir. Prof. Dr. Arslan'ın görev süresi boyunca azınlık haklarının tanınması ve korunması yönünde önemli adımlar atılmıştır. Kendisi, azınlıkların karşılaştığı zorluklara ilişkin sağduyulu bir anlayışa sahip olduğunu defalarca sergilemiş ve azınlıkların ötekileştirilmemesini temin etmek için çaba göstermiştir. Türk Ceza Kanunu'nun resmî nikâh olmaksızın dinî nikâh gerçekleştiren kişileri cezalandıran hükümlerini iptal etmesi, azınlıkların cezalandırılma korkusu olmaksızın geleneklerini uygulama hakkına sahip olmalarını sağlamaya yönelik çabalarının bir örneğidir[2]. Prof. Dr. Arslan bu şekilde yalnızca azınlıkların haklarını güvence altına almakla kalmamış, aynı zamanda ulusun seküler niteliğini de güçlendirmiştir.

C. CİNSİYET EŞİTLİĞİ

Kadın hakları ve toplumsal cinsiyet eşitliğini destekleyen küresel hareketlerin damgasını vurduğu bir dönemde, Türkiye'deki toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin ele alınmasında Prof. Dr. Arslan'ın rolü ayrıca anılmaya değerdir.

1 *Erdem Gül ve Can Dündar*, B. No: 2015/18567, 25/2/2016.
2 AYM, E.2014/36, K.2015/51, 27/5/2015.

İlerici tutumu, evli kadınların eşlerinin soyadlarını almalarını zorunlu kılan hükmü iptal eden dönüm noktası niteliğindeki kararla ortaya konulmuştur[3]. Bu tür normların köklü bir şekilde yerleştiği bir toplumda, söz konusu karar, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin herkes için eşit hakların sağlanmasının gerekliliği konusunda güçlü bir mesaj vermiştir. Bununla birlikte, başörtülü olduğu gerekçesiyle duruşmadan çıkarılan bir kadın avukat lehine verilen karar, toplumsal cinsiyet haklarının çok yönlü doğasına ilişkin güçlü bir anlayış sergilemiştir[4]. İlgili kararda, kadınların kendi inanç ve geleneklerine uygun seçimler yapma özgürlüğüne sahip olmalarının sağlanmasının önemi vurgulanmıştır.

D. MAHREMİYET HAKLARI

Giderek birbiriyle bağlantılı hâle gelen bu dijital çağda, mahremiyet hakkı dünya genelinde önemli bir endişe kaynağı olarak tezahür etmektedir. Prof. Dr. Arslan, devletin eylemlerinin bu hakkın özünü tehdit ettiği durumlarda dahi mahremiyet hakkının korunması konusunda kararlı bir duruş sergilemiştir. Özel hayatın gizliliği, aile ve inanç özgürlüğü haklarını ihlal edebilecek nitelikteki Türk Ceza Kanunu hükümlerinin iptali buna bir örnek olarak gösterilebilir[5]. Prof. Dr. Arslan, dinî evliliklere ilişkin verilen bazı cezaların demokratik bir gerekçesi olmadığını ileri sürerek kişisel mahremiyet ve aile yaşamı hakkını savunmuştur. Bu tür kararlar, Prof. Dr. Arslan'ın bireyin kutsallığına ve dokunulmaz bir hak olan mahremiyet hakkına verdiği önemi pekiştirmektedir.

E. TOPLUMSAL VE EKONOMİK HAKLAR

Toplumsal ve ekonomik haklar genel anlamda bir ülkenin vatandaşlarına verdiği sözün temelini oluşturur. Prof. Dr. Arslan, bu haklara sarsılmaz bir bağlılık göstererek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan ilkelerin yalnızca sözlerle sınırlı kalmamasını ve somut güvencelere dönüşmesini sağlamıştır. Prof. Dr. Arslan'ın bu taahhüdünün çarpıcı bir yansıması, bir profesörün haksız yere akademik görevinden alındığı davada görülebilir. Prof. Dr. Arslan, davada akademisyenin lehine karar vererek ve görevine iadesini sağlayarak ekonomik hakların ve bireylerin mesleklerinin ve geçim kaynaklarının korunmasının önemini vurgulamıştır[6].

F. İŞKENCE VE İNSANLIK DIŞI MUAMELE İLE MÜCADELE

Adil bir toplumun başlıca ilkelerinden biri, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın mutlak surette yasaklanmasıdır. Prof. Dr. Arslan görevi süresince söz konusu ilkenin sadık bir savunucusu olmuştur. Geri gönderme merkezindeki bir yabancının konu olduğu dava da dâhil ol-

3 AYM, E.2022/155, K.2023/38, 28/4/2023.
4 *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014.
5 AYM, E.2014/36, K.2015/51, 27/5/2015.
6 *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019.

mak üzere bireylerin hukuka aykırı bir şekilde alıkonulduğu davalardaki tutumu, herkesin insani muameleye tabi tutulmasını sağlama konusundaki kararlılığının bir nişanesidir[7]. Arslan kararlarında, devletin bu tür uygulamaları şiddetle yasaklayan ulusal ve uluslararası standartlara uyması gerektiğini defaatle vurgulamıştır.

G. ADALETE ERİŞİM

Adalete erişim hakkı, hukukun üstünlüğü ve diğer tüm hakların etkili bir şekilde korunmasının sağlanması bağlamında çok önemlidir. Prof. Dr. Arslan, adalete erişimde engellerle karşılaşanların davalarını mütemadiyen savunarak bu ilkeye istikrarlı bir bağlılık göstermiştir. Prof. Dr. Arslan'ın kanun hükmünde kararname yoluyla görevden çıkarılan hâkimle ilgili dava örneğinde olduğu gibi verdiği kararlar, usul yönünden adaletinin sağlanmasının, çözüm yollarının sunulmasının ve yargı sistemine olan inancın yeniden tesis edilmesinin önemini ortaya koymaktadır.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın görev süresindeki bu örnekler bir araya getirildiğinde Türk Anayasası'nın ruhuna derinden bağlı bir hukukçunun portresi ortaya çıkmaktadır. Temel hakların korunmasına yönelik istikrarlı çabaları, yalnızca derin hukuk anlayışını değil, aynı zamanda Türk hukuk sisteminin kapsamı dâhilindeki her birey için adaleti sağlamaya yönelik tutkusunu ve adanmışlığını da yansıtmaktadır.

H. TÜRK ANAYASASI'NIN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI STANDARTLARIYLA UYUMLAŞTIRILMASI

Uluslararası hukuk sistemi, ulusların ortak insani hedeflerini özetleyen sözleşmeler, anlaşmalar ve normlarla donatılmıştır. Söz konusu hukuki belgeler, farklılıklarına rağmen ülkelerin özellikle insan hakları konusunda birleştikleri evrensel değerleri yansıtmaktadır. Türkiye gibi birçok medeniyetin kesişim noktasında yer alan ve tarihsel olarak farklı kültürel, sosyal ve hukuki geleneklerin bir araya geldiği bir ülke için iç hukukunun uluslararası standartlarla uyumlu hâle getirilmesi yasal bir zorunluluk olmasının yanı sıra aynı zamanda küresel uyum ve adalete olan bağlılığının kanıtı niteliğinde de olacaktır.

Prof. Dr. Zühtü Arslan, Türk Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak, Türk Anayasası'nın dar kalıplar içinde sıkışıp kalmayıp ilgili uluslararası değerlerle uyum içinde olmasını sağlama konusunda önemli bir rol oynamıştır. Kendisinin bu yöndeki çabaları birçok yargısal kararında da gözlemlenebilmektedir.

Prof. Dr. Arslan, anayasal hükümleri yorumlarken Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine sıklıkla başvurmaktadır. Bu

7 *K.A.*, B. No: 2014/13044, 11/11/2015.

uyumlaştırma yalnızca sözleşmelere uyum gösterilmesi ile ilgili olmayıp aynı zamanda Türk hukuk dokusunun evrensel olarak kabul edilmiş ilkelerle zenginleştirilmesiyle de ilgilidir. Örneğin Prof. Dr. Arslan, kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) sıklıkla atıfta bulunmakta ve Türk Anayasası'nda yer alan benzer hükümleri yorumlamak için bu sözleşmenin ilkelerinden yararlanmaktadır.

İfade özgürlüğünün mercek altına alındığı durumları göz önünde bulundurduğumuzda hassas meseleler hakkında haber yaptıkları gerekçesiyle tutuklanan gazetecilere veya muhalif görüşlerini ifade etmeleri nedeniyle ceza niteliğindeki tedbirlerle karşı karşıya kalan akademisyenlere ilişkin olarak Arslan'ın verdiği kararlar, Türk Anayasası hükümlerinin ifade özgürlüğünü güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi doğrultusunda nasıl yorumlandığını ortaya koymaktadır[8]. Prof. Dr. Arslan, uluslararası standartlara başvurarak ifade özgürlüğünün yalnızca ülkesel bir anayasal ilke olmadığı, sınırları aşan evrensel bir hak niteliği taşıdığı vurgusunu yapmıştır.

Benzer şekilde işkence ve insanlık dışı muamelenin yasaklanması ile ilgili davalarda da Prof. Dr. Arslan'ın tutumu İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelerle paralellik arz etmektedir. Prof. Dr. Arslan'ın kararları, ulusal uygulama ve prosedürlerin sadece lafzı ile sınırlı kalmayıp ruhunun da bu uluslararası belgelerle örtüşmesini sağlama ihtiyacını istikrarlı bir şekilde vurgulamıştır.

Prof. Dr. Arslan'ın Türk Anayasası'nın hükümlerini uluslararası standartlar ışığında yorumlama eğilimi, Türk yargısının uluslararası arenadaki güvenilirliğini ve meşruiyetini güçlendirme amacına da hizmet etmektedir. Bu doğrultuda, Arslan Türk Anayasa Mahkemesinin uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu olduğunu ortaya koyarak Türkiye'nin bu hakları hem ulusal hem de uluslararası düzeyde koruma ve destekleme konusundaki taahhüdünün altını çizmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın rehberliği ve liderliğinde sadece Anayasa'nın yüceliğini gözetmekle kalmamış; aynı zamanda uluslararası insan hakları standartlarını da yorumsal çerçevesine incelikle işlemiştir. Bu uyum, insanlığın kolektif iyiliği için ulusal yasaların küresel değerlerle uyumlu hâle getirilmesinin imkân ve önemini göstererek diğer ülkeler için bir kılavuz görevi görmektedir.

IV. ÖNEMLİ KARARLAR VE ETKİLERİ

Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın Türk Anayasa Mahkemesindeki görev süresi, her biri ayrı bir hukuki yankı ve toplumsal anlam ihtiva eden bir dizi karar-

8 *Erdem Gül ve Can Dündar*.

la birlikte anılmaktadır. Söz konusu kararlara toplu bir şekilde bakıldığında adalet, hakkaniyet ve anayasanın üstünlüğü ilkelerine derinden bağlı bir hukukçunun portresi çizilmektedir. Bir sonraki bölümde, tarihsel açıdan önem teşkil eden ilgili kararlardan bazıları incelenecek ve bu kararların çok yönlü etkileri ortaya koyulacaktır.

A. TÜRKİYE'NİN SURİYE'YE SİLAH SEVKİYATI YAPTIĞINA DAİR İDDİAYI HABERLEŞTİREN GAZETECİLER[9]

1. Bağlam

Ulusal güvenlik ve basın özgürlüğünün karşı karşıya geldiği bu hassas dava, Türkiye tarafından Suriye'ye silah sevkiyatı yapıldığına dair iddiaları haberleştiren iki gazetecinin yakalanması ve tutuklanması etrafında şekillenmiştir.

2. Hüküm

Mahkeme; ifade ve basın özgürlüğü de dâhil olmak üzere başvuranların anayasal haklarının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, kişi özgürlüğü, güvenliği ve adil yargılanma ile ilgili maddelere dayanarak şahısların serbest bırakılmalarına ve tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

3. Sonuç

Bu karar yalnızca basın özgürlüğü ilkesini savunmakla kalmamış, aynı zamanda anayasal haklar karşısında devlet gücünün sınırlarına ilişkin net bir mesaj iletmiştir.

B. 2016 YILINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN DARBE TEŞEBBÜSÜ ÖNCESİ TUTUKLAMALAR[10]

1. Bağlam

Bir gazeteci ve bir akademisyen, 2016'da gerçekleşen darbe teşebbüsünün hemen öncesinde bir televizyon programına katılmalarının ardından tutuklanmıştır.

2. Hüküm

Mahkeme; özgürlük, ifade ve adil yargılanmayı güvence altına alan hükümlere ağırlık vererek şahısların anayasal haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Her iki şahsın da serbest bırakılmasına ve tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

9 *Erdem Gül ve Can Dündar*.
10 *Mehmet Hasan Altan (2)*, B. No: 2016/23672, 11/1/2018.

3. Sonuç

Kararda, çalkantılı siyasi iklimlerde bile kişisel özgürlüklerin kutsallığının önemini vurgulanmış ve adil yargılamanın gerekliliği yinelenmiştir.

C. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 230. MADDESİ - DİNÎ NİKAHLAR[11]

1. Bağlam

Söz konusu maddenin ihtilaflı iki fıkrası, resmî nikâh yapılmaksızın dinî nikâh gerçekleştiren şahıslar hakkında ceza hükmü içermektedir.

2. Hüküm

Mahkeme; mahremiyet, aile ve din özgürlüğüne ilişkin hakları derinlemesine inceleyerek söz konusu cezaların demokratik olmadığına ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

3. Sonuç

Bu, bilhassa kişisel ve dinî tercihler bakımından kişisel özgürlüğü destekleyen simgesel bir karar olarak görülmektedir.

D. AKADEMİSYENLERİN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME YOLUYLA GÖREVDEN ÇIKARILMASI[12]

1. Konu

Bir profesör, diğer 329 akademisyenle birlikte herhangi bir objektif kriter sunulmadan veya yargısal denetim yapılmadan görevlerinden ani bir şekilde çıkarılmıştır.

2. Hüküm

Mahkeme, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan adil yargılanma, özel ve aile hayatına saygı ve mülkiyet haklarına atıfta bulunarak görevden çıkarılan akademisyenler lehine hükmetmiştir.

3. Sonuç

İlgili karar, olağanüstü durumlarda bile anayasal hakların keyfî olarak bir köşeye itilemeyeceği fikrini pekiştirmiştir.

E. DARBE SONRASI BİR HAKİMİN GÖREVDEN ALINMASI

1. Konu

Bir hâkim, 2016 darbe girişiminin ardından görevinden alınmış ve görevden alma kararının Anayasa'ya uygunluğuna yönelik itirazda bulunmuştur.

11 AYM, E.2014/36, K.2015/51, 27/5/2015.
12 *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* [GK].

2. Hüküm

İşten çıkarma eylemini keyfî ve haksız nitelikte bulan Mahkeme, adalet ve adil yargılanma ilkelerine dayanarak kişinin görevine iade edilmesine hükmetmiştir.

3. Sonuç

Verilen bu hükmün ötesinde söz konusu kararda yargının bağımsızlığını ve hukukun üstünlüğünün korunmasındaki önemli rolünü vurgulanmıştır.

Bahsedilen örnekler, Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın liderliğinde oluşturulan geniş bir içtihat ağından seçilen davalardan sadece birkaçıdır. Her bir karar adalet, hakkaniyet ve insan hakları ideallerine olan bağlılığı yansıtmaktadır. İlgili kararların kişisel özgürlüklerin güçlendirilmesinden demokratik süreçlerin korunmasına kadar uzanan daha kapsayıcı toplumsal etkileri, Prof. Dr. Arslan'ın hukukun karmaşık labirentinde sarsılmaz bir ilke ve benzersiz bir zekâyla ilerleyen üstün bir hukukçu olarak bıraktığı mirası ortaya koymaktadır.

V. LİDERLİK ÖZELLİKLERİ VE VİZYONU

Prof. Dr. Zühtü Arslan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak, parlak hukuki zekâ ile özgün liderlik özellikleri arasındaki önemli etkileşimin vücut bulmuş hâlidir. Liderlik tarzı ve başkanlık ettiği kararlar, cübbesinin ardındaki kişiye dair değerli bilgiler sunmakta ve sadece onu tanımlamakla kalmayıp aynı zamanda onun yönetimindeki Anayasa Mahkemesine de yön veren bağımsızlık, tarafsızlık ve cesaret niteliklerini ortaya koymaktadır.

A. BAĞIMSIZLIK

Yargı, yürütme ve yasama erkleri arasındaki ayrımların belirsizleştiği bir dönemde Prof. Dr. Arslan'ın yargı bağımsızlığına olan bağlılığı sarsılmamıştır. Prof. Dr. Arslan için bağımsızlık sadece kurumsal bir ilke değil kişisel bir düsturdur. Çoğu zaman zorlu ve karmaşık siyasi iklimin hâkim olduğu zamanlarda verdiği kararlar, bir özerklik duygusuyla dolup taşmaktadır. Bu bağımsızlık, toplumsal gerçeklerden soyutlanma anlamına gelmediği gibi, Mahkeme kararlarının geçici siyasi veya popüler hassasiyetlere değil anayasal ilkelere dayanmasını sağlamaya yönelik bir kararlılığı temsil etmektedir.

B. TARAFSIZLIK

Adaletin mihenk taşlarından biri olan tarafsızlık, ön yargı veya iltimas içermeyen hükümler anlamına gelmektedir. Prof. Dr. Arslan'ın görev süresi boyunca tarafsızlık anlayışı tutarlı olarak gözlemlenebilir. İster kamu görevlilerini ister sıradan vatandaşları ilgilendiren davalar olsun Prof. Dr. Arslan'ın

verdiği kararlar hukuk ve gerçeklerin dengeli bir değerlendirmesini sunmaktadır. Bilhassa "insan hakları ve sivil özgürlükler" konusuna odaklanan akademik altyapısı bu niteliğini güçlendirerek kararlarının kişisel inançlardan etkilenmemesini ve böylece hukuka ve daha geniş adalet ideallerine sıkı sıkıya bağlı olmasını sağlamıştır.

C. CESARET

Yargı alanında cesaret her zaman gösterişli eylemlerde bulunmak anlamına gelmemektedir. Çoğu zaman, özellikle de daha kolay yolların mevcut olduğu durumlarda bile defalarca adaleti sağlama konusundaki kararlılıkta kendini göstermektedir. Prof. Dr. Arslan'ın tartışmaya konu olabilecek bazı kararları, zorlu meselelerle doğrudan yüzleşme iradesini ortaya koymaktadır. İfade özgürlüğü, azınlık hakları ve diğer hassas konuları içeren davalar, yalnızca hukuki uzmanlığı değil aynı zamanda önemli baskı unsurlarıyla karşı karşıya kalındığında dahi anayasal ilkeleri koruma cesaretini gerektirmiştir.

Anayasa Mahkemesi başkanı olarak Arslan'ın liderliği, davalara başkanlık etmekten çok daha fazlasını ifade etmektedir. Liderlik vasfı, çalkantılı dönemlerde Mahkemeye rehberlik etmesi, yeni nesil hâkimlere akıl hocalığı yapması ve Mahkemenin Türkiye'de anayasacılığın güçlü bir savunucusu olarak var olmaya devam etmesini sağlaması gibi neticeleri de beraberinde getirmiştir. Türkiye'nin kendine özgü bağlamına bağlı kalarak uluslararası standartlara dikkate alan vizyonu, Mahkemenin rotasını çizmesinde etkili olmuştur. Anayasa Mahkemesi onun rehberliğinde sadece uyuşmazlıkların çözümünde edilgen bir hakem değil Türkiye'nin anayasal söylemine aktif katkı sağlayan bir figür hâline gelmiştir.

VI. PAKİSTAN İLE KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ

Türkiye ve Pakistan'ın yargı organları, kendilerine özgü sosyopolitik bağlamlarda faaliyet göstermekle birlikte, çarpıcı benzerlikler taşımaktadır. Her iki ülke de tarihsel olarak siyasi geçişler, askerî müdahaleler ve sosyokültürel değişimlerin ortasında hukuk devleti, hükûmet yetkileri ve bireysel hakların korunması arasındaki hassas dengeyi gözetmiştir. Bu iki yargı organına karşılaştırmalı bir mercek tutmak, anayasacılığı korumayı amaçlayan hukuk sistemlerine hâkim geniş evrensel temaları ve bu sistemlerde yaşanan zorlukları ortaya koyacaktır.

A. İKİ YARGI SİSTEMİNDE DE KARŞILAŞILAN GÜÇLÜKLER

1. Siyasi Baskılar

Gerek Türkiye gerekse Pakistan büyük siyasi çalkantılardan geçmiştir. Askerî darbeler, değişen siyasi ittifaklar ve laiklik ile dini etkinin gelişmekte olan tanımları, yargı organlarının kimi zaman büyük bir baskıyla karşı karşıya kal-

dığı durumlar yaratmıştır. Her iki ülkede de yargının hükûmetlerin meşruiyetinden ifade özgürlüğünün sınırlarına kadar uzanan son derece gerilimli siyasi konularda hakemlik yapması beklenmektedir.

2. Yargısal Aktivizm ve Yargının Kendini Sınırlaması

Türkiye'de Prof. Dr. Zühtü Arslan gibi isimlerin başkanlığında yürütülen yargı süreçleri, zamanın gerekliliklerine bağlı olarak itidalli ve aynı zamanda aktivist bir duruş sergilemiştir. Pakistan yargısı da benzer şekilde özellikle son birkaç on yılda itidal dönemleri ile güçlü aktivizm süreçleri arasında gidip gelmiştir.

3. Kişisel Haklar ve Güvenlik Kaygılarının Dengelenmesi

İç ve dış güvenlik tehditleriyle karşı karşıya olan her iki ülke de bireysel haklar ve ulusal güvenlik arasındaki dengeyi sağlamaya çalışmıştır. Bu sorunlar terörizm, basın özgürlüğü ve toplanma haklarıyla ilgili davalarda kendini göstermiştir. Prof. Dr. Arslan güvenlik endişelerinin mevcut olduğu durumlarda insan haklarını korumak için çaba gösterirken Pakistan yargısı da özellikle 2000'li yıllardan sonra benzer ikilemlerle karşı karşıya kalmıştır.

4. Her İki Hukuk Sisteminde de Tezahür Eden Evrensel Temalar

a. Adalet

Her iki yargının da merkezinde adalet arayışı yatmaktadır. İzlenen farklı yollara karşın temel gaye adaletin sadece soyut bir ideal değil vatandaşlar için somut bir gerçeklik olmasını sağlamaktır.

b. Hukukun Üstünlüğü

Her iki ülke de verdiği yargısal kararlar aracılığıyla hukukun üstünlüğünü yinelemiştir. Gerek Türk Anayasa Mahkemesinin yasama faaliyetlerinin Anayasa ile uyumlu olmasının sağlanma yönündeki çabaları gerekse Pakistan yargısının özellikle askerî yönetim dönemlerinde olmak üzere kendi Anayasası'nın üstünlüğünü koruması, hukukun üstünlüğüne gösterilen bağlılığı açıkça ortaya koymaktadır.

c. Bireysel Hakların Korunması

Prof. Dr. Arslan'ın Türkiye'deki görev süresi bireysel hakların güçlü bir şekilde savunulduğu bir dönemi teşkil etmektedir. Benzer şekilde Pakistan yargısı da bilhassa daha aktivist olduğu dönemlerde, ifade özgürlüğünden azınlık haklarına kadar geniş bir yelpazede bireysel hakların korunmasına odaklanmıştır.

Türkiye ve Pakistan'ın sosyopolitik zeminleri farklı olsa dahi yargı sistemleri adalet, hukukun üstünlüğü ve hakların korunması gibi evrensel ilkelere

bağlılığını sürdüren müşterek unsurları paylaşmaktadır. Benzerliklerin ve farklılıkların anlaşılması ile yalnızca münferit yargı sistemlerine ilişkin derinlikli bir kavrayış değil aynı zamanda adalet arayışının temelini oluşturan küresel zorluklar ve hedefler hakkında daha derin bir takdir de kazanılmaktadır.

VII. ARSLAN'IN MİRASI VE DEVAM EDEN ETKİSİ

Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın Türk Anayasa Mahkemesindeki çalışma hayatı, adalet, hukukun üstünlüğü ve bireysel hakların korunması ilkelerine derinden bağlı bir hukukçu olduğunun kanıtı niteliğindedir. Kararlarının hem doğrudan hem de ileriye dönük yankıları yalnızca Türk yargısının koridorlarında değil aynı zamanda Türk toplumunun daha geniş kesimlerinde de gözlemlenmektedir.

A. TÜRK İÇTİHADININ ŞEKİLLENDİRİLMESİ

Anayasal Korumaların Güçlendirilmesi: Prof. Dr. Arslan'ın kararları, Türk Anayasası'nın yaşayan, dinamik olan ve değişen toplumsal ihtiyaçlara cevap veren bir belge niteliği taşımasına katkıda bulunmuştur. Kararlarını Anayasa'nın lafzına ve ruhuna dayandırarak anayasal yorumların modern güçlükler ve gerçekler karşısında şekillendirilmesini sağlamıştır.

B. EMSAL KARARLAR

Prof. Dr. Arslan'ın başkanlık ettiği kararların birçoğu gelecekteki hukuki müzakereler için bir referans noktası teşkil etmektedir. Mahremiyet hakları, işkenceyle mücadele veya adalete erişimin sağlanması konularında verdiği kararların çoğu emsal teşkil etmiş, hukukçulara ve geleceğin hâkimlerine analiz ve karar verme süreçleri için sağlam bir çerçeve sunmuştur.

C. ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

Prof. Dr. Arslan'ın Türk hukukunu uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu hâle getirme konusundaki iradesi ulusal zorunluluklarla küresel ölçütler arasında köprü kuran bir içtihat yaklaşımını teşvik etmiştir. Bu sentez, ulusal yasaların uluslararası sözleşmelerle kesiştiği gelecek örneklerde Türk mahkemelerine rehberlik etmeyi vadetmektedir.

D. TÜRK TOPLUMU VE HUKUK SİSTEMİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

1. Vatandaşların Korunması

Bireysel hakları tutarlı bir şekilde gözeten Prof. Dr. Arslan'ın kararları, Türk vatandaşlarını birçok açıdan güçlendirmiştir. Prof. Dr. Arslan'ın kararları, hakların kutsallığı konusunda net bir mesaj vererek vatandaşların olası aşırılıklara karşı bir siper olarak yargıya güvenebilmelerini sağlamıştır.

2. Geleceğin Hukuki Düşüncesini Etkilemesi

Prof. Dr. Arslan'ın titiz hukuki muhakemesi ve anayasal ilkelere yaptığı vurgu, muhtemeldir ki gelecek nesil hukukçuları, öğrencileri ve uygulayıcıları etkileyecektir. Yazıları ve kararları, Türk hukuk fakültelerinde temel okumalar hâline gelmeye ve önümüzdeki yıllarda Türk içtihadına yön verecek kişilerin düşünce süreçlerini şekillendirmeye namzettir.

3. Güven İklimi Tesis Etmesi

Siyasi belirsizlik ve toplumsal değişim dönemlerinde, tutarlı ve ilkelere dayalı yargı bir dayanak noktası işlevi görebilir. Prof. Dr. Arslan, liderliği vasıtasıyla Türk hukuk sistemine olan güvenin artırılmasına önemli katkılarda bulunmuş ve yargının saygın bir kurum olarak varlığını sürdürmesini sağlamıştır.

Türk hukuk tarihinden bahsedilirken Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın nüfuzu Mahkeme salonunun sınırlarını aşan bir hukukçu olarak hatırlanacağı şüphe götürmez bir gerçektir. Kararları ve liderliğinde izini sürebileceğimiz mirası, önümüzdeki yıllarda Türk hukukunun ve toplumunun gidişatını şekillendirmeye devam edecektir.

VIII. SONUÇ

Prof. Dr. Zühtü Arslan, Türk hukuk dünyasının karmaşık dokusunda, yürünmemiş yolları aydınlatan, en zorlu davaları savunan ve gelecekteki hukuksal girişimler için mihenk taşları oluşturan bir rehber konumundadır. Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın adalet, hakkaniyet ve hukukun üstünlüğü ilkelerine olan sarsılmaz bağlılığı, akademik faziletinden uygulamada yargılamalara katılmasına kadar uzanan yolculuğunun her aşamasına damgasını vurmuştur.

Prof. Dr. Arslan'ın sunduğu katkılar derinliği ve kapsamı bakımından çok yönlüdür. Prof. Dr. Arslan'ın dönüm noktası niteliğindeki kararları, liderlik vizyonu ve bireysel haklar ile kolektif çıkarlar arasındaki hassas dengeye ilişkin dikkatli tutumu, Anayasa Mahkemesinin Türkiye'de demokrasinin temel dayanağı ve hakların koruyucusu olarak yerini sağlamlaştırmasında hayati bir rol oynamıştır.

Prof. Dr. Arslan'ın hukuki nüanslara ve anayasal karmaşıklıklara dair anlayışının ötesinde, kendisinin tabiatında olan adalet duygusu ve bununla birlikte adaletin sadece teorik bir kavram değil Türkiye'nin tüm vatandaşları tarafından deneyimlenen bir gerçeklik olmasını sağlama konusundaki kararlılığı da öne çıkmaktadır.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a, şanlı kariyeri ve hizmetlerinin bir özeti niteliğindeki bu çalışmayı tamamlarken en içten şükranlarımızı sunuyoruz. Kendisi

hiç yorulmaksızın imza attığı çalışmalarıyla yalnızca Türk hukuk sistemini şekillendirmekle kalmamış, aynı zamanda hem hukuk camiası içinde hem de bu camia dışında sayısız kişiye ilham kaynağı olmuştur.

Başarılarına duyduğumuz hayranlığı yeniden ifade ederek ve gelecekte daha pek çok başarıya imza atacağı temennisiyl; Prof. Dr. Arslan'a adaletin tecellisi, temel hakları koruma ve Türk demokrasisinin yapısını güçlendirme yolculuğunda başarılar diliyoruz. Prof. Dr. Arslan'ın mirasının kendisinden sonraki nesiller için bir yol gösterici olacağına inanıyoruz.

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fatih SERT
(Gaziantep Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI ZÜHTÜ ARSLAN'IN KONUŞMALARININ DUYGU ANALİZİ*

ÖZET

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinde en uzun süre başkanlık görevinde bulunan Zühtü Arslan'ın kamuya açık toplantılarda yaptığı konuşmaları incelenmektedir. Bir metin madenciliği yöntemi olan duygu analizi kullanılarak Başkan'ın yaptığı 61 konuşmada öne çıkan temalar tespit edilmiştir. Buna göre bireysel başvuru ve temel haklar, en çok vurgulanan kavramlar olarak ortaya çıkmıştır. Mahkemenin bireysel başvuru sistemiyle geçirdiği hak temelli dönüşüm Başkan'ın konuşmalarına damga vurmuştur.

Anahtar Kelimeler: Türk Anayasa Mahkemesi, Zühtü Arslan, hak temelli yaklaşım, duygu analizi, metin madenciliği.

ABSTRACT

This study analyses the speeches delivered by Zühtü Arslan, who has served the longest term as President of the Turkish Constitutional Court, at various public meetings. Using Sentiment Analysis, a text mining technique, this research identifies key themes across 61 speeches of the President. The findings reveal that individual application and fundamental rights are the most prominently emphasised concepts. Additionally, the Court's shift towards a rights-based approach through its individual application system is the hallmark of President Arslan's speeches.

Keywords: Turkish Constitutional Court, Zühtü Arslan, rights-based approach, sentiment analysis, text mining

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

1. GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünyada yaygınlık kazanmaya başlayan anayasallık denetimini yerine getirmek için kurulan anayasa mahkemeleri[1] hukuk devletinin ve temel hakların korunması ve geliştirilmesinde önemli bir işleve sahiptir. Bu mahkemelerin verdikleri kararlar hukuk düzeninde ve siyasi ve toplumsal hayat üzerinde etkili olmaktadır. Bu kararları veren yargıçlar genel olarak dar bir hukukçu, akademisyen ve basın yayın mensubu dışında kamuoyu tarafından pek tanınmamaktadır. Üyeleri toplum tarafından bilinen ABD Yüksek Mahkemesi gibi istisnaları bir kenara bırakırsak anayasa mahkemelerinin başkanları anayasa yargısının kamuoyuna yansıyan yüzünü temsil etmektedir. Mahkemelerin müzakereleri kamuya kapalı olduğundan, başkanların çeşitli vesilelerle kamuya açık yaptıkları konuşmalar anayasa mahkemeleri ile toplum arasındaki en önemli etkileşim araçlarından birini temsil etmektedir. Bu konuşmalarda başkanlar genel olarak mahkemenin kararları ve faaliyetlerinden bahsetmekte, ortaya çıkan sorunlara işaret etmekte ve ulusal ve uluslararası düzeyde meydana gelen anayasal gelişmelere değinmektedir. Konuşmaların başkanların kişisel görüşleri kadar hatta ondan daha da önemlisi, kurumsal olarak mahkemenin kendi görev ve ilgi alanındaki konulara dair bir fikir beyan etme niteliğine sahip olduklarını söyleyebiliriz. Bu açıdan konuşmalar hem bireysel hem de kurumsal boyutlar taşımaktadır.

Bu çalışmanın amacı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (AYM) başkanı Zühtü Arslan'ın başkanlığa seçildiği 2015 yılından 2023 Ekim ayına kadar yaptığı kamuya açık konuşmaları metin madenciliği yöntemiyle analiz etmektir. Bu doğrultuda konuşmalarda kullanılan kelimelerin frekansları belirlenmiş, öne çıkan kelimeler tespit edilerek konuşmaların ne kadar pozitif ya da negatif kelimeler içerdiği ortaya konulmuştur. Ülkemizde Anayasa Mahkemesi başkanlarının konuşmalarını inceleyen ilk çalışma bilebildiğimiz kadarıyla Serdar Gülener tarafından içerik analizi yöntemi kullanılarak 2007-2015 yılları arasında Mahkeme başkanlığı yapan Haşim Kılıç'ın konuşmaları hakkında yapılmıştır[2]. Nitel yönü ağır basan bu çalışmadan farklı olarak araştırmamız nicel veriler üzerinden hareket etmektedir. Bu yönüyle incelememiz, ülkemizde son derece yetersiz olan ampirik hukuk araştırmalarına mütevazı bir katkı sunmaktadır.

1 Çalışmamızda, anayasa mahkemeleri kavramı anayasallık denetimi yapan yüksek mahkemeleri de kapsamaktadır.

2 Gülener, S. (2014). Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında Anayasa Mahkemesinin Dönüşümünün İzlerini Sürmek, içinde Çoban, A. R. vd. (Der.), *Haşim Kılıç'a Armağan: İnsan onuru için Anayasa Mahkemesinde 25 yıl* (ss. 247-280). Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

2. ANAYASA MAHKEMELERİ VE BAŞKANLARI

Anayasa Mahkemesi ve/veya Yüksek Mahkeme başkanları pek çok ülkede önemli yargısal, idari ve toplumsal işlevlere sahiptir. Mahkeme başkanları yargıçlık ve yöneticilik işlevlerini eş zamanlı olarak yürütmekte ve genel olarak önemli yetkilere sahip bulunmaktadır. Bu yetkiler başkanın diğer yargıçlar üzerinde mutlak otorite sahibi olduğu anlamına gelmemektedir. Yargıç olarak başkanların diğer yargıçlar gibi tek oyları vardır[3] ama başkan olduklarından eşitler arasında birinci sayılırlar. Bazı ülkelerde başkanların yöneticilik işlevlerinin dolaylı da olsa hukuki sonuçları olabilmektedir. Mahkeme başkanlarının mahkeme gündemini belirlemek, görüşme zamanını tespit etmek gibi idari olmakla birlikte yargısal yönü de bulunan yetkileri de mevcuttur. Benzer şekilde, başkanın panel veya bölümler hâlinde çalışan mahkemelerde buralarda görev alacak yargıçları belirlemesi ve takdir yetkisini kullanarak yerlerini değiştirebilmesi de hukuki sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin Kanada Yüksek Mahkeme başkanının beş, yedi veya dokuz yargıçtan oluşan panellerin hangi davaya bakacakları, hangi yargıçların hangi panellerde yer alacağı konusunda geniş bir takdir yetkisi vardır[4]. Çoğu Avrupa ülkesinde de davayı hangi yargıcın inceleyip heyete sunacağına mahkeme başkanı karar vermektedir[5]. Mahkeme yargıçlarıyla ilgili disiplin soruşturmalarını başlatma, raportör alımında nihai karar verici olma ve mahkeme bütçesinin kullanımı gibi konular da başkanın takdir yetkisi altındadır.

ABD'de Yüksek Mahkeme başkanı müzakerelerde ilk sözü alarak tartışmaya yön verebilmektedir. Mahkeme başkanı çoğunluk içinde yer almışsa kararı hangi üyenin yazacağını belirlemektedir. ABD Yüksek Mahkemesi kararlarının kolay kolay değişmeyen içtihat özelliği taşıdıkları düşünülürse kararı yazacak yargıcın görüşü ve gerekçeleri uzun yıllar boyunca Yüksek Mahkemenin görüşü olarak kabul edilecek ve tüm hukuk sistemini etkileyecektir. Kararın dili ve üslubu da genel olarak başkanın denetimindedir. Yüksek Mahkeme başkanı aynı zamanda federal yargı sisteminin de başkanıdır. Başkanın özel yetkili mahkemelere, örneğin *Foreign Intelligence Surveillance Court* (Dış İstihbarat Gözetim/Denetim Mahkemesi) yargıç atama yetkisi de bulunmaktadır[6]. ABD'de Yüksek Mahkeme başkanlığı saygınlık ve otorite anlamında devlet başkanından sonra gelmektedir[7].

---

3 Oyların eşitliği halinde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bazı ülkelerde başkanın olduğu tarafın görüşü mahkeme kararı olarak kabul edilmektedir.

4 Wetstein, M. E. and Ostberg, C. L. (2005). "Strategic Leadership and Political Change on the Canadian Supreme Court: Analyzing the Transition to Chief Justice", *Canadian Journal of Political Science/Revue Canadienne De Science Politique*, C. 38., S. 3., ss. 653-673.

5 Blisa, A. and Kosař, D. (2018). "Court Presidents: The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance" *German Law Journal*, C. 19., S. 7., s. 2045.

6 Cross, F. B. and Lindquist, S. (2006). "The Decisional Significance of the Chief Justice", *University of Pennsylvania Law Review*, C. 154., S. 6., s. 1676.

7 a.g.e. s. 1665.

Mahkeme başkanları ile ilgili özellikle ABD'de yapılan çeşitli ampirik çalışmalar mevcuttur. Mesela 1952-2016 yıllarını kapsayan bir araştırmada Yüksek Mahkeme başkanlarının diğer yargıçlara göre kamuoyundan daha çok etkilendikleri tespit edilmiştir[8]. Anayasa veya yüksek mahkeme başkanlarının sahip oldukları gücü Avrupa ülkeleri düzeyinde ölçen bir çalışmada Batı Avrupa yüksek mahkemelerinin başkanlarının Doğu Avrupa ülkelerindeki mahkeme başkanlarına göre daha zayıf oldukları bulunmuştur. Bu araştırmada kariyer gelişimi, yargısal, idari, mali, medya gücü ve temsil kabiliyeti olarak belirlenen ölçütler üzerinden anayasa ve yüksek mahkeme başkanlarının gücü ölçülmeye çalışılmıştır[9].

Şunu da vurgulamak gerekir ki sayılan alanlarda yetki sahibi olma tek başına otomatikman bir etkiye veya güce dönüşmemektedir. Bu yetkiler içinde bulunulan ortam ve etkileşim hâlinde olunan yapısal faktörlerle fiiliyata aktarılmaktadır. Örneğin başkanın kişisel özellikleri ve kariyer geçmişi kadar görev süresi, mahkemenin kurumsal tasarımı, yargının yapısal özellikleri, hukuk mesleği ve hukuk kültürünün doğası ve siyasi ve toplumsal ortam başkanların sahip olduğu yetkileri kullanmasında etkili olmaktadır[10].

Anayasa Mahkemesi başkanları genel olarak ABD Yüksek Mahkeme başkanının sahip olduğu idari güç ve yetkiden yoksun olmakla birlikte onlar mahkeme adına anayasayla ilgili hususlarda kamuoyuna bilgi vererek anayasanın ne olduğunun halka anlatılmasında önemli roller oynamaktadırlar[11]. Tabi bu durum Macaristan ve Rusya'da geçmişte olduğu gibi medyanın karşısına her fırsatta çıkan, siyasi polemiklere girmekten çekinmeyen başkanlık anlayışına da yol açabilir. Macaristan Anayasa Mahkemesi Başkanı László Sólyom ve Rusya Anayasa Mahkemesi Başkanı Valerii Zorkin bu tarz "aktivist" bir başkanlık sergilemiştir[12]. Bugünden geçmişe baktığımızda Rusya ve Macaristan deneyimlerinde "aktivist" başkanlığın mahkemelerin tarafsızlığının ve saygınlığının korunmasında olumlu bir katkıya yol açmadığını söylemek mümkündür.

8 Badas, A. (2021). "The Chief Justice and Judicial Legitimacy Evidence from the Influence of Public Opinion", *The Justice System Journal*, C. 42., S. 2., s. 150.

9 Blisa, A. and Kosař, D. (2018). s. 2041.

10 Ostberg, C. L. and Wetstein, M. E. (2018). "Strategic Behaviour and Leadership Patterns of Modern Chief Justices", *Osgoode Hall Law Journal*, C. 55., S. 2., ss. 478-514; Goldstein, J. K. (2011). "Leading the Court: Studies in influence as chief justice", *Stetson Law Review*, C. 40., ss. 717-761; Kosař, D. and Spáč, S. (2021). "Post-communist Chief Justices in Slovakia: From Transmission Belts to Semi-Autonomous Actors?", *Hague Journal on the Rule Law*, C. 13., ss. 107–142.

11 Scheppele, K. L. (2006). "A Comparative View of the Chief Justice's Role Guardians of The Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle For The Rule of Law in Post-Soviet Europe", *University of Pennsylvania Law Review*, C. 154., s.1772.

12 a.g.e. s. 1758.

3.TÜRKİYE'DE ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 6216 sayılı Kanun'un 12. maddesinde AYM başkanının üyeler arasından gizli oyla ve üye tam saysının salt çoğunluğuyla dört yıl için seçileceği ve süresi bitenlerin yeniden seçilebileceği belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 13. maddesinde başkanın görev ve yetkileri sayılmıştır. Buna göre başkan Genel Kurulun ve gerektiğinde Bölümlerin gündemini belirleme yetkisine sahiptir. Bölüm gündemleri genel olarak başkanvekilleri tarafından belirlenmekle birlikte, başkan da gerekli görürse bölüm gündemlerini belirleyebilir. Başkan aynı zamanda Mahkemeyi temsil eder. Başkanın idari nitelikteki yetkileri arasında harcamaların mahkeme bütçesine uygunluğunu denetlemek, genel sekreter ve yardımcılarını atamak ve görevden almak sayılabilir. Kanun'un 25. maddesine göre başkanın uygun görmesi üzerine raportör olarak çalışmak isteyenler bağlı oldukları kurum tarafından görevlendirilir. 26. madde ise raportörlerin çalışma düzenleri konusunda başkana yetki vermektedir. Başkanın önemli bir yetkisi de 65. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda Mahkeme kararı ortaya çıkmaktadır.

28351 sayılı Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü de Kanun'da belirtilen yetkilerle ilgili düzenlemelere yer vermektedir. Örneğin İçtüzük'ün 38. maddesine göre raportörlerin kıdemleri ve deneyimleri göz önüne alınarak Genel Kurul, Bölümler, Komisyonlar ya da diğer birim raportörlüklerinden hangisinde görev yapacaklarına başkan tarafından karar verilmektedir.

Kurulduğu 1962'den günümüze AYM'de 18 yargıç başkanlık görevinde bulunmuştur. Bunlardan altı tanesi yeni başkan seçilene kadar vekâleten de başkanlık yapmıştır. Vekâlet dönemleri genel olarak iki ay ile dört ay sürmüştür. Bu makul sayılabilecek vekâleten başkanlık süresinin en önemli istisnası 1968-1970 yılları arasında yaşanmıştır. 1966-1968 arası AYM başkanlığını yürüten İbrahim Senil iki yıl altı gün süren görev süresi bittikten sonra iki yıl beş ay daha vekâleten başkanlık yapmıştır. Bu şekilde başkanlık görev süresinden daha fazla bir süre vekâleten başkanlık görevini yürütmüştür.

Tablo 1. AYM Başkanları ve Görev Süreleri[13]

Adı Soyadı	Görev Süresi (Yıl)	Görev Süresi (Ay)
M.İ. Sünuhi Arsan	2	3
Ö. Lütfi Akadlı	1	9
İbrahim Senil	4	5
İ. Hakkı Ketenoğlu	-	6
Muhittin Taylan	4	1
Kani Vrana	3	-
Şevket Müftügil	3	9
Ahmet H. Boyacıoğlu	2	7
H. Semih Özmert	1	3
Orhan Onar	1	7
Mahmut C. Cuhruk	1	9
Necdet Darıcıoğlu	1	2
Yekta Güngör Özden	6	7
Ahmet Necdet Sezer	2	4
Mustafa Bumin	5	1
H. Tülay Tuğcu	2	2
Haşim Kılıç	7	5
Zühtü Arslan	9	2

Kaynak: Anayasa Mahkemesi Arşivi

AYM başkanlarının ortalama görev süresi 3 yıl 3 aydır. Yedi başkan bu ortalama görev süresinden fazla başkanlık yapmıştır. 1990'lı yıllardan itibaren başkanların ortalama görev süresi artmaya başlamıştır. Bu durum özellikle son iki başkan döneminde daha da çarpıcıdır. Bir başka dikkat çekici gelişme ise geçmişte emeklilik yaşına yakın nispeten yaşlı üyeler başkan seçilirken son dönemlerde başkanlar daha genç yaşlarda bu görevi üstlenmiştir. Örneğin, Zühtü Arslan AYM tarihinin en genç başkanı olarak 10 Şubat 2015'te 51 yaşında bu göreve seçilmiştir.

4. ÇALIŞMANIN YÖNTEMİ

Bu çalışmada AYM Başkanı Zühtü Arslan'ın başkan olarak seçildiği tarihten (10 Şubat 2015) Ekim 2023'e kadar çeşitli vesilelerle kamuya açık yaptığı 61 konuşması veri olarak alınmıştır. Konuşma metinleri AYM resmî internet

13 Sürelerin hesaplanmasında vekâleten yapılan dönemler de sayıldığından ay olarak toplamda 12 ayı geçen süreler yıla dâhil edilmiş, gün olarak toplamda 30 günü aşan süreler de ay kapsamında değerlendirilmiştir.

sitesinden elde edilmiştir. Bu konuşmalar hem genel toplam olarak hem de yıllara ve konuşmanın hitap ettiği topluluğa bağlı olarak iki ayrı kategori altında incelenmiştir. İlk kategoride başkanlık seçim yıllarına göre bir ayrıma gidilmiştir. Bu çerçevede AYM Başkanı'nın konuşmaları zamansal olarak başkanlığın ilk dönemi (2015-2019) ve ikinci (2019-2023) dönemi[14] olarak ele alınmıştır. İkinci kategori olarak ise Başkanın konuşmaları AYM'nin kuruluş yıl dönümü veya yeni atanan üye yemin törenleri gibi resmî törenlerde gerçekleştirilen konuşmalarla bunların dışında yapılan konuşmaları (örneğin universitelerde, uluslararası toplantılarda) içermektedir. Kuruluş yıl dönümü konuşmaları taşıdıkları önem itibarıyla ayrıca incelenmiştir.

Araştırmamızda öncelikle AYM Başkanı'nın konuşmaları düzenli ve yapısal şekilde bir araya toplanarak bir derlem ya da diğer ismiyle külliyat *(corpus)* oluşturulmuştur. Daha sonra bu derlem metni, ön işleme adımlarına tabi tutularak metinler kullanılabilir hâle getirilmiştir. Bu adımdan sonra kullanılabilir metinlerden terim-doküman matrisleri elde edilmiştir. Bu matrisler kullanılarak kelimelerin ve kelime gruplarının frekanslarını gösteren frekans grafikleri ve kelime bulutları oluşturulmuş ve yorumlanmıştır. Daha sonra duygu analizi gerçekleştirilerek konuşmaların olumlu (pozitif)-olumsuz (negatif) kutup içindeki yeri saptanmıştır. Duygu analizi için 49 bin kelimeden oluşan Sağlam vd. tarafından geliştirilen SWNetTR++ isimli Türkçe duygu sözlüğü kullanılmıştır[15]. Metin madenciliği ve duygu analizi R programlama dili ve paketleri ile gerçekleştirilmiştir.

Metinleri analiz etmenin en etkili yollarından biri olan metin madenciliği, yapılandırılmamış, düzensiz metin yığınlarından yapılandırılmış ve organize edilmiş veri elde etme süreci olup veri madenciliğinin bir dalıdır. Bu yöntem, metin kaynaklarındaki belirsiz ilişkileri ve eğilimleri ortaya çıkarmak için kullanılır. Bunun için ilk olarak metinler kaynaklardan toplanarak bir derlem oluşturulur. Daha sonra metni temizlemek ve analiz için kullanılabilir hâle getirmek adına veri ön işlemesine geçilir. Bu aşamada "durak" (*stopwords*) adı verilen ve tek başına anlam ifade etmeyen edat, bağlaç vb. kelimeler temizlenir. Ayrıca aslında anlam ifade eden ancak analize dâhil edilmek istenmeyen kelimeler de derlemden çıkarılır[16]. Çalışmamızda diğer kelimeleri gölgelemesini önlemek amacıyla "mahkeme", ve "sayın" gibi kelimeler metinlerden çıkarılmıştır. Durak kelimelerin temizlenmesi aşamasını, noktalama işaret-

14 Bu dönem Zühtü Arslan'ın üçüncü defa başkan seçildiği dönemin ilk dört ayını da kapsamaktadır.

15 Sağlam, F., Genç, B., and Sever, H. (2019). "Extending a sentiment lexicon with synonym--antonym datasets: SWNetTR++", *Turkish Journal of Electrical Engineering and Computer Sciences*, C. 27., S. 3., s. 1806.

16 Atan, S. (2020). "Metin madenciliği: imkânlar, yöntemler ve kısıtlar", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 31., s. 231.

lerinin, sayıların ve ilgisiz karakterlerin temizlenmesi, gereksiz boşlukların kaldırılması ve kelimelerin köklerinin elde edilmesi takip etmektedir. Ayrıca, olası eşleştirme hatalarını önlemek için tüm kelimeler büyük veya küçük harflere dönüştürülmüştür.

Çalışmanın amaçlarına ya da yapılacak analizin türüne göre bu veri ön işleme aşamalarından bazıları uygulanmayabilir. Örneğin kelime köklendirme aşaması anlam kaybı olasılığını artırabilir ya da kök kelimelere bakıldığında anlamı olmayan kelimelerle karşılaşılabilir[17]. Nitekim bu çalışmada kelimelerin anlamlarında eksiklik olmaması için kelime köklendirme aşaması uygulanmamıştır. Veri ön işleme aşamaları ile temizlenen ve kullanılabilir hâle getirilen metin, kullanılacak analizin yapısına uygun olarak Belge Terim Matrisine ya da onun transpozesi olan Terim Belge Matrisine dönüştürülür. Belge Terim Matrisinde her satır bir belgeye (makale) ve her sütun bir terime (kelime) işaret eder ve matristeki her değer terimin makalede kaç kez görüntülendiğini gösterir. Terim Belge Matrisinde bunun tam tersi bir gösterim vardır.

Bazı durumlarda metin madenciliğinde uygulanmak istenen yönteme göre n-gramların kullanılması oldukça faydalıdır. N değeri, ifadenin kaç kelimeden oluştuğunu gösterir. Unigram olarak adlandırılan ve n=1 olduğu durumlarda kelimeler tekil olarak ele alınır. N=2 olduğunda ise kelimeler ikili kelime çiftleri şeklinde ardışık olarak değerlendirilir ve buna bigram denir. Anlaşılacağı üzere bir derlemdeki bigram sayısı unigram sayısından daha azdır. Çünkü bir derlemde kelimelerin tek frekansı, ardışık çift frekansından daha yüksektir. Bu nedenle, bigramlar çoğunlukla büyük metin kümelerinde kullanışlıdır. Açıkçası, bigramlar unigramlara kıyasla anlam açısından çok daha fazla katkıda bulunur. Bir derlemde birçok kez geçen bir kelimenin kullanıldığı kelime çiftleri görülebilir ve böylece bu kelimenin metnin anlamına nasıl katkıda bulunduğu anlaşılabilir.

Metin madenciliğinde görselleştirme önemli bir yere sahiptir ve kelime bulutları yaygın olarak kullanılan görselleştirme yöntemlerinden biridir. Kelime bulutları, kelimelerin bir derlem içerisindeki sıklıklarına göre farklı puntolarda gösterildiği ve en sık geçen kelimelerin bir bütün olarak bir arada bulunduğu diyagramlardır. Öte yandan metin madenciliğinde belki de en popüler görsellerden biri histogramlardır. Kelimelerin sıklığını gösteren histogramlar, bir derlemde hangi kelimelerin kaç kez geçtiğini sayılarla destekleyerek verdiği için metin madenciliğinde sonuçların sunumunda oldukça kullanışlıdır. Kelime sıklığı histogramları, kelime bulutuna göre sıklık sırasının karşılaştırılmasında net bir şekilde görülmesini sağlar ve sık geçen kelimelerin göreceli durumunun görülmesine olanak tanır[18].

17 a.g.e. s. 231
18 a.g.e. s. 233.

4.1 Duygu Analizi

Görüş madenciliği (*opinion mining*) olarak da bilinen Duygu Analizi (*sentiment analysis*), insanların bir varlık (bir birey, bir olay veya bir konu olabilir) hakkındaki görüşlerini, tutumlarını ve duygularını tespite yönelik bir yöntemdir[19]. Duygu analizindeki temel görevlerden biri, belirli bir metnin kutupsallığının belge, cümle veya varlık özelliği/özniteliği düzeyinde sınıflandırılmasıdır. Bu; belirli bir belge, cümle veya varlık özelliği/görüntüsünde ifade edilen görüşün olumlu, olumsuz veya tarafsız olup olmadığının belirlenmesini içerir[20]. Kural tabanlı yaklaşım, makine öğrenmesi yaklaşımı, sinir ağı yaklaşımı, hibrit yaklaşım gibi farklı duygu analizi yaklaşımları mevcuttur. Bu çalışmada da en temel yöntemlerden olan bu kural tabanlı yaklaşım kullanılmıştır. Yöntem, belirli bir veri kümesindeki hem negatif (olumsuz) hem de pozitif (olumlu) terimlerin miktarını saymaya dayanmaktadır. Bir metindeki olumlu kelimelerin sayısı olumsuz kelimelerin sayısını aşarsa, metnin duygu skoru 0'dan büyük olur ve duygu olumludur; aksi takdirde duygu olumsuzdur. Burada ek olarak olumlu ya da olumsuz konuşma metinlerini de kendi içinde kategorize etmek için -50'den küçük skora sahip olan konuşmaları çok olumsuz, +50'den büyük skora sahip konuşma metinleri ise çok olumlu şeklinde tanımlanmıştır. Kelimelerin olumlu ya da olumsuz olma durumları için ise SWNetTR++ Türkçe duygu sözlüğünden yararlanılmıştır. Sözlükte her kelimenin olumlu ya da olumsuz olduğunu gösteren bir değeri vardır. Sözlük 47 bin Türkçe kelimenin dâhil edildiği doğal dil işleme teknikleriyle geliştirilmiştir[21].

Duygu analizi günümüzde sosyal bilimlerde ve özellikle de siyaset bilimi alanında sıkça kullanılan yöntemlerden biridir. Örneğin İngiltere Parlamento tartışmaları[22], ABD başkanlık seçimi adayları ile ilgili atılan tweetler[23], Endonezya başkanlık seçimleri öncesindeki politik kutuplaşma[24], Rus siyasetçilerin sosyal ağ hesaplarındaki gönderi ve yorumlar[25], Donald Trump ve Hillary

19 Agarwal, B., Mittal, N., Bansal, P. and Garg, S. (2015). "Sentiment analysis using commonsense and context information", *Computational Intelligence and Neuroscience*, ss. 1-9.

20 Medhat, W., Hassan, A. and Korashy, H. (2014). "Sentiment analysis algorithms and applications: A survey", *Ain Shams Engineering Journal*, C. 5., S. 4., ss. 1093-1113.

21 Sağlam, F., Genç, B. and Sever, H. (2019). ss. 1806-1820.

22 Salah, Z. (2014). *Machine learning and sentiment analysis approaches for the analysis of Parliamentary debates* (Yayınlanmamış doktora tezi, University of Liverpool).

23 Ramteke, J., Shah, S., Godhia, D. and Shaikh, A. (2016). Election result prediction using Twitter sentiment analysis, içinde *2016 International Conference on Inventive Computation Technologies (ICICT), Coimbatore, India* (ss. 1-5).

24 Habibi, M. N. (2019). "Analysis of Indonesia politics polarization before 2019 president election using sentiment analysis and social network analysis", *International Journal of Modern Education and Computer Science*, C. 11., s. 22.

25 Svetlov, K. and Platonov, K. (2019). Sentiment analysis of posts and comments in the accounts of Russian politicians on the social network, içinde *2019 25th Conference of Open Innovations Association (FRUCT), Helsinki, Finland* (ss. 299-305).

Clinton'ın 2016 ABD başkanlık seçimlerindeki konuşma temaları ve söylem stratejileri[26], Avusturya Parlamentosundaki konuşmalar[27], ve İspanya seçimlerindeki siyasi tweetler[28], duygu analizi yöntemiyle incelenmişlerdir. Türkçe'de dikkat çeken çalışmalardan biri ise Kaya vd. tarafından yapılan Türkçe politika haberlerinin duygularını analiz eden çalışmadır[29]. Türkçe olarak bir siyasetçi ya da bürokratın konuşmalarını duygu analizi yoluyla inceleyen herhangi bir araştırmaya rastlanmamıştır. Bu yönüyle çalışmamız önemli bir devlet kurumunun başkanının konuşmalarını duygu analizi kullanarak inceleyen öncü bir çalışma olarak ilgili yazına katkı yapmayı da amaçlamaktadır.

5. ANALİZ

Daha önce belirtildiği gibi çalışmada hem tüm konuşmalar hem de yıl veya başkanlık dönemi ve konuşmanın türü olarak iki kategori altında incelenmiştir. Tüm konuşmalara ait sonuçlar Şekil 1'de sunulmuştur. Burada yer alan kelime bulutu incelendiğinde "bireysel", "başvuru", "temel", "hak", "insan", "adalet" ve "anayasal" gibi kelimelerin oldukça fazla yer aldığı görülmektedir. Benzer sonuçlara yine Şekil 1 içindeki ikili kelimelerin frekans grafiğinde de rastlanmaktadır. Burada da "bireysel başvuru", "temel haklar", ve "insan hakları" en fazla vurgulanan kavramlardır. Bunları takiben, "Avrupa insan", "hak eksenli" ve "adil yargılanma" kelimeleri gelmektedir. "Avrupa insan" kelimeleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin biogram gösterminden kısaltılmış hâlini ifade etmektedir.

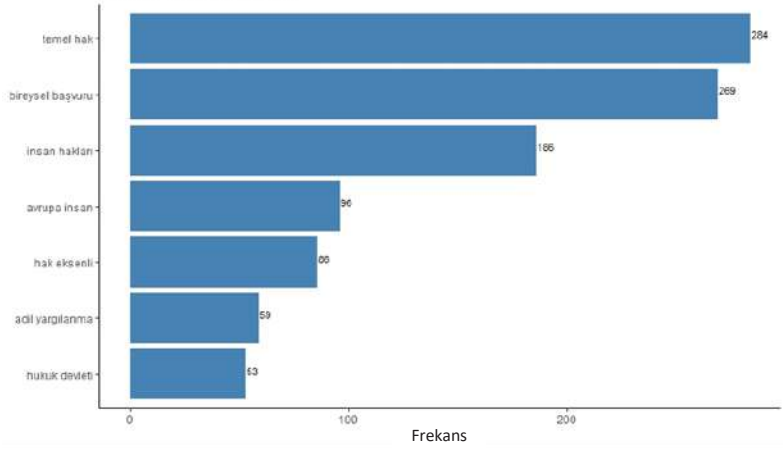
26 Liu, D., and Lei, L. (2018). "The appeal to political sentiment: An analysis of Donald Trump's and Hillary Clinton's speech themes and discourse strategies in the 2016 US presidential election", *Discourse, context & media*, C. 25., s. 143-152.

27 Rudkowsky, E., Haselmayer, M., Wastian, M., Jenny, M., Emrich, Š. and Sedlmair, M. (2017). Supervised Sentiment Analysis of Parliamentary Speeches and News Reports, içinde *67th Annual Conference of the International Communication Association (ICA), Panel on 'Automatic Sentiment Analysis'* (ss. 1-15).

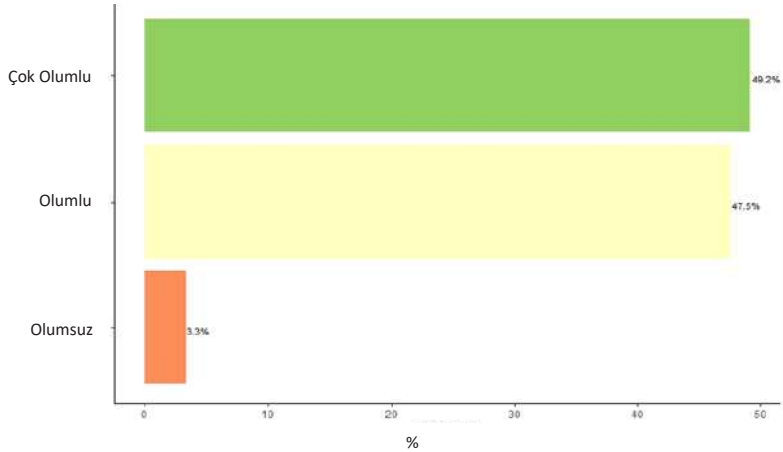
28 Rodríguez-Ibáñez, M., Gimeno-Blanes, F. J., Cuenca-Jiménez, P. M., Soguero-Ruiz, C. and Rojo-Álvarez, J. L. (2021). "Sentiment analysis of political tweets from the 2019 Spanish elections", *IEEE Access*, C. 9., ss. 101847-101862.

29 Kaya, M., Fidan, G. and Toroslu, İ. H. (2012). Sentiment analysis of Turkish political news, içinde *2012 IEEE/WIC/ACM International Conferences on Web Intelligence and Intelligent Agent Technology, Macau, China* (ss. 174-180).

En çok kullanılan kelimelere ait bigram



Konuşma metinlerinin duygu dağılımı (%)

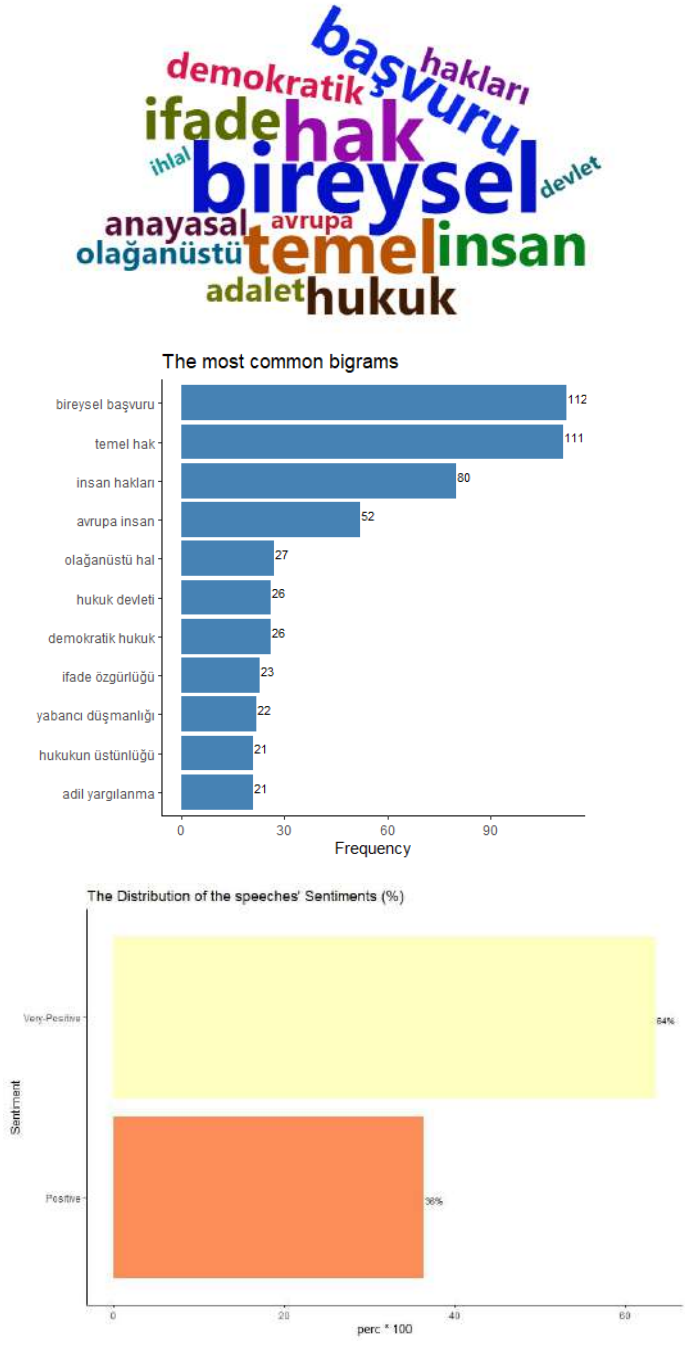


Şekil 1. Tüm Konuşmaların Duygu Analizi

Görüldüğü üzere AYM Başkanı'nın tüm konuşmaları bireysel başvuru ve temel hakların korunması üzerine yoğunlaşmıştır. Bireysel başvuru yolunun insan haklarının korunmasındaki işlevi Başkan'ın konuşmalarında ısrarla vurgulanmaktadır. Bu sistemin Avrupa insan hakları sistemiyle yakından bağlantılı olması ve en çok başvuru ve ihlalin adil yargılanma hakkı ile ilgili olması da konuşmalarda öne çıkan temalar arasındadır. Şekil 1'de yer alan duygu analizi sonuçlarına göre konuşmaların tamamına yakınının olumlu ya da çok olumlu eksende olduğu görülmektedir. Buradaki olumluluk veya çok olumluluk her bir konuşma metninin tümüne egemen olan duyguya işaret etmektedir. Yani vurgulanan kavramlar SWNetTR++ Türkçe duygu sözlüğünde olumlu anlamlar içermektedir.

5.1. Yıl Bazında Konuşmalar

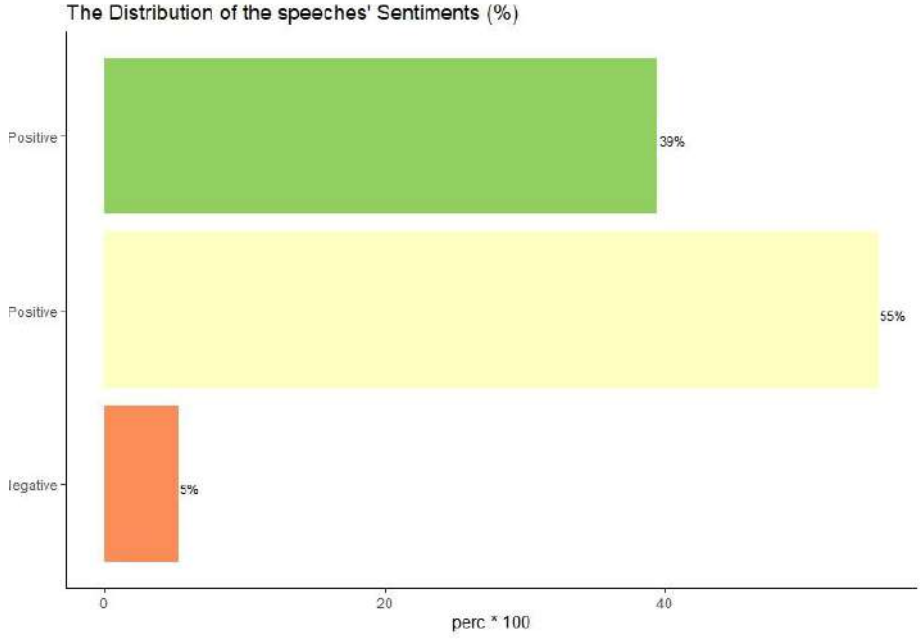
AYM Başkanı'nın konuşmaları yıl bazında birinci (2015-2019) ve ikinci (2019-2023) başkanlık dönemleri şeklinde incelenmiş ve sonuçlar sırasıyla Şekil 2 ve Şekil 3'te sunulmuştur. Bu sonuçlar bir arada incelendiğinde kelime bulutu ve ikili kelimelerin frekans grafiklerinde önemli bir farklılık görülmemektedir. En dikkati çeken farklılık, ilk başkanlık döneminde yapılan konuşmalarda "bireysel başvuru" ve "insan hakları" kavramlarının altı çizilmekle beraber "demokratik", "olağanüstü" ve "devlet" kelimelerine de yer verilmesidir. Bilindiği üzere Zühtü Arslan'ın ilk başkanlık döneminde 15 Temmuz darbe girişimi üzerine olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmiştir. Bu ilk başkanlık döneminin yaklaşık yarısı OHAL dönemine denk geldiği için bu yıllarda yapılan konuşmalarda "olağanüstü" ve "devlet" kavramlarının vurgulanması gayet olağandır. Şekil 2'deki biograma baktığımızda "devlet" kelimesinin "hukuk devleti" olarak yaygın olarak kullanıldığını görmekteyiz. Darbe girişiminin demokratik düzene yönelik olduğu gerçeği karşısında "demokratik" kelimesine vurgu yapılması da anlamlıdır. Zühtü Arslan bu dönemde yaptığı konuşmalarda hak eksenli bakış açısına yaptığı vurguyu demokratik düzenin ve hukuk devletinin korunması gerekliliğiyle perçinlemiştir. İfade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bu dönemde öne çıkan hak grupları olmuştur.



Şekil 1 İlk dönem konuşmaları

İkinci başkanlık döneminde de "bireysel başvuru" ve "temel haklar" vurgusu konuşmalarda egemen tema olmayı sürdürmüştür. Bu dönemde adil yargılanma hakkı konuşmalarda öne çıkan temel hak grubu olmuştur. Her iki dönem konuşmalarında küçük bazı dönemsel farklılıklar olsa da bireysel başvuru ve temel haklar konuşmaların baskın temaları olarak ortaya çıkmıştır.

Ancak duygu analizi sonuçları noktasında her iki dönem arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. İlk dönemde konuşmaların çoğunluğu "çok olumlu" eksende iken ikinci dönem konuşmalarında "olumlu" eksene doğru kaymış olduğu görülmektedir. Bununla bağlantılı olarak ilk başkanlık döneminde olumsuz eksenli herhangi bir konuşma yokken, ikinci dönemde az da olsa olumsuz eksenli konuşmalar olduğu görülmektedir. Bunun en önemli nedeninin AYM kararlarının arzulanan düzeyde objektif etki yaratmasında ve icrasında ortaya çıkan sorunlara dikkat çekilmesi olduğunu söylemek mümkündür.

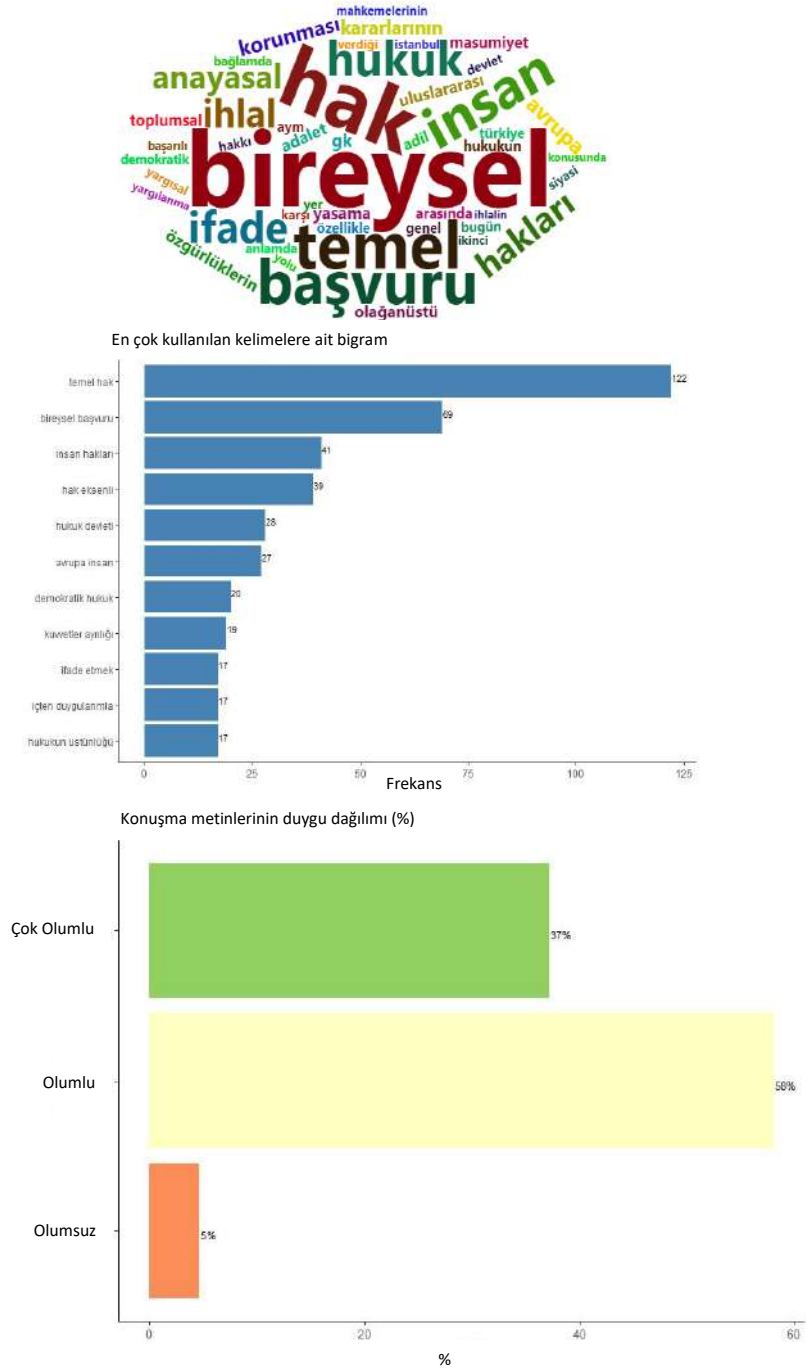


Şekil 2 İkinci dönem konuşmaları

5.2 Toplantı Bazında Konuşmalar

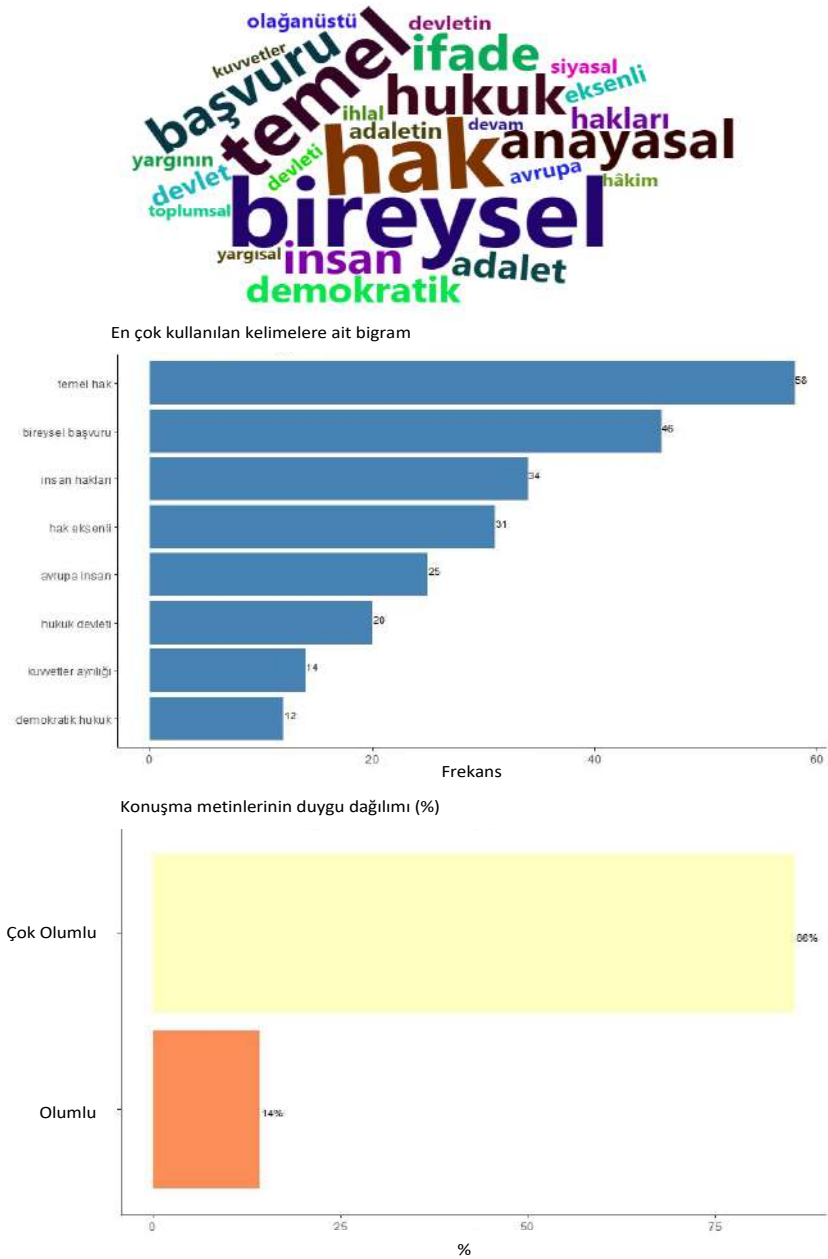
Bir diğer kategoride AYM Başkanı'nın konuşmaları toplantı bazında bürokratik olan ve bürokratik olmayan oturumlardaki konuşmalar şeklinde ele alınmıştır. Bürokratik toplantılardaki sonuçlar Şekil 4'te, bürokratik olmayan toplantılardaki sonuçlar ise Şekil 5'te gösterilmiştir. Bunu karşılaştırmalı olarak değerlendirdiğimizde bürokratik toplantılardaki konuşmalara göre bürokratik olmayan konuşmalarda daha fazla farklı kelimeler kullanıldığını hem kelime bulutu hem de ikili kelime frekans grafiklerinden görebilmekteyiz. Bu aslında beklentilere uygun bir sonuçtur. Çünkü bürokratik olmayan toplantılar farklı konular üzerine odaklı olabilmektedir. Her iki toplantı kategorisinde "bireysel başvuru", "temel haklar" ve "hukuk devleti" gibi ana konuların yanısıra "kuvvetler ayrılığı" kavramına da yer verildiği ve aralarında önemli farklılıkların olmadığı tespit edilmiştir.

Duygu analizi açısından bakıldığında ise bürokratik konuşmalar önemli ölçüde "çok olumluyken" ve hiç "olumsuzluk" barındırmazken, diğer konuşmalarda "olumlu" kategorisi "çok olumlu" kategorisinden fazladır. Bu konuşmalarda az da olsa "olumsuzluk" duygusunun var olduğu da bulunmuştur.



Şekil 3 Bürokratik olmayan oturumlardaki konuşmalar

Son olarak AYM Başkanı Zühtü Arslan'ın kuruluş yıl dönemi törenlerinde yaptıkları konuşmalarda öne çıkan temalara da bakmakda fayda vardır.



Şekil 4 Kuruluş yıl dönümlerindeki konuşmalar

Kamuya açık konuşmaların en önemlileri AYM'nin kuruluş yıl dönümlerinde başta Cumhurbaşkanı olmak üzere üst düzey devlet erkânı ve siyasetçilerin de katıldığı törende yapılmaktadır. Bu yönüyle kamuoyu ve basının da çok ilgisini çeken bu konuşmalar AYM'nin topluma ve devlete görüşlerini iletmesinin bir vesilesi olduğundan yarattığı etki açısından da önem taşımaktadır. Burada da "bireysel başvuru" ve "temel hak" vurgusunun baskın olduğunu görmekteyiz. Bu konuşmalarda "kuvvetler ayrılığı" ve "hukuk devleti" de göze çarpan diğer kavramlardır. Konuşmaların duygu yönü de "çok olumlu" olarak tespit edilmiştir.

6. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çalışmamızda Başkan Zühtü Arslan'ın kamuya açık yaptığı konuşmalarda öne çıkan ve vurgulanan kavramları tespit ederek bu kavramlar üzerinden başkanın yargısal anlayışını tespit etmeyi hedefledik. Gerek yıl bazında gerekse de toplantı bazında konuşmalara baktığımızda bireysel başvurunun insan haklarının korunmasında oynadığı işlevin ısrarla vurgulandığı, sürekli tekrar edildiği görülmektedir. Konuşmalarda AYM'nin klasik görevi olan kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi sıklıkla altı çizilen bir konu olmamıştır. Bu da bize Zühtü Arslan'ın konuşmalarında ağırlıklı olarak AYM'nin bir insan hakları mahkemesi olarak değerlendirilmesinin öne çıktığını göstermektedir.

Başkan'ın üzerinde durduğu hususlar kendi kişisel bakış açısı kadar AYM'nin de yargısal tutumu hakkında bize ipuçları sunmaktadır. Mahkemenin bireysel başvuru yolu ile temel hakların korunması ve geliştirilmesinde geçmişe göre yeni bir bakış açısı kazandığı yadsınamaz. Bu bakış açısını Zühtü Arslan hak temelli veya hak eksenli yaklaşım olarak nitelendirmektedir. Aslında, Mahkemeye üye olarak atanmadan önce de Zühtü Arslan AYM'yi incelediği akademik çalışmalarında da bu kavramı kullanmış ve anayasa mahkemelerinin hak temelli bir yorum benimseyerek kişi hak ve özgürlüklerine öncelik vermeleri gerektiğini vurgulamıştır[30].

AYM Başkanı'nın konuşmalarının duygu analizinde konuşmalarda önemli oranda "çok olumlu" ve "olumlu" duygusunun metne hâkim olduğu görülmektedir. "Olumsuz" anlamlar sadece başkanlığın ikinci döneminde ve bürokratik olmayan toplantılarda yapılan konuşmalarda az da olsa ortaya çıkmıştır. Bunun nedenleri açık olmamakla birlikte başkanlığın ikinci döneminde bireysel başvuru yolunun uygulanmasında ortaya çıkan bazı sorunların

30 Arslan, Z. (2002). "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11., S. 1., ss: 9-25; Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, ss. 240-242.

zaman geçtikçe kronik hâl almaya başlamasının bu durum üzerinde bir rolü olduğu düşünülebilir. Sorunlara dikkat çekmek kaçınılmaz olarak "olumsuz" anlamların kullanılmasını gerektirmektedir. "Olumsuz" anlamların ortaya çıktığı bir diğer konuşma türü de bürokratik olmayan konuşmalardır. Bürokratik resmî törenlere göre burada daha serbest bir dil ve üslup kullanılması bu durumun bir nedeni olabilir.

Sonuç olarak AYM Başkanı Zühtü Arslan'ın kamuya açık konuşmalarında bireysel başvuru ile temel hakların korunması arasındaki ilişki vurgulanarak kamuoyunun dikkati bu noktaya çekilmeye çalışılmıştır. Konuşmalara egemen olan "çok olumlu" ve "olumlu" duygularda insan haklarının korunmasında bireysel başvurunun oynadığı rolün topluma ve yetkililere aktarılmasına yardımcı olmuştur.

KAYNAKÇA

AGARWAL, Basant, MITTAL, Namita, BANSAL, Pooja and GARG, Sonal (2015). "Sentiment analysis using common-sense and context information", *Computational Intelligence and Neuroscience,* ss. 1-9.

ARSLAN, Zühtü (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

ARSLAN, Zühtü (2002). "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11., S. 1., ss. 9-25.

ATAN, Suat (2020). "Metin madenciliği: imkânlar, yöntemler ve kısıtlar", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,* S. 31., ss. 220-239.

BADAS Alex (2021). "The Chief Justice and Judicial Legitimacy Evidence from the Influence of Public Opinion", *The Justice System Journal,* C. 42., S. 2., ss. 150-163.

BLISA, Adam and KOSAŘ, David (2018). "Court Presidents: The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance", *German Law Journal,* C. 19., S. 7., ss. 2031-2074.

CROSS, Frank B. ve LINDQUIST, Stefanie (2006). "The Decisional Significance of the Chief Justice", *University of Pennsylvania Law Review,* C. 154., S. 6., ss. 1665-1707.

GOLDSTEIN Joel Kramer (2011). "Leading the Court: Studies in influence as chief justice", *Stetson Law Review*, C. 40., ss. 717-761.

GÜLENER, Serdar (2014). "Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında Anayasa Mahkemesinin Dönüşümünün İzlerini Sürmek", içinde Çoban, Ali Rıza, vd. (Der.), *Haşim Kılıç'a Armağan* (ss. 247-280), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

HABIBI, Mohammad Nur (2019). "Analysis of Indonesia politics polarization before 2019 president election using sentiment analysis and social network analysis", *International Journal of Modern Education and Computer Science*, C. 11., ss. 22-29.

KAYA, Mesut, FİDAN, Güven and TOROSLU, İsmail H. (2012). Sentiment analysis of Turkish political news, içinde *2012 IEEE/WIC/ACM International Conferences on Web Intelligence and Intelligent Agent Technology, Macau, China* (ss. 174-180).

KOSAŘ, David and SPÁČ, Samuel (2021). "Post-communist Chief Justices in Slovakia: From Transmission Belts to Semi-Autonomous Actors?", *Hague Journal on the Rule Law*, C. 13., ss. 107–142.

LIU, Dilin and LEI, Lei (2018). "The appeal to political sentiment: An analysis of Donald Trump's and Hillary Clinton's speech themes and discourse strategies in the 2016 US presidential election", *Discourse, context & media*, C. 25., ss. 143-152.

MEDHAT, Walaa, HASSAN, Ahmed and KORASHY, Hoda (2014). "Sentiment analysis algorithms and applications: A survey", *Ain Shams Engineering Journal*, C. 5., S. 4., ss. 1093-1113.

OSTBERG, C. L. and WETSTEIN, Matthew E. (2018). "Strategic Behaviour and Leadership Patterns of Modern Chief Justices", *Osgoode Hall Law Journal*, C. 55., S. 2., ss. 478-514.

RAMTEKE, Jyoti, SHAH, Shah, GODHIA, Darshan and SHAIKH, Aadil (2016). Election result prediction using Twitter sentiment analysis, içinde *2016 International Conference on Inventive Computation Technologies (ICICT), Coimbatore, India* (ss. 1-5).

RODRÍGUEZ-IBÁÑEZ, Margarita, GİMENO-BLANES, Francisco-Javier, CUENCA-JİMÉNEZ, Pedro-Manuel, SOGUERO-RUİZ, Cristina, and ROJO-ÁLVAREZ, José Luis (2021). "Sentiment analysis of political tweets from the 2019 Spanish elections", *IEEE Access*, C. 9., ss. 101847-101862.

RUDKOWSKY, Elena, HASELMAYER, Martin, WASTIAN, Matthias, JENNY, Marcelo, EMRICH, Štefan and SEDLMAIR, Michael (2017). Supervised Sentiment Analysis of Parliamentary Speeches and News Reports, içinde *67th Annual Conference of the International Communication Association (ICA), Panel on 'Automatic Sentiment Analysis'* (ss. 1-15).

SAĞLAM, Fatih, GENÇ, Burkay and SEVER, Hayri (2019). "Extending a sentiment lexicon with synonym--antonym datasets: SWNetTR++", *Turkish Journal of Electrical Engineering and Computer Sciences*, C. 27., S. 3., ss. 1806-1820.

SALAH, Zaher (2014). *Machine learning and sentiment analysis approaches for the analysis of Parliamentary debates* (Yayınlanmamış doktora tezi, University of Liverpool).

SCHEPPELE, Kim Lane (2006). "A Comparative View of the Chief Justice's Role Guardians of The Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle For The Rule of Law in Post-Soviet Europe", *University of Pennsylvania Law Review*, C. 154., ss. 1757-1851.

SVETLOV, Kirill and PLATONOV, Konstantin (2019). Sentiment analysis of posts and comments in the accounts of Russian politicians on the social network, içinde *2019 25th Conference of Open Innovations Association (FRUCT), Helsinki, Finland* (ss. 299-305).

WETSTEIN, Matthew E. and OSTBERG, C. L. (2005). "Strategic Leadership and Political Change on the Canadian Supreme Court: Analyzing the Transition to Chief Justice", *Canadian Journal of Political Science/Revue Canadienne De Science Politique*, C. 38., S. 3., ss. 653-673.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN
(İstanbul Üniversitesi Öğretim Üyesi)

KARŞIOY GEREKÇELERİNDEN HAREKETLE SAYIN ZÜHTÜ ARSLAN'IN HUKUKİ YAKLAŞIMI VE ÜSLUBU HAKKINDA BİR DENEME

1. Kurumlar, kendisinde görev yapan insanları etkiler, değiştirir, dönüştürebilir; kimi insanlar da görev aldıkları kurumları etkiler, gelişimine ve istikrar kazanmasına katkıda bulunur.

Kurumların mehabeti, derinliği, büyük ve samimi emeklerle oluşmuş yapısı, tarihi geçmişi, bu kurumda bir müddet görev alan kişileri elbette besler ve geliştirir, geleneklerinin gücüyle görev alan farklı nitelikteki insanları "maya"lar ve belli bir tutumu sürdürme, konuları ele alış, davranış ve karar tercihi yönünde etkili olur. Diğer yandan devlet hayatının inişli çıkışlı, krizli/darbeli, her şeyin karşıtlıktan beslenen siyasetin rengine büründüğü dönemlerinde iyi sınav verememiş, yörüngesine bir türlü "otur(a)mamış" kurumların bu tartışmalı geçmişleri de ancak görev alan kimi istisnai insanların büyük emeklerinin de katkısıyla olması gereken yapıya uyarlanma yolunda az veya çok, kalıcı veya geçici mesafe alabilir hatta kurumların yaralı geçmişleri telafi edilebilir hâle gelir. Bu yüzden kimi zaman kurumlar insanlara şeref verir, kimi zaman da insanlar içinde görev yaptıkları kurumlara şeref kazandırır veya her ikisi birden gerçekleşir. Kısaca kimi zaman "şerefü'l mekân bi'l mekin", kimi zaman da "şerefü'l mekîn bi'l mekân" denilmesi haklı ve isabetli hâle gelir.

2. Bu açıdan bir değerlendirme yapabilmek çok zordur. Zamana yayılmış bir şekilde farklı sosyal bilimlerin uzmanlıklarına mensup olanlar tarafından, farklı metotlar kullanılarak; üstelik farklı zihniyette insanların, kişiselleştirmeden bilimsel amaçlarla yapılacak incelemelerine ihtiyaç bulunmaktadır[1].

Fransa'da aynı zamanda büyük bir filozof olan Bruno Latour'un Conseil d'Etat'yı "etnografik" açıdan incelemesi bu açıdan çok önemli, dikkat çekici ve ufuk açıcı olmuştur[2]. Fabrice Melleray'ın, René Chapus hakkında yazdığı hukuki portre çalışması da öğreti tarihi açısından incelediğim bir çalışmadır[3].

1 Becker, H. S. (2015). *Mesleğin İncelikleri: Sosyal Bilimlerde Araştırma Nasıl Yürütülür?*, Öztürk, B., Metin, G., Mescioğlu, H. E., Ünsaldı, L. ve Geniş, Ş., (Çev.), Ankara: Heretik Yayınları, s. 347. Çok çeşitli örnekler üzerinden sosyal bilimlerin dahil olabileceği alanlara değinilmektedir.

2 Latour, B. (2022). *La Fabrique du Droit Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris: La decouverte, s. 320.

3 Melleray, F. (2022). *Le Droit Administratif de René Chapus*, içinde *Dalloz Methodes de Droit*, Paris s. 89.

Elbette bu tür incelemelerde kişilerin görevlerindeki yaklaşımına ilişkin irdeleme yapılması, kişileri övmek veya yermek, hatta sadece faaliyet döneminin bir bilançosunu çıkarmak için olmamalıdır. Bu tür çalışmaların beklenen faydası, ele alınan yönleriyle, yapılan değerlendirmelerle daha sonra gelenlere düşünecekleri bir gündem sunmak; bu tür örneklerden haberdar olacak kişilere tercihlerini, üslublarını, yaklaşımlarını "bilinçli ve tutarlı tercihlerde bulunarak oluşturmaları fikrini vermek", mesleklerine olumlu katkılarda bulunma iradesini edinmeleri ve sürdürmeleri için bir zemin oluşturmak işlevidir. Öğreti tarihi veya bir kurumdaki görev dönemi dolayısıyla kişilerin hukuki tutumlarının ve katkılarının incelemesinin amacı ve ulaşılmak istenen sonucu; insanların kendilerini çeşitli kriterler çerçevesinde düşünmelerine, değerlendirmelerine de vesile olabilir. Hukukun farklı alanlarında çalışan herkes için, kuşkusuz bu konuda yazan için de hukuki yaklaşımını görmesi ve değerlendirebilmesi için bir "ayna" vazifesi görmelidir.

3. Sayın Prof. Dr. Tekin Akıllıoğlu, öğreti tarihi çalışmalarının taşıdığı öneme ilk işaret eden hocamızdır[4]. Taşıdığı büyük öneme rağmen bu alanda yeterince çalışma yapılmamıştır. Öğretide hukuki kimlikleri ön plana çıkan kişilerin hukuki kişiliklerine olabildiğince bilimsel yaklaşmanın bilimi ilerleteceğine samimi olarak inandığım için bu alanla giderek daha fazla ilgilenmekte, öğrenmeye çalışmaktayım. Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanı'na görev süresinin bitiminde takdim edilecek bir armağan hazırlandığını öğrendiğimde bu yaklaşımla ilk denememi onun hakkında yapmaya gayret göstererek armağana bu çalışmayı sunmaya niyet ettim. Bütüncül bir inceleme yapabilecek vaktim, gelişmiş ve denenmiş bir metodum olmadığı için mutlaka eksiklik ve yanlışlık olacaktır. Daha daraltılmış bir alana yoğunlaşarak değerlendirme yapabilmek için çalışmayı sadece "karşıoy"larını[5] esas almak suretiyle bu metinlerden bir şeyler çıkarmaya gayret ederek yapmaya çalıştım.

Hemen belirtmeliyim ki, Sayın Zühtü Arslan'la eğitim döneminden, üniversite öğrenciliği veya öğretim üyeliğinden gelen bir tanışıklığım bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi üyesi olduğu ilk yıllarda da karşılaşmamıştım. Başkan olduğunda davet ettiği Anayasa Mahkemesi sempozyumları dolayısıyla tanıştım, çok uzun olmayan sohbetlerim oldu. Bir sempozyum sonrasında yabancı konuklar için yapılan İzmir şehir ziyaretine üç öğretim

4 "*Bizde 'öğreti tarihi' ya da 'öğretinin gerçek kişi oyuncuların ne düşündükleri, ne yapmak istedikleri, ne kadarını yaptıkları' inceleme konusu olmamıştır. Bir gün muhakkak olacaktır.*" Akıllıoğlu, T. (2014). Yıldırım Uler'in İdare Hukuku Yaklaşımı, içinde Erdal, M. (Ed.), *Yıldırım Uler'e Armağan*, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, s. xxxv.

5 Karşıoyları derlemede Arş. Gör. Ensar Küllü yardımcı oldu. Daha önce bir başka meslektaşımız belli sayıda kararı toplayarak göndermişti ama arama motorları isabetli çalışmadığı için çok eksik olduğunu görüp Arş. Gör. Ensar Küllü'den tamamlayıcı bir çalışma rica etmiştim. Ayrıca belli tarihler arasında eksiksiz toplamaya çalıştığı bu "karşıoylar" hakkında istatistiki verileri de ondan rica ettim, kendisine teşekkür ederim.

üyesiyle birlikte katılmak suretiyle de bir temasım oldu. Kısaca böyle bir çalışmayı yapabilmek için gerekli olan "temas/mesafe dengesi"nin bulunduğunu düşünüyorum.

SAYIN ZÜHTÜ ARSLAN'IN KARŞIOYLARINA İLİŞKİN VERİLER

4. Norm denetimi ve bireysel başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan Zühtü Arslan'ın karşıoylarına ilişkin, cevabını aradığım rakamsal boyuta ilişkin sorularımın cevapları için Arş. Gör. Ensar Küllü'nün yaptığı araştırmadaki tespitleri şunlardır:

a. 24/5/2012-20/10/2023 (karar tarihleri) arasındaki norm denetimi kararları ile 7/11/2013-20/10/2023 (karar tarihleri) arasındaki bireysel başvuru kararları taranarak, "Zühtü Arslan", "karşıoyu", "oyçokluğu" gibi arama kelimeleriyle çıkan yaklaşık 1.500 karar gözden geçirilmiştir.

b. Bireysel Başvuru Kararlarının içerisinde "Zühtü Arslan", "karşıoyu ve oyçokluğuyla" ifadeleriyle tarama yapınca 491 karar çıkmakta; "Zühtü Arslan", "karşıoyları ve oyçokluğuyla" ifadeleriyle arama yapınca 671 karar çıkmaktadır. Bu 671 karar içinden ***45 tane*** Zühtü Arslan'ın karşıoyu tespit edilmiştir.

c. Norm denetimi kararları açısından bilgi bankasında karşıoylu kararlar yazıldıktan sonra gelen kararlar içinde "Zühtü Arslan" ve "oyçokluğu" ibareleri geçen 351 karar çıkmaktadır. Bunlar tek tek kontrol edilmek suretiyle **107 tane** kararda Zühtü Arslan'ın karşıoyu olduğu tespit edilmiştir.

d. Bizim tespit edebildiğimiz Zühtü Arslan'ın karşıoyunu içeren karar sayısı 45 bireysel başvuru, 107 norm denetimi olmak üzere toplam 152 adettir. Arama motorunun kullanılmış olması sebebiyle, tasnifin düzgün yapıl(a)mamış olması, aranan kelimelerle kararın tespit edilememesi gibi durumlardan kaynaklanan eksiklik elbette mümkündür. Nitekim daha sonra Sayın Yusuf Şevki Hakyemez Beyefendi'nin bu rakamları araştırtması suretiyle "2023 yılı sonu itibariyle Bireysel başvuruda Zühtü Arslan karşıoy sayısı 50 adet, norm denetiminde karşıoy sayısının ise 172 adet olduğu tespit edilmiştir."

e. "Norm denetimi kararlarında" yer alan 107 karşıoyundan 67 tanesinde Zühtü Arslan tarafından tek başına karşıoy gerekçesi yazılmıştır. 40 tanesinde bir veya birden çok üye ile ortak karşıoy gerekçesi bulunmaktadır.

f. "Bireysel başvuru kararlarında" tespit edebildiğimiz Zühtü Arslan'ın 45 karşıoyunun 37 tanesi, yine tek başına yazdığı karşıoydur. 8 bireysel başvuru kararında ise diğer üyelerle birlikte karşıoy yazılmıştır.

g. "Norm denetimi kararları"ndan 6 tanesinde hem karşıoy hem de farklı gerekçe mevcuttur. 2 tanesi ise karşıoy içermeyen farklı gerekçedir.

h. "Bireysel başvurularda" 1 tane hem karşıoy hem farklı gerekçe, 1 tane ek gerekçe, 2 tane de farklı gerekçe mevcuttur.

KARŞIOYLARDA YAZIM BİÇİMİ VE ÜSLUP HAKKINDA GÖZLEMLERİM

5. Akademik Unvanı Kullanmaması: Zühtü Arslan Bey anayasa hukuku profesörüdür. Ancak kararlarında sadece Zühtü Arslan şeklinde ismi yer almakta, prof. dr. kısaltmasını ismi önünde kullanmamaktadır. "Prof. Dr." ünvanını kararlarında kullanmaması kanaatimce önemli ve değerlidir. Konunun uzmanlığını bir ünvana değil de görüşlerinin içeriğine, hukuki yüküne ve ikna ediciliğine dayandırmak değerli bir tutumdur. Nitekim kararlarında üstten bakan ve her şeyin en doğrusunu bilen ve bilmeyenlere öğreten bir yazı dilinin olmamasıyla birleştiğinde bunun bilinçli bir tutum olduğunu zannediyorum. Anayasa Mahkemesine başkanlık yapan bir anayasa hukuku profesörünün bu ünvandan güç alarak, farklı görüşler karşısında "doğru"sunu gösteren bir üsluba sürüklenmemesi önemli ve değerlidir. Karşı görüşü özetleyen, gayet kısa biçimde ve kendi görüşlerini sade, bilimsel atıf bolluğuna dayalı bir güçlendirme yaklaşımı olmadan, kullandığı kavramları kimi zaman Anayasa Mahkemesinin eski kararlarına atıfla açıklayan, "bir an için"[6] diyerek aksinin kabulünün ne anlama geldiğine dair projeksiyon yapmak suretiyle düşüncesini aktaran bir yaklaşım tercihi etkileyicidir. Basit değil sade, kuvvetini kısalığında arayan, tutarlılığından ve kapsamından almaya çalışan bir yaklaşım tahmin ettiğim üzere gerçekten tercih edilmiş ise çoğu zaman bu açılardan başarılı örnekler vermiştir.

6. Kullanılan dilde, tercih edilen ifade biçimlerinde hukuki kavramlar yanında kimi zaman durumu daha iyi anlattığı düşünülen özdeyişler, tabirler de kullanılmaktadır [7].

7. Ortak Karşıoy Yazımının Azalması, Müstakil Karşıoy Yazımının İstikrar Kazanması: Önceleri diğer mahkeme mensublarıyla ortak yazılmış gerekçeler daha fazla iken giderek ayrı ve tek başına karşıoy metinleri yazıldığı görülmektedir. Bu kendine özgü bir gerekçelendirmenin tercih edilmesinden

6 İfade ediliş biçimine bir örnek olması açısından: "9. ***Bir an için*** dava konusu kuralın atıf yaptığı yönetmelikte belirlenen verilerin 6998 sayılı Kanun kapsamında kaldığı ***kabul edilse bile, bu durumda*** da söz konusu veriler arasında …." AYM, E.2021/84, K.2022/117, 13/10/2022.

7 "*22. … Böyle bir yaklaşımın benimsenmesi siyasi ifade özgürlüğü konusunda tabir yerindeyse '**kaşıkla verilenin kepçeyle alınması**' anlamına gelecektir*" (vurgu Zühtü Arslan'a aittir). *Durmuş Fikri Sağlar* [GK], B. No: 2017/29735, 17/3/2021.

"…Dolayısıyla 30 yıldan fazla çalışanların adeta '**boşa çalıştıkları**' ve emeklerinin karşılıksız kaldığı yönündeki bir düşüncenin doğru olmadığı açıktır" AYM, E.2013/111, K.2014/195, 25/12/2014.

kaynaklanıyor olabilir. Görevinin ilk yıllarında karşıoy gerekçesi diğer karşıoy kullanan üyelerle ortak yazılmıştır. Ancak zaman içinde ayrı karşıoy yazımı daha fazla görülmektedir. Zühtü Arslan'ın diğer karşıoy kullananlardan ayrı olarak tek başına gerekçelendirdiği karşıoylar, genellikle 2018 sonrasında verilen kararlara ilişkin karşıoylardır. 2018 öncesindeki karşıoyların çoğu başka üyelerle birlikte kaleme alınmıştır. 2018 sonrası kararlarda az da olsa birlikte karşıoy kullanımı mevcuttur. Elbette bu durum karşıoy gerekçelerinin ortak veya farklı olmasıyla da ilgilidir ama zaman içinde gelişmiş, ayrı karşıoy gerekçesi yazmak tercihi anlaşılmaktadır. Bu durum üslup tercihinden kaynaklanmış görünmektedir. Nitekim karşıoyları arasında çok az da olsa (3 karar) daha önce kendi yazdığı başka bir karşıoy veya başkasının karşıoyuna atıf yaparak kısaca yazdığı "*şu karardaki karşıoyumla aynı kanaatteyim veya şu kişinin karşıoyuna katılıyorum.*[8]" gibi bir kullanım da bu kanaati desteklemektedir.

8. Numaralandırılmış paragraf şeklinde yazım biçiminin zaman içinde tercih edilmiş ve uygulanmış olması dikkat çekmektedir: Zühtü Arslan'ın karşıoylarında önceleri numaralandırma olmadan bir yazım görülürken zaman içinde (2015 yılı sonrasında) her bir paragrafın numaralandırılması şeklinde, arananın bulunması, atıf kolaylığı doğurması, kısa ve öz yazıma katkı sağlayacak bir yazım tarzı tercihi istikrar kazanmıştır. Genellikle diğer üyelerle birlikte yazılan karşıoylarda paragraf numaralandırma ya yoktur ya da farklı şekildedir. Zühtü Arslan'ın numaralandırması her paragrafı numaralandırmak şeklindedir. Hatta daha sonraki paragraflar, bir paragrafta ortaya konulan düşünceyi açıklayıcı, gerekçelendirici, alt kategorilerini gösteren nitelikte olsa dahi (bu aynı numara altında veya o numaranın alt ayırımları şeklinde yapılması beklenirken) takip eden sıralı numaralandırma şekilde yapılmıştır[9].

8 AYM, E.2020/79, K.2023/113, 22/6/2023:

"*KARŞIOY GEREKÇESİ 1. Mahkememiz çoğunluğu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251. maddesinin (1) ve (6) numaralı fıkraları ile 252. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. 2. Üye Yusuf Şevki Hakyemez'in karşıoyunda açıklanan gerekçelerle kuralların Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum*".

9 Örnek vermek gerekirse, 26 numaralı paragrafta çoğunluğun görüşü özetlenmekte ve "*birkaç nedenle katılmak mümkün değildir*" denilmektedir. Daha sonra "*Birincisi*", "*İkincisi*", "*Üçüncüsü ve en önemlisi*" şeklinde başlayan paragraflar takip etmektedir 26 numaralı paragrafla bağlantılı olduğu için bunlar 26-a, 26-b ve 26-c şeklinde alt ayırıma gidilerek açıklanabilir veya her üç paragraf da 26 numaralı paragrafın altında yer alabilirdi. Oysa 26, 27, 28 ve 29 şeklinde teselsül eden paragraf numaraları almıştır. (AYM, E.2018/123, K.2022/138, 9/11/2022). Bir başka örnekte (*Gülistan Atasoy ve diğerleri* [GK], B. No: 2017/15845, 21/1/2021) 12. numaralı paragrafta "*Bu yaklaşım en az iki nedenle kamu görevlileri açısından toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeyi anlamsız ve işlevsiz kılabilecektir*" diye başlayıp birinci neden açıklanmakta bir sonraki 13. paragrafta da ikincisi açıklanmaktadır. Birbirinin alt başlığını taşıması gereken açıklamaların kademelendirilmesi gerekir kanaatindeyim. Aynı şekilde numaralandırılmış bir başka karşıoy için bkz. *Meltem Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], B. No: 2018/13551, 23/2/2023.

9. Paragraf başlarında sık kullanılan ibareler, düşünce akışını net ve kopukluk olmadan gösterir şekilde yerleşmiştir: Önce çoğunluk kararı özetlenmekte, sonra şu ibarelerle başlayan paragraflarla gerekçeler sistemli biçimde ortaya konmaktadır: "öncelikle belirtmek gerekir ki", "bununla birlikte", "diğer yandan", "bir an için", "buna karşılık", "öte yandan", "yukarıda belirtildiği gibi", "esasen", "açıklanan gerekçelerle"[10].

10. Karşıoy gerekçeleri giderek "öz" ve "yoğun" bir içeriği havi olacak şekilde kısa hâle gelmiştir[11].

Elbette istisnaları vardır. Örneğin bir çoğunluk kararının açık ve ağır aykırılığı hâlinin karşıoy yazarken sükûnetini etkilediği ve olağandan daha uzun, daha teferruatlı karşıoy metnine yol açtığını tahmin ediyorum. Kararda emekliliğini istemeden vefat eden devlet memurunun emekli ikramiyesinin dul ve yetim aylığıyla benzer nitelikteymiş gibi sayılarak memurun erkek çocuklar dışındaki eş ve kız çocuklarına verilmesine ilişkin kanun maddesindeki hukuka aykırılığın kabul edilmemesi karşısında yazılan karşıoyda, tekrar ve tekrar farklı gerekçelerle durumun kabul edilemez niteliğine işaret edilmiş ve benzer müesseselerin karıştırılarak açık bir hukuki farkın dikkate alınmamasının ağır sonucu hissedilerek hukuka aykırılığı âdeta haykırılmıştır[12].

Çoğunluk görüşüne ağır eleştirilerin yer aldığı karşıoy gerekçeleri de bulunmaktadır: "*23. Bu çelişkili, izahı güç ve Anayasa'yla kurulan idari yargı düzenini bozma potansiyeli de olan gerekçelerin nedeni …*"[13].

11. Karşıoy yazımında önce birinci paragrafta çoğunluk görüşünün sonucu gayet kısa bir biçimde belirtilmekte ve son paragrafta da karşıoy sonucu "*Açıklanan gerekçelerle … çoğunluğun … yönündeki kararına katılmıyorum*" şeklinde kısa bir cümleyle bitmektedir[14].

12. Karşıoy gerekçelerine gerektiğinde muhtemel karşı düşünceler için paragraf açılarak yer verilmekte ve bu gerekçeler karşılanmaktadır[15].

13. Karşıoy gerekçeleri sade ve açıktır[16].

---

10 Bu ibareler şu karşıoy gerekçesinin paragraf başlıklarından alınmıştır. AYM, E.2021/84, K.2022/117, 13/10/2022.

11 Bir örnek vermek gerekirse; AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022; benzerleri birkaç tane olan bir diğer örnek ise AYM, E.2018/84, K.2022/132, 9/11/2022.

12 AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/7/2018.

13 AYM, E.20167144, K.2020/75, 10/12/2020.

14 Bir örnek vermek açısından bir sürü benzeri arasından AYM, E.2021/20, K.2022/84, 30/6/2022.

15 "*Buna karşılık çoğunluk … belirtmiştir. Elbette bir hukuk devletinde …ödenmemesi düşünülemez. /// Bu tespitlere katılmakla birlikte, ihtimal üzerinden anayasallık denetimi yapılamayacağı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmak mümkün değildir…*" AYM, E.2019/3, K.2023/87, 4/5/2023.

16 "*7. … Bu durumda 'görev suçu'nun kamu görevlisinin o görevde bulunmasa işleyemeyeceği suç olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle görev suçunun en belirgin özelliği suç işleyen kişinin görevin kendisine sağladığı güç, imkân, nüfuz ve avantajdan yararlanmış olmasıdır.*" *Ahmet Çörekçi* [GK], B. No: 2021/30753, 26/1/2023.

KARŞIOY GEREKÇELERİ HAKKINDA GÖZLEMLER

14. Akademik ünvanını isminin önüne eklemek suretiyle karar metinlerinde kullanmamakta olduğuna değinmiş idim. Bununla bağlantısı kurulabilecek bir şekilde Zühtü Arslan'ın karşıoylarında gerekçeyi inşa etmede bilimsel eserlere yapılmış atıflar da yok denecek kadar azdır[17]. Kanaatimizce âdeta kapsam zayıflığını perdelemek ve bu şekilde kuvvet kazanmak için yapılan, orijinal fikir içermeyen üstelik zaten yaygın kabul görmüş, mirî mal niteliğindeki hususlar için dahi birçok kaynağa atıf yaparak tercihini kuvvetlendirmek yaklaşımı, bilimsel çalışmalarda da gereğinden fazla kullanılmaktadır ve isabetli değildir. Az sayıda ilmi atıfı, Zühtü Arslan'ın kendine özgü bir üslubla, görüşünü yeterince güçlü biçimde yazdıktan sonra benzer düşünce ve aynı görüş için bakınız şeklinde bir gönderme niteliğindedir.[18].

15. Buna karşılık Zühtü Arslan'ın karşıoylarında Anayasa Mahkemesinin emsal teşkil edebilecek eski kararlarına atıflara yaygın olarak rastlanmaktadır[19]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da atıflar vardır[20]. Ka-

---

17 Az sayıdaki istisnalardan birisini daha örnek vermek gerekirse:

"*9. Nitekim doktrinde de tarafa ait olması gereken vekâlet ücretinin avukata ait olduğunu belirten kural bu yönüyle eleştirilmiştir. Bazı akademisyenler bu düzenlemenin "âdil olmadığı ve genel yargılama giderleri sistemimize aykırı düştüğü kanısında"dır (Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara, 2012, s. 724). Benzer şekilde "tarafa ait olması gereken yargılama gideri olan bu ücretin avukata ait olacağına ilişkin hüküm, genel prensiplere ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki yargılama gideri ve bunun kime ait olacağı ilkesine aykırı" görülmüştür (Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammed Özekes, Medenî Usul Hukuku- Temel Bilgiler, 12. Bası, İstanbul, 2018, s. 400). Diğer yandan "Türk hukukuna özel" böyle bir düzenlemenin "çağdaş hukuk sistemlerinde uygulanan genel kural"a uymadığı ve başka hiçbir hukuk sisteminde bulunmadığı belirtilmiştir (Acun Papakçı, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Yargılama Gideri Olan Vekalet Ücreti, Ankara, 2016, s. 90)".* AYM, E.2017/154, K.2019/18, 10/4/2019.

18 Bir örnek olarak bkz. AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/3/2017.

13. paragraf "*…. Bildiğimiz kadarıyla on yıl yasağı üzerine görüş açıklayan akademisyenlerin tamamı, bu yasağın iptal davaları sonucu verilen red kararlarını kapsamadığını, istisna niteliğinde olan kuralın dar yorumlanması ve itiraz başvurularıyla sınırlı anlaşılması gerektiğini belirtmişlerdir. Örneğin Ergun Özbudun'a göre "Anayasa Mahkemesinin bir iptal davası (soyut norm denetimi) sonucunda verdiği red kararından sonra, aynı kanun hükmünün somut norm denetimi yoluyla tekrar Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi şüphesiz mümkündür" (Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s.449-450. Benzer yönde bkz. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 16. Bası, İstanbul: Beta, 2013, s.256; Merih Öden, "Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 4, (2000): 47-81, s.62; Kemal Gözler,Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.908-909; Yavuz Sabuncu, Anayasaya Giriş, Ankara: İmaj Yayıncılık, 15. Baskı, 2012, s.297; Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997, s.233; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: YKY, 2002, s.533; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2015, s.322).*

19 "*16. Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla vurgulandığı gibi ..*" *Durmuş Fikri Sağlar (2)* [GK], B. No: 2017/29735, 17/3/2021. Sayın Zühtü Arslan'ın karşıoy gerekçesinde Danıştay kararına atfa da rastlanmaktadır bkz. *Enis Aras* [GK], B. No: 2018/36485, 14/12/2022, § 12.

20 Örnek olması bakımından *Mehmet Osman Kavala (2)* [GK], B. No: 2020/13893, 29/12/2020. *"AİHM, bir çok kararında, askerlerin farklı yollardan açıkladıkları düşüncelerin gerçekten askeri disiplini ve işleyişi olumsuz yönde etkilediğinin somut bir şekilde gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir..."* AYM, E.2014/25, K.2014/119, 3/7/2014.

rarlar arasındaki bağlantıyı sağlamak ve kurumsal tutarlılık inşası amacıyla, karşıoyda Anayasa Mahkemesi kararlarına işaret edilerek gerekçe yazılması, bilinçli bir tercih olsa gerektir. Çünkü karşıoy yazımında daha sonraki paragraflarda gerekiyorsa bu karardan ayrılmayı gerektiren somut olayın bir farklılığı olmadığına da işaret etmektedir[21]. Bu durum da aslında bağlantıyı ve tutarlılığı sağlamak ama bir yandan da olay bazında bu kararlardan ayrılmayı gerektiren hukuki farklar var ise kararları geliştirmek, değiştirmek için ikna edici bir yaklaşımdır.

16. Önceleri Zühtü Arslan'ın da aralarında olduğu ortak karşıoy gerekçelerinde çarpıcı, siyaset bilimi kavramlarını içeren paragraflara rastlanmaktadır. Nitekim ortak yazılmış bir karşıoy gerekçesinde[22] yer alan "*…güç zehirlenmesinin ve idari yozlaşmanın önlenmesi ve nesillere bağlı zihniyet değişiminin yönetime yansıması gibi amaçları olduğu açıktır*" ve "*Başka bir ifadeyle, bu tür sınırlamalar demokratik rejimlerde 'seçilmiş krallar'ın ortaya çıkmasını engellemeye dönük tedbirlerdir*" ifadelerinin Maurice Duverger'in kitap isminden kavramlaşmış "seçilmiş krallar" ibaresi sebebiyle Zühtü Arslan Bey'in ortak karşıoy metnine katkısı olması pek muhtemeldir. Daha sonraki karşıoy gerekçelerinde hukuki kavramların kullanımı hâkimdir.

17. Elbette Zühtü Arslan'ın karşıoylarının kapsam olarak eleştirilecek yönleri bulunmaktadır. Ancak yazı amacımız Zühtü Arslan'ın hukuki yaklaşımını anlamaya yönelik olduğu için içerik eleştirisinden ziyade, yaklaşım tespitine gayret gösterilmekte ise de "ortak karşıoy" gerekçesinde yer alan kimi "kabuller"in hukuki açıdan ikna edici ve kuvvetli olmadığına işaret etmek isabetli olabilir. Örnek vermek gerekirse:

*"8. Kamu görevlileri **statü hukukuna tabi olarak çalışmaktadırlar**. Başka bir ifadeyle, bu statüyü kabul ederek kamu görevine giren kişiler, sahip olacakları hak ve yükümlülüklerin neler olduğunu bilmektedirler. Bu anlamda, kamu görevlilerinin gerektiğinde bulundukları yer dışında geçici olarak görevlendirilebileceklerini, bu görevlendirme halinde harcamalar karşılığında kendilerine belli miktarlarda harcırah ödeneceğini bilmedikleri söylenemez. Başka bir ifadeyle, geçici görevlendirme halinde, itiraz konusu kuralla öngörülen on güne kadar ilave konaklama ücretini alabilecekleri, on günü aşan görevlendirmelerde bu ücretin ödenmeyeceği, ancak 180 güne kadar gündelik ödenmesine devam edileceği, **görevi kabul eden kamu görevlisince bilinmektedir**.*

11. Öte yandan, kamu görevlileri yukarıda ifade edildiği üzere statü hukukuna tabi olarak, hangi hak ve yükümlülüklere sahip olduklarını bilerek ve kendi rızaları ile kamu hizmetine girmektedirler. Herhangi bir zorlama olmadan, serbest iradele-

21 "*Somut başvuruda Anayasa Mahkemesinin bu kararında ulaştığı sonuçtan ayrılmayı gerektiren farklı bir durum bulunmamaktadır.*" AYM, E.2017/97, K.2017/148, 1/11/2017.

22 AYM, E.2014/154, K.2014/159, 22/10/2014.

riyle kabul ettikleri bu statünün gereği olarak ***bulundukları yerin dışında geçici görevlendirildiklerinde kendilerine gündeliklerine ilave olarak on güne kadar konaklama ücretinin ödeneceğini bildikleri açıktır. Bu şekilde geçici olarak görevlendirilmeleri zorla çalıştırma ve angarya olarak kabul edilemez****.*

Sonuç olarak, 2005 yılında yapılan kanuni değişiklikle, denetim elemanları dışında kalan kamu görevlilerine ilave imkan şeklinde getirilen konaklama ödemesinin on günle sınırlandırılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir"[23].

"Memurlar statü hukukuna statünün kurallarını bilerek girmiştir. Öyleyse girerken bilmesi gereken şeyin daha sonra hukuka aykırılığını iddia edemez" mealindeki gerekçelendirme kabul edilebilir değildir ve zincirleme anlamı ve kapsamı düşünüldüğünde açıklanamaz sonuçlara yol açacak niteliktedir.

Benzer eleştiri yöneltebileceğim bir karşıoy da şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

"Ayrıca, statü hukukuna tabi olarak çalışan memurların, ***emekli olduklarında alacakları emekli ikramiyesinin nasıl hesaplandığını bilerek bu statüyü kabul ettikleri ve çalıştıkları bilinmektedir.*** *Özellikle emekliliğin kazanılmasından itibaren 30 yılın üzerinde çalışma konusunda da bir zorunluluk olmadığı ve memurların isteğine bağlı olduğu dikkate alındığında bu sürenin üzerinde çalışanlara da en fazla 30 yıl üzerinden emekli ikramiyesi verilmesinde Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır"*[24].

18. Yargılama stratejisi tercihleri hakkında gözlemler yapmak da önemli ve gereklidir. Ancak bunu yapabilmek bütün kararlarının zaman boyutuyla dikkatli biçimde incelenmesini gerektirmektedir. Üstelik biraz da iç bilgilere ihtiyaç olduğundan ancak mahkemede görev almış kişilerin yapabileceği bir iştir. Her kurumda olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin de bir yargılama siyaseti[25] oluşmuştur. İçinde bulunulan kurumun yazılı olmayan kuralları, toplumun çeşitli güç odaklarının hissettirdiği, faaliyet alanlarının gerektirdiği denge yaklaşımı; anayasalarda, kanunlarda, kitablarda yazılmayan, yer almayan gerçekliklerle kurumları ve kişileri karşı karşıya bırakabilmektedir. Burada kastedilen durumlar hukuka aykırı talepler veya baskılar değildir. Yaşanılan dönemin, doğrudan temas ve telkin olmadan da hissedilen, devlet hayatının ve sisteminin kurumlar arasında oluşan dengesi, gerçeklikleri karşısında bir yargılama stratejisi oluşmuş olması pek muhtemeldir.

Nitekim idari yargı alanını izleyen bir üniversite mensubu olarak Danışta-

23 AYM, E.2015/13, K.2015/108, 25/11/2015.

24 AYM, E.2013/111, K.2014/195, 25/12/2014.

25 Burada kastedilen mahkemenin siyaset yapması veya bir siyasi tercihi olması değildir. Yargılama faaliyetini yerine getirirken, siyasetin öncelikli gündemi olan, etkilemeye çalıştığı, kamuoyunun yakından takip ettiği durumlarda zaman içinde oluşmuş bir yargılama stratejisinin mutlaka bulunduğu ve bunun da tespiti gereğidir.

yın kimi zaman böyle yargılama stratejileri olduğunu, kararlarından, gerekçelerinden hareketle varsayım olarak öne sürebilirim. İfade etmek istediğim şeyi anlaşılır kılabilmek için bir örnek vermek gerekirse, Danıştayın toplumda yoğun tartışmalara yol açmış bir konu, dava olarak önüne geldiğinde, tartışmaların soğumasını beklemesi yani konuya ilişkin olarak mümkün olduğu kadar geç karar vermeyi tercih etmesi veya "ilk inceleme aşamasında ret" gerekçesi mümkün ise, esasına girmeden karar vermesi yaklaşımı örneklerle ortaya konulabilir.

Hem kurum hem de o kurumda yetkili konumda olan kişi bakımından bir yargılama politikası kapsamında yaklaşımlar görülebilir. Bunu içerde yer alamayan ve sadece kitaplarda, anılarda yazılanlarla, mesleki ortamlarda gören, bilenlerin anlattıklarıyla sınırlı bir müktesebatı olan bendenizin tespiti ve isabetli biçimde anlaması mümkün değildir. Farklı sosyal bilimler mensuplarının bu alanda çalışması ve varsayımlar öne sürmesi eminim faydalı olacaktır. Ancak bilgiye dayanmayan bir varsayım olarak, kimi kritik konulardaki kararlarda kurumun korunması, kuvvetler arasında açık ve yoğun bir çatışmanın doğmaması için hukuki gereklerin tersi yapılmış olmasa bile esneme payı kapsamında bir yargılama siyaseti güdüldüğünün satır aralarından ve özellikle yazılmayanlardan anlaşılacağı karar gerekçeleri bulunabilir.

Anayasa Mahkemesi geçmişinde, çeşitli dönemlerin hâkim zihniyetinin ve yaklaşımının ağır biçimde etkili olduğu, tutarlılığını ve hukuki güvenilirliğini zedelediği kararlarına rastlanabilmektedir. Belki isabetli bir yargılama siyaseti izlenmiş olsaydı bu dönemlerin karşı konulamaz gibi görülen baskın etkisini Anayasa Mahkemesi hukuki bakımdan daha az yara alarak/açarak daha az zedelenerek atlatabilirdi.

SONUÇ OLARAK;

Başta ifade etmeye çalıştığım üzere kişilerin hukuki yaklaşımına yönelik çalışmalarda övmek ve yermek hem incelenen kişiye hem de okuyucuya saygısızlık olur. Elbette bu alanlarda yapılacak çalışmalarda temas ve mesafe dengesi oluşmuş olsa dahi tam bir tarafsızlığı sağlamak belki hiçbir zaman mümkün de değildir. Bu yüzden kanaatlerimi Sayın Zühtü Arslan'ın karşıoylarından hareketle oluşturmaya ve karşıoylarına dayandırarak gerekçelendirmeye çalıştım.

İşaret etmek isterim ki, Anayasa Mahkememiz kurulduğu günden bu yana ülkemizin yaşadığı darbe ve zor siyasi dönemlerde sarsıntıyı emen ve yıkıcılığa imkân vermeyecek bir rol üstlenememiştir. Kurum olarak büyük badireler atlattığı gibi, başkan ve mensublarının tutumları sebebiyle mahkemenin fazlaca siyasete dahil olduğu, taraf olduğu, aktif rol aldığı, yürütme üzerinde

belirleyici olmaya çalıştığı, vesayet organı vazifesini üstlendiği ithamlarına maruz kalmıştır. Zaten siyasetin tüm aktörleri de çözmesi gereken sorunları, karşı tarafa üstün gelebilmek için yargı üzerinden çözmeye çalışmakla yargıyı, özellikle Anayasa Mahkemesini sürekli dönemsel siyasi tartışmaların içine, kendi yanında çekmeye çalışmaktadır. Bu durum sadece Anayasa Mahkemesi değil yargının her kademesinin maruz kaldığı, yıpratıcı bir sürece dönmektedir. Toplumda ve hukukçular nezdinde yargının üzerindeki bu baskıyı azaltacak bir kamuoyu gücü de maalesef oluşturulamamış bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin geçirdiği sarsıntıları bir yere kadar anlamak mümkün ise de kimden ve nereden kaynaklanmış olursa olsun, kurum tarihi bakımından tutarlı bir gelişme çizgisi izlemesi beklenir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinde görev yapmanın önemi inkâr edilemez, oraya atanan herkes için bu görev bir şeref teşkil eder, ama kurumun geçmişi ve konumu burada görev alanların iyi bir "hayat sınavı" vermelerini zorlaştırmış ve (hiç de az olmayan kere) görev yapmış kişilerin hukuki kimliği ağır derecede yıpranmış, mesleki itibarları zedelenmiştir.

Sayın Zühtü Arslan, kanaatimce görev süresince ve özellikle başkanlıklarında, kuruma ve istikrarına katkıda bulunacak şekilde süresinin sonuna gelmektedir. Karşıoylarından yansıyan hak temelli yaklaşımın gelişim çizgisi müşahede edilmekte ve istikrarlı, tutarlı yaklaşımı fark edilmektedir. Karar gerekçelendirmeleri ve karşı fikirleri karşılaması, konuların ele alınışı ve irdelenişine ilişkin olarak önce "zeminini oluşturma ve kuvvetlendirmeyi tercih etmesi" önem taşımaktadır. Karşıoylarından görülebilen kişisel istikameti, Anayasa Mahkemesinin eski kararlarına atıf suretiyle içtihat bütünlüğünün sağlanması yaklaşımı, karardan ayrılmayı gerektiren bir somut olay verisi olup olmadığını irdelemesi, onun Anayasa Mahkemesi kararlarında istikrarı, tutarlığı ve kopukluk olmadan karar gelişimini sağlama çabasını göstermektedir.

Bunun yanında özellikle başkanlık dönemleri sebebiyle raportörlerin seçimi, eğitimi, nitelikleri hususundaki yetkisini kullanma biçimi ve onlara sağladığı imkânların büyük önem taşıdığı görüşündeyim. Raportör kalitesinin, Anayasa Mahkemesinin hukuk zemininde istikrarına, kararlarının hukuki kuvvetine katkı sağlayacak derecede önemli olduğunu düşünmekteyim. Raportörlerin bilimsel müktesebatı, önemli bir kısmının aynı zamanda lisansüstü çalışmalar yapıyor olması, bilimsel gelişmelerine sağlanan imkâna ve teşvike işaret etmektedir. Bu durumun kurumu oluşturan "örüntü" açısından önemi ve işleyiş kalitesinde kişilere bağlı olmadan sürekliliği sağlayacak bir temel teşkil edeceği kanaatindeyim.

Sonuç olarak Sayın Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi üyeliği ve başkanlığı dönemi açısından karşıoylarından hareketle hukuki tutumu ve zaman

içinde gelişerek istikrar kazanmış "istikameti"ni tespit etmeye çalışarak değerlendirmelerinize sundum. Sayın Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesinde tamamlamakta olduğu görev süresi dolayısıyla hakkında kullanılmasının isabetini düşündüğüm veciz sözle yazımı bitirmek isterim: "*Şerefü'l mekân bi'l mekin.*".

Prof. Dr. Ergin ERGÜL
(Ankara Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi)

PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN'IN BAŞKANLIK KONUŞMALARINDA MEDENİYET DÜŞÜNÜRÜ MEVLANA CELALEDDİN RUMİ'NİN İZİNİ SÜRMEK

GİRİŞ

Prof. Dr. Zühtü Arslan Hoca'mla şahsen tanışıklığım 2007 yılında Polis Akademisinde doktora programına kaydolmamla başladı. Mevlana Celâleddin Rumi'nin doğumunun 800. yılı nedeniyle UNESCO tarafından Uluslararası Mevlana Yılı olarak kutlanan 2007 yılı, aynı zamanda Mevlana düşüncesi üzerine yoğunlaştığım ve "Rûmî Bilgeliği" (*la sagesse de Rûmî*) başlıklı ilk Fransızca eserimi de yayımladığım yıldır. Türkiye'nin Anayasa Mahkemesinin 367 kararıyla sonuçlanan gelişmelerle çalkalandığı bir dönemde kendisinden devlet teorisi dersini aldım. Bazı karşılaşmaların kişinin hayat çizgisini nasıl değiştirebileceğini bu vesileyle yaşadım. Bu hususu Sayın Başkan da kendi açısından konuşmalarının birinde şöyle ifade eder: "*Her birimizin fikriyatının ve kimliğinin şekillenmesinde bazı simalar çok özel rol oynamıştır. Bu anlamda benim için "iki Ali"nin özel bir yeri var. Lise yıllarının başlarında Ali Fuat Başgil'in, üniversitede ise Aliya İzzetbegoviç'in fikirleriyle tanıştım (17 Nisan 2019)."*

Arslan Hoca'nın devlet teorisi dersini işleyiş tarzı, anlatım üslubu ve devlet düşünürlerinin teorileriyle günümüz siyasi, hukuki gerçekliği ve anayasal gelişmeler arasında kurduğu güncel bağlantılar bende hukuk fakültesinde ısınamadığım devlet teorisi (genel kamu hukuku) alanına ilgi uyandırdı. Çeşitli devlet kurumlarındaki görevlerim sırasında yasama, yürütme ya da yargı, devletin hangi erkinde yer alırsa alsın uygulamacılar için devlet teorisi alanının ne kadar elzem olduğunu gözlemlemem ise bu ilgiyi pekiştirdi. Bugün üniversitede devlet teorisi ve insan hakları hukuku okutuyorsam başlıca sebebi budur. Zaman içinde akademik hayata yönelmemde doktora tezimi 2011 yılında kendisinin tez danışmanlığında yapmamın belirleyici etkisi oldu. 2021 yılında tam zamanlı akademik hayata başlayıncaya kadar hocamla yollarımız en uzun sürelisi 2018-2021 yılları arasında Anayasa Mahkemesinde raportör olarak çalışırken olmak üzere başka vesilelerle de kesişti. Bunun dışında her yayımladığım kitabı kendisine heyecanla takdim ettim, günümüzde az rastlanan bir özellik olarak hep okuyup geri dönüş yaptı; yorumlarını, görüşlerini aktardı.

Mevlana, Farabi, Sadi Şirazi ve İbn Haldun gibi medeniyet düşünürlerimizin evrensellikleri ve hukukçu düşünür yönleriyle ilgili akademik ve ufuk açıcı sohbetlerimiz oldu. Bu sohbetler sonraki çalışmalarım için gerçek bir motivasyon kaynağı olmuştur. Anayasa Mahkemesi (AYM) başkanlığı sırasında birçoğunu yüz yüze dinlediğim, bulunamadıklarımı ise AYM sitesinden okuduğum kadimle moderni, teoriyle pratiği, Batı'yla Doğu'yu, dünle bugünü, akılla gönlü harmanlayan konuşmaların her biri benim için birer zihinsel ve ruhsal ziyafet sofrası olmuştur.

Kendisi için çıkarılacak armağan hazırlığı da mutlu bir tesadüf olarak Mevlana'nın 750. Vuslat Yılı münasebetiyle Cumhurbaşkanlığı kararıyla ilan edilen "2023 Mevlana Yılı"na denk gelmiştir. Bu tevafuk bende iki olayı birleştirerek kendisinin AYM başkanlığı sürecindeki konuşmalarında Mevlana'ya referanslarının arka planını ve bunlarla desteklediği mesajlarını analiz edecek bir araştırma yapma fikri oluşturdu. Bunun için onun ufuk açıcı konuşmalarının tamamını tekrar okudum. Mevlana'dan alıntılarını, bütüncül bir perspektiften ve konuşmaların tümüne hâkim temel mesajlardan hareketle irdelemeye çalıştım. Sonuçta kadim medeniyetimizin evrensel güler yüzü ve arif şairimiz Sezai Karakoç'un ifadesiyle "ölüme ve hayata, zamana ve tarihe yenilmeyen"[1] bu çok yönlü arif hukukçu düşünürden çağın sosyal, siyasi ve hukuki krizlerinin aşılması için ilham almanın gerekliliğini ve yöntemini dile getiren günümüzün önde gelen bir hukukçusunun çarpıcı tespitleri ve özgün yorumları sistematik bir şekilde bir araya gelmiş oldu. Benzer bir çalışma başta onun sıklıkla atıf yaptığı Aliya İzzetbegoviç olmak üzere diğer arif düşünürler için de yapılabilir. Onun konuşmalarında ele aldığı "adalet", "özgürlük", "eşitlik", "insan onuru" ve "çoğulculuk" gibi herhangi bir insanlık değeri, bu konuda onun referans verdiği Doğulu ve Batılı düşünürlerin söylemleri üzerinden karşılaştırmalı olarak incelenebilir. Sözün özü özellikle hukukçu ve siyaset bilimci akademisyenler bu konuşmalardan hareketle birçok karşılaştırmalı çalışma yapabilirler ya da çalışma konularının medeniyet değerlerimizle ve ruh köklerimizle bağlantısını kurmak için yararlanabilirler.

I. BAŞKANLIK DÖNEMİ KONUŞMALARINA GENEL BAKIŞ

Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) Avrupa kıtasının ilk anayasa mahkemelerindendir. 1961-2024 yılları arasında on sekiz mahkeme üyesi başkanlık görevinde bulunmuştur. AYM Başkanları, Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıldönümü başta olmak üzere Mahkemenin düzenlediği ya da davet edildikleri toplantılarda konuşmalar yapmışlardır. Ancak anayasa hukukçusu bir akademisyen başkan olarak Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın konuşmaları içerik,

1 Karakoç, S. (2015). *Mevlana,* 9. Baskı, İstanbul: Diriliş Yayınları, s. 7.

üslup ve vurgu olarak birçok bakımdan seleflerinin konuşmalarından farklılaşmaktadır. Onun konuşmaları, farklı arka planlardan gelen dinleyenlere genelde resmî konuşmalarda rastlanmayan şekilde zengin bir entelektüel ziyafet yaşatmaktadır. Bu farklılıklar bağlamında özellikle teori ile pratik, tarihî olaylarla güncel olgular, kadim düşüncelerle modern kavramlar arasında kurduğu özgün bağlar ve bundan hareketle yaptığı değerlendirme ve tespitler oldukça ilgi çekicidir. Bu bağlamda mesajlarını verirken Doğu'nun ve Batı'nın önde gelen abidevi düşünür ve bilgelerine verdiği referanslar bu konuşmalara ayrı bir zenginlik, derinlik ve özgünlük katmaktadır.

O, bu konuda kadim ve modern Batı düşünürleri yanında şimdiye kadarki AYM başkanlarının konuşmalarında rastlamadığımız yoğunluk ve çeşitlilikte medeniyet düşünürlerimize yaptığı atıflarla dikkat çekmektedir. Bunlar gelişigüzel seçilmiş ve konuşmada çeşni kabilinden ya da dolgu malzemesi olarak yer verilmiş referanslar değildir. Bilakis söz konusu şahsiyetlerin düşüncelerinin ve bilgeliklerinin evrenselliği ve güncelliği ile günümüzün hukuki ve siyasi sorunlarının çözümünde bir ilham kaynağı olma niteliğinin vurgulanmasıdır. Bunların bazıları Farabi, Mevlana, Sadi Şirazi ve İbn Haldun gibi tanınmış düşünürler olmakla beraber, konuşmada seçilen alıntılar ve kullanıldıkları bağlam yeni ve oldukça özgündür. Bazıları sadece devlet adamı olarak bilinen şahsiyetlerdir. Bazıları ise çoğunlukla dinleyicilerin konuşma vesilesiyle ilk defa isimlerini duydukları şahsiyetlerdir. Medeniyetimizden şahsiyetler içinde Arslan'ın ilk başkanlık konuşmasından (2015) itibaren en sık atıf yaptığı düşünür ise on üçüncü yüzyılın Anadolu'sundan çağlar ötesine seslenen medeniyetimizin kurucu şahsiyetlerinin başında gelen Mevlana Celaleddin Rumi'dir.

Arslan'ın Anayasa Mahkemesi başkanlığı döneminde yaptığı konuşmaları[2] dört gruba ayırarak sınıflandırmak mümkündür:

a. AYM'nin Kuruluş yıl dönümü konuşmaları (53. kuruluş yıl dönümünden 61. kuruluş yıl dönümüne toplam 9 konuşma)

b. AYM üyelerinin ant içme törenleri konuşmaları (7 konuşma)

c. Uluslararası toplantı ve konferanslarda yapılan konuşmalar (17 konuşma)

d. Ulusal sempozyum, konferans, proje açılışı, panel ve çalıştaylar ile üniversitelerin açılışında yapılan konuşmalar (30 konuşma)

2 Çalışmada ilki 27 Nisan 2015, sonuncusu ise 04 Eylül 2023 tarihli olmak üzere AYM sitesinde (https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/) yer alan toplamda altmış bir konuşma metni incelenmiştir. Sitedeki sistematik takip edilerek referans olarak her alıntının sonunda parantez içinde konuşma tarihine yer verilmiştir.

Bu konuşmaların her biri, etkinliğin konusu bağlamında hukuk ve yargı alanı ile anayasal konularda güncel sorunlara ilişkin tespit ve değerlendirmelerin yanı sıra insanlığın medeniyet birikimi ve evrensel değerler ışığında çözüm önerileri içermektedir. Özellikle kuruluş yıl dönümü ve ant içme törenlerindeki konuşmalar Cumhurbaşkanı, siyasi parti liderleri, önceki ve yeni bakanlar, üst düzey bürokratlar, yüksek yargı başkanları ve tanınmış akademisyenlere hitap etmekte kamuoyunda yankı bulmaktadır. Arslan'a göre *"Kuruluş yıldönümleri, kurumların topluma ve demokratik sisteme katkılarının değerlendirilmesi için önemli fırsatlar sunar. Yıldönümünü kutlayan kurum bir yüksek mahkeme ise bu değerlendirme; adalet, hukukun üstünlüğü, temel hak ve hürriyetler gibi değerler manzumesine yapılan katkılara ilişkin olmalıdır (25 Nisan 2016)."*

Kendisinin söz konusu kadim değerlere ilişkin mesajlarına aslında tüm konuşmalarında rastlamak mümkündür. Onun özgün yönü bu mesajları verirken bizzat okuyup araştırarak kuyumcu titizliğiyle seçtiği eski ve yeni, yerli ve yabancı çok sayıda düşünür, yazar ve esere referans vermesidir. Uluslararası toplantılardaki konuşmaların muhatapları ise uluslararası kuruluş temsilcileri, uluslararası yargıçlar, akademisyenler, yabancı ülkelerin yüksek yargı temsilcileri gibi geniş bir yelpazeyi içermektedir. Diğer ulusal toplantılardaki muhataplar ise genel olarak adli ve idari yargı mensupları, uzmanlar, akademisyenler ve öğrencilerdir. Bu da göstermektedir ki Sayın Başkan konuşmalarında zikrettiği isimleri ve mesajlarını çok geniş ve çeşitli bir kitleye duyurmakta ve Mevlana'yı bilinmeyen yönleriyle tanıtmaktadır. Yıllar önce Yaman Dede diye bilinen Mevlana aşığı hukukçu Abdulkadir Keçoğlu (1877-1962) "*Mevlana'yı yalnızca çocuklarımıza değil herkese tanıtmak bir insanlık borcudur."* diyordu. Arslan, AYM başkanı sıfatının verdiği imkânla bu tanıtmayı çok geniş bir yelpazede ulusal ve uluslararası mecralarda günümüz insanının ve toplumlarının ihtiyaç duyduğu değerlere ilişkin acil ve evrensel mesajları üzerinden Mevlana'ya sıklıkla atıflar yaparak bu büyük medeniyet mimarımıza gönül borcumuzu ödeme noktasında aydınlar ve yöneticiler tarafından yapılabilecekler için güzel bir örnek sunmuştur.

Arslan'ın konuşmalarında, her çağdan ve değişik kültür ve medeniyetlerden evrensel şahsiyetlerin geçidine tanık olmaktayız. Bu konuşmalarda, Babil'den Hammurabi (öl. MÖ 1750), Eski Yunan'dan, Lycurgus (ö. MÖ 730), Sokrates (öl. MÖ 399), Thucydides (öl. MÖ.400), Platon (öl. MÖ 348/347) ve Aristoteles (öl. MÖ 322); Roma'dan Ulpian (170-228) âdeta yeniden canlanıyor. Batı medeniyetinden Thomas Hobbes (1588-1679), Descartes (1596-1650), Pascal (1623-1662), Spinoza (1632-1677), Montesquieu (1689-1755), Kant (1724-1804), Jeremy Bentham (1748-1832), Hamilton (1757-1804), Arthur Schopenhauer (1788-1860), Alexis de Tocqueville (1805-1859), Abraham Lincoln (1809-1865), Lord Acton (1834-1902), Max Weber (1864-1920), Rudyard Kipling

(1865-1936), Learned Hand (1872-1961), Martin Heidegger (1889-1976), Erich Fromm (1900- 1980), Gadamer (1900-2002), George Orwel (1903-1950), Hannah Arendt (1906-1975), John Rawls (1921-2002), Lyotard (1924-1998), Michel Foucault (1926-1984), Jacques Derrida (1930-2004), Ronald Dworkin (1931-2013), Robert Nozick (1938-2002), Slavoj Žižek' (doğ. 1949), Jeremy Waldron (doğ. 1953) ses veriyor. Rus medeniyetinden Puşkin (1799-1837), Dostoyevski (1821-1881) ve Tolstoy (1828-1910) ve günümüz Afrikası'ndan Nelson Mandela (1918-2013) dinleyenlerini ve okuyanlarını selamlıyor.

Bize göre konuşmalara özellikle yenilik ve özgünlük katan medeniyetimize ait şahsiyetlere ve bunların düşünce ve eylemlerine yaslanan mesajlardır. Bu şahsiyetler kronolojik olarak adaleti ile ünlenen Hz. Ömer'le başlamakta, onun ifadesiyle "irfan erleri" medeniyet düşünürleri ile Osmanlı Türkiyesi'nin devlet adamları ve aydınları ile devam etmekte, Cumhuriyet Dönemi aydın ve düşünürlerinden geçerek kendisinin hukuk devleti savunuculuğu ve çoğulcu yaklaşımıyla "Anadolu irfan geleneğinin Balkanlardaki temsilcilerinden biri" olarak takdim ettiği modern bilge başkan Aliya İzzetbegoviç'le noktalanmaktadır. Tespitimize göre bu konuşmalara asıl rengini ve ruhunu veren söz konusu arif düşünür, filozof, devlet adamı, siyasetçi, edebiyatçı, şair ve hukukçulardan oluşan medeniyetimiz şahsiyetleri şunlardır: Hz. Ömer (583/84-644), Farabi (870-950), Mâverdi (972-1058), Serahsi (1009-1090), Yusuf Has Hâcib (1017-1077), Nizamülmülk (1018-1092), Hoca Ahmed Yesevi (1093-1166), Yunus Emre (1238-1320/21), Mevlana (1207-1273), Hacı Bektaşi Veli (1209-1291), Sadi Şirazi (1210-1294), Osman Gazi (1258-1324), Abdurrahman Câmi (1414-1492), İbn Rüşd (1126-1198), Fatih Sultan Mehmed (1432-1481), Kanuni Sultan Süleyman (1494-1566), Kınalızâde Ali Çelebi (1510-1572), Tunuslu Hayreddin Paşa (1820-1890), Sultan Abdülaziz (1830-1876), Mehmet Tahir Münif Paşa (1830-1910), Namık Kemal (1840-1888), Sultan II. Abdülhamid (1842-1918), Abay İbrahim Kunanbayoğlu (1845-1904), Muhammed İkbal (1877-1938), Mehmet Akif Ersoy (1873-1936), Gazi Mustafa Kemal Atatürk (1881-1938), Babanzâde İsmail Hakkı (1876-1913), Ziya Gökalp (1876-1924), Ali Fuad Başgil (1893-1967), Hâkim Refik Gür (1907-1986), Nurettin Topçu (1909-1975), Cemil Meriç (1916-1987), Halil İnalcık (1916-2016) ve Aliya İzzetbegoviç (1925-2003).

II. KONUŞMALARIN ARKA PLANINDAKİ MEDENİYET TASAVVURU

Arslan'ın konuşmaları ilkinden sonuncusuna kadar incelendiğinde verilen mesajların, yapılan tespit ve değerlendirmelerin arka planında -bazılarında açık bazılarında ima yollu olarak- "medeniyet" olgu ve kavramı olduğu görülmektedir. Bu kavram bazı ifadelerde genel olarak geçmiş medeniyetleri, bazen günümüzün hâkim medeniyeti olan Batı'yı, çoğu kere temel kaynakları

ile arif, filozof, devlet adamı, siyasetçi, edebiyatçı, şair ve hukukçu düşünürlerine atıflar üzerinden kadim medeniyetimizi, bazen de kadim medeniyetimizi ortaya çıkartan evrensel değerler ve prensipler temelinde özlemi duyulan, olması gereken, gerçekleştirilmesi amaçlanan medeniyeti işaret eder.

Dolayısıyla örnek olarak o *"Etkili bir yargı düzeni akıl, ahlak ve adalet olmak üzere üç temel kaide üzerine kurulur. Esasen "3A" olarak da formüle edilebilecek olan bu kavramlar olmadan sadece yargı değil, herhangi bir medeniyet de tasavvur edilemez (25 Nisan 2018)* ve *"hak ve özgürlüklerin en büyük güvencesi hemen her medeniyette bağımsız ve tarafsız bir yargı olmuştur (12 Haziran 2023), "adaletin tesis edilerek toplumu oluşturan bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma kaygısı, hemen her zaman siyasal hayatın merkezinde yer almıştır. Bunu gerçekleştirebilenler parlak bir medeniyetin mimarları ve taşıyıcıları olmuş, başaramayanlar ise tarihe kötü bir ad bırakmışlardır" (12 Haziran 2023).* gibi tespit ve ifadelerinde genellikle toplumsal yaşamın en kapsamlı ve sürekli sosyal olgusu olarak medeniyeti ifade eder.

Diğer yandan "*Bilhassa Batı'da hastalıklı bir 'öteki' tasavvurundan kaynaklanan ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve İslamofobi, temel hak ve özgürlükleri ciddi şekilde tehdit etmeye devam ediyor. Bu kavramlar ölümcüldür" (9 Haziran 2020)* derken muasır medeniyeti yani hâkim Batı medeniyetini kasteder.

Aşağıdaki alıntılarda ise kadim medeniyetimize vurgu yapmaktadır: *Kur'an'da adaletin gerçekleştirilmesi dinin varlık sebeplerinden biri olarak ifade edilmekte, insanların adaleti yerine getirmeleri için peygamberlerle birlikte kitabın ve mizanın (ölçünün) indirildiği belirtilmektedir. Buradaki mizan kelimesinin aynı zamanda terazi anlamına geldiği bilinmektedir... İslam'ın diğer kaynakları da adaleti ve adaletten kaynaklanan başta eşitlik, temel hak ve hürriyetler olmak üzere diğer evrensel değerleri vurgulamaktadır. 'Ey, insanlar!' diye başlayan mesajlar arasında ayrımcılık yasağı, can, mal ve neslin korunması, suç ve cezaların şahsiliği, din ve vicdan hürriyeti gibi toplumsal hayatın sağlıklı şekilde sürdürülmesinin olmazsa olmaz esasları yer almaktadır. Dolayısıyla anayasa yargısı kapsamına giren bu ilke ve değerler bize yabancı değildir. Bilakis bunlar bizim öz değerlerimizdir (23 Aralık 2022)* ve *"Barışçıl biraradalığın tarih boyunca güzel örneklerini sergileyen bir medeniyetin mirasçıları olarak, bu konuda ihtiyaç duyduğumuz esin kaynağını kültürel kodlarımızda bulabiliriz (27 Nisan 2015)."*

Nihayet onun aşağıdaki ifadelerinde günümüz insanlığının ihtiyacı ve özlemi olan, gerçekleştirilmesi ya da olması gereken medeniyet tasavvurunu dile getirdiğini görmekteyiz: *"Bize düşen ise bizden önce bu toprakların irfan abidelerinin yaptığı gibi "ne olursan ol yine gel" diyen bir medeniyeti ihya ve inşa etmektir. Gerisi teferruattır…" (18 Ekim 2021). "Tarihsel sınavımız hak ve adalet eksenli bir medeniyetin inşası ve idamesidir (12 Haziran 2023)."*

Arslan, konuşmalarında sıklıkla kullandığı "*ruh köklerimiz*" ya da "*fikir ve ruh köklerimiz*" ifadeleriyle geleceği inşa etmek için ülkemiz ve medeniyet

havzamız toplumları mensuplarını, medeniyetimizin düşünürleri ve onların ölümsüz eserleri ile irtibat kurmaya davet eder. "*Yaşayan bir toplum kökü mazide olan âtidir. Medeniyetlerin anahtarı birikim.*[3]" diyen Cemil Meriç de irfan medeniyetimizin tefekkür hazineleri ve ilham pınarları ile bağlantı kurmanın gerekliliğini şöyle vurgulamaktadır: "*Dava, irfanımızı yeniden fethetmek…Dava, ecdadın tefekkür hazinelerini bugünkü nesillerin tecessüsüne açmak, bir kelimeyle bugünü düne bağlamaktır…Türkiye'nin kendisi kalması, insanlığın bütün keşiflerinden, bütün fetihlerinden faydalanarak ihtişamlı mazisine layık bir istikbal inşa etmesi başlıca muradım.*[4]"

O medeniyet tasavvurunu yansıtan 3A formülündeki akıl, ahlak ve adalet Mevlana'nın düşünce ve gönül evreninin de hâkim kavramlarıdır. Mevlana, kişiyi medeniyet inşa edici bir şahsiyet olabilmesi için öncelikle bir anahtara benzettiği aklını kullanmaya çağırır.

"Nereye gidersen akıl anahtardır! Her kapıyı açar[5]*.*

Aklının iki gözünü aç da bak, gerçeği gör[6]*!"*

O, tükenmez ilham kaynağı eseri Mesnevi'nin özelliklerini sıralarken "*Ahlâkı güzelleştirir.*" ifadesini kullanır. O, ahlakın önemini her vesile ile vurgular: "*Hakk'ın kulları, işleri düzeltmede Hakk'ın ahlâkına sahip olup merhametli ve sabırlıdırlar*[7]*." "Üstünlükten, beceriden, hünerden vazgeç; iş, hizmette ve güzel ahlâktadır*[8]*."*

Aral'ın vurguladığı üzere kültür ve medeniyet değerleri arasında ahlaki değerlerin insan üzerinde daha büyük bir etkisi ve sonucu vardır. Onlar insanı sadece tinsel bir varlık kimliğine sokmakla kalmaz, ona onurunu da kazandırır, onu onurla donatarak ahlaki bir kişilik durumuna getirir, varlığını daha yüksek bir katmana çıkarır[9].

Adalet kavramı Mevlana'nın en sık gündeme getirdiği, Mesnevi'nin tümüne hâkim temel kavramlarından biridir. Mevlana, adaleti "güneşe" benzetir. Adaletin güneşe benzemesi, onun gereklerinden ve fonksiyonlarından herkesin eşit şekilde yararlanmasının tabii bir sonucudur. Ayrıca o, adaletin kadim ve evrensel bir değer olduğunu ifade eder[10].

3 Meriç, C. (1980). *Kırk Ambar,* İstanbul: Ötüken Neşriyat, s. 450.
4 Meriç, C. (1986). *Kültürden İrfana,* İstanbul: İnsan Yayınları, s. 392.
5 Mevlana, C. R. (2009). *Dîvan-ı Kebir, Seçmeler,* C. 1, Can, Ş. (Çev.), İstanbul, Ötüken Yayınları, s. 234.
6 Mevlana, C. R. (2009). *Dîvan-ı Kebir, Seçmeler,* C. 2, Can, Ş. (Çev.), İstanbul, Ötüken Yayınları, s. 42.
7 Mevlana, C. R. (2017). *Mesnevî-i Ma'nevî,* Örs, D. ve Kırlangıç, H. (Çev.), İstanbul, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, s. 383.
8 a.g.e. s. 863.
9 Aral, V. (1990). "Kültür ve Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C. 53., S. 1-4., s. 256.
10 Ergül, E. (2019). *Bir Hukuk ve Siyaset Bilgesi Olarak Mevlana,* Ankara: Adalet Yayınevi, s. 113.

Arslan'ın medeniyet tasavvurunun temel kavramlarının kadim medeniyetimizle birlikte anılan irfan ve hikmet terimleri olduğu söylenebilir. Diğer yandan, o medeniyetimizin kökeninde yer alan "eşref-i mahlûkat" terimine özel bir vurgu yapar. Medeniyetimizin insana "eşref-i mahlûkat" yaklaşımına dayalı insan odaklı ve adalet temelli çoğulcu anlayışını günümüzde erdemli bir toplum ve medeniyet inşası için gerekli görür. Batı'da ayrımcılık ve yabancı düşmanlığını doğuran "*marazî zihniyetinin panzehiri de insanı "eşref-i mahlûkat" olarak gören, adalet temelli çoğulcu anlayıştır" (09 Haziran 2020).*

Ona göre, *yaşadığımız dünyanın ağır sorunlarının ancak insan odaklı bir zihniyetle çözülmesi mümkündür (26 Kasım 2021).* Bu bakımdan ancak yeni bir irfan medeniyeti, bilgi ve teknoloji yanında hikmete dayanan bir medeniyet günümüz dünyasının ve muasır medeniyetin sorunlarına, krizlerine cevap üretebilir; *Yunus Emre yaratılanı yaratandan dolayı hoş görmek gerektiğini söyler. Hacı Bektâş-ı Veli'ye göre ise hakikatin ikinci makamı "yetmiş iki milleti ayıplamamak"tır. Bu ve benzeri tavsiyelerle Anadolu irfanı ve tefekkürünün bize öğrettiği ilke şudur: İnsanı farklılıkları ile kabul edin ve onu ötekileştirmeyin. Bu ilkenin benimsendiği ve hayata geçirildiği yerde araçsal aklın ürettiği ırkçılık ve yabancı düşmanlığı gibi hastalıklara yer yoktur (18 Ekim 2021). Muasır medeniyetin içinde bulunduğu krizden çıkması bakımından Türkistan'da başlayıp Anadolu üzerinden Batı'ya ulaşan insan odaklı anlayış hayati derecede önemlidir. Bugün bütün mesele bu değerlerin ve hikmetin günümüz diline çevrilmesi, millî şairimiz Mehmet Âkif'in ifadesiyle "asrın idrakine söyletilmesi"dir (26 Kasım 2021).*

Görüldüğü üzere, o medeniyet düşünürlerimizi, insan olduklarını unutmadan ama sıradanlaştırmadan, bir ilham kaynağı olarak, ancak hayatlarını ve düşüncelerini ulaşılamaz hâle getirip buharlaştırmadan anlamayı, hayata taşımayı ve onların mesajlarını günümüz idrakine söyletmeyi önermektedir. O böylece muhataplarına özlenen Farabi, Mevlana, Yunus Emre veya İbn Haldun'u değil, izlenmesi gereken Farabi, Mevlana, Yunus Emre ya da İbn Haldun'u tanıtmaktadır.

Onun medeniyet tasavvuru ayırıcı değil birleştiricidir. İnsanlığı birleştiren bütün düşünürler doğulu veya batılı olması fark etmeksizin kadim ve evrensel insanlık medeniyet bahçesinin bahçıvanlarıdır. Bu nedenle o Doğu ve Batı'nın Mevlana ve Kant gibi insanlığın evrensel medeniyet düşünürleri sayesinde birleşebileceği fikrini dile getirir: "*Kipling ünlü şiirinde "Doğu doğudur, batı da batı ve bu ikisi asla bir araya gelmeyecektir" der. Bu sözler genellikle doğu ve batı arasındaki ayrımı vurgulamak için sıklıkla kullanılır, ancak yanlış yorumlanır. Kuşkusuz doğu ve batı toplumları arasında önemli sosyal, kültürel ve siyasi farklılıklar mevcuttur. Ancak Kipling bu ayrımın "Dünyanın iki ucundan iki güçlü adam karşı karşıya geldiğinde!" ortadan kalkacağını da belirtmiştir. İnsanlık tarihi boyunca, yeryüzünün iki parçasının siyasi ve hukuki değerlerini birleştirmeyi amaçlayan birçok güçlü kişi yetişmiştir. Bunlardan biri, 13. yüzyılda Türkiye'de yaşamış*

bir şair ve düşünür olan Mevlana Celaleddin Rumi'dir. Rûmî, toplumsal hayatın ahlaki değerlerinin yanı sıra hukuki ve siyasi ilkelerini de savunmuştur. Bireylerin barış içerisinde bir arada yaşayabilmeleri için hukukun, adaletin ve hâkimlerin önemini sık sık vurgulamıştır (17 Aralık 2022).

Gerçekten de medeniyetimizin Mevlana, Nesimi, Sadi Şirazi ve Hafız Şirazi gibi şair bilgelerinden aldığı ilhamla Doğu ve Batı Divanı isimli ünlü eserini kaleme alan Almanların en büyük şair-düşünürlerinden Goethe'nin dile getirdiği gibi "*Kendini ve ötekini bilen Doğu ve Batı'nın ayrılamayacağının da farkındadır.*[11]" Rudyard Kipling'in aksine Goethe, Doğu-Batı Divanı'nda şöyle der: "*Doğu Allah'ındır! Batı Allah'ındır! Kuzeyin ve Güneyin toprakları onun ellerinde huzur içinde yatmaktadır.*" Goethe için Doğu ve Batı iki farklı coğrafi bölge değil, manevi ve kültürel dünyanın iki kutbuydu; birini anlamak diğerini anlamaktan geçmektedir. Bu sadece diğerinin kültürüyle ilgili bir merak değil, daha çok gelecekteki yolumuzun bağlı olduğu bir ihtiyaçtır. Mevlana'ya göre dinî inancın gerçek merkezinden uzaklaştıkça farklılıklar ve ihtilaflar görünür. Güney, kuzey, doğu ve batının farklı yönleri, yalnızca güneşten uzaktayken ortaya çıkar. Bu yönleri ve kavramları yok etmek için Güneş'e doğru gitmeliyiz. *"Doğuya ve batıya gitmiyoruz, aksine sürekli olarak güneşe doğru ilerliyoruz."* O, Divan-ı Kebir'de. *"Şarkısı neşe saçan bu kuşun kanadı Doğu'nun ve Batı'nın dışındadır."* der[12].

Doğu ve Batı düşüncesini ve bunların mimarlarını iyi tanıyan biri olarak Arslan, hoşgörü, eşitlik, adalet, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını bugün geldiğimiz noktada Doğu'nun ve Batı'nın ortak mirası olarak görmekte ve bu düşüncelerin köklerini farklı medeniyet ve kültürlerde bulmanın mümkün olduğunu değerlendirmektedir. Ancak o kadim medeniyetimizin Mevlana başta olmak üzere kurucu düşünürlerinden hareketle tüm bu değerlerin öznesi olan insana ve onun oluşturduğu toplumsal/siyasal yapılara ilişkin evrensel görüşlerin kaynağını ruh köklerimizde rahatlıkla bulabileceğimize inanmaktadır (4 Eylül 2023). O, bu inancını teyit eden medeniyet düşünürlerimizin görüşlerinden hareketle medeniyet tasavvurunu büyük bir özgüven ve akademik bir üslupla hem ulusal hem uluslararası alanda dile getirmektedir

III. GÜNÜMÜZ İÇİN BİR İLHAM KAYNAĞI OLARAK MEVLANA

1. Bir Medeniyet Düşünürü

TDV İslam Ansiklopedisi'nin Mevlana Celaleddin-i Rumi maddesinde, Mevlana "Mevleviyye tarikatının kurucusu, mutasavvıf, âlim ve şair" ifade-

11 Ergül, E. (2023). *Medeniyet Estetiği Dersleri,* 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 26.

12 Jalali, A. (2002). "Prélude au dialogue dans la pensée religieuse de Rûmî", *Diogène*, C. 200., S. 4., s. 162.

leriyle tanıtılmaktadır[13]. Oysa Türkiye'nin en önemli yüksek mahkemesinin akademisyen bir başkanının yurt içi ve yurt dışı konuşmalarında Doğu'dan ve Batı'dan kadim ve modern şahsiyetler arasında kendisine en fazla referans verilen bir şahsiyettir. Bir günümüz hukukçusu ve anayasa mahkemesi başkanı olarak Arslan'ın Mevlana'ya ve onun düşünce dünyasına yönelik ilgisi herhâlde söz konusu ansiklopedik tanımdaki terimlerle açıklanamaz. Bu durumda acaba Arslan, Mevlana'ya nasıl bakmaktadır? Onun zihin dünyasındaki Mevlana nasıl bir şahsiyettir? Onun medeniyetimizdeki yeri neresidir? Onun şahsiyeti ve mesajı günümüz için ne anlam taşımaktadır? Bu ve benzeri soruların cevabı aslında onun burada gözden geçireceğimiz konuşmalarının satır aralarında bulunmaktadır.

Bu konuşmalardaki Mevlana, halefleri ve selefleri olan, bir belli bir kültür ve medeniyetin düşünce geleneğinden gelen, şahsiyeti, düşünceleri ve savunduğu değerlerin evrenselliği ile çağlarüstü ve tek bir beden gibi gördüğü insanlığın tamamını kucaklayan, birlikte yaşamanın ve çoğulculuğun felsefesini ortaya koyan ve çağın sosyal, siyasi ve hukuki sorunları için devlet adamlarına, siyasilere, hukukçulara, aydınlara ilham kaynağı olması gereken bir arif düşünürdür. Gerçekten de Mevlana bir arif olarak kendini insanların deva bulmaz ruhsal hastalıklarını ücretsiz tedavi eden bir ruh ve gönül doktoru olarak tanıtır[14]. O, *"ilacımız dertlere birebir devadır"* der. Yine o, kendisini anlatırken "*Biçare değiliz, çünkü çareyiz biz.*", "*Biz âlemin çaresiyiz.*" der. Dolayısıyla âleme, dünyaya, herkese çare ve dertlere ilaç olabilmek hiç kuşkusuz, günümüzde evrensel nitelikteki sosyal, siyasi ve hukuki sorunlara çözüm reçetesi sunabilmeyi gerektirir[15].

O, Mevlana için, "irfan abidesi", "irfan eri", "bu toprakların ruh köklerini oluşturan düşünürlerimizden" nitelendirmelerini kullanır. Mevlana, özelikle Yunus Emre ve Hacı Bektaş-ı Veli ile birlikte Anadolu irfanının öncü şahsiyetlerindendir. Gerçekten de kadim medeniyetimizin ayırıcı vasıflarından birisi irfana dayanması ve arif düşünürler geleneğine sahip olmasıdır. İrfan, bilgi yanında onu tamamlayan bilgelik ve düşünceyi de içerir. Bu tam da günümüz dünyasının ve insanlığın ihtiyaç duyduğu şeydir. Bu nedenle "*Dünle beraber gitti cancağızım, ne kadar söz varsa düne ait. Şimdi yeni şeyler söyleme*k *lazım!"*[16] diye buyuran Mevlana'nın torunlarına düşen irfan medeniyetimizin kodlarına dönerek, onun ulu çınarından yeni bir filiz gibi yeşerecek yepyeni bir irfan medeniyetini hazırlamaktır. Kuşkusuz bu yepyeni medeniyet arif düşünür in-

13 Öngören, R. (2004). "Mevlana Celaleddin-i Rumi", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, https://islamansiklopedisi.org.tr/Mevlana-celaleddin-i-Rûmî (Erişim Tarihi: 12/8/2023).

14 Bardakçı, M. N. (2008). "Mevlana'ya Göre İnsanın Mahiyeti ve Kamil İnsan Olma", *Erdem Atatürk Kültür Merkezi Dergisi*, S. 50 (Mevlana Özel Sayısı)., s. 8.

15 Ergül, E. (2019). s. 5.

16 Gölpınarlı, A. (1999). *Mevlana Celâleddin*, İstanbul: İnkılâp Yayınları, s. 297.

san tipi üzerinde yükselecektir. Mevlana'nın arif tanımı evrenseldir ve bugün Batı'da bilge denen kavramı da aşar. Ona göre; *Arif evreni akıl yürütmenin ve delilin yanı sıra gönül gözü ve tefekkürle bilip tanıyan kimsedir*[17].

Cemil Meriç gibi "geçmişi geleceğin malzemesi" gören Arslan, Anadolu'nun evlatlarına, yine Meriç'in ifadesiyle "*dünyanın en büyük medeniyetini kurmuş bir ülkenin çocuklarına"* bu gerçeği, Mevlana'nın çok bilinen bir sözü üzerinden şöyle hatırlatır: *Bize düşen ise bizden önce bu toprakların irfan abidelerinin yaptığı gibi 'Ne olursan ol yine gel.' diyen bir medeniyeti ihya ve inşa etmektir. Gerisi teferruattır (18 Ekim 2021).*

Onun genç hukukçular için bir vizyon ve ideal olarak koyduğu medeniyet tasavvuru ise insan haklarına saygıyı merkeze alan ve ancak bağımsız ve tarafsız yargı tarafından gerçekleştirilebilecek hak ve adalet eksenli medeniyettir: *A"daletin tesis edilerek toplumu oluşturan bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma kaygısı, hemen her zaman siyasal hayatın merkezinde yer almıştır. Bunu gerçekleştirebilenler parlak bir medeniyetin mimarları ve taşıyıcıları olmuş, başaramayanlar ise tarihe kötü bir ad bırakmışlardır. Bu nedenle tarihsel sınavımız hak ve adalet eksenli bir medeniyetin inşası ve idamesidir. Bu sınavı verenlerin başında yargı kurumlarının ve mensuplarının geldiği ise izahtan varestedir. Zira hak ve özgürlüklerin en büyük güvencesi hemen her medeniyette bağımsız ve tarafsız bir yargı olmuştur." (12 Haziran 2023).*

Arslan'a göre insanlığın ortak değerler haritasına vücut veren adalet, hukukun üstünlüğü, temel hak ve hürriyetler gibi değerler manzumesine dayanan birey-devlet ilişkisi zaman ve mekâna bağlı olarak farklı şekillerde tezahür etmiştir. Çünkü doğal olarak "*Kavramlar ve kurumlar tarihsel süreçte ve farklı coğrafyalarda farklı biçimler kazanır. Modern ulus devlet çok uzun bir geçmişe sahip değildir. Ancak bugün geldiğimiz noktada savunduğumuz adalet, özgürlük, insan hakları, hukuk devleti, çoğulculuk, hoşgörü gibi değerler ortak değerlerimizdir. Bu değerleri korumak, düşünsel ve pratik katkılarla gelecek kuşaklara taşımak da hepimizin ortak sorumluluğudur (3 Mart 2016; 7 Mart 2017)."* Dolayısıyla söz konusu insanlık değerleri özü itibarıyla tüm medeniyetlerin ortak paydasını oluşturur. Bu değerler, aynı zamanda kadim medeniyetimizin ve kültürümüzün yaşayan kurucu toplumsal değerleridir: *Özü evrensel olan bu değerlerin tamamının kültürümüzde de karşılığı bulunmaktadır. Sözgelimi bu toprakların ruh köklerinde ifadesini bulan '*insanı yaşat ki devlet yaşasın.*' anlayışı, insan odaklı devlet felsefesini ifade eder… Adalet temelinde insanı ve devleti yaşatma, günümüz demokratik toplumlarının ortak amacı hâline gelmiştir. Anayasa mahkemeleri de bu amacı gerçekleştirmek üzere varlık kazanan kurumlardan biridir (25 Nisan 2016). Demokratik hukuk devletini yaşatan; adalet, özgürlük, eşitlik, hoşgörü, çoğulculuk gibi değerler*

17 Mevlana, C. R. (2015). *Fîhi Mâ Fîh, Mevlana'nın Konuşma ve Sohbetleri* (Çev. Aydın, C.), İstanbul: Türk Edebiyatı Vakfı Yayınları, s. 79.

manzumesidir. Bu değerler manzumesinin oluşturduğu siyasi yapının biçimi ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir. Ancak bu değerlerin özü evrenseldir. Başka bir ifadeyle söz konusu değerlerin gelişmesine ve kökleşmesine tüm medeniyetler katkı yapmıştır. Bu nedenle, sözgelimi adalet anlayışı hiçbir kültürün ya da coğrafyanın tekelinde değildir. Bunlar Doğu'da ve Batı'da tarihsel süreç içinde oluşan düşünce ve tecrübenin şu ya da bu ölçüde katkı yaptığı ortak değerlerdir. Bu değerlerin köklerini Sophocles'in Antigone'unda da bulabilirsiniz, Mevlana'nın Mesnevi'sinde de. Spinoza'nın Etika'sında da bulabilirsiniz, Kınalızade Ali Efendi'nin Ahlak-ı Ala'i'sinde de (3 Mart 2016).

O, demokratik hukuk devletinin temelindeki değerlerin Batı'dan ödünç alınan değerler olarak değil de medeniyetimizin ve kültürümüzün öz değerleri olarak anlaşılması gerektiği üzerinde önemle durur: *"Hak, hukuk, adalet ve özgürlük gibi değerler bizim birilerinden ödünç aldığımız kavramlar değildir. Bunlar tarihsel ve kültürel olarak tevarüs ettiğimiz kendi kadim ve öz değerlerimizdir. Bu değerlerin karşılığını ruh köklerimizde kolayca bulabiliriz. Bilindiği üzere insanı, dolayısıyla devleti yaşatmanın yolu adaletten geçmektedir. Adalet toplumun da toplumun siyasal olarak örgütlenmiş hali olan devletin de temelidir. Yokluğunda tüm toplumsal ve siyasal değerlerin değersizleştiği bir değerdir (20 Aralık 2016)."*

Nitekim Doğu'nun ve Batı'nın ilmine ve hikmetine vâkıf, toplumun değerleriyle barışık olan gerçek anlamda aydınlar bu değerleri kendi medeniyet ve ruh köklerimizden hareketle benimsemişler ve savunmuşlardır. O, bu konuda modern çağdan iki önemli hukukçu bilge medeniyet aydınımızı[18] örnek gösterir: "*Anadolu irfan geleneğinin Balkanlardaki temsilcilerinden biri olan merhum Aliya çoğulculuğun dayanaklarını kitaplarında çok iyi anlatır. Bir konuşmasında 'Benim hoşgörüm, Avrupa değil Müslüman kökenlidir' der (18 Ekim 2021). Aliya İzzetbegoviç 'her zaman hem camiden ezan hem de kiliseden çan sesinin duyulacağı, medeni hayat konsepti'ni sahipleniyor ve savunuyordu. BM Genel Kurulu'nun 49. Birleşiminde yaptığı konuşmada şöyle diyordu: 'Bizim Bosna dediğimiz şey Balkanlarda sadece bir toprak parçası değildir. Çoğumuz için Bosna sadece vatan değil, o bir fikirdir. Bu, farklı din, farklı millet ve kültür geleneklerine sahip insanların bir arada ve beraber yaşayabileceğinin inancıdır.' Öte yandan Aliya, şahsında geliştirdiği bu davranış biçiminin ruh köklerinin İslam olduğunu söyler. 1994 yılında Almanya'da yayınlanan bir dergiye verdiği mülakatta "Siz Avrupa hoşgörüsüne bağlı bir Müslüman olarak tanınıyorsunuz." şeklinde başlayan bir soruyu şöyle düzeltir: 'Benim hoş-*

18 Sayın Başkan 2018 yılı içinde İzzetbegoviç'in mezun olduğu Saraybosna Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen "Aliya Izzetbegoviç ve Onun Hukuk ile Devlet Anlayışı" Konulu Konferansta "Aliya İzzetbegoviç'in Düşüncesinde Üç Kavram: Adalet, Hukuk ve Hürriyet" konusunu ele ele almış, 2019 yılında ise Başgil'in hayatının önemli bir kısmını geçirdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Ali Fuat Başgil'in Anısına Sempozyum ve Armağan Takdim Töreni"nin Açılışında önemli bir konuşma yapmıştır. Konuşmalar, bu iki yakın dönem düşünürünün günümüz için önemini ortaya koyması yanında benzer düşünürlerin nasıl okunup anlaşılabileceğinin yöntemini göstermesi açısından da önemlidir.

görüm, Avrupa değil İslam kökenlidir. Eğer hoşgörülüysem, öncelikle ve en çok Müslüman olduğum için, ancak ondan sonra Avrupalı olduğum içindir.[19]*' Aynı mülakatta bu hoşgörünün tarihsel yansımalarını da anlatmaktan geri durmaz (19 Ekim 2018). Hiç kuşkusuz Ali Fuad Başgil ve İzzetbegoviç farklı dönemlerin ve coğrafyaların insanlarıdır. Ancak bu durum, ortak yanlarını tespite engel değildir. Her şeyden evvel her ikisi de kelamı ve kalemi çok kuvvetli, Doğunun ve Batının ilmine ve hikmetine vakıf, toplumun değerleriyle barışık olan gerçek anlamda aydınlardı. Vefatlarından sonra geriye konferans konuşmaları, mülakatlar, makaleler ve monografilerden oluşan onlarca ciltlik ve binlerce sayfalık bir külliyat bıraktılar. Diğer yandan her ikisi de teori ve pratiği, düşünce ve eylemi kişiliklerinde mecz etmiş çok boyutlu, çok yönlü insanlardı. Bilindiği üzere Aliya meslek olarak hukukçu olmanın yanında aynı zamanda bir mütefekkir, komutan, lider, siyasetçi ve devlet adamıydı (17 Nisan 2019).*

Demokrasi ve özgürlüklerin her şeyden önce ve her şeyin ötesinde bir eğitim/terbiye meselesi olduğunu savunan Başgil, Tanzimattan bu yana hürriyet rejiminin bir türlü yerleşmemesinin sebebini "hürriyet zevk ve terbiyemizin eksikliğinde" olduğunu ve söz konusu terbiyenin fıtri ya da ırki değil, kesbî ve içtimai olduğunu, bu nedenle de aile ve okul başta olmak üzere toplumsal kurumlarda alınan eğitimle kazanılabileceğini söyler. *Başgil'in ifadesiyle "Hak ve hürriyet, bu nimetler üzerine titizlikle titreyen vakarlı insanların nasibidir. (17 Nisan 2019)"*

Hiç kuşkusuz kadim medeniyetimiz içinde ona en parlak çağlarını yaşatan Anadolu irfan geleneği ve onun ruh kökleri ayrı bir önem taşır. Bir Anadolu aydını olarak Zühtü Arslan bu hususa konuşmalarında özel bir vurgu yapmaktadır: *Yaşadığımız dünyanın ağır sorunlarının ancak insan odaklı bir zihniyetle çözülmesi mümkündür. Bu zihniyetin kökleri bugünkü konferansa ev sahipliği yapan Türkistan'da bulunabilir. Ünlü düşünür Farabi, Erdemli Ülke adlı eserinde toplumun amacı olan mutluluğun ancak yardımlaşmayla elde edilebileceğini bize yaklaşık 1.100 yıl önce söylemiştir. Aynı şekilde Türk dünyasının fikir ve inanç mimarlarından olan Hoca Ahmet Yesevi de bundan asırlar önce muhteşem hikmetleriyle insan odaklı bir anlayışı bize anlatmıştır. Yesevi'nin açtığı yoldan yürüyerek Anadolu'yu aydınlatan Yunus Emre, Mevlana, Hacı Bektaş Veli gibi irfan erleri de aynı anlayışın güzel örneklerini vermişlerdir. Bu büyük bilgeler, insanı ve onurunu esas alan değerler ve ilkeler bütününü yüceltmiş ve topluma öğretmişlerdir. Onların söylemleri ve öğretileri günümüzde "biz"den farklı olanla, "öteki" olarak ifade edilenle sağlıklı bir ilişki kurmanın ve birlikte yaşamanın yolunu da göstermektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse muasır medeniyetin içinde bulunduğu krizden çıkması bakımından Türkistan'da başlayıp Anadolu üzerinden Batı'ya ulaşan insan odaklı anlayış hayati derecede önemlidir. Bugün bütün mesele bu değerlerin ve hikmetin günümüz diline*

19 İzzetbegoviç, A. (2015). *Konuşmalar,* 19. Baskı (Çev. Altun F. ve Ahmetoğlu, R.), İstanbul: Klasik Yayınları, s. 174.

çevrilmesi, millî şairimiz Mehmet Akif'in ifadesiyle 'asrın idrakine söyletilmesi'dir. (26 Kasım 2021)

Arslan, Türk dünyasının insanlık için geçmişte oynadığı müspet rolü günümüz için de oynayabilmesi için bugünkü Kazakistan sınırları içinde doğan İslam siyaset düşüncesinin kurucu ismi medeniyet düşünürü Farabi'nin işaret ettiği erdemli dünya toplumunun Mevlana gibi ruh köklerimizden hareketle gerçekleştirilebileceğine inanmaktadır: *Türk dünyasının birlikteliğinin yönü, Farabi'nin işaret ettiği ulusal ve uluslararası erdemli toplumu ruh köklerimizden ilham alarak ve çağın gerekleriyle de mezcederek inşa ve idame ettirmek olmalıdır. Türk dünyası olarak temel hak ve özgürlüklerin korunduğu, hukukun üstünlüğünün sağlandığı, bireylerin huzur ve refah içinde birlikte yaşadığı adil bir ülke ve dünya hedefine yönelik olarak çalışmalıyız (26 Kasım 2021)."*

Mevlana şair, âlim ya da mutasavvıf tanımına sığmayacak çok yönlü evrensel bir şahsiyettir. Arslan'ın bir akademisyen ve yüksek mahkeme başkanı hukukçu olarak onun düşünür kimliğine ve düşünce dünyasının sosyal, siyasi ve hukuki boyutlarına dikkati çekmesi son derece önemlidir. *Rûmî, toplumsal hayatın ahlaki değerlerinin yanı sıra hukuki ve siyasi ilkelerini de savunmuştur. Bireylerin barış içerisinde bir arada yaşayabilmeleri için hukukun, adaletin ve hâkimlerin önemini sık sık vurgulamıştır (17 Aralık 2022). "*Öte yandan ona göre Mevlana, dile getirdiği ahlaki, hukuki ve siyasi değerlerle Doğu ve Batı arasında bir medeniyet köprüsünün kuruculuğunu yapabilecek evrensel şahsiyetlerden biridir. "*İnsanlık tarihi boyunca, yeryüzünün iki parçasının (Doğu ve Batı'nın) siyasi ve hukuki değerlerini birleştirmeyi amaçlayan birçok güçlü kişi yetişmiştir. Bunlardan biri, 13. yüzyılda Türkiye'de yaşamış bir şair ve düşünür olan Mevlana Celaleddin Rumi'dir (17 Aralık 2022)."*

Gerçekten de insanlık bugün Doğu ve Batı ayrımının üzerine çıkmak ve ortak insanlık değerleri etrafında iş birliğini gerçekleştirmek istiyorsa, Mevlana'nın insanlar ve kültür arasındaki köprü rolünden faydalanmalıdır. O bir şiirinde kendini şöyle takdim etmektedir:

> *"Bu dünyaya, ayırmaya, bölmeye, parçalamaya gelmedik biz.*
>
> *Biz, kırıkları onarmaya, ayrılanları birleştirmeye, kısacası insanlar arasında köprü olmaya geldik[20]."*

Arslan'a göre *"Rumi, dünyanın doğusundan ve batısından pek çok kişi gibi, yargı yoluyla korunması gereken ortak değer ve ilkelerimizin olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, günümüzde anayasa mahkemelerinin hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları ilkeleri gibi anayasal demokrasinin yapı taşlarını korumak için var olduğu açıktır (17 Aralık 2022)."*

20 Fürûzanfer, B. (2005). *Mevlana Celaleddin,* Uzluk, F. N. (Çev.), Konya: Konya Valiliği, İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü Yayınları, s. 8.

O, AYM'nin Mevlana'nın izinden gittiğini vurgulayarak Mevlana'nın günümüz için ilham kaynağı medeniyet düşünürü vasfının altını çizmektedir: *Rumi'nin izinden giden Türkiye Anayasa Mahkemesi, başta bireylerin temel hak ve özgürlükleri olmak üzere, bu anayasal ilke ve değerlerin koruyucusudur (17 Aralık 2022).*

O, bu abidevi arif medeniyet düşünürüne olan içten sevgi ve saygısını, Vuslat Haftası'na denk gelen konuşmasında onu özel olarak anarak da göstermektedir: *"Sözlerime son vermeden, ruh köklerimizden Mevlana Celaleddan-i Rumi'yi vuslatının 745. yılında rahmetle anıyorum. (14 Aralık 2018).*

2. Bir Adalet Düşünürü

Sayın Başkan'ın konuşmalarında en çok dile getirdiği kavramlardan biri Mevlana'nın "Mesnevi"sinin de merkez kavramlarından olan "adalet" kavramıdır. Ona göre, adalet "*tarih boyunca hemen her toplumda adalet toplumun örgütlü hâli olan devletin bir yandan varlık sebebi diğer yandan da varlığını devam ettirmesinin temel şartı olarak görülmüştür (25 Nisan 2022)."* O, kadim adalet değerini toplumsal yaşamda güvenlik, özgürlük ve eşitliğin gerçekleşme aracı olarak görmektedir. Ona göre *Güvenlik ve özgürlük onurlu bir bireysel ve toplumsal yaşam için aynı ölçüde vazgeçilmezdir. Tıpkı teneffüs ettiğimiz hava gibi, varlığında değerini bilmeyiz, ama yokluğunda nefes alamayız. Güvenlik ve özgürlük gibi iki hayati değer arasındaki ilişkiyi düzenlerken başvuracağımız temel değer hiç kuşkusuz adalettir. Adalet, hukuk düzeninin çimentosu, mülkün yani devletin temelidir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin daha kırılgan hale geldiği olağanüstü dönemlerde adaletin tesisi çok daha önemlidir (5 Ekim 2016)."*

O, Mevlana'nın Mesnevi'de sekiz asır önce verdiği adalet tanımını bugün de geçerliliğini vurgulamakta, bu tanıma farklı konulara ilişkin güncel tartışmalar bağlamında sıklıkla başvurmaktadır. Bu, onun medeniyet yaklaşımından kaynaklanmaktadır: Sosyal bilimlerde Avrupa merkezci bakışın aksine, ona göre "*hemen her medeniyette adaletsiz ve haksız şekilde hükmetmenin ağır bir vebal olduğuna dair kuvvetli bir inanış vardır" (17 Ekim 2022)* ve *"adalet anlayışı hiçbir kültürün ya da coğrafyanın tekelinde değildir. Bunlar Doğu'da ve Batı'da tarihsel süreç içinde oluşan düşünce ve tecrübenin şu ya da bu ölçüde katkı yaptığı ortak değerlerdir. Bu değerlerin köklerini Sophocles'in Antigone'unda da bulabilirsiniz, Mevlana'nın Mesnevi'sinde de. Spinoza'nın Etika'sında da bulabilirsiniz, Kınalızade Ali Efendi'nin Ahlak-ı Ala'i'sinde de (16 Ekim 2015)."*

Arslan'ın ilk başkanlık konuşması modern bir siyaset felsefeci olan Rawls ile Mevlana'nın adalete bakışları arasında bağ kurarak başlamaktadır. Daha sonra farklı konuşmalarında sıklıkla vurgulayacağı Mevlana'nın adalet tanımı ilk olarak burada yer almaktadır: "*20. yüzyılın önde gelen siyaset felsefecilerinden biri olan John Rawls, 'Adalet toplumsal kurumların ilk erdemidir' diyor.*

Rawls'un iyi işleyen bir anayasal düzenin temeli olarak gördüğü adaletin birincil ilkesi, temel hak ve özgürlüklere herkesin eşit şekilde sahip olmasıdır. Bu anlamda adalet, herkesin hakkı olanı alması ve hak ettiğini bulmasıdır. Adaletin bu yönünü en özlü şekilde ifade eden kişi, hiç kuşkusuz, Mevlana'dır. Mevlana düşüncesinde, adalet her şeyi yerli yerine koymaktır. O'na göre, 'ağaçları sulamak' adalettir, 'dikene su vermek' ise zulümdür (27 Nisan 2015)."

Daha sonraki bir konuşmasında da bu hususu şöyle ifade etmektedir: *Mevlana'nın dediği gibi suyu, ağaca verdiğinizde adalet, dikene verdiğinizde zulüm olur. Mevlana düşüncesinde adalet her şeyi yerli yerine koymaktır (20 Aralık 2016).* Ona göre *"Rumi'nin adalet tanımı bugün de geçerliliğini korumaktadır. Rumi, adaleti kısaca her şeyi yerli yerine koymak olarak tanımlamıştır*[21] *(17 Aralık 2022).* Öte yandan, *"adalet, herkese her durumda eşit davranılmasını gerektirmez. Tersine farklı durumdakilere eşit muamele adaletsizliğe yol açabilir. Mevlana'nın dediği gibi suyu, ağaca verdiğinizde adalet, dikene verdiğinizde zulüm olur. Mevlana düşüncesinde adalet her şeyi yerli yerine koymaktır (20 Aralık 2016)."*

Başta Mevlana olmak üzere medeniyet düşünürlerimizin adalet felsefesini özümsemiş olan Arslan'a göre; "*Adalet, sadece mülkün yani devletin değil, aynı zamanda medeniyetin de temelidir. İnsanlığa örnek teşkil edecek bir medeniyetin inşası ve idâmesi ancak adaletle mümkündür (27 Nisan 2015)."*

O, Mevlana'nın adalet ve zulüm (adaletsizlik) tanımlarının medeniyetimizi şekillendirdiği kanaatindedir: "*Bilindiği üzere her şey zıddıyla bilinir. Çoğu kez bir şeyi ne olduğundan ziyade ne olmadığından hareketle tanımlarız. Medeniyet havzamızda adalet kavramı da onun zıddı olan zulüm üzerinden tanımlanmıştır. Mevlana bu tanımı çok güzel yapmıştır. Ona göre adalet her şeyi yerli yerine, zulüm ise bir şeyi ait olmadığı yere koymaktır. Bu nedenle ağaca su vermek adalet, dikene su vermek ise zulümdür (28 Mart 2022). Bu anlamda adalet herkese hakkını ve hak ettiğini vermek, hakkı sahibine teslim etmektir. Zulüm ise en genel anlamda bir hakkı ihlal etmektir. Adalet de ahlak gibi bir eylem meselesidir. Adalet, her düzeyde adil eylemle sağlanabilir. Bu eylemlerin sonucu da eylemde bulunanlar üzerinde bıraktığı tesir de zıttır. Mevlana'nın ifadesiyle adalet gönül huzuru, zulüm ise vicdan azabı getirir (04 Eylül 2023)*

Mevlana'nın bu evrensel tanımları üzerinde gelişen medeniyetimizin günümüze en yakın halkası olan Osmanlı yönetim anlayışı da Mevlana'nın adalet tanımına dayanmaktadır: "*Zulmün zıttı olarak görülen adalet, bu topraklarda yüzlerce yıl devlet ve toplum hayatının temel ilkesi olarak kabul edilmiştir. 16. yüzyılda yaşayan Kınalızâde Ali Çelebi, Ahlâk-ı Alâ'î adlı meşhur eserinin sonunda "adalet dairesi"ni çizerken, daireyi adaletle başlatıp adaletle tamamlamıştır. Kınalızâde, "ad-*

21 Rûmî, J. (2010). *The Mathnawî,* Nicholson, R. A. (Trans.), Konya: Konya Metropolitan Municipality Book, s. 277.

ldir mucib-i salâh-ı cihan" ("Dünyanın nizamını ve kurtuluşunu sağlayan adalettir") demek suretiyle, adaletin evrensel boyutuna ve Osmanlı yönetim anlayışındaki merkezi önemine işaret etmiştir" (27 Nisan 2015). Osmanlı Devleti tüm eksiklerine rağmen hak ve adalet anlayışını başarılı bir şekilde hayata geçirmiş, farklı kimliklere sahip toplumları geniş bir müsamahayla yüzyıllarca birlikte yaşatmayı başarmıştır (22 Şubat 2021).

Arslan'ın, adalet kavramını bir insanlık ve medeniyet değeri olarak gerek ulusal gerek uluslararası mecralarda Mevlana'nın yanı sıra Sadi Şirazi, Cami, İbn Haldun ve Kınalızade gibi hukukçu medeniyet düşünürlerimizden alıntılarla dile getirmesinin fikri arka planında, onun şu kanaatinin olduğu anlaşılmaktadır: *'Düşünce ve söylem olarak zengin bir müktesebatı olan medeniyetimizin adalet, eşitlik ve hürriyet gibi değerlerinin hayata geçirilmesi sadece Müslüman coğrafyada değil dünyada yaşanan sıkıntılara da derman olacaktır (23 Aralık 2022).'*

3. Bir Arada Yaşama kültürü ve İnsan Odaklı Anlayışın İlham Kaynağı

"Birlikte yaşama"nın teorik ve pratik yönleri Arslan'ın konuşmalarının hâkim temalardan biridir. O "*çeşitlilik şekildedir; anlam bakımından hepsi de birdir.. Kainattaki çeşitliliği gözlemlersen, görürsün ki hepsi de Allah'ın hizmetindedir*[22]" diyerek çeşitliliği doğal ve ilahi hikmet olarak gören Mevlana ve Anadolu irfan geleneğinden yola çıkarak toplumsal ve siyasal çoğulculuğun temelinde varlıktaki çeşitlilik olgusunu görmektedir. Ona göre; *Bu (çeşitlilik) gerçeği(ni) tespit etmek için öyle çok fazla uğraşmaya, siyaset teorisinden veya antropolojiden argümanlar ortaya koymaya gerek yoktur. Bu topraklarda bizden önce yaşayıp, aklını ve gönlünü harekete geçirerek hakikat arayışında zirveye ulaşanlara kulak vermek yeterlidir. Anadolu'nun irfan kaynakları bize "birlikte yaşama"nın sırrını çok güzel ve sade bir şekilde anlatmıştır. Yunus Emre yaratılanı yaratandan dolayı hoş görmek gerektiğini söyler. Hacı Bektâş-ı Veli'ye göre ise hakikatin ikinci makamı "yetmiş iki milleti ayıplamamak"tır*[23]*. Bu ve benzeri tavsiyelerle Anadolu irfanı ve tefekkürünün bize öğrettiği ilke şudur: İnsanı farklılıkları ile kabul edin ve onu ötekileştirmeyin. Bu ilkenin benimsendiği ve hayata geçirildiği yerde araçsal aklın ürettiği ırkçılık ve yabancı düşmanlığı gibi hastalıklara yer yoktur (18 Ekim 2021).* Arslan'a göre bu gelenek geçmişte kalmış, misyonunu tamamlamış değildir. Tarihsel ve kültürel olarak tevarüs ettiğimiz bu gelenekten beslenen insanlar bugün de mevcuttur. Ancak bu geleneğin daha çok aydını ve halk kitlelerini besleyecek şekilde canlandırılması gerekmektedir: *Anadolu irfan geleneğinin Balkanlardaki temsilcilerinden biri olan Aliya İzzetbegoviç'i anmak istiyorum. Merhum Aliya çoğulculuğun dayanaklarını kitaplarında çok iyi anlatır. Bir konuşmasında "Benim hoşgörüm, Avrupa değil Müslüman kökenlidir." der... Aliya, "Özgürlüğe Kaçışım"*

22 Mevlana, C. M. (2015). s. 78.

23 Hacı Bektaş-ı Veli (2011). *Makâlât,* Yılmaz, A., Akkuş, M. ve Öztürk, A. (Haz.), Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 78.

adını verdiği hapishane notlarında ise 1980 yılında Nobel Tıp ödülü alan bir genetikçi bilimcinin tespitini aktarır. Bu bilim insanına göre genetik bilimi tüm insanların, hatta tek yumurta ikizlerinin bile farklı varlıklar olduğunu ispatlamıştır. Aliya bunu şöyle yorumlar: 'Tanrı çeşitliliği seviyor"[24] *(18 Ekim 2021)."*

Arslan'a göre günümüzde hızla yayılan terör, yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslamofobi, çoğulculuğu, dolayısıyla birlikte yaşamı ciddi şekilde tehdit etmektedir. Arslan günümüzde çoğulcu demokrasilerin en zor meselesini, farklılıkların bir aradalığının sağlanması ve sürdürülmesi olarak görmektedir *(27 Nisan 2015)* : *"Yaşadığımız dünyanın ağır sorunlarının ancak insan odaklı bir zihniyetle çözülmesi mümkündür (26 Kasım 2021)"* ve "*toplumsal ve siyasal düzeyde ise farklılıkların biraradalığı, temel hak ve özgürlüklerin korunduğu adil ve çoğulcu bir düzeni zorunlu kılmaktadır*" *(23 Eylül 2019) .*

Ona göre *İnsan haklarına dayanan demokratik hukuk devletinin en önemli amacı, farklılıkların birarada yaşatılmasıdır… Kuşkusuz, insan haklarının evrenselliği, bu hakların sadece bizim gibi olanlar için değil farklı olanlar için de geçerli olduğunu kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır (3 Mart 2016).* O bu meseleye çeşitli konuşmalarında temas ederken bu alanda geliştirilecek çözümler için medeniyet mirasımızı, irfan geleneğimizi ve kültürel kodlarımızı esin kaynağı olarak göstermektedir. Ona göre özellikle Mevlana medeniyet mirasımız içinde milletimizin ruh köklerinden ve Anadolu'nun irfan kaynaklarından olan bir düşünür olarak barışçıl bir aradalığın günümüz için en önemli esin kaynakları arasındadır. Bu bağlamda onun insan odaklı bir anlayışı ifade eden "*Ne olursan ol, yine gel.*" sözü farklılıkların yönetiminde gerekli olan zihinsel iklimi sağlamaktadır: *Barışçıl biraradalığın tarih boyunca güzel örneklerini sergileyen bir medeniyetin mirasçıları olarak, bu konuda ihtiyaç duyduğumuz esin kaynağını kültürel kodlarımızda bulabiliriz. Mevlana'nın 'Ne olursan ol, yine gel' ve Hacı Bektaşi Veli'nin 'Okunacak en büyük kitap insandır' gibi sözlerinde ifadesini bulan insan odaklı anlayış, farklılıkların yönetiminde gerekli olan zihinsel iklimi sağlamaktadır (27 Nisan 2015).*

O, Türkiye'nin ve Türk insanının, milyonlarca mülteciye kapısını ve yüreğini açmasını söz konusu kaynaklardan gelen zihinsel iklime ve birlikte yaşama kültürüne bağlamaktadır (3 Mart 2016). Ona göre Mevlana, Yunus Emre, ve Hacı Bektaşi Veli ülkemizdeki ve medeniyetimizdeki söz konusu zihinsel iklim ve birlikte yaşama kültürünün temellerini atanların başında gelmektedir: *Bu toprakların ruh köklerini oluşturan Yunus Emre, Mevlana ve Hacı Bektaşi Veli gibi düşünürler, insanı merkeze alan, hoşgörüyü ve sevgiyi topluma hakim kılmaya çalışan mesajlarıyla birlikte yaşama kültürüne eşsiz katkılarda bulunmuşlardır (3 Mart 2016) Hacı Bektaş-ı Veli, "hakikatin ikinci makamı, yetmiş iki milleti ayıp-*

24 İzzetbegoviç, A. (2015). *Özgürlüğe Kaçışım: Zindandan Notlar*, 21. Baskı, Başoğlu, H. T. (Çev.), İstanbul: Klasik Yayınları, s. 259.

lamamaktır." der. Yunus Emre'nin, "yaradılanı severim, yaradandan ötürü" sözü, Mevlana Celalettin Rumi'nin 'Ne olursan ol yine gel.' çağrısı aynı hakikate işaret ediyor (7 Mart 2017)."

Ruh köklerimiz olan arif düşünürlerin söylemleri sözde kalmamış Osmanlı Türkiyesi'nde hayata geçmiştir: *"Farklılıkların birlikte yaşamasının ve yaşatılmasının güzel örneklerini, tevarüs ettiğimiz Osmanlı sosyal ve siyasi tecrübesinde de bulabiliriz. Dahası bugün açılışını yaptığımız projenin de konusunu oluşturan bireysel başvuru kurumunun da köklerinin, Almanya ve İspanya gibi birçok Avrupa ülkesinin yanında, Osmanlı Devletinde yıllarca uygulanan bireysel arz-ı hallerde somutlaşan şikayet hakkında bulmak mümkündür (3 Mart 2016)."*

Arslan, bu konuda bütün iddialı söylemlerine rağmen bir arada yaşama konusunda başarısız kalan Batı medeniyetini insanlığın gözleri önünde yaşanmış olaylar üzerinden eleştirmektedir: *"Kuşkusuz, insan haklarının evrenselliği, bu hakların sadece bizim gibi olanlar için değil farklı olanlar için de geçerli olduğunu kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır. Ancak bunu gerçekleştirmek her zaman kolay değildir. Özellikle savaş ve terör olaylarının sebep olduğu olağanüstü durumlarda "öteki"nin haklarını savunmada Avrupa olarak iyi bir sınav verdiğimiz söylenemez…Maalesef Avrupa'da birçok ülkede bu mülteciler sınırlardan içeri girmemesi gereken "virüs" muamelesi görüyor. Kimi yerde bu kişilerin paralarına el konuluyor, kimi yerde kontrol amaçlı bileklik takılıyor, kimi yerde de sadece belli bir dine mensup olanlar kabul ediliyor. Dahası, sınırları geçmek isteyenlerin vurulması gerektiğini söyleyenler bile çıkıyor. Diğer yandan da, mültecilerin Batı'ya doğru umut yolculuğu trajedilere dönüşüyor. Kıyılara sık sık çocuk cesetleri vuruyor. Aslında kıyıya vuran, "öteki"nin yüzüne yansıyan insanlığın cesetleridir. Kıyıya vuran bu cesetler, "kalbi sökülmüş bir çağ"ın görüntüleridir. Bu bir "vicdan tutulması"dır. Tüm bu olgular ve görüntüler, yabancıya yani bizim gibi olmayan ötekine şaşı bakışın ürünüdür. Farklı olandan korkan, onu sınırlara yaklaştırılmaması gereken tehlike olarak gören bir anlayış, insan odaklı ve çoğulcu bir medeniyetin taşıyıcısı olamaz (3 Mart 2016).*

Bilhassa Batı'da hastalıklı bir 'öteki' tasavvurundan kaynaklanan ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve İslamofobi, temel hak ve özgürlükleri ciddi şekilde tehdit etmeye devam ediyor. Bu kavramlar ölümcüldür. Burada 'öteki' olanı yok etmeye, postmodernist düşünür Lyotard'ın anlatımıyla ona kaderi yakılmak olan 'çöp muamelesi' yapmaya yönelik bir ruh halinden bahsediyoruz. Bu nedenle ırkçılık ve yabancı düşmanlığı insanlığın geleceği açısından mevcut salgından çok daha tehlikelidir. Sınırlarına dayanan mültecileri ülkeye almamak için gerektiğinde öldüren, hatta onları koronavirüsün sebebi olarak gösterip şeytanlaştıran bir anlayışla erdemli topluma ulaşılamaz. Aynı şekilde renginden ya da inancından dolayı bir insana nefes alma hakkı tanımayan bir yaklaşımla da erdemli evrensel toplum inşa edilemez. Bu marazî zihniyetin panzehiri insanı 'eşref-i mahlûkat' olarak gören, adalet temelli çoğulcu anlayıştır (9 Haziran 2020)."

Arslan, birlikte yaşama kültürünün önündeki en büyük engellerden biri olarak Batı'da yükselen ve gitgide derinleşen yabancı düşmanlığını görmekte olarak ve bu olguyu "muasır medeniyeti tehdit eden ve hepimizi yakından ilgilendiren bir mesele" olarak nitelendirmektedir *(25 Nisan 2017).* Ona göre yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslam karşıtlığını birlikte barış içinde yaşama idealini zehirleyen toplumsal ve siyasi hastalıklardır *(25 Nisan 2017; 18 Eylül 2017)* ve bunlar '*öteki'ne yaşama hakkı tanımayan bu hastalıklı anlayışların her geçen gün zemin kazanması, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi değerlere ve bu değerlerin biçimlendirdiği siyasal sistemlere yönelik en büyük tehdittir. Kısacası, yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslamofobi çağımızın kara ve karanlık yüzleridir*" tespitinde bulunmaktadır *(7 Mart 2017).* O bu sorunlarla mücadelenin başarısını ise "insan" odaklı bir anlayışın toplumsal ve siyasal alanda hâkim kılınmasında görmektedir. Ona göre bu anlayışın Doğu'da da Batı'da da çok güçlü kökleri bulunmaktadır. Mevlana da Doğu'nun insan odaklı anlayışı konusundaki zengin bir tarihsel ve kültürel birikimin sembolleri arasındadır: "*Bu toprakların ruh köklerini oluşturan Yunus Emre, Mevlana ve Hacı Bektaşi Veli gibi düşünürler, insanı merkeze alan, hoşgörüyü ve sevgiyi topluma hakim kılmaya çalışan mesajlarıyla birlikte yaşama kültürüne eşsiz katkılarda bulunmuşlardır… Mevlana Celalettin Rûmî'nin 'evrenin yaratılış sebebi insandır' sözü ve 'ne olursan ol yine gel' çağrısı aynı hakikate işaret ediyor. Bu hakikat insanın kendi içinde değer olduğu, bir araç olmadığı ve tam da bu nedenle saygıyı/hoşgörüyü hak ettiği hakikatidir (7 Mart 2017; 18 Eylül 2017).*"

Bilhassa mülteciler konusunda somutlaşan yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslamofobik davranışlar "öteki" olarak kodlanan ve dışlanan insanların temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmektedir. Hızla yayılan bu virüs, farklılıkların bir arada yaşaması için gerekli olan iklimi her geçen gün biraz daha zehirlemektedir (04 Eylül 2023).

Arslan; sorunu tespit etmekle kalmamakta, çözümü yani "öteki"ne karşı düşmanlığın panzehrini de ortaya koymaktadır: "*Bu zehrin panzehri, Pir-î Türkistan Hoca Ahmet Yesevî'nin yüzlerce yıl önce bu topraklarda tohumlarını attığı, daha sonra Anadolu'da ve Balkanlar'da yeşeren insan odaklı anlayıştır. Bu anlayış, bireysel düzeyde ahlaki eylemde bulunan insan-ı kâmili (olgun insan), toplumsal/siyasal düzlemde ise çoğulcu ve adil bir yönetimi hedefler (04 Eylül 2023).*"

Arslan açısından Mevlana, medeniyetimizin birlikte yaşama kültürü tecrübesini ve insan odaklı anlayışını çağımıza ve insanlığa sunabilmek için izlenmesi gereken irfan erleri arasında yer almaktadır: "*Yesevi'nin açtığı yoldan yürüyerek Anadolu'yu aydınlatan Yunus Emre, Mevlana, Hacı Bektaş Veli gibi irfan erleri de aynı (insan odaklı) anlayışın güzel örneklerini vermişlerdir. Bu büyük bilgeler, insanı ve onurunu esas alan değerler ve ilkeler bütününü yüceltmiş ve topluma öğretmişlerdir. Onların söylemleri ve öğretileri günümüzde 'biz'den farklı olanla, 'öteki' olarak ifade edilenle sağlıklı bir ilişki kurmanın ve birlikte yaşamanın yolunu da göstermektedir (26 Kasım 2021).*"

4. Bir İnsan Hakları Düşünürü

Arslan insan hakları düşüncesine Avrupa merkezli yaklaşmaz. Onun yaklaşımını evrensel ve medeniyet merkezlidir. O, konuşmalarında hem Batılı hem Doğulu düşünürlere atıflar yapar, bazen aralarında karşılaştırmalar da yaparken bazen de karşılaştırmaları dinleyici ve okuyucunun keşfine bırakır. Bu yöntem hem tutarlı hem de sosyal bilimleri ilgilendiren konularda izlenmesi gereken bir yaklaşımdır. Çünkü toplumların ve toplumsal süreçlerin çağlarının gelişmeleri yanında kendi tarihleri, gelenekleri, kültür ve medeniyetleri ile iletişim hâlinde olmaları, bir toplum, millet ve medeniyet olmanın gerektirdiği sosyolojik bir zorunluluktur. Bu alandaki kesintiler ve savrulmalar toplumları çağın ve medeniyetin uzağına düşürür[25]. Bunun için, Cemil Meriç "Umrandan Uygarlığa" adlı eserindeki "*Bilmek, kıyas etmektir. Kendimizi tanımayınca, başka ülkelerle nasıl karşılaştırabiliriz?*" ve "Mağaradakiler" adlı eserindeki "*Seçmek için anlamak lazım, anlamak için karşılaştırmak. Mukayese irfana dayanır."* tespitlerinden hareketle içinden geçtiğimiz toplumsal ve küresel gelişmelere ve medeniyet tarihine mukayeseli bakabilmeyi başarmamız önem taşımaktadır.

Meriç'e benzer bir tespiti başka kültür ve medeniyetleri tanımanın önemi hakkında ünlü tarihçi Lewis (1916-2018) de Batılı okuyucu için yapar: "Günümüzde başka kültürlerin incelenmesini değerli ve önemli kılan birinci neden, onları kendi yaşam koşullarında tanımaksa, ikinci neden de kendi kültürümüzü daha derin ve daha gerçekçi bir biçimde anlamanın yolunun öteki kültürleri incelemekten geçmesidir."[26]

Arslan'a göre "*Devletin varlık nedeni insanın huzur ve mutluluğunu sağlamaktır. Bunun yolu da hukukun üstünlüğünün sağlanması suretiyle temel hak ve özgürlüklerin korunmasından geçmektedir" (16 Şubat 2022).* Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında medeniyet havzamız ve ruh köklerimizin katkısını anlamak önemlidir. Çünkü ona göre "*Günümüzdeki formülasyonu ve kurumsal koruma mekanizmaları önemli ölçüde Batı medeniyetinin ürünü olsa da insan hakları ve eşitlik fikri evrenseldir. İnsan haysiyeti ve adalet anlayışından beslenen bu fikrin gelişiminde ve uygulamasında tüm medeniyetlerin çok önemli katkıları olmuştur (22 Şubat 2021)."*

O evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin daha ziyade geçen yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıktığını yadsımamakta ancak toplumsal bir varlık olan insanın birtakım haklara sahip olduğu hatta devletin varlığını sürdürmesinin bu hakların korunmasına bağlı olduğu düşüncesinin tarihsel olarak çok daha geriye gittiğini, bu anlamda hak ve adalet eksenli düşüncenin izlerini ve uygulamasını medeniyet havzamızda ve ruh kökle-

25 Ergül, E. (2023). s. 44.

26 Lewis, B. (2021). *Çatışan Kültürler, Keşifler Çağında Hristiyanlar, Müslümanlar, Yahudiler*, 2. Baskı, Elhuseyni, N. (Çev.), İstanbul: Profil Kitap, s. 89.

rimizde bulunduğunu vurgulamaktadır *(16 Şubat 2022).* Dolayısıyla *"İnsan hakları bize yabancı olan, dışarıdan dayatılan veya başkalarından tevarüs ettiğimiz bir fikir değildir. Elbette kavramlar ve kurumlar tarihsel süreçte ve farklı coğrafyalarda farklı biçimler kazanır. Bu anlamda insan haklarının bugünkü formülasyonu ve koruma sistemi Batı'da özellikle iki dünya savaşı arasında ve esnasında yaşanan katliam, soykırım ve yoğun hak ihlallerine tepki olarak ortaya çıkmış ve şekillenmiştir. Bununla birlikte tıpkı hoşgörü, eşitlik, adalet ve hukukun üstünlüğü gibi insan hakları da bugün geldiğimiz noktada Doğu'nun ve Batı'nın ortak mirasıdır. Bu düşüncenin köklerini farklı medeniyet ve kültürlerde bulmak mümkündür. Bu bağlamda insan haklarının öznesi olan insana ve onun oluşturduğu toplumsal/siyasal yapılara ilişkin evrensel görüşlerin kaynağını ruh köklerimizde rahatlıkla bulabiliriz (4 Eylül 2023)."*

Arslan, kadim bir değer olan adaletin insan haklarının korunmasını da içerdiğini değerlendirmektedir. Bu bakış açısı hem Mevlana'nın hem diğer medeniyet düşünürlerimizin adalete ilişkin tanım ve ifadelerinin güncel ve derinlikli yorumuna kapı açmaktadır: *"Günümüzde adaletin en belirgin yansıması temel hak ve hürriyetlerin korunmasıdır. Bunun en etkili araçları da hiç kuşkusuz mahkemelerdir. Yargının bu anlamda varlık nedeni, uyuşmazlıkları çözerken adaletin tesisini sağlayarak temel hak ve hürriyetleri korumaktır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin de varlık nedeni, Anayasayı ve temel hak ve özgürlükleri korumak suretiyle anayasal adaletin ve bireysel adaletin sağlanmasına katkı yapmaktır (20 Aralık 2016)."*

Bireysel başvuruları incelemekle görevli yüksek mahkemenin başkanı olarak Arslan, bireysel başvurunun başarısı ile unsurları bu coğrafyanın ruh köklerinde sağlam şekilde yer alan birlikte yaşama kültürünün gerçekleştirilebilmesi arasında sıkı bir bağ olduğu kanısını taşımaktadır: *"Bireysel başvurunun geleceği, her şeyin ötesinde insanı merkeze alan, insanın temel haklarına ve haysiyetine saygıyı yücelten bir toplumsal/siyasal kültürün yerleşmesine ve kökleşmesine bağlıdır. Bu kültürel iklim ise ancak 'öteki'nin ontolojik varlığını kabul etmekle oluşabilir. Aslında "öteki" aynadaki yansımamızdır. Her birimiz bir başkasının gözünde 'öteki'yiz. Bu açıdan bakıldığında insan hakları aynı zamanda "ötekinin hakları"dır. Dolayısıyla farklılıklarımızla birlikte yaşama kültürü yerleştikçe ve bu kültürel iklimin gerektirdiği empati, hoşgörü ve uzlaşma gibi değerler hayata geçtikçe bir hak arama yolu olarak bireysel başvurunun etkililiği ve başarı şansı da artacaktır. Esasen 'öteki'ne yönelik empati ve saygı, bu coğrafyanın ruh köklerinde sağlam şekilde yer almaktadır (23 Eylül 2022)."*

a. Mevlana Düşüncesinde İnsan Haklarının Temelleri

i. İnsan Onuru

Bilindiği üzere insan hakları, temelini insana değer kazandıran özellik olarak insan haysiyetinin (onurunun) oluşturduğu kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu haklar olarak tanımlanır. Bu haklar evrenseldir ve herkes için

ayrım yapmaksızın geçerlidir[27]. Arslan da Mevlana'nın insanın değerini vurgulayan, onu yücelten ifadelerini, insan haklarının üzerine inşa edildiği insan haysiyetine vurgu olarak değerlendirmektedir: "*Gerçekten de insan haysiyeti üzerine inşa edilen insan hakları, insanın ontolojik statüsünü belirleyen en önemli değerlerin başında gelmektedir. İnsan haklarının öznesi 'eşrefi mahlûkat' yani yaratılanların en şereflisi olarak görülen insandır. Mevlânâ Celâleddîn-i Rûmî yüzyıllar önce insanın evrendeki yerini şöyle ifade etmiştir: "Cihanın aslı, temeli sensin cihan senin yüzünden yaratılmıştır (1 Haziran 2017)."*

Arslan Mevlana'yı insanı ve onurunu esas alan değerler ve ilkeler bütününü yücelten ve topluma öğreten irfan erleri arasında saymaktadır: "*Yesevi'nin açtığı yoldan yürüyerek Anadolu'yu aydınlatan Yunus Emre, Mevlana, Hacı Bektaş Veli gibi irfan erleri de aynı anlayışın güzel örneklerini vermişlerdir. Bu büyük bilgeler, insanı ve onurunu esas alan değerler ve ilkeler bütününü yüceltmiş ve topluma öğretmişlerdir (26 Kasım 2021)."*

Varlık aleminin yaratılış sebebi olan insan, ilahi bir öze sahip olması yönüyle gaye varlıktır. İnsanın "eşrefi mahlûkat" oluşunun nedeni bir taraftan fizik diğer taraftan metafizik âlemin unsurlarını kendisinde barındırmasıdır[28]. Kişinin asli ya da ilahi özünün bilincine varması ve bu özün toplumsal hayattaki tüm çeşitlilik ve farkların ötesinde tüm insanlarda ortak payda olduğunu fark etmesi, onda ontolojik bir insan hakları bilinci geliştirecektir.

ii. Özgürlük

İnsan haklarının üzerine dayandığı önemli bir değer olan hürriyet ya da özgürlük de Arslan'ın Mevlana'nın, bu konuda Kant ve Eric Fromm gibi Batılı düşünürleri önceleğini vurguladığı bir değerdir. "*Üniversitenin Üç Hâli: Akıl, Özgürlük ve Çeşitlilik"* konulu konuşmasında öğrencilere özgürlüğün anlam ve değerini vurgularken ölüm pahasına özgürlük diyen Mevlana'dan örnek verir: "*Gerçekten de özgürlük başta beyin konforunuz olmak üzere rahatınızı bozabilir. Ancak tüm zorluklara rağmen özgürlükten korkmayın ve ondan kaçmayın. Zira varoluşun anlamı özgürlükle kavranabilir. Özgürlük hayatımızı anlamlı ve değerli kılan şeydir. Özgürlükten kaçışın bir nedeni de ekonomik olarak daha konforlu bir yaşam arayışı veya kazanımların korunması olabilir. Bu noktada Kant'tan ve Fromm'dan asırlar önce yaşayan, bu toprakların ruh köklerinden biri olan Mevlana'ya kulak verebiliriz. Şöyle diyor Mevlana:*

Yoksulluk beni ölümle tehdit etse bile,

Hürriyeti kulluğa satmam ben [29] (18 Ekim 2021)."

27 Ergül, E. (2019). s. 57.
28 Bardakçı, M. N. (2008). s. 1.
29 Mevlana, C. R. (2013). *Rubâîler,* Sarıoğlu, H. İ., (Haz.), Ankara: DİB Yayınları, s. 186.

iii. Eşitlik

"*Eşitlik ilkesi aynı zamanda ulusal düzeydeki temel anayasal ilkelerden biridir. Her ne kadar farklı şekillerde düzenlenmiş olsa da bu ilke neredeyse bütün anayasalarda yer almaktadır (4 Ekim 2022).*" tespitinde bulunan Arslan'a göre; *aslında eşitlik ilkesi, bugünkü evrensel insan hakları düşüncesinin temelinde yatmaktadır. Eşitlik, diğer hakların neredeyse tamamının kapsamını ve kullanımını etkileyen temel bir insan hakkıdır. İşte bu nedenle, Ronald Dworkin "eşit ilgi ve saygı görme hakkı"nı diğer tüm hak ve özgürlüklerin kaynağı olarak nitelendirmiştir (4 Ekim 2022).*" O, Endonezya Bali'deki uluslararası bir konferansta yaptığı "Eşitlik İlkesinin İki Yönü Üzerine Kısa Bir Açıklama" konulu konuşmasında, Mevlana'nın bir sözü ile insan haklarının dayanağı olarak eşitlik değeri arasında bağlantı kurmuş ve Mevlana'nın söz konusu ebedi ifadesinin, eşitlik ilkesinin ulusal ve uluslararası siyasi düzenlerde korunması ve geliştirilmesi için başlangıç noktası olduğunu dile getirmiştir: *İnsan onurunun yanı sıra eşitlik ilkesi, evrensel insan hakları düşüncesinin arkasındaki temel kavramdır. Bu hak başlı başına bir hak olup aynı zamanda diğer insan hak ve özgürlüklerinin kullanılması bakımından temel bir ilkeyi teşkil etmektedir. Anayasa mahkemelerinin başlıca görevi, eşitlik ilkesini, çeşitli temellerde yapılan ayrımcılık nedeniyle ortaya çıkan davalar kapsamında yorumlamak ve uygulamak suretiyle korumaktır. Eşitlik ilkesini korumanın ön şartının, bizden farklı olan "öteki"nin ontolojik varlığını kabul etmek ve ona saygı duymak olduğunu unutmamalıyız. Bu bağlamda, herkesin eşit onura sahip olduğu felsefesini inşa eden Mevlana Celâleddin Rumî'den ders almalıyız. Mevlana sekiz asır önce "Ne kul vardır ne köle, bütün insanlar kardeştir!" demiştir. Bu ebedi ifadenin, eşitlik ilkesinin ulusal ve uluslararası siyasi düzenlerde korunması ve geliştirilmesi için başlangıç noktası olduğu kanaatindeyim (04 Ekim 2022).*

b. Düşünce ve İfade Özgürlükleri

Arslan'a göre, "*insan, düşünen ve düşündüğünü açıklayan bir varlıktır. Bu anlamda ifadeyi engelleme, insanın temel özelliğini inkâr etme anlamına gelir*" *(24 Eylül 2020).* Onun Mevlana'nın öğretisine düşünce ve ifade özgürlükleri açısından getirdiği yorumlar da oldukça ilgi çekicidir. O bu konuda Descartes ve Mevlana'yı karşılaştırır ve Mevlana'nın Descartes'ten çok daha önce, düşünceyi insanoğlunun özü olarak değerlendiği tespitini yapar: "*İfade özgürlüğüne, düşüncelerimizin iletilebilmesinin yegâne aracı olduğundan da değer veriyoruz. Düşünme eylemi, insan varoluşunun kalbinde yer alır. Descartes'in 'Düşünüyorum, öyleyse varım' şeklinde çevrilen Cogito' su bu varoluşsal kesinliği ifade eder. Descartes'ten çok daha önce, Mevlana Celaleddin Rûmî, düşünceyi insanoğlunun özü olarak değerlendirmiştir. Rûmî, 'insanın düşünceden ibaret olduğunu, geri kalanının ise yalnızca et ve kemik' olduğunu kaydeder. Düşünen ve konuşan varlıklar olarak kendimizi gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne gereksinimimiz vardır. Bu nedenle, söz konusu özgürlüğün reddi, insanoğlunun doğasının ihlali olacaktır (16 Ekim 2015).*"

O, başkanlık döneminin ikinci, uluslararası alanda ise ilk konuşmasını teşkil eden Avrupa Konseyi tarafından 13-14 Ekim 2015 tarihlerinde Strazburg'da düzenlenen "İfade Özgürlüğü: Demokrasi için Halen bir Önkoşul mu?" konulu konferansın açış oturumundaki konuşmasını Mevlana'dan ifade özgürlüğünün evrensel ve çağlar üstü önemini ortaya koyan bir alıntıyla sonlandırmıştır: "*İfade özgürlüğü; yalnızca çoğulcu siyaset ve sivil toplum için gerekli değildir, kendimizi ahlaki sorumluluk taşıyan bireyler olarak gerçekleştirebilmemizin de bir ön koşuludur. Konuşmamı Rûmî'nin özgür ifadeye ilişkin bilgelik dolu sözlerine atıfta bulunarak sonlandırmak isterim: "Köle değilsin, bu yüzden Sultan gibi konuş; fikirlerini dilediğince ifade et*[30] *(16 Ekim 2015)."*

Sayın Başkan, yargı kararından ziyade kararı verenleri hedef alan eleştirilerin ifade özgürlüğü açısından sorunlu niteliğini ortaya koymak için de Mevlana'dan ilham almaktadır: *"…eleştirinin eleştirilenler bakımından etkili ve faydalı olabilmesi büyük ölçüde kullanılan üsluba bağlıdır. Çoğu kez "nasıl" söylediğiniz, "ne" söylediğinizin önüne geçer. Hiç şüphesiz üslup ya da ifade tarzı da ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Elbette herkes dilediği üslubu tercih etmekte serbesttir. Ancak yargı kararından ziyade kararı verenlere odaklanan ve eleştiri ötesine geçen ifadelerin fayda getirmeyeceği zira eleştiriyi mecrasından uzaklaştıracağı açıktır. Esasen kullandığımız dil, kimliğimizi ve kişiliğimizi yansıtır. Mesnevi'de Mevlana der ki: "İnsan, dilinin altında gizlidir. Bu dil, canın kapısına perdedir. Bir rüzgâr perdeyi savurunca, evin içindeki sır bize âşikar olur (24 Eylül 2020)."*

Öte yandan Mevlana'nın adalet tanımı temel hakların çatıştığı durumlarda da anayasal yorum için yol göstericidir: *"Anayasal yorumun en zor alanlarından biri temel hakların çatıştığı durumlardır…Anayasa mahkemelerinin görevi bu çatışmada haklar arasında adil bir dengeleme yapmaktır... Bu noktada mahkemeler, adil bir dengeleme yapmak suretiyle hakkı tespit ve teslim etmeye gayret göstermektedirler. Bu çaba anayasal adaletin gereğidir, zira Mevlânâ Celâleddîn-i Rûmî'nin asırlar önce söylediği gibi adalet her şeyin yerli yerine konulmasıdır*[31] *(21 Eylül 2022)"*

5. Hukuk Devletinin Savunucusu

Arslan'ın konuşmalarına hâkim kavramlardan birisi de "hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğüdür. Onun "*hukuk, her toplum için ekmek, su ve teneffüs ettiğimiz hava kadar hayati bir ihtiyaçtır. Dolayısıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması ve sürdürülmesi, bir ülkenin geleceğinin teminatıdır*" *(20 Şubat 2019)* tespiti hukukun üstünlüğüne verdiği önemin göstergesidir. Hukuk devleti ilkesini anayasal demokrasinin en önemli ilkesi olarak ve Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal kimliğin hâkim unsuru nitelendirmektedir: *Anayasal demokrasinin en önemli unsurunun hukuk devleti ilkesi olduğu bilinmektedir. Bu ilke, en genel an-*

30 Aktaran Ergül, E. (2014). *Rûmî: A Source of Inspiration for Universal Justice and Peace*, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, s. 49.

31 Rûmî, J. (2010). Book V, §§ 1085, 1090.

lamda hukukun üstünlüğünü ve gerçek manada uygulanmasını ifade etmektedir (25 Nisan 2016). Bilindiği üzere anayasal kimliğimizin hâkim unsuru hukuk devletidir… Anayasa Mahkemesinin Anayasa'yı yorumlama ve uygulamada en fazla başvurduğu ilkelerin başında hukuk devleti gelmektedir. Mahkememizin vurguladığı üzere "hukuk devleti, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir" (01 Kasım 2022).

Yönetilenler kadar yönetenlerin de hukuka tabi olduğu hukuk devleti ancak bağımsız ve tarafsız yargı aracılığıyla hayata geçebilir: *Kuşkusuz hukuk devletinin vazgeçilmez özelliklerinden biri, uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından karara bağlanması ve bu kararların herkesi bağlamasıdır. Ünlü düşünür Kant'a göre hukuk devletini ayırt eden unsur bireylerin insan olmaları nedeniyle haklara sahip olmaları değildir. Bu haklar henüz devletin ortaya çıkmadığı doğa durumunda da vardır ancak güvende değildir. Kant'ın düşüncesinde doğa durumundan devletin olduğu "sivil toplum"a geçişin temel nedeni insanların haklarını güvence altına almaktır. Bu anlamda hukuk devleti, temel haklar konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların hâkimlerin bağlayıcı kararlarıyla çözüldüğü ve bu kararların kamu gücü tarafından uygulandığı devlettir. Kant'tan asırlar önce Mevlânâ, hukukun ve hâkimin toplumsal hayat için ne kadar önemli olduğunu çok güzel şekilde anlatmıştır. Mevlânâ hâkimi "Hakk'ın terazisi" olarak nitelendirmiştir. Bu terazi sayesinde, hakkaniyete uygun olarak uyuşmazlıklar giderilir ve kamu düzeni sağlanır. Hukuk kurallarını uygulayarak uyuşmazlıkları çözdüğü için "Kadı [Hâkim] rahmettir, kavgayı giderir; kıyametteki adalet denizinden bir damladır*[32]*." Kuşkusuz hâkimin uyuşmazlıkları barışçıl şekilde gidermesi, kararlarının etkili şekilde uygulanmasına bağlıdır (01 Kasım 2022).*

Arslan, demokratik hukuk devletini Anayasa Mahkemesi kararlarından da hareketle; "halkın yönetimin öznesi olduğu, siyasi iktidarın temel hak ve hürriyetleri korumak amacıyla sınırlandığı, hukuk kurallarının yönetilenler kadar yönetenleri de bağladığı devlet" olarak tanımlamaktadır. Ona göre, demokratik hukuk devletini yaşatan; adalet, özgürlük, eşitlik, hoşgörü, çoğulculuk gibi değerler manzumesi tarihte birçok evrensel düşünür tarafından dile getirilmiş olup bunlardan birisi de Mevlana'dır: "*Sözgelimi adalet anlayışı hiçbir kültürün ya da coğrafyanın tekelinde değildir. Bunlar Doğu'da ve Batı'da tarihsel süreç içinde oluşan düşünce ve tecrübenin şu ya da bu ölçüde katkı yaptığı ortak değerlerdir. Bu değerlerin köklerini Sophocles'in Antigone'unda da bulabilirsiniz, Mevlana'nın Mesnevi'sinde de. Spinoza'nın Etika'sında da bulabilirsiniz, Kınalızade Ali Efendi'nin Ahlak-ı Ala'i'sinde de (16 Ekim 2015).*

Onun konuşmalarına hâkim hukuk ve adalet vurgusunun gerekçesini şu tespitinde bulmak mümkündür: *Hukuk ve adalet açığı bir ülkenin geleceği bakımından her türlü açıktan daha tehlikelidir. Zira bu açık, temeli adalet olması gereken*

32 a.g.e. Book VI, § 1495, s. 517.

devlete yönelik toplumsal güveni ve inancı zedeleyecektir… Hukuku uygulamakla ve adaleti tesis etmekle görevli olan başta hâkimler olmak üzere yargı mensuplarının şiarı 3A yani akıl, ahlak ve adalet olmalıdır (28 Haziran 2021).

Arslan için Mevlana, sadece hukuk, adalet ve hâkimin rolü gibi konulardaki geçerliliğini bugünde sürdüren doğrudan görüşleri ile değil, aynı zamanda bilge yönüyle de yol göstericidir. Onun bu bilgeliğinden hukukçular, siyasetçiler, akademisyenler, aydınlar, kısacası daha iyi bir toplum ve dünya hedefleyen herkes yararlanmalıdır. Nitekim Mevlana'nın insanın değerini peşinden gittiği, aradığı şeyle özdeşleştiren anlamlı sözü hukukun üstünlüğüne ve temel haklara dayanan adil bir dünya arayışı için de teşvik edici bir unsur olabilir: "*Rûmî, dünyanın doğusundan ve batısından pek çok kişi gibi, yargı yoluyla korunması gereken ortak değer ve ilkelerimizin olduğunu ortaya koymaktadır (17 Aralık 2022). Konuşmamı Mevlana'nın sözleriyle tamamlamak istiyorum. Şöyle diyor: "İnsanın değeri neyle ölçülür, bilir misin? Aradığı şeyle… İnsan neyi ararsa ona layıktır". Hukukun üstünlüğüne ve temel haklara dayanan adil bir dünya arayışıyla, hepinize saygılar sunuyorum (14 Aralık 2018)."*

6. Anayasal Adalet İçin Kılavuz

Arslan'a göre *"Anayasal demokrasilerin asli amacı temel hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde korunmasıdır (25 Nisan 2016)."* Diğer yandan, *"Anayasa Mahkemesinin de varlık nedeni, Anayasayı ve temel hak ve özgürlükleri korumak suretiyle anayasal adaletin ve bireysel adaletin sağlanmasına katkı yapmaktır" (20 Aralık 2016). Anayasal adalet, en genel anlamda başta temel hak ve özgürlükleri güvenceye alan maddeler olmak üzere tüm anayasal hükümlerin, bilhassa hukukun üstünlüğü, demokrasi ve kuvvetler ayrılığı gibi anayasal prensiplerin korunmasını ifade eder. Anayasayı yorumlamak ve uygulamak suretiyle anayasal adaleti sağlamak görevi, en başta bu amaçla ihdas edilmiş olan anayasa mahkemelerine aittir. Bu mahkemeler bir yandan kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyerek, diğer yandan da bireysel başvuru veya anayasa şikâyeti yoluyla yapılan hak ihlali iddialarını karara bağlayarak anayasal adaleti tesis etmeye çalışmaktadırlar. Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi de kurulduğu yıldan bu yana kanunların anayasaya uygunluğu denetimini yapmaktadır (23 Eylül 2022)."* Anayasa yargısının temel işlevi olan insan haklarının korunmasını gerçekleştirebilmesi için ise anayasal değerleri hayata geçirebilmesi gerekir. Bu ise ancak söz konusu değerlerin bize yabancı olmadığını, bilakis öz değerlerimiz diğer bir anlatımla medeniyet değerlerimiz olduğunu fark ederek ve anlayarak mümkün olabilir: "*Bilindiği üzere anayasa yargısının temel işlevi, anayasanın üstünlüğünün sağlanması suretiyle temel hak ve hürriyetlerin korunmasıdır. Bu işlevin tam olarak yerine getirilmesi ise toplum sözleşmesi mahiyetinde olan anayasalarda yer alan adalet, eşitlik, hürriyet, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı gibi anayasal ilke ve değerlerin hayata geçirilmesine bağlıdır. Kuşkusuz anayasal ilke ve değerlerin zamana ve mekâna göre adlandırılma-*

sı değişebilmektedir ancak toplumsal ve siyasal birlikteliği sağlayan değerlerin farklı kültür ve medeniyetlerde köklerinin bulunduğu da malumdur (23 Aralık 2022). Dolayısıyla anayasa yargısı kapsamına giren bu ilke ve değerler bize yabancı değildir. Bilakis bunlar bizim öz değerlerimizdir (23 Aralık 2022).

Anayasa Mahkemesi 2012 yılından bu yana yoğun bir iş yüküne rağmen istikrarlı bir şekilde hak-eksenli yaklaşımını devam ettirmektedir. Arslan bu yaklaşımın zihni ve felsefi temelini medeniyetimizin insanı yaşatma paradigmasına dayandırmaktadır: "*Mahkememizin önünde yoğun iş yükü ve tamamen yeni olan hukuksal kurumlarla ilgili ilkeler geliştirme gibi bazı zorluklar vardır. Ancak, tüm zorluklara karşın, Anayasa Mahkemesi, norm denetiminde ve bireysel başvuruda 2012 yılından bu yana istikrarlı bir şekilde hak-eksenli yaklaşımını devam ettirmektedir. Hak eksenli yaklaşım, temel hak ve hürriyetleri esas alan insanı yaşatma paradigmasına dayanmaktadır (20 Şubat 2019). Hak-eksenli yaklaşım, özgürlüğün esas sınırlamanın istisna olduğu kabulünden hareket eder. Bu yaklaşım anayasanın temel haklara öncelik verilerek özgürlükler lehine yorumlanmasını gerektirmektedir (21 Eylül 2022). Hak eksenli paradigma temel hak ve özgürlüklerin korunmasına diğer toplumsal ve siyasal faydalar karşısında öncelik tanıyan, hak ve özgürlüğü esas, sınırlamayı istisna olarak kabul eden, son tahlilde özgürlükler lehine yorumu gerektiren bir yaklaşımı ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında anayasa yargısına hâkim olması gereken yaklaşımın hak eksenli paradigma olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre anayasal hükümler 'hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebilir.' Bu sebeple kamu gücü kullananların 'anayasal hükümleri özgürlükler lehine yorumlamaları' mümkün ve gereklidir. Bunun yanında hak eksenli yaklaşım, anayasal hükümlerin hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında yorumlanmasını gerektirmektedir (3 Ocak 2023).*"

Ona göre, hak eksenli paradigma ideoloji eksenli paradigmanın karşıtıdır*: Yirmi yıl önce yayımlanan bir makalemde insan hakları yargılaması yapan mahkemelere biri ideoloji eksenli diğeri de hak eksenli olmak üzere çatışan iki paradigmanın hâkim olduğunu savunmuştum*[33]*. O makalede Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin korunmasını öncelemeyen, hatta onları yeri geldiğinde ideolojiye kurban eden bir paradigma içinde hareket ettiğini açıklamaya çalışmıştım. Bugün gelinen noktada, bilhassa bireysel başvurunun uygulanmasıyla birlikte, anayasa yargısında bir paradigma değişimi yaşandığını, bu değişimin de hak eksenli paradigmanın benimsenmesi şeklinde gerçekleştiğini biliyoruz (3 Ocak 2023).*

O, Anayasa Mahkeme üyelerinin ve personelinin bu zor misyonunu yerine getirirken Mevlana'nın pergel metaforundan ilham aldıklarını belirtmektedir: *Mevlana diyor ki, "Beden Hz. Meryem'e benzer ve her birimiz o bedende bir İsa taşırız". Dolayısıyla ne istiyorsanız onun sancısını, tutkusunu ve arzusunu taşıyacaksınız. Anayasa Mahkemesi olarak, yine Mevlana'nın pergel metaforundan mülhem, bir*

33 Arslan, Z. (2002). "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11., S. 1., s. 9-25.

ayağımız bu toprakların değerlerinde sabit, diğer ayağımızla tüm dünyaya açılarak anayasal adaletin tesisi için çaba gösteriyoruz. Anayasanın ve temel hak ve hürriyetlerin tam olarak korunduğu, karşılaştırmalı anayasa yargısında iyi uygulama örnekleri arasında yerini alan ideal bir anayasallık denetiminin derdini ve arzusunu taşıyoruz. Zira biliyoruz ki, etkili bir anayasallık denetimi demokratik hukuk devletinin varlığını devam ettirmesinde hayati bir işlev görmektedir (20 Şubat 2019).

Ona göre Mahkemenin anayasal adaletin sağlanmasına yönelik çabası Mevlana'nın adalet tanımının hayata geçirilmesi çabasından başka bir şey değildir: *Anayasa Mahkemesi, sadece din ve vicdan özgürlüğü alanında değil, yaşama hakkından ifade özgürlüğüne, adil yargılanma hakkından örgütlenme özgürlüğüne kadar tüm anayasal hak ve özgürlüklere ilişkin çok önemli kararlar vermiş ve vermeye devam etmektedir. Bunu yaparken de Mahkememiz, Anayasa'da öngörülen suçların önlenmesi, kamu düzeni, kamu güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sınırlama nedenlerini de kuşkusuz değerlendirmektedir. Kısacası Anayasa Mahkemesi anayasal adaleti sağlamak için Mevlana'nın asırlar öncesinde ifade ettiği gibi "her şeyi yerli yerine koymaya" çalışmaktadır (31 Ekim 2022).*

Diğer yandan Mahkememiz, temel hak ve özgürlükleri korumaya çalışırken güvenliği bir kenara bırakmamaktadır. Mahkeme bazı istisnaları olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin mutlak olmadığını; Anayasa'da öngörüldüğü üzere kamu yararı, kamu düzeni ve güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sebeplerle sınırlandırılabileceğini de belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi bilhassa kamu güvenliği ile özgürlükler arasında hassas bir dengeleme yapmakta, Mevlana Celâleddin Rûmi'nin asırlar önce ifade ettiği gibi adaletin tecellisi için her şeyi yerli yerine koymaya gayret göstermektedir[34]."

Öyle ki Anayasa Mahkemesini anayasal adaleti gerçekleştirmeye çalışması onun Mevlana'nın izinden gittiğinin göstergesidir: *"Rumu'nin izinden giden Türkiye Anayasa Mahkemesi, başta bireylerin temel hak ve özgürlükleri olmak üzere, bu anayasal ilke ve değerlerin koruyucusudur (17 Aralık 2022). Anayasa Mahkemesinin hak eksenli paradigması anayasal sınırlarını aşan bir 'yargısal aktivizm'den de, yetkilerini kullanmaktan çekinen bir 'yargısal kendini sınırlama'dan da aynı ölçüde uzak durmayı gerektirmektedir. Mahkememiz hürriyetin ötekilerin hürriyetiyle bir arada korunması gerektiği düşüncesiyle kararlarını vermektedir. Bu amaçla Anayasa Mahkemesi, Mevlânâ'nın adalet tanımında olduğu gibi her şeyi yerli yerine koymaya, herkesin hakkını ve hak ettiğini teslim etmeye çalışmaktadır[35] (16 Mayıs 2022).*

7. Hukuk ve Yargıya İrfani Bakış İçin Referans

Hukuk felsefecisi Prof. Dr. Vecdi Aral "*hukuk adalete yönelmiş toplumsal yaşam düzenidir"* tanımı yapar[36] ve hukukun düzenin sağladıkları arasında en başta barışı sayar. Çünkü insan toplum içinde de yaşamını en iyi biçimde

34 Mevlânâ, C. M. (2017). s. 866.
35 a.g.e. s. 866.
36 Aral, V. (2012). *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,* İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 14.

sürdürmek ve bunun için gerekli araçları elde etmek ister. Bu insanlar arası sürekli bir savaş ve çatışmanın kaynağıdır. Bu savaş ve çatışmada bireylerin sahip oldukları değişik ve değişken gücün kullanılması tamamen başıboş bırakılmış olsaydı, toplum kurulamayacak ya da kurulmuş olsa bile varlığını sürdüremeyecekti. Böylece, toplumsal yaşamın, kurulmak ve varlığını sürdürebilmek için gerektirdiği hukuk düzeni, insanların bir arada barış içinde yaşamalarını sağlamaktadır[37] .

Bu konuda Kant'la Mevlana düşüncesi arasında benzerliğe dikkat çeken Arslan Mevlana'nın Kant'a önceliğini vurgulamaktadır: "*Kuşkusuz hukuk devletinin vazgeçilmez özelliklerinden biri, uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından karara bağlanması ve bu kararların herkesi bağlamasıdır. Ünlü düşünür Kant'a göre hukuk devletini ayırt eden unsur bireylerin insan olmaları nedeniyle haklara sahip olmaları değildir. Bu haklar henüz devletin ortaya çıkmadığı doğa durumunda da vardır ancak güvende değildir. Kant'ın düşüncesinde doğa durumundan devletin olduğu "sivil toplum"a geçişin temel nedeni insanların haklarını güvence altına almaktır. Bu anlamda hukuk devleti, temel haklar konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların hâkimlerin bağlayıcı kararlarıyla çözüldüğü ve bu kararların kamu gücü tarafından uygulandığı devlettir. Kant'tan asırlar önce Mevlânâ, hukukun ve hâkimin toplumsal hayat için ne kadar önemli olduğunu çok güzel şekilde anlatmıştır. Mevlânâ hâkimi "Hakk'ın terazisi" olarak nitelendirmiştir. Bu terazi sayesinde, hakkaniyete uygun olarak uyuşmazlıklar giderilir ve kamu düzeni sağlanır. Hukuk kurallarını uygulayarak uyuşmazlıkları çözdüğü için "Kadı [Hâkim] rahmettir, kavgayı giderir; kıyametteki adalet denizinden bir damladır*[38] *(01 Kasım 2022)."*

Arslan'ın Kant'la Mevlana arasında kurduğu paralelliğin diğer bir nedeni her iki düşünürün de kendi medeniyetleri içinde aynı gelenekte yer almaları bulunmaktadır*: "Doğu gibi Batı da homojen değildir. Yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve İslamofobiyi üreten/besleyen düşünceler yanında, çoğulculuğu ve hoşgörüyü savunan güçlü düşünce gelenekleri de mevcuttur. Ünlü filozof Kant bu geleneğin en önemli temsilcilerinden biridir (18 Eylül 2017)."*

Arslan, Mevlana'nın hâkimi özellikle rahmet olarak nitelendirmesinden hareketle, onun hukukun ve yargılama makamı olan hâkimin işlevini bugünkü anlamda anladığını ve açıkladığını belirtmektedir: *"(Mevlana) Bireylerin barış içerisinde bir arada yaşayabilmeleri için hukukun, adaletin ve hâkimlerin önemini sık sık vurgulamıştır (17 Aralık 2022). En genel anlamda hukukun toplumsal işlevi insanların bir arada huzur içinde yaşamasını sağlamaktır. Hukuk bu işlevini uyuşmazlıkların barışçıl şekilde çözülmesini sağlayarak yerine getirir. Tam da bu nedenle Mevlana, hukuku ve bilhassa uyuşmazlıkları karara bağlayan hâkimi rahmet olarak nitelemiştir (14 Şubat 2022). Rumi'ye göre hukuk, insanlar arasındaki uyuşmazlık-*

37 Aral, V. (2021). *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları,* İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 179.
38 Mevlana, C. M. (2017). s. 828.

ları ve anlaşmazlıkları barışçıl bir şekilde çözmek için vardır. Bu nedenle çatışmaları çözmek için hukuku uygulayan hâkimi (kadı), "bir rahmet ve çatışmayı gideren" kişi olarak görmüştür (17 Aralık 2022). Adaletin ikinci sembolü terazidir. Bu terazi sayesinde, uyuşmazlıklar hakkaniyete uygun olarak çözüme bağlanır ve kamu düzeni sağlanır. Tam da bu nedenle Mevlana, "Hakk'ın terazisi" dediği hâkimi bir "rahmet" ve "Kıyametteki adalet denizinden bir damla" olarak nitelendirmiştir. Gerçekten de adil yargılama uygulamasıyla hukuk, toplum ve devlet hayatı bakımından bir rahmettir. Bu yüzden hukuksuz kalan devlet, yaşam destek ünitesine bağlı bir hasta gibidir (09 Haziran 2020).

SONUÇ

AYM Başkanı, anayasa hukukçusu akademisyen Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın zihin ve gönül dünyasındaki Mevlana *"bu toprakların ruh köklerini oluşturan düşünürlerden"* biri, *"irfan abidesi"*, *"irfan eri"*, Batı'nın ünlü birçok düşünürünü önceleyen, Doğu'yla Batı'yı ortak evrensel değerlerde buluşturan, yeryüzü ölçeğinde insan odaklı bir yaklaşımın ve birlikte yaşama kültürünün hayata geçilmesi ile insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesinde ilham kaynağı olabilecek bir toplum ve medeniyet düşünürüdür. Sayın Başkan'ın konuşmalarındaki Mevlana bugün ülkemizin, İslam dünyasının ve insanlığın ihtiyaç duyduğu prensip ve değerler manzumesini dile getiren ölümsüz bir arif düşünür olup sadece geçmişi aydınlatmakla kalmamış, kulak verildiğinde insanlığın bugünü de aydınlatacak ve muasır medeniyetin bir arada yaşamayı tehdit eden hastalıklarına çare, zehirlerine panzehir olacak reçeteleri "Mesnevi"sinde ortaya koymuştur.

O, konuşmalarında Mevlana'nın günümüzün ağır ve acil sorunlarının çözümünde ilham kaynağı oluşturacak bir medeniyet, hukuk, adalet ve insan hakları düşünürü boyutunu gerekçeli ve ikna edici bir şekilde ortaya koymaktadır. Mevlana bu işlevi görmekte yalnız da değildir. O, öncesi ve sonrası olan bir medeniyet düşünürleri zincirinin en önemli halkalarındandır. Ahmed Yesevi'den Yunus Emre'ye, Farabi'den İbn Haldun'a, Sadi Şirazi'den Aliya İzzetbegoviç'e medeniyet düşünürlerimiz insanlığın ortak medeniyet ve evrensel değerler havuzunu geçmişte besledikleri gibi bugün de düşünceleri içselleştirildiği takdirde insanlığa ağır ve acil sorunlarını çözmede kılavuzluk edebilirler.

Ona göre Mevlana; adalet, eşitlik, hürriyet ve çoğulculuk gibi evrensel değerleri güçlü bir şekilde dile getirmekte, insanların yargı yoluyla korunması gereken ortak değer ve ilkeleri olduğunu ortaya koymaktadır. O bu konuda dile getirdiği evrensel düşünceleriyle Kant ve Descartes gibi birçok Batılı düşünürü öncelemiştir. Bu abidevi şahsiyet özellikle günümüzde de geçerli

olan adalet tanımıyla hâkimlere ve yargı organına yol göstermekte, anayasa mahkemelerinin anayasal adaleti gerçekleştirmek için izleyecekleri rotayı çizmektedir. Mevlana, Mesnevi'de toplum için rahmet olarak nitelendirdiği yargı organı ve hukukun toplumsal işlev ve misyonunu tam da bugün anladığımız gibi uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları barışçıl bir şekilde çözmek olarak açıklamaktadır.

Arslan, anayasa mahkemelerinin anayasal adaleti gerçekleştirme işlevini Mevlana'nın adalet tanımından hareketle temellendirmektedir. O, AYM'nin anayasal adaletin sağlanmasına yönelik çabasını Mevlana'nın adalet tanımının hayata geçirilmesi çabası olarak görmektedir. Öyle ki AYM'nin bu doğrultuda çalışması onun Mevlana'nın izinden gittiğinin göstergesidir.

Arslan, Mevlana'yı, birlikte yaşama teorisi ve pratiğini gerçekleştiremeyen muasır medeniyet karşısında, bizden önce bu toprakların irfan abidelerinin yaptığı gibi "*Ne olursan ol yine gel.*" diyen bir medeniyeti ihya ve inşa edebilmemiz için pergel metoforundaki sağlam ayağın basılacağı ilham zemini olarak görmektedir. Gerçekten de günümüzde en çok ihtiyacımız olan aynen Mevlana gibi bir ayağı bu coğrafya ve onun medeniyet değerleri ve birikimi üzerinde sabit, diğer ayağıyla dünyayı ve insanlığı dolaşan yeni irfan erleridir. Bu misyonu yerine getirecek Anadolu irfan erlerini yetiştirme sorumluluğunu en başta sahiplenmesi gereken ise üniversitelerdir.

KAYNAKÇA

ARAL, Vecdi (1990)."Kültür ve Hukuk", *Journal of Istanbul University Law Faculty* C. 53., S. 1-4., ss. 253-265.

ARAL, Vecdi (2012). *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,* İstanbul: On İki Levha Yayınları.

ARAL, Vecdi (2021). *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları,* İstanbul: On İki Levha Yayınları.

ARSLAN, Zühtü (2002). "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11., S. 1., s. 9-25.

ARSLAN, Zühtü (2023). *Konuşmalar,* https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/.

BARDAKÇI, Mehmet Necmettin (2008). "Mevlana'ya Göre İnsanın Mahiyeti ve Kamil İnsan Olma", *Erdem Atatürk Kültür Merkezi Dergisi,* S. 50 (Mevlana Özel Sayısı)., ss. 1-14.

ERGÜL, Ergin (2019). *Bir Hukuk ve Siyaset Bilgesi Olarak Mevlana,* Ankara: Adalet Yayınevi.

ERGÜL, Ergin (2014). *Rûmî: A Source of Inspiration for Universal Justice and Peace*, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları.

ERGÜL, Ergin (2023). *Medeniyet Estetiği Dersleri,* 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

FÜRÛZANFER, Bediuzzaman (2005). *Mevlana Celaleddin,* UZLUK, Feridun Nafiz (Çev.), Konya: Konya Valiliği, İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü Yayınları.

HACI BEKTAŞ-I VELİ (2011). *Makâlât,* Yılmaz, Ali, Akkuş, Mehmet ve Öztürk, Ali (Haz.), Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

İZZETBEGOVİÇ, Aliya (2015). *Özgürlüğe Kaçışım: Zindandan Notlar,* 21. Baskı, Başoğlu, İstanbul: Hasan Tuncay (Çev.), İstanbul: Klasik Yayınları.

İZZETBEGOVİÇ, Aliya (2015). *Konuşmalar,* 19. Baskı, Altun, Fatmanur ve Ahmetoğlu, Rıfat (Çev.), İstanbul: Klasik Yayınları.

GÖLPINARLI, Abdülbaki (1999). Mevlana Celâleddin, İstanbul: İnkılâp Yayınları.

JALALI, Ahmad (2002). "Prélude au dialogue dans la pensée religieuse de Rûmî", *Diogène*, C. 200., S. 4., ss. 155-164.

KARAKOÇ, Sezai (2015). *Mevlana,* 9. Baskı, İstanbul: Diriliş Yayınları.

LEWIS, Bernard (2021). *Çatışan Kültürler, Keşifler Çağında Hristiyanlar, Müslümanlar,* Yahudiler, 2. Baskı, Elhuseyni, Nurettin (Çev.), İstanbul: Profil Kitap.

MERİÇ, Cemil (1980). *Kırk Ambar,* İstanbul: Ötüken Neşriyat.

MERİÇ, Cemil (1986). *Kültürden İrfana,* İstanbul: İnsan Yayınları.

Mevlana, Celaleddin Rumî (2015). *Fîhi Mâ Fîh, Mevlana'nın Konuşma ve Sohbetleri,* Aydın, Cemal (Çev.), İstanbul: Türk Edebiyatı Vakfı Yayınları.

Mevlana, Celaleddin Rumî (2009). *Dîvan-ı Kebir, Seçmeler,* C. 1, Can, Şefik (Çev.), İstanbul: Ötüken Yayınları.

Mevlana, Celaleddin Rumî (2009). *Dîvan-ı Kebir, Seçmeler,* C. 2. Can, Şefik (Çev.), İstanbul: Ötüken Yayınları.

Mevlana, Celaleddin Rumî (2013). *Rubâîler*, Sarıoğlu, Halil İbrahim (Haz.), Ankara: DİB Yayınları.

Mevlana, Celaleddin Rumî (2017). *Mesnevî-i Ma'nevî,* Örs, Derya ve Kırlangıç, Hicabi (Çev.), İstanbul, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları.

ÖNGÖREN, Reşat (2004). "Mevlana Celaleddin-i Rumi", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, https://islamansiklopedisi.org.tr/Mevlana-celaleddin-i-Rûmî (Erişim Tarihi: 12/8/2023).

RÛMÎ, Jelaluddin (2010). *The Mathnawî,* Volume II, Nicholson, Reynold Alleyne (Trans.), Konya: Konya Metropolitan Municipality Book.

Dr. Osman ARSLAN
(Anayasa Mahkemesi Basın Müşaviri
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü)

ZÜHTÜ ARSLAN'IN KONUŞMALARINDA ALİYA İZZETBEGOVİÇ'İN KONUMLANIŞI ÜZERİNE

Anayasa Mahkemesi başkanı olarak görev yaptığı on yılda Zühtü Arslan'la çeşitli kademelerde birlikte çalıştım. Kendisini henüz Mülkiye birinci sınıfı okuduğum 1986-1987 eğitim yılında tanıdım. O yıllarda son sınıf öğrencisi olan Zühtü Arslan bir insan hakları aktivisti olarak dikkatimizi çekiyordu. Dönemin yaygın sorunu olan başörtüsü yasaklarına karşı gerçekleştirilen eylemlerde yaptığı özgürlükçü hitabetlerini dinlediğimizi hatırlıyorum. Bu eylemlerde resmî ideolojinin ağır gölgesine aldırmayan duruşu nedeniyle hakkında bazı okul arkadaşlarımızın *"Artık o fişlendi, devlette çöpçü bile yapmazlar, böylesi eylemlerde afişe olarak kendine yazık ediyor."* şeklindeki söylemlerini duyuyorduk. Ancak aksine, inandığı doğruları hesap yapmaksızın savunan bu duruşun sahibi, çöpçüsü bile olamayacağı söylenen o devletin en önemli makamlarından birinde on yıl bulunarak en uzun süre görev yapan başkanı oldu. Böylece hayatı boyunca savunduğu ve uğrunda mücadele ettiği özgürlükçü yaklaşımı hukukun eksenine oturtma yönünde etkin olabilme şansını Anayasa Mahkemesi üyesi ve başkanı olarak yakaladı.

Kuşkusuz bu değişimin dinamiği YÖK kontenjanından Cumhurbaşkanı tarafından üye olarak seçildiği 2012 yılında Anayasa Mahkemesince kabul edilmeye başlanan bireysel başvuru olmuştur. Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi başkanlığı dönemi bireysel başvuru yolunun Türk hukuk sistemine taşıdığı "hak eksenli paradigma"yı yerleştirme çabasıyla geçmiştir denebilir[1]. Hayatı boyunca savunduğu, insan hak ve özgürlüklerinin evrensel bir değer olması yanında kültürümüzün *"İnsanı yaşat ki devlet yaşasın."* ilkesinin hayata geçirilmesinin bir aracı olması nedeniyle[2] de inanarak, samimiyet ve özveri içinde hizmet etmeye çalıştığı bu yeni paradigmanın yerleştirilmesini Arslan, yüce Mahkemede gerçekleştirdiği yapısal değişimler ve yargısal süreçlerdeki yenilenmelerle de destekleyerek başkanlık yaptığı on yıllık dönemde oturtmayı başararak dinamik bir kurumsal liderlik örneği sergilemiştir.

1 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2016a), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/bireysel-basvuru-sisteminin-desteklenmesi-ortak-projesi-acilis-konferansinda-yaptigi-konusma/ (Erişim Tarihi: 20/2/2024).

2 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi. (2021a). "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/turkiye-insan-haklari-ve-esitlik-kurumu-uzman-yardimcilarina-yonelik-egitim-programi-acis-konusmalari/ (Erişim Tarihi: 20/2/2024).

En Uzun On Yılın Başkanı

Arslan'ın bireysel başvuru yolu ile eş güdümlü başlayarak ilerleyen başkanlık dönemi; pek çok siyasal ve ekonomik kriz, gergin atmosferlerde yaşanan seçimler, bölücü terörün kent içi işgalleriyle mücadele, Ergenekon yargılamaları, Fetullahçı Terör Örgütünün/Paralel Devlet Yapılanmasının hukuku kullanarak düzenlediği komplolar, askerî darbe girişimi ve sonrasında bu örgüte karşı mücadele kapsamında yapılan toplu kamudan ihraç ve yargılama süreçleri, Cumhurbaşkanlığı sistemine geçişi sağlayan yönetim biçimi değişikliği, tarihin en büyük göçmen dalgası sorunu, ekonomik krizler ve asrın en büyük depremi gibi olağanüstü olayların üst üste yaşandığı kendi ifadesiyle "*ülkemizin en uzun on yılı*" sayılabilecek zorlu bir dönem[3] olmuştur. Arslan'ın başkanlığındaki Anayasa Mahkemesinin bu ağır koşullar altında devletin güvenlik güçlerinin yürüttüğü terörle mücadeleyi desteklerken aynı zamanda kamu gücünün hukuk çerçevesinde kalınmasını sağlamaya azami hassasiyet gösteren tutumu kayıtlara girmiş durumdadır.

Zühtü Arslan'ın AYM kararlarında kullandığı oyların yönü de ifade ettiğimiz bütün bu çabalarındaki samimiyetinin ve ciddiyetinin kanıtı niteliğinde görülebilir. İnsan haklarını eksene alan, özgürlükçü, hukukun üstünlüğüne dayanan çoğulcu demokrasiden yana bu yaklaşımı imza koyduğu Mahkeme kararlarında ve karşı oylarında belirgin hâlde durmaktadır. Bu tavrın sadece bir genel kabule ve inanışa değil entelektüel derinliği olan akademik olarak temellendirilmiş sağlam bir felsefeye dayandığını Zühtü Arslan'ın sadece konuşmalarına baktığımızda bile rahatlıkla anlamak mümkündür. Hemen hemen tamamını kendisinden canlı olarak dinleme imkânını bulduğum, sade bir dille sunulan, vukufiyet örneği konuşmaları yeryüzünün her coğrafyasından, tarihin en eski çağlarına kadar uzanan derinliklerden özenle seçilerek güncel bağlamlara taşınan metaforik ifadeler ve parıltılı düşünceler taşımaktadır. Hikmeti, hakikati ve doğruyu aramada sınır tanımayan bu tecessüs hâli, titiz referans duyarlılığı ile birleşince ortaya çıkan bilgece söylemin Mahkemenin basın müşavirliğini yaptığım süreler boyunca her konuşma sonrasında pek çok aydın ve yazarın takdir nazarlarını çektiğine şahit olduğumu söyleyebilirim.

Referanslarında Görülen Entelektüel Zenginliği

Konuşmalarında kullandığı referansları sayısal değerlere dönüştürerek bir tabloyla yansıttığımızda şu dağılım ortaya çıkmaktadır:

3 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2022a), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-muhterem-ince-nin-and-icme-toreni-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 21/2/2024).

YERLİ DÜŞÜNÜRLER	
Afyon Kadısı Hafız Ali	1
Ahmet Yesevi	5
Ali Fuad Başgil	1
Ali Haydar Efendi	1
Aliya İzzetbegoviç	39
Cemil Meriç	1
Ebu'l Hasan El Maverdi	1
Farabi	3
Farabi	3
Hacı Bektaş-ı Veli	3
Halil İnalcık	1
Hz. Ali	1
Hz. Ömer	2
İbn-i Haldun	5
Kanuni Sulta Süleyman	1
Kınalızade Ali Efendi	1
Mehmet Tahir Münir Paşa	1
Mevlana Celaleddin Rumi	29
Muhammed İkbal	1
Mustafa Kemal Atatürk	2
Namık Kemal	1
Nizamülmülk	1
Oğuz Atay	2
Sadi Şirazi	8
Serahsi	1
Suphi Paşa	1
Şair Abay Konanbay	1
Tunuslu Hayreddin Paşa	1
Yunus Emre	2

KUTSAL KİTAPLAR	
Kur'an-ı Kerim	3
Tevrat	1

YABANCI DÜŞÜNÜRLER	
A.V. Dicey	1
Amin Maalouf	1
Aristoteles	3
Benedict de Spinoza	1
Carl Schmitt	2
Castelli	1
Cicero	1
Dante	1
David Dyzenhaus	1
Descartes	1
Dostoyevski	1
Erich From	1
F. Nietzsche	2
George Orvel	2
Hans-Georg Gadamer	1
Hegel	2
Heidegger	2
Heredot	1
I. Kant	10
Ian Shapiro	1
J. Francois Lyotard	1
Jaxques Derrida	3
Jeremy Benthem	2
Jeremy Waldron	1
Kukathas	1
Learned Hand	1
Locke	1
Lord Acton	1
Martin Loughlin	1
Marx	1

Max Weber	1
Mihel Foucault	3
Montesquieu	1
Nelson Mandela	1
Platon	5
Puşkin	1
Robert Nazick	1
S. Zweig	2
Thomas Hobbes	1
Thomas S. Kuhn	1
Tolstoy	2

ESERLER	
Gılgamış Destanı	2
Kral Hammurabi Kanunları	1

Zühtü Arslan'ın başkanlık döneminde yaptığı konuşmalarında 71 defa 41 farklı yabancı düşünüre, 120 defa ise 30 farklı yerli düşünüre atıf yaptığını tespit edebiliyoruz.[4] Konuşmalarında sadece Aliya ve Mevlana'ya yapılan atıfların 68 adet olduğunu ayırarak değerlendirdiğimizde aslında neredeyse Doğu ve Batı düşünürleri arasında referans dağılımının birbirine yakın düzeyde olduğu değerlendirilebilir. Atıf sayısı bakımından yerli düşünürler lehine dengeyi değiştiren Mevlana 29 atıfla yer alırken Zühtü Arslan'ın referansları arasında 39 atıfla ilk sırayı Bosna Hersek devletinin kurucu başkanı ve Boşnak halkının *"Bilge Kral"*ı Aliya İzzetbegoviç almaktadır.

İki Ali

Bu elbette bir tesadüf değildir ve kendisinin dile getirdiği şekliyle iki Ali onu etkilemiştir. Ali Fuat Başgil ve Aliya İzzetbegoviç'i okudukça dünya görüşünün oturduğunu ve şekillenmeye başladığını ifade etmektedir[5].

Ali Fuat Başgil ve Aliya İzzetbegoviç'in Zühtü Arslan'da da görülen bazı ortak özelliklerini bu etkinin yansıması olarak gözlemlemek mümkündür: Her iki "Ali" de eserlerinde Doğu'nun ve Batı'nın önemli düşünürlerini tetkik ederek kendi doğrularını pekiştirmiş entelektüel isimlerdir. Zühtü Arslan da aynı şekilde referanslarında tüm dünyayı ve tarihi kucaklayışıyla dikkat çekmektedir. Ayrıca iki *"Ali"* de Zühtü Arslan gibi hukukçudur. Bunlara ilaveten üzerinde etkili olduğunu ifade ettiği iki "*Ali*" de tıpkı Arslan gibi dönemlerinin *"özgürlükçü"* isimleridir. Başgil "Hür Fikirler Derneği" ve "Hür Fikirler Dergisi" ile anılır. "Allah'a yemin olsun ki köle olmayacağız." sözü Boşnaklar

4 Bu tabloda yer alan veriler 12 Ocak 2024 tarihli konuşması dahil olmak üzere bu tarihe kadar yaptığı Başkanlık dönemi konuşmaları üzerinde yapılan çalışmayla tespit edilmiştir.

5 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2019a), "Mülakatlar", https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/mulakatlar/adalet-akademisince-cikarilan-akademi-kursu-dergisinde-sayi-4-yayinlanan-mulakat/ (Erişim Tarihi: 21/2/2024).

arasında bayraklaşan Aliya ise "Özgürlüğe Kaçışım(Yolculuğum)" kitabıyla mücadelesinin mihverini dile getirmiş olur. Her iki Ali gibi bir devlet adamı olan Arslan da entelektüel ve hoşgörülü bir muhafazakâr kimliğe sahiptir. Belki benzerlikler üzerine son bir söz daha söylemek gerekir: Her iki "*Ali*" gençliğe büyük önem verir ve onlarla bir araya gelmekten büyük heyecan duymalarıyla anılır. Bir tanıklık olarak ifade etmeliyim ki Zühtü Arslan konuşmalarında en büyük heyecanı üniversiteli gençlere hitap ederken yaşamaktadır. Üstelik bu iki ismin arasında Aliya İzzetbegoviç Zühtü Arslan'ın gençlerle sohbetlerinde olmazsa olmaz referanslarından birisi olarak yerini almıştır. Ziyaretçi öğrenci gruplara Aliya İzzetbegoviç'i anlatan kitaplar hediye etmesi de bu yönde anlamını bulmaktadır. Belki ayrıldıkları bir noktayı da ayrıca ifade etmek gerekir: Her iki "Ali" de sivil toplum aracılığıyla, yazıları vasıtasıyla ve kamu görevlerini kullanarak bir türlü sağlayamadıkları hukukun üstünlüğü ve özgürlükçü demokrasi hedefini siyasal mücadele yoluyla aramak zorunda kalmıştı. Zühtü Arslan ise siyasete mesafeli durmaktadır.

*"İki Ali"*den henüz yakın tarihte hayatını kaybeden Aliya İzzetbegoviç'e yaptığı atıfların fazlalığı da dikkate alınırsa Aliya'nın Zühtü Arslan'ın düşünce dünyasındaki yerini analiz etmek anlamlı sonuçlara ulaşmamıza imkân verebilir. Bu makalenin de başlıca amacı Zühtü Arslan'ın konuşmalarından hareketle Aliya İzzetbegoviç'in öne çıkardığı düşüncelerini araştırmak olacaktır.

Arslan'ın Konuşmalarında Aliya'ya Yaklaşımı

Zühtü Arslan Aliya İzzetbegoviç'in çok boyutlu niteliğine dikkat çekiyor: *"Kararlı bir mücadele adamı, cesur bir komutan, adil ve bilge bir devlet başkanı… Kanaatimce tüm bu yönleri arasında Aliya'yı biricik ve kalıcı kılan onun her şeyden evvel bir düşünür olmasıdır."*[6]

Görüldüğü üzere Arslan; Aliya'yı bir düşünür, bir mücadele adamı, bir komutan ve bir devlet başkanı olarak tanımlamıştır[7]. Aliya'nın vefatının 15. yıl dönümünde Saraybosna'da düzenlenen bir konferansta konuşan Arslan; onun düşünce ve pratiğinde hukukun merkezî bir rol oynadığını, adalet, hukuk ve hürriyet kavramlarını önemsediğini ve anayasal demokrasiyi savunduğunu belirtmiştir[8]. Arslan, Aliya'nın dünyanın çağımızda yaşadığı akıl tutulmasından çıkışın yolunu gösteren bir rehber olduğunu ifade etmiştir[9].

İnsan haklarına, hukukun üstünlüğüne ve adalet konularına verdikleri

6 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018a), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/saraybosna-universitesi-nde-duzenlenen-aliya-izzetbegovic-ve-onun-hukuk-ile-devlet-anlayisi-konulu-konferansta-yaptigi-konusma/ (Erişim Tarihi: 21/2/2024).

7 a.g.e.

8 a.g.e.

9 a.g.e.

önem Arslan ve Aliya arasındaki fikrî benzerlikler arasında sayılabilir. Arslan'ın insan hakları, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve adalet gibi konularda yaptığı konuşmalarda Aliya'nın düşüncelerini yansıtmasından hareketle bu tespit yapılabilir. Aliya İzzetbegoviç, özellikle İslam ve modernlik, toplumsal adalet, özgürlük ve insan hakları konularında düşünceleriyle tanınan bir figürdür. Zühtü Arslan anayasal hukuk ve özellikle insan hak ve özgürlükleri alanlarında uzmanlaşmış bir akademisyen-yargıç olarak, Aliya'nın bu konulara yaptığı vurgularla ilgili atıfları çokça kullanmış olsa da Arslan nezdinde Aliya sadece düşünür ve devlet adamı olarak kalmamış bir rol model değerinde şahsiyet olarak da anlatımlarında özel bir yer bulmuştur.

Öz Yaşam Öykülerinin Benzerliği

Aliya ve Arslan arasındaki yakınlık belki felsefi paydaşlıklarının ötesinde bir öz yaşam öyküsü benzerliği ile de ilintili biçimde açıklanabilir. Her iki ismin de aileleri muhacirlik öyküsüne sahiptir. Aliya'nın ailesi Aziziye'den (Samats'tan) Bosna'ya[10], Arslan'ın ailesi Erzurum'dan Yozgat'a[11] göçmüştür. Bu benzerliklerden biri, ikisinin de yoksulluk içinde geçen çocukluk dönemlerinden hareketle bu durumun şahsiyetlerinde ortaya çıkan etkisinde bulunabilir. Çocukluklarında her iki devlet adamının da yaşadıkları yoksulluk, yetinme bilinci konusunda irtifa kazanmalarına neden olmuş olabilir; belki de bu durum manevi derinleşmeye psikolojik zemin oluşturmuş, ilkeler ve idealler üzerine oturan ahlaki bir hayat çizgisine her iki devlet adamı da bu sayede yerleşmiş olabilir. Yine her iki devlet adamının da inançlı insanlar olmalarında ailelerinin etkili olduğunu ve aile kültürlerinin birer taşıyıcısı olduklarını gözlemliyoruz. Bir başka öz yaşam öyküsü benzerliği ilk gençlik çağlarında her ikisinin de babalarını kaybederek yetim kalmalarıdır. Baba figürünü kaybetmenin her iki devlet adamının da daha küçük sayılacak yaşlarda omuzlarında bir ailenin yükünü hissetmelerine, böylece sorumluluk duygularının pekişmesine neden olduğu düşünülebilir. İki şahsiyet arasındaki bir başka benzerliği uğruna mücadele ettikleri değerlerde bulabiliriz. Aliya'nın çok daha ağırını yaşadığı açıktır ancak Zühtü Arslan da onun gibi ülkesindeki kamu gücünün baskıcı ideolojik uygulamaları karşısında mücadele eden bir gençlik dönemi geçirmiştir. Yine bir başka benzerlik her ikisinin de gençlik dönemlerinin yoğun okumalarla geçmiş olması sayesinde akranları arasında edindikleri entelektüel üstünlükte görülebilir. Her iki devlet adamının da muhafazakâr anlayış içerisinde İslam dünyasının geriliğini aşması amacıyla liberal Batı deneyimlerinden yararlanarak, toplumları için özü koruyan bir dönüşüm sağlama yönündeki zihinsel yapıları, bu uğurdaki çabalarını evrensel düzeyde yürütmeleri ve ulaştıkları sonuçları hayata geçirmeye odaklan-

10 İzzetbegoviç, A. (2020). *Tarihe Tanıklığım/Otobiyografik Kayıtlar,* Aydoğan, İ. H. ve Aydoğan, A. B. (Çev.), İstanbul: Ketebe Yayınları, s. 22.

11 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2019a).

maları bir başka önemli ortak noktaları olarak göze çarpmaktadır. Belki bir benzerlik de her iki devlet adamının elde ettikleri en üst düzey devlet makamlarına rağmen sade ve gösterişten uzak biçimde mütevazı bir yaşam sürmüş olmalarında görülebilir. Son olarak "bilge" sıfatı halkı tarafından Aliya'ya verilmiş hak ettiği bir mertebeyi ifade ederken Zühtü Arslan'ın da konuşmalarının çeşitli köşe yazarları ve yorumcular tarafından "bilgece" bulunması bir benzerlik olarak ifade edilebilir[12].

Zühtü Arslan'ın Düşünce Dünyasında Aliya

Zühtü Arslan'ın düşünce dünyasında Aliya İzzetbegoviç'in nasıl bir yer tuttuğunu ve onu hangi vurgularıyla öne çıkarttığını anlamak için konuşmalarında yaptığı atıflara göz atmak gerekir. Buna göre Başkanlık döneminde yaptığı konuşmalarında Aliya İzzetbegoviç'in fikirlerine yaptığını belirttiğimiz toplam 39 atfı tasnif ederek değerlendirmek anlamlı olacaktır.

Zühtü Arslan'ın konuşmalarında Aliya'ya yaptığı 39 atıf içinde aktardığı Aliya'ya ait görüşlerin mükerrer olanlarını ayırt ettiğimizde 15 farklı düşüncesini paylaştığını görüyoruz. Bu atıflarda 5'i adalet, hukuk ve hukuk devleti, 4'ü demokrasi, 4'ü özgürlük, 2'si ise "insan olmak ve insan kalmak" fikri olmak üzere birbirinden farklı dört ana temayı işlemektedir. Çoğu birbiri ile iç içe bağlamlar taşıyan bu temalar Zühtü Arslan'ın duyarlı olduğu bilinen insan hak ve özgürlüklerini koruyan demokratik hukuk devleti anlayışını temellendirirken Aliya İzzetbegoviç'in yaklaşımlarını benimsediğini gösterebilir.

1- Adalet, Hukuk ve Hukuk Devleti

Zühtü Arslan tüm dinlerin ve inanç sistemlerinin ortak değeri olarak ifade ettiği[13] adaleti ayrılmaz parçası saydığı akıl ve ahlakla birlikte açıklamaktadır. Akıl özgürlüğü sağlayan araçtır, aklı kullanmadan yani özgürleşmeden hiçbir erdeme erişilemez. Ahlak ise ancak özgür insanların eylemi olabilir. İşte adalet de ancak ahlaki erdemlere sahip, aklını kullanabilen yani özgür bireyler tarafından sağlanabilir. Bu açıklamayı yaparken Arslan, Aliya'nın *"Ancak hür fiil ahlaki fiildir."* tespitine atıf yapmaktadır [14].

Zühtü Arslan *"Herkes için hukuk ve adalet"* vurgusunu sık sık yaparken[15]

12 https://www.karar.com/yazarlar/taha-akyol/aym-baskani-ne-diyor-1596247

13 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2017a), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/asya-anayasa-mahkemeleri-ve-muadili-kurumlar-birligi-5-yaz-okulunda-yaptigi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 23/2/2024).

14 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018b), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/islam-isbirligi-teskilati-iit-uye-ve-gozlemci-devletlerin-anayasa-ve-yuksek-mahkemeleri-1-yargi-konferansi-acilisinda-yaptigi-konusma/ (Erişim Tarihi: 22/2/2024).

15 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2016b), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/bireysel-basvuru-sisteminin-desteklenmesi-ortak-projesi-acilis-konferansinda-yaptigi-konusma/ (Erişim Tarihi: 22/2/2024).

adaletten ne anlaşılması gerektiğini Mevlana'nın gül ve diken metaforu üzerinden *"Her şeyi yerli yerine koymaktır."* şeklinde anlatmayı yeğler: "*Mevlana'nın dediği gibi suyu, ağaca verdiğinizde adalet, dikene verdiğinizde zulüm olur. Mevlana düşüncesinde adalet her şeyi yerli yerine koymaktır.*"[16]

İzzetbegoviç felsefi bir yaklaşımla hukukun ideal yönü üzerinde durur ve adalet ideası tarif edilemez, der[17]. Onun için hukuk mahkeme salonlarında verilen kararlarla tecelli edebilir ancak adalet ideali vicdani bir müessesedir[18]. Aliya'ya göre vicdani olduğundan dolayıdır ki adalet ispata ihtiyaç duymaz: "*Adalet ve hakkaniyete olan ihtiyacı ispatlamak kalbi olanlar için abes, kalbi olmayanlar için faydasız bir iştir*." der[19]. Adaletin zıddı zulümdür ve neyin adalet neyin zulüm olduğu sorusunu gündeme getiren duygunun, din yahut sanat arzusu kadar hakiki olduğunu bildirir. O nedenle adaleti sağlamak için var edilen hukuk ancak insanın ortadan kaldırılmasıyla yıkılabilir. Dolayısıyla hukukun yokluğunu ifade eden mecaz olarak ütopya, olanaksızdır[20].

Zühtü Arslan da Aliya'nın adalet düşüncesini veciz bir anlatımla şu şekilde dile getirir: *"Doğunun ve batının sahibi, bu ikiliyi bir araya getirecek olan 'adalet'i emretti (Araf, 7/29; Nahl, 16/90). Aliya'nın ifadesiyle 'en yüksek emir' olan adalet, 'hem şahsî hem de sosyal bir fazilettir'. Bu yönüyle adalet kişinin hem insan hem de vatandaş olarak terbiyesine yönelik bir işlev görür."*[21]

Zühtü Arslan, adaleti sağlamak amacıyla var olan hukukun işlevi konusunda Aliya'nın düşüncelerini ise şöyle aktarır: *"Aliya'ya göre hukukun en önemli işlevi, temel hak ve özgürlükleri korumak için iktidarı sınırlandırmaktır. Onun ifadesiyle 'İktidarın herhangi bir sınırlamasının başladığı zamanda ve yerde hukuk başlar.'*[22] *Tam da bu nedenle Aliya demokrasiyi hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağlı bir yönetim anlayışı olarak görür. Buna göre, demokrasi çoğunluğun sınırsız yönetimi olmayıp, çoğunluk iradesinin hukukla sınırlandırılmasını gerektirir."*

Aliya'nın Bosna Savaşı'nda Boşnakların maruz kaldığı katliamlardan sonra Sırplara karşı öfkeyle bilenen halkına en zor zamanda adaleti terk etmeyen

16 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2016c), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/istanbul-tahkim-merkezi-istac-kamu-kurum-ve-kuruluslari-acisindan-tahkim-konferansi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 23/2/2024).

17 İzzetbegoviç, A. (2018a). *Özgürlüğe Kaçışım-Zindandan Notlar*, Başoğlu, H. T. (Çev.), 33. Baskı, İstanbul: Klasik Yayınları, s. 243.

18 a.g.e. s. 242-243.

19 a.g.e. s. 20.

20 a.g.e. s. 251.

21 İzzetbegoviç, A. (2012a). *Doğu Batı Arasında İslam,* Şaban, S. (Çev.), 3. Baskı, İstanbul: Klasik Yayınları, s. 286-287'den naklen Zühtü Arslan'ın Saraybosna Üniversitesi'nde Düzenlenen "Aliya İzzetbegoviç ve Onun Hukuk ile Devlet Anlayışı" Konulu Konferansta Yaptığı Konuşma.

22 a.g.e. s. 299'dan naklen Zühtü Arslan'ın Saraybosna Üniversitesi'nde Düzenlenen "Aliya İzzetbegoviç ve Onun Hukuk ile Devlet Anlayışı" Konulu Konferansta Yaptığı Konuşma.

bilgece uyarıları Zühtü Arslan'ın aktardığı anekdotlarda her zaman yer bulmuştur: *"Düşmanlarımıza adaletten başka borcumuz yok!" "Düşmanlarımız bizim öğretmenlerimiz olamaz."*[23]

Adalet Arslan'a göre üç unsurun birlikteliği ile vücut bulabilir: Tarafsız yargı, hakkaniyete uygun yargılama ve yargı kararlarının uygulanması[24]. Bu üç unsuru çeşitli konuşmalarında farklı açılardan ele alarak vurgulu biçimde işleyen Arslan'ın özellikle tarafsız ve bağımsız yargı ve mahkeme kararlarının uygulanması konuları üzerinde yoğunlaşan biçimde Türkiye'deki adalet sisteminin işleyiş sorunlarını ele aldığını görüyoruz. Arslan "*Bağımsız Yargı*" başlıklı Anayasanın 138. maddesi için "*demokratik hukuk devletinin sigortası*" nitelemesini yapar[25].

Yine Zühtü Arslan "*Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulmamasının hiçbir gerekçesi ve geçerliliği olamaz.*"[26] biçiminde vurguladığı Mahkeme kararlarına uyulmasının gerekliliği konusunda Aliya'nın benzer yaklaşımını aktarır: *"Diğer yandan hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği de mahkeme kararlarına uymaktır. Aliya, 1990 yılında yaptığı bir konuşmada eski Yugoslavya yöneticilerini Anayasa Mahkemesinin bir iptal kararına uymadıkları için Anayasa'yı ihlalle suçlar. Ona göre Anayasa'ya aykırı kanun yapmak ayrı bir şeydir -çünkü bu bilmezlikten de olabilir- Anayasa Mahkemesinin aykırılık hususunda verdiği kararından sonra böyle bir kanunda ısrar etmek ise ayrı bir şeydir*[27]*. Aliya'ya göre anayasa mahkemesinin anayasaya aykırılık konusunda verdiği karardan sonra aykırı bulu/nan hususta ısrar etmek Anayasa'yı kasten ihlâl etmektir."*[28]

Arslan, bu evrensel esaslardan uzaklaşıldığında hukuk ve adalet açığı ortaya çıkacağını vurgular. Ona göre "*Hukuk ve adalet açığı bir ülkenin geleceği bakımından her türlü açıktan daha tehlikelidir. Zira bu açık, temeli adalet olması gereken devlete yönelik toplumsal güveni ve inancı zedeleyecektir."*[29]

---

23 İzzetbegoviç, A. (2003). *Kendi Kaleminden Aliya İzzetbegoviç*, İstanbul: Vakit Gazetesi Yayınları, s. 56.

24 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2020) "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-basri-bagcinin-andicme-toreni-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 23/2/2024).

25 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2023), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-61-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi (Erişim Tarihi: 23/2/2024).

26 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2024), "Konuşmalar", https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/hukuk-fakultesi-ogrencileriyle-hasbihal/ (Erişim Tarihi: 20/2/2024).

27 İzzetbegoviç, A. (2014). *Köle Olmayacağız*, Ademi, A. (Çev.), 4.Baskı, İstanbul: Fide Yayınları, s. 179.

28 a.g.e. s. 14.

29 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2021b), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/mesleki-hayat-baglaminda-ozel-hayata-saygi-hakki-sempozyumu-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 24/2/2024).

Zühtü Arslan'ın adalet, hukuk devleti, insan hak ve özgürlükleri üzerine yaptığı konuşmalarda merkezî yer teşkil eden kavram 'öteki' kavramıdır. Adalet 'öteki'yi koruyabildiği ölçüde vardır. Hukuk devleti 'öteki'yi koruyorsa hukuk devletidir. İnsan hak ve özgürlükleri 'öteki'nin hak ve özgürlüklere ulaşabildiği kadar vardır[30]. Öteki kavramını bir ülkede demokratik hukuk devletinin temel kriteri olarak ele alır. Arslan'a göre aynı şekilde Aliya da demokratik hukuk devletinde 'öteki'nin durumunu ölçüt olarak almaktadır[31]: *"Aliya İzzetbegoviç, adaletin tezahürünü "öteki" ile kurulan ilişkide görür. Kuşkusuz bu ilişkinin odağına da doğuştan gelen bir meziyet olmaktan ziyade sonradan öğrenilen ve zor gelişen bir davranış biçimi olan hoşgörüyü oturtur. Zira 'tabii olan hoşgörüsüzlüktür'. Aliya, bu nedenle, söz konusu davranışı kazanmanın ve uygulamanın yıllar alan bir süreç olduğunu söyler. Nitekim bir caminin yanında sinagogun, onun yanında bir kilisenin bulunmasını kabullenmek yüzyılları almıştır."*[32] Zühtü Arslan'a göre adaletin tezahürünü öteki ile ilişki üzerinden anlamak en doğru yoldur: *"Adalet, hak sahibine kimliğini sormaz, onu 'öteki'leştirmez."*[33] Aliya'ya göre de *"Her sosyal düzenin hukukiliğinin mihenk taşı, muarızlarına ve azınlıklara karşı takındığı tutumdur."*[34] Her iki düşünce insanı da öteki ile sağlıklı ilişki kurulabilmesi için "*çeşitlilik ve çoklukta birlik*" anlayışına erişmek gerektiğini söylemektedir[35].

Öte yandan Arslan'a göre Aliya öteki üzerine felsefi ürünler veren Kant, Rawls, Derrida ve Foucault gibi modern ve post-modern düşünürlerden iki yönüyle ayrılmaktadır: Biri 'öteki'ne hoşgörü anlayışını İslami temele dayandırması, diğeri ise bu anlayışı devlet başkanı olarak uygulama imkânı bulmasıdır[36]. Hoşgörünün öğrenilmesi gereken bir erdem olduğunu ama bunun kolay bir şey olmadığını bize şu sözleriyle anlatır Aliya: "*Kendi payıma iddia ediyorum ki, insan tabiatının özü potansiyel olarak iyilikten çok, kötülüğe meyyaldir. İnsanları hoşgörülü olmaya ikna etmek, düşmanı vahşice katletmeye ikna etmekten çok daha zordur. Hoşgörü, sulanması gereken bir fidandır. İnsanları hoşgörüye du-*

30 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2019b), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-sisteminin-desteklenmesi-ortak-projesi-kapanis-konferansi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 24/2/2024).

31 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018c), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/yargi-reformu-strateji-belgesinin-yenileme-calismalarinda-yaptigi-konusma/ (Erişim Tarihi: 24/2/2024).

32 İzzetbegoviç, A. (2015). *Konuşmalar,* Altun, F. ve Ahmetoğlu, R. (Çev.), 19.Baskı, İstanbul: Klasik Yayınları, s. 49; İzzetbegoviç, A. (2018b). *Geleceği Yenilemek,* Öz, A. (Der.), 3. Baskı, İstanbul: Pınar Yayınları, s.123.

33 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018c).

34 İzzetbegoviç, A. (2012a). s. 302.

35 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2021c), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/osman-gazi-universitesi-akademik-yil-acis- konusmasi//(Erişim Tarihi: 24/2/2024).

36 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018a).

yarlı hale getirmek gerekir. Bu esasında tabii bir durum değildir. Tabii olan hoşgörüsüzlüktür. Hoşgörü çok zor gelişen bir davranış biçimidir. Hoşgörüyü öğrenmek ve bir caminin yakınında bir sinagogu veya bir sinagogun yakınında Katolik kilisesinin bulunmasını kabullenmek yüzyıllarımızı aldı. Oysa bir mabedi yıkmak, yapmaktan daha kolaydır. Hoşgörü tabii bir davranış değil bir kültür işidir. Dişleri fırçalamayı öğrenmek nasıl gerekli ise, hoşgörülü olmayı da acilen öğrenmek gerekir."[37]

Aliya İzzetbegoviç'e göre özgürlük farklı olma hakkıdır, bunu partisi SDA'nın kongresinde *"Sloganımız şu: Kendinden olanı sev, ötekine saygı göster."* şeklinde vurgulamıştır. Temel değere sahip bulduğu ötekine saygı hususunu Kur'an'a atıfla meşrulaştırdığı[38] düşünce ve inanç hürriyetini açıklarken yineler: *"Düşünce ve inanç hürriyeti, her şeyden evvel başka türlü düşünmek ve inanmak hakkı"*dır[39].

Aliya önemsediği bu çeşitliliği ve "öteki"nin hakları konusundaki duyarlılığını bir devlet başkanı olarak da göstermiştir. Arslan da bu yönüyle Aliya'yı öne çıkararak ondan şu aktarımı yapar[40]: "*BM Genel Kurulunun 49. Birleşiminde yaptığı konuşmada şöyle diyordu: Bizim Bosna dediğimiz şey Balkanlarda sadece bir toprak parçası değildir. Çoğumuz için Bosna sadece vatan değil, o bir fikirdir. Bu, farklı din, farklı millet ve kültür geleneklerine sahip insanların bir arada ve beraber yaşayabileceğinin inancıdır.*"

Arslan, Aliya İzzetbegoviç'in hukuk anlayışını Saraybosna'da yaptığı sunumuyla[41] özetlerken aslında onu ne kadar özümsediğini de göstermiştir. Bu sunumunda Arslan, Aliya'nın hukuku *"hem siyasi (dünyevi/fiziki) hem de ahlaki (manevi/metafizik) yönü olan iki kutuplu bir birlik"*[42] şeklinde açıkladığını isabetli biçimde gösterir. Aliya bu iki kutuplu açıklama yaklaşımında fiziki ve ahlaki olmak üzere birbirine zıt iki kuvvetten söz etmektedir. Fiziki gücü devlet, ahlaki gücü ise hukuk temsil etmektedir. Hukukun üstünlüğü düşüncesi bu durumda ahlakın egemenliğini istemek ve gücün, otoritenin ahlaki davranmasını sağlama gayesini savunmak anlamına gelmektedir. Demokrasi de hukukun üstünlüğü gayesinin bir ürünüdür ve demokrasiler çoğunluğun iradesini hukukla sınırlandırmaya dayanmaktadır.

Yine Arslan, Aliya İzzetbegoviç'in siyasi ve hukuki meşruiyetin kaynağı olarak adaleti gördüğünü belirtir: *"Aliya'nın ifadesiyle 'Güç ve kanun sadece adaletin vasıtalarıdır.' Bu yönüyle hukuk, adaletin gerçekleşmesinin en önemli aracıdır. Adalet devletin, hukuk da adaletin temelidir."* [43]

37 İzzetbegoviç, A. (2015). s. 49.
38 İzzetbegoviç, A. (2014). s. 157; İzzetbegoviç, A. (2015). s. 71-72, 75.
39 İzzetbegoviç, A. (2012a). s. 299.
40 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018a).
41 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018a).
42 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018a).
43 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2019c), "Konuşmalar",

Aliya'ya göre hukukun temel işlevi otoriteyi sınırlandırmasıdır: *"İktidarın herhangi bir sınırlamasının başladığı zamanda ve yerde hukuk başlar."* [44] Yine hukukun bu temel işlevi otorite karşısında insan hak ve özgürlüklerini korumasında ortaya çıkmaktadır. Arslan da tam olarak bu iki işlevi, otoriteyi sınırlandırma ve insan hak ve özgürlüklerini korumayı anayasa yargısının iki varlık sebebi olarak açıklar[45]. Arslan, hukuk devletini de Anayasa Mahkemesi kararından hareketle bu iki nitelikle tanımlar: *"Demokratik hukuk devleti; halkın yönetimin öznesi olduğu, siyasi iktidarın temel hak ve hürriyetleri korumak amacıyla sınırlandığı, hukuk kurallarının yönetilenler kadar yönetenleri de bağladığı devlet olarak tanımlanabilir."* [46] Bu demokratik hukuk devletini yaşatan; adalet, özgürlük, eşitlik, hoşgörü, çoğulculuk gibi evrensel değerler manzumesidir[47].

2- Demokrasi

En kaba ifadesiyle halkın kendi kendini idare etmesi demek olan demokrasi, hukukun üstünlüğüne dayanan ve insan hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan bir rejimdir. Öyle ki, Arslan'ın vurguladığı gibi demokrasilerde insan hak ve özgürlükleri oylamaların konusu bile olamaz[48]. Modern demokrasinin yalnızca çoğunluğun iktidarından ibaret olmadığını belirten Arslan, Aliya İzzetbegoviç'in demokrasinin bu yönünü Bosna Hersek'in kuruluşundan çok önce vurguladığına işaret eder*: "Aliya, 27 Mart 1990 tarihinde yaptığı konuşmada, demokrasiyi 'çoğunluğun hakimiyeti olarak değil, hukuk devleti olarak' tanımlamıştır. İzzetbegoviç demokrasi tanımını şu şekilde temellendirmiştir: Yasanın denetiminde olmayan çoğunluk yönetimi kendisini kaçınılmaz olarak çoğunluğun tiranlığına dönüştürür ve çoğunluğun tiranlığı da en az diğerlerininki kadar tiranlıktır."*[49] Çoğunluğun tiranlığını önleyecek olan şey hukukun üstünlüğüdür ve demokrasinin önüne gelen *"anayasal"* nitelemesi bunu anlatmaktadır[50]. Anlaşılacağı üzere demokrasileri Arslan da Aliya gibi *"temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde güvence altına alındığı rejimler"* olduğu için savunur[51].

---

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-yildiz-seferinoglunun-andicme-toreni-acis-konusma/ (Erişim Tarihi: 24/2/2024).

44 İzzetbegoviç, A. (2018c). *Tarihe Tanıklığım*, Erkilet, A., A. Demirhan, A. ve H. Öz, H. (Çev.), İstanbul: Klasik Yayınları, s. 77.

45 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2022b), "Konuşmalar",

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/sosyal-barisin-korunmasinda-anayasa-mahkemelerinin-rolu-uygulama-konusunda-karsilastirmali-inceleme/ (Erişim Tarihi: 24/2/2024).

46 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (2016a).

47 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (2016a).

48 Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları, (2022) AYM yayınları, s. 439.

49 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (2021d), "Konuşmalar",

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/cogulcu-demokrasiyi-gelistirmede-turk-anayasa-mahkemesinin-rolu (Erişim Tarihi: 24/2/2024).

50 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2021d).

51 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2020).

Aliya'nın karşılaştığı otoriterliğin çeşitli şekilleriyle mücadele ettiği hayatında ulaştığı bir fikri vardı: *"Bir diktatörlük tüm günahları yasaklasa da ahlaksızdır. Demokrasi ise, günahlara izin verse de ahlaklıdır."* Demokrasi büyük nimettir[52]. Aliya İzzetbegoviç "*Doğu ve Batı Arasında İslam"* adlı eserinde şöyle der: *"Tanrı'nın insanları özgür ve eşit olarak yarattığına, herhangi bir ırk diğerinden üstün olmadığı gibi, herhangi bir milletin de diğerinden iyi veya kötü olmadığına inanıyorum. İnsanın devredilemez haklarla doğduğuna, herhangi bir otoritenin insanları bu haklardan mahrum bırakma hakkının olmadığına inanıyorum. Çoğunluğun sınırsız gücüne ise inanmıyorum, çünkü çoğunluk despotizminin başka despotizmlerden farkı yoktur. Özgürlüğün ölçüsü azınlıklara nasıl davranıldığıdır ve insanların farklı düşünebilme özgürlüğünden önce düşünce özgürlüğüne sahip olması gerekir. İşte benim demokrasi anlayışımın özeti budur."* [53]

Zühtü Arslan'a göre anayasal demokrasinin varlığı yapı taşları olan hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları ilkelerinin ayakta tutulmasına bağlıdır. Bu anayasal demokrasi hürriyetçi nitelikte olmalıdır. Arslan Aristoteles'in "*Demokratik anayasanın temeli özgürlüktür.*" sözünü hatırlatarak demokratik rejimin yönelmesi gereken istikameti işaret eder.

Arslan'a göre temeli özgürlük olan anayasal demokrasinin ön koşulu ise ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğünün konuşanlar toplumunda varlığın ispatı anlamına geldiğini ve demokratik yönetimin işleyişi için vazgeçilmez bir siyasi değer olduğunu anlatır. Düşünce eyleminin ayrılmaz parçası olarak toplum içindeki ahlaki sorumluluk yönüne de değindiği ifade özgürlüğüne haksız müdahale Arslan'a göre insan doğasının ihlali mahiyetindedir[54].

Bu bağlamda 15 Temmuz darbe teşebbüsünü demokrasiye karşı bir meydan okuma olarak niteleyen Arslan başkanı olduğu Mahkemenin darbe teşebbüsünün ilk saatlerinde bu demokrasi dışı girişimi reddettiğini ifade eden bir basın açıklaması[55] yapmıştır. Sadece söylemde bırakmayıp demokrasi tehlikeye girdiğinde demokrasi yanında duruş sergilemekte tereddüt etmediği 15 Temmuz darbe girişimini yorumlarken Aliya İzzetbegoviç'e de başvurduğu şu anlatımıyla Türk milletinin gösterdiği direnişin başarısını anlamlandırır: *"Ancak aynı gece aziz milletimiz kahramanca bir direniş göstererek bu zilleti kaldırdı ve bize izzeti yaşattı. Karanlık başlayan o gece, demokratik bir direnişe şahit oldu ve*

52 Muslimoviç, F. ve Cikotiç, S. (2019). *Düşünür ve Devlet Adamı Aliya İzzetbegoviç*, Ankara: Hece Yay., s. 79.

53 İzzetbegoviç, A. (2003). *Kendi Kaleminden Aliya İzzetbegoviç: II. Endülüs Soykırımına Geçit Vermeyen Bilge Adam*, Erkilet, A., Demirhan, A. ve Öz, H. (Çev.), İstanbul: Dergâh Ofset (Vakit Gazetesi) Yayınları, 2003, s. 378.

54 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (2015), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/ifade-ozgurlugune-iliskin-avrupa-konseyi-konferansi-katiliminda-yaptigi-konusma/ (Erişim Tarihi: 25/2/2024).

55 Anayasa Mahkemesi Başkanlığı. (2016d) "Duyuru", *https://www.anayasa.gov.tr/tr/duyurular/duyuru/* (Erişim Tarihi: 25/2/2024).

gelecek nesillere gururla aktaracağımız bir demokrasi destanı yazıldı. O gece merhum Aliya İzzetbegoviç'in 'Tarih, daima aynı hikâyeyi tekrarlar: Ölmeye hazır olan insanlar, ölmeye hazır olmayanlara karşı galip gelirler.' sözü bir kez daha doğrulandı." [56] Bu konuşmasında Arslan demokrasilerde iktidara gelmenin yegâne yolunun sandık olduğunu vurgular ve darbeleri *"siyasi sapkınlık"* olarak nitelendirir[57].

Her iki düşünce insanı için de demokrasi çoğulcu bir rejimdir. Arslan, Aliya'nın *"Özgürlüğe Kaçışım"* adını verdiği hapishane notlarında geçen 1980 yılında Nobel Tıp Ödülü alan bir genetik bilimcinin tespitinden hareketle yaptığı değerlendirmeye dikkati çeker*: "Bu bilim insanına göre genetik bilimi tüm insanların, hatta tek yumurta ikizlerinin bile farklı varlıklar olduğunu ispatlamıştır. Aliya bunu şöyle yorumlar: Tanrı çeşitliliği seviyor."*[58] Bu çeşitliliğin korunması Zühtü Arslan'ın da önemle üzerinde durduğu bir konudur. Tek tipçi ve baskıcı yönelimler karşısında farklılıkların muhafaza edilmesi ve müsamaha görmesi gerektiğini söyler. Çoğulcu demokrasiler "öteki"ni tanıma temeline kuruludur[59]. Bu tehdidin güç sahiplerinden gelebileceğini vurgulayan Arslan gücün sınırlandırılmasını ve bu çerçevede çeşitliliğin de korunmasını anayasaların bir konusu olarak görür[60]. Arslan Aliya'nın bu yönünü sık sık vurgulamıştır: *"Aliya çoğulculuğun dayanaklarını kitaplarında çok iyi anlatır. Bir konuşmasında 'Benim hoşgörüm, Avrupa değil Müslüman kökenlidir.' der. "*[61]

Arslan'ın dile getirdiği demokrasi anlayışıyla örtüştüğü gözlemlenen Aliya'nın demokrasi ile kastettiği ayırt edici özellikleri başlıklar hâlinde sıralayabiliriz: a) İnsanların farklı biçimlerde düşünme ve inanma özgürlüğüne sahip olmasıdır[62]. b) Çoğunluğun yönetimi değil, kanunların hakimiyetidir[63]. c) Hukukun üstünlüğü ile düzenlenen halk iradesidir. Bu hukuk kuralları insanı merkeze alan; din, millet, ırk, dil, cinsiyet ya da toplumsal statü ve siyasi kanaat farkı gözetmeksizin halkın ve vatandaşların eşitliğini, özgürlüğünü ve haklarını kayıtsız ve şartsız olarak tanıyan kanunlardır[64]. d) Demokrasilerde tek-parti tekelinin ve onun sonucu olan parti devletinin ortadan kaldırılması gerekir[65]. e) Yargı bağımsız olmalı, yönetim yargı bağımsızlığını anayasa, yasalar ve teşkilatlar aracılığıyla güvence altına almalıdır[66]. f) Demokraside din

56 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (2016e) "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyeleri-recai-akyel-ve-yusuf-sevki- hakyemez-in-andicme-torenlerini-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 25/2/2024).
57 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2016e).
58 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2021c).
59 Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları, (2022), s.429.
60 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2022b).
61 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2021c).
62 İzzetbegoviç, A. (2018c). s. 501.
63 a.g.e. s. 77.
64 a.g.e. s. 76.
65 a.g.e. s. 77.
66 a.g.e. s. 77.

özgürlüğü, dinî cemaatlerin özerkliği ve bu özerkliğe tam saygı insan hakları kapsamında tanınmalıdır[67].

Aliya çok kültürlü toplumlarda en uygun yönetim biçiminin demokrasi olduğunu düşünür. Fakat demokrasi kadar yanlış anlamlarda kullanılmış bir kelime daha yoktur. En zalim liderler ve diktatörler dahi kendilerini demokrat kabul etmişlerdir. Çoğunluğun ellerinde olması baskıcı olmalarına hak veriyormuş gibi yönetim sergileyen nice diktatörler, kendilerini demokrat sanmışlardır. Hâlbuki çoğunluğa dayansanız da sınırlanmamış güç despotizmdir. Bu sebeple demokrasinin kriteri, çoğunluğun yönetiminden ziyade, yasalar önünde herkesin eşit olmasıdır. Demokratik özgürlüğün ölçütü konusunda Arslan'la aynı vurguyu yapmaktadır: O ülkede azınlıklara nasıl davranıldığı ve farklı düşünenlerin ifade özgürlüğünün olup olmadığı demokratik özgürlüğün kriteridir[68]. Ona göre demokrasi ahlaklı bir yönetim şeklidir. Fakat nasıl ki iyi diktatörler olabilir, aynı şekilde demokrasilerde de kötü yöneticiler bulunabilir. Aliya için her şeye rağmen demokrasi adil olmaya en yatkın, bu nedenle İslam'a da en uygun yönetim biçimidir[69].

Arslan demokrasilerde yürütme ve yargı erkleri arasındaki ilişkide iki tehlikeyi gösterir: Vesayet ve siyaset. Yargının vesayete girmesi de siyasete hizmet etmesi de demokrasiyi birecektir. Öte yandan demokrasiye karşı tehdidin sadece yürütmenin sınırlarını aşmasıyla ilgili olmadığını yargının aktivizme sapmasıyla oluşacak jüristokrasinin de aynı tehdidi barındırdığını dile getirir. Yargının bir vesayet organı gibi davranarak, siyaseten alınması gereken kararları alması da siyasetin yargısallaşması demektir ki bu da demokrasinin sonu olacaktır. Demokrasinin hayatiyeti erkler ayrılığı ile ve bu bağlamda yargı bağımsızlığı ile birebir ilgilidir[70].

3. Özgürlük

Zühtü Arslan'ın eğer bir yönü öne çıkartılacak olursa bunun özgürlük konusundaki duyarlılığı olması mümkündür. Ona göre özgürlük insanı diğer canlılardan ayıran şey olan aklın kullanılmasının doğal ve zorunlu bir sonucudur[71]. Ancak aklını kullanan insan özgür insandır. Bununla birlikte aklı kullanmak kolay bir iş değildir. Kant'tan alıntı yaparak vurgular ki aklı kullanmak cesaret gerektirmektedir[72]. O nedenle aklın korunması, kiraya verilmemesi, vesayet altına girmemesi ve ambalajlanmış hazır yargılara teslim edilmemesi özgür birey olabilmenin temel şartıdır. Aklın vesayet altına girmesini Kant'ın ifadesiyle *"tasavvur edilebilen en büyük despotizm"* olarak nite-

67 a.g.e. s. 78.
68 İzzetbegoviç, A. (2018a). s. 541.
69 a.g.e. s. 75.
70 Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları, (2022), s. 426.
71 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018c).
72 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018c).

ler[73]. Özgürlük var oluşun anlamını kavramaya yarayan şeydir. Hayatımızı anlamlı ve değerli kılan şey özgürlüktür[74]. Arslan hayatın erdemli yaşanmasını sağlayacak insanların kalitesinin ölçütünü "3A" olarak formülleştirmiştir. Bu formülün ilk A'sı aklı temsil eder. Diğer iki A'nın temsil ettiği ahlak ve adalet de akla yaslanan özgürlük ve akıl sayesinde var olabilir. Özgür olma vasfı böylesine odak bir erdemdir.

Aliya da adı ile dahi sahip olduğu özgürlük tutkusunu ifade eden derleme kitabı *"Köle Olmayacağız"* adlı eserinde özgürlüğün hayata anlam veren şey olduğunu söyler[75]. Özgürlük Aliya'ya göre Allah'ın varlığının kanıtıdır. Çünkü insan her şeyi ama her şeyi yapabilecektir. Ancak bir tek şeyi yapamayacaktır: Özgür iradeli varlığı. Özgürlük tamamen Allah'ın insanı insan yapmak üzere yaratıcılığını kendine mahsus bıraktığı erişilmez bir üstünlüğüdür[76]. Bu yönü Allah'ın varlığının da ispatıdır ve Aliya adeta Allah'ı *"özgürlüğün yüce yaratıcısı"*[77] şeklinde anlamaktadır.

Özgürlük, Aliya'ya göre mucizevi bir karaktere sahiptir. O hedef ve yoldur[78].Aliya özgürlüğün içten gelen bir güç olduğuna dikkat çeker. Bu noktada *"Hiç kimse hiçbir zaman hiç kimseye özgürlüğünü hediye etmemiştir."*[79] der. İnsan, ontolojik olarak bahşedilen bu onurdan, özgürlükten kurtulamaz. İyilik ve kötülük dramının arasında "*tercihini (özgürlüğünü) kullanmaya"* yani *"insan olmaya"* mecburdur[80].

İnsan bu özgürlüğün bedeli bir mesuliyet de taşımaktadır. *"İnsan olmak muafiyet değil mükellefiyet demektir."*[81] Aliya'ya göre Kur'an, menfaat ve korku gibi duygularla bağlanılan sahte tanrılara teslimiyeti yasaklamıştır. Bütün teslimiyetler esarettir fakat Allah'a olan teslimiyet insan için özgürlük inşa eder[82]. Aliya, insanı erdemlerin yücelttiğini söyler. İnsanı insan gibi yaşatacak olan en önemli erdemler özgürlük ve adalet duygusudur. Bu duyguları hakkıyla yaşamaları da insanların hayvanlardan ayrılması da *"ahlak"* sayesinde mümkün olmaktadır[83] .

Arslan da Aliya İzzetbegoviç'in "*Ahlakilik özgürlükten ayrılamaz. Ancak hür fiil ahlaki fiildir."* sözünü bu noktadaki açıklamalarında kullanır[84]. Görüldüğü

73 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018c).
74 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2021c).
75 Arslan, O. (2021). *Bilge Aliya*, Ankara: Anadolu Ay yayınları, s. 62
76 İzzetbegoviç, A. (2012a). *s. 77.*
77 Arslan, O. (2021). s. 97; İzzetbegoviç, A. (2012a). s. 77.
78 İzzetbegoviç, A. (2014). s. 14.
79 İzzetbegoviç, A. (2021). *Köle Olmayacağız (Konuşmalar 1990-1995)*, Nurikiç, E. (Çev.), İstanbul: Ketebe Yayınları, s. 153.
80 İzzetbegoviç, A. (2012a). s. 77.
81 a.g.e. s. 82.
82 İzzetbegoviç, A. (2012b).*İslami Yeniden Doğuşun Sorunları*, Ademi, R. (Çev.), İstanbul: Fide Yayınları, s. 128.
83 Arslan, O. (2021). s. 102.
84 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2018a).

gibi Aliya da özgürlüğü akıl, ahlak ve adalet örgüsünde temele oturtan bir yaklaşıma sahiptir.

Aliya, özgürlük bilincinin bir entelektüel seviye gerektirdiğinin farkındadır. Entelektüeller otoritenin karşısında toplumda özgürlüklerin gelişiminde önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, toplumdaki entelektüel sayısı önem taşır. Buradan hareketle Aliya bilgili, eğitimli olmanın özgürlüğe açılan kapı olduğunu düşünmektedir[85]. Eğitimin amacı özgürleştirmek olmalıdır. Eleştirel düşünce bu bakımdan da önemli bir araçtır[86]. Öte yandan iyi eğitimli bir insan tabakası sadece bireysel anlamda değil halkın özgürlük mücadelesinde de özgürlüğü elde etmenin yolunu bulabilir. Aliya'nın yaşam pratiği de gerek kişisel özgürlüğü gerekse halkının özgürlüğü için mücadele ile geçmiştir. Her iki bakımdan da hayatı ödün vermeyen bir özgürlük savaşçısı olarak anılacak değerdedir. Halkın özgürlüğü önce manevi alanda sağlanmalıdır. Manevi bağımsızlığı kazanamayan halkların belli bir süre sonra özgürlüğü ve bağımsızlığı sadece millî marş ve bayrağa indirgenecektir[87]. Bunun ispatını Yahudiler üzerinden açıklar. Yahudiler tarihleri boyunca takibe uğramışlardır ancak asla kendilerinden vazgeçmeyi kabul etmemiş ve sadece hayatta kalmakla kalmayıp, böylece dünyayı idare eden halklardan biri olmuşlardır. Aliya için kölelik başa gelebilecek en kötü sondur. Hatta savaş hâlinde olmaktan bile daha kötüdür[88].

Aliya'nın entelektüel çabasında çok yönlü biçimde kafa yorduğu iki temel kavram "insan" ve "İslam"dır, denebilir. Ona göre insan, özgürlük, ahlak ve İslam birbirlerini tamamlar. İnsanı diğer canlılardan ayıran en önemli özellik "özgürlük", diğer canlılardan değerli kılan özellik ise "ahlak" tır. İslam da ahlakın yüklediği sorumluluğu yapmayı emrederek bunu hayata geçirir. Ahlakın toplumsal hayata uygulanma biçimi ise adaletçilik olarak ortaya çıkar[89].

Özgürlüğü sınırlamada etkili olan güvenlik olgusu üzerinde geniş değerlendirmeleri bulunan Arslan, özgürlük ve güvenliğin birbirine karşıt değil aksine biri diğerini tamamlayan değerler olduğunu söyler. Zühtü Arslan, güvenliğin olmadığı yerde özgürlüğün olamayacağını vurgular ve anayasal demokrasinin toplumsal düzeni ve güvenliği güvence altına almadan korunamayacağını anlatır. Güvenliğin sağlanması hak ve özgürlüklerin korunmasının ön şartıdır[90].

Aynı konuda Aliya, Arslan gibi güvenliği sağlarken uygulamanın sınır-

85 İzzetbegoviç, A. (2015). s. 235.
86 İzzetbegoviç, A. (2012a). *s.91-94*
87 İzzetbegoviç, A. (2010). *İslam Deklarasyonu*, İstanbul: Fide Yayınları, s. 198.
88 İzzetbegoviç, A. (2018c). s. 139.
89 Akın, M. H. ve Karaarslan, F. (2014). *Aliya İzzetbegoviç (Özgürlük Mücadelecisi ve İslam Düşünürü)*, İstanbul: Pınar Yayınları, s. 140
90 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2016e).

larına vurgu yapar. Yönetimin zorunlu olmayan kısıtlamalarını ve devletin gereğinden fazla müdahalesini temel özgürlükleri zedeleyen bir sorun olarak ele alır. Devletin amacı bireylerin özgürlüğünü korumak ve genişletmek olmalıdır, kısıtlamak ya da kaldırmak değil[91].

4- İnsan Olmak ve İnsan Kalmak

Bu bölüme Zühtü Arslan'ın şu sözleriyle girmek uygun olacaktır: *"Konuşmamı, bilge devlet adamı Aliya İzzetbegoviç'i rahmetle anarak tamamlamak istiyorum. Tarih 25 Mart 1994... İki yüz bin (200.000) Boşnak öldürülmüş, altı yüz bin (600.000) insan yerinden yurdundan sürülmüş, 800 cami bombalanmış, Bosna-Hersek'in şehirleri ve köyleri yerle bir edilmiş, sadece Saraybosna'daki askerî hastane 160 kez bombalanmış... Tüm bunları anlattıktan sonra diyor ki Aliya: İnsan olmak ve insan kalmak, Allah'a ve kendimize karşı sorumluluğumuzdur."*[92]

Aliya İzzetbegoviç insanı basit bir kurama sığdırma çabalarını reddeder. Ona göre *"İnsan tüm ilimlerin onun hakkında söyleyebildiklerinden daha fazladır."*[93] *"İnsan, bir hayvan olmadığı sürece, bir şahsiyet olduğu, bir ruhu bulunduğu, kısacası bir insanoğlu olduğu sürece hürdür ve harici bir uyarıcıya nasıl tepki vereceği asla kesin (veya tahmin edilebilir) değildir. Şartlı refleks kanunu insana uymaz".*[94] *"Hayvanın içgüdüleri vardır. Bunlar maksada uygunluk prensibinin harikulade örneğidir. İnsanın ise ahlaki özellikleri ve umumi olarak faydaya dayanmayan ahlakı vardır."*[95] İnsan yaşamın doğası gibi karmaşık ve öngörülemez bir niteliğe sahiptir. İnsan olmak bazı özellikler gerektirir. Bilgisayar insan zihnine ait her şeyi yapabilecektir bir gün ama mesela asla şiir yazamayacaktır. Bu insanın ruhi faaliyetlerine özgü bir meziyettir.

Aliya, insanın bir yönüyle bilimlerin inceleme konusu olan (doğadaki) nedenselliğe bağlı olduğunu diğer yönüyle nedenselliğe sığmayan özgürlük doğasına ve imkânına sahip olduğunu söyler. İnsanın özgür olması onun insan olarak değerini somutlaştıran şeydir.[96] Özgürlükle ahlak ilişkisi daha önce açıklandığı üzere zorunlu bir ilişkidir. Özgür olmak insan olmayı sağlar, ahlaklı olmak özgür olmayı gerektirir. Öyleyse ahlaki eylem insana özgüdür. İnsan olmak ne kadar ahlaki olduğumuzla ilgilidir. İnsan kalmak da ahlaklı kalabilmek demektir.

Aliya insan olmak meselesini aynı zamanda kültürel nitelikte görür. İn-

91 İzzetbegoviç, A. (2018a). s. 97.
92 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2017b), "Konuşmalar", https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/ombudsmanlik-sempozyumunda-yaptigi-konusma/(Erişim Tarihi: 25/2/2024).
93 İzzetbegoviç, A. (2012a). s. 37.
94 İzzetbegoviç, A. (2018a). s. 189.
95 İzzetbegoviç, A. (2012a). s. 39.
96 İzzetbegoviç, A. (2018a). s. 213.

sanın köle olmasına, tanrılık çabasına ya da arzularını tatmin düzeyinde fizik bir varlık olarak kalmasına insana yaklaşımda sapmalar gözüyle bakar ve insan olmanın Allah'ı tanımakla yakın ilişkisini kurar. Allah'ın da bütün insanları eşit yarattığı üzerinde durur. İnsan olmak bu tür sapmalardan kurtulmak için kelime-i tevhidin insanı hiçbir kula, makama, maddeye, ünvana veya zevke köle yapmayan dik durma çağrısı ile mümkündür[97]. "*Allah bize hayvanların aksine dik yürümeyi lütfetti. İnsanların çoğu ise bu ayrıcalığı değerlendirmiyor: hayatları boyunca eğiliyor hatta emekliyor.*"[98]Allah söz konusu olmaksızın insanı ve hayatın anlamını idrak etmek mümkün değildir. Allah, insanın bu dünyadaki ahlaki konumunu açıklama açısından zorunlu ve mutlak bir varlıktır[99]. Ahlaklı olmak çıkarlarımıza göre değil ödevlerimize (vazifemize) göre eylemde bulunmaktır. Eğer bir kimse bu hayatın hesabını vereceği başka bir hayat olduğuna inanmıyorsa neden çıkarlarına aykırı davransın? Hayat bu yaşadığımızdan ibaretse yani Allah yoksa geçmişte fedakârlık yapmış, acı çekmiş ve kendilerine hayranlık duyduğumuz kahramanların fedakârlıklarının bir kıymeti de yoktur. Niçin kendi zevk ve çıkarlarımızdan ödün verelim, özveride bulunalım? Ahlakın dayandırılacağı bir Allah inancı olmaksızın hiçbir ahlaki sistem kurulamaz. Çünkü ahlaklı olabilmek için hayatın ve çıkarların üstünde bir şeye sığınmamız gerekir. Hayatın üstünde ve ötesinde bir şeye sığınmak da bir çeşit tanrı inancı ya da dindir[100]. Özetle ifade edersek Aliya'nın ahlak anlayışında "Allah" her şeyin temelidir; insan olmak, insan kalmak, özgürlük, sorumluluk, adalet, onur, her daim hayra bürünmek, ilkeli olmak, sevgi, saygı …

İşte bu ahlak sayesinde insan olunurken bu ahlaktan kopmamakla da insan kalınabilecektir: *"Biz muzaffer olacağız, çünkü biz başkalarının dinine, milliyetine ve farklı siyasi kanaatlere saygı gösteriyoruz ve bu zor durumumuzda bile temiz insanlar olmaya çabalıyoruz."*[101]

İnsan kalmanın zorluğunu elbette kendini aşarak hayatında ispat etmiştir: Bütün isteklerini yerine getirmedikçe bir görevde kalmam adil değildi diyerek makamın ve güç kullanmanın çeldirici etkisine kapılmayıp Başkanlıktan istifa edebilmiştir[102]. İkinci defa hapse düşüp, kitap yazmanın suç sayılmasından dolayı katillerle aynı koğuşta yatarken fikirlerinin yanlış olduğunu kabul edip siyasetle ilgilenmeyeceğine, kendi hâlinde huzurlu ve sakin bir hayat kuracağına dair söz vermesi karşılığında affedeceklerini belirtmişler; Aliya ise yıllarca hapis yatmayı göze alarak af teklifini reddetmişti[103]. Ona göre insan

97 İzzetbegoviç, A. (2012b). s. 103-104
98 İzzetbegoviç, A. (2018a). s. 63.
99 İzzetbegoviç, A. (2018c). s. 49.
100 a.g.e. s. 552.
101 a.g.e. s. 198.
102 a.g.e. s. 466.
103 a.g.e. s. 495.

olanın ahlaklı olmaktan başka çaresi yoktur. 1990 yılında seçimlerden galip çıktığında yaptıkları haksızlıklardan dolayı komünistlere bir misillemede bulunup bulunmayacağı sorulmuştu. Bir misillemede bulunmayacağını söylemiştir, hatta Bosna'ya karşı çıkanların hepsi hayatlarını normal şekilde yaşamış, önceden sahip oldukları mevkilerini bile muhafaza etmişlerdir[104]. Aliya kin, nefret, intikam, hırs gibi olumsuz duygulardan uzak her şartta kuşatıcı, hoşgörülü ve adil olmak gibi erdemleri yaşatarak kendisine halkının "bilge" demesini hak edecek *"insan olma ve insan kalma"* örneklikleri sergilemiştir.

Zühtü Arslan da konuşmalarında "insan olmak ve insan kalmak" hususunun önemle üzerinde durmuştur. Bu konuda yaptığı bir konuşmada meseleye şöyle yaklaşmaktadır: "*Akıl sahibi ve özgür olmak, aynı zamanda ahlaki ilkeleri benimsemeyi gerektirir. Bu bağlamda en temel ahlaki ilke, yine Aliya'nın ifadesiyle, '*insan olmak ve insan kalmak*'tır.*

İnsan olmak, kendimize hak gördüğümüzü başkası için de hak olarak görmeyi, kendimize yapılmasını istemediğimizi başkalarına reva görmemeyi gerektirir. İnsan olmak insanı amaçlarımızın ya da menfaatlerimizin aracı olarak değil, onu kendi içinde amaç ve kendinde değer olarak kabul etmeyi gerektirir. İnsan olmak, bizden farklı olanı da insan olarak kabul etmeyi gerektirir.

Peki, insan kalmak *nedir ve neyi gerektirir? İnsan kalmak da zor zamanda adaleti savunmayı ve hakkı tutup yüceltmeyi gerektirir. İnsan kalmak, size en büyük zulmü yapanlara, mabetlerinizi bombalayıp çocuklarınızı ve kadınlarınızı katledenlere karşı Aliya gibi "*Onlar bizim öğretmenimiz değil, düşmanlarımıza tek borcumuz adalettir.*" diyebilecek bir duruş sergilemeyi gerektirir.*

*Kuşkusuz, her şeyin ve herkesin üzerinize geldiği bir ortamda insan olmak da insan kalmak da kolay değildir. Kırgız yazar merhum Cengiz Aytmatov'un bir romanında Kudüs Mahkemesi tarafından ölüme mahkûm edilen Hz. İsa'nın Roma İmparatorluğunun valisi tarafından sorgulandığı bir sahne vardır. Bir yerde Hz. İsa valiye der ki "*Bir insan için en zor sey, günden güne gelişerek her gün insan olmak [kalmak]tır.*"*[105]

Son olarak Zühtü Arslan'ın dilinden Aliya'nın "insan olmak ve insan kalmak" üzerine düşüncelerini politik alana aktardığı şu açıklamalarıyla bitirelim:

"Avrupa'nın merkezinde, dünyanın gözleri önünde halkı katledilirken yakıcı ve yıkıcı bir savaşın tam ortasında, Aliya şöyle sesleniyordu: "İnsan olmak ve insan kalmak, Allah'a ve kendimize karşı sorumluluğumuzdur."

104 a.g.e. s. 66.
105 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2024).

Aliya bütünüyle ahlaki olarak nitelediği "insan olmak ve insan kalmak" kavramını politik dile de çevirmiş, bu kavramın "hiç kimse(- nin) dininden, ulusal (kimliğinden) ya da politik inancından dolayı zulme uğramayacağı" ve bunun temel yasa olarak kabul edildiği "hukuka uygun devlet"e tekabül ettiğini belirtmiştir. Kısacası "insan olmak ve insan kalmak" kavramı, siyasi dilde çoğulcu demokratik hukuk devleti olarak formüle edilmiştir. Bu kavramın "insan kalmak" boyutu en hassas durumlarda bile hukuktan, hukukun üstünlüğünden ayrılmamayı ifade etmektedir. Umarım akıl ve vicdan tutulması yaşayan, bu nedenle de yeni vicdan rahatsızlıklarına mahkûm görünen insanlık Aliya İzzetbegoviç'in bu evrensel mesajına kulak verir."[106]

Sonuç Yerine

Zühtü Arslan'ın konuşmalarında konumlanışından düşünce dünyasında önemli bir yer tuttuğu anlaşılan Aliya İzzetbegoviç'e Arslan'ın gösterdiği ilgi, bir düşünürden alıntı yapmanın ötesinde bilgelik örneği olarak gösterecek düzeyde benimsediğini ortaya koymaktadır. Bu yakınlığın öz yaşam öykülerindeki benzerliklerden, karşılaştıkları sorunlar karşısında aynı çözüme ulaşan çok yönlü okumalardan, aynı manevi iklimin duyarlılıklarını taşıyor olmaktan kaynaklandığı düşünülmektedir.

Zühtü Arslan, Aliya İzzetbegoviç'ten ve onun öne çıkardığı düşüncelerinden ayrılmamaktadır. Adalet, hukuk ve hukuk devleti düşüncesi, demokrasi ve özgürlüğe yaklaşımı, insan olmak ve insan kalmak konusundaki duyarlılığı ile onunla anlayış birliği içinde Aliya'yı gündeme taşımayı tercih ettiği görülmektedir.

Bu çalışmada Arslan'ın konuşmalarında yer verdiği fikirleri bakımından en yüksek sayıda referans verdiği düşünce insanı olan Aliya İzzetbegoviç'in konumlanışını şu şekilde özetlemek mümkündür: Aliya İzzetbegoviç İnsanı aklıyla diğer canlılardan ayrılan, ahlakıyla üstün olabilen bir varlık olarak görmektedir. Aklın da ahlakın da varlık şartı ve bunları değerli kılan *"özgürlük" "hayata anlam veren şey"*dir. İnsanın alametifarikası olan "*özgürlük"* kavramını Aliya düşünce sisteminin odağına yerleştirmektedir. İnsan "*özgür varlık*"tır. İşte, hukuk da demokrasi de insan için yani özgürlüğü korumak ve genişletmek için vardır. En yüce emir olan ve ispata gerek olmaksızın insan kalbinde mevcut bulunan "*adalet"* bir ideal fikridir ve hukukun sürekli aradığı, aramaya devam edeceği gayesidir. Adaletin sağlanabilmesi için hukuk aracılığı ile güçlü olan devlet karşısında zayıf olan bireyin hak ve özgürlükleri korunmalıdır. İnsan olmak ve insan kalmak her zaman ve her şartta ahlaklı olabilmek, hak ve özgürlüklere saygılı olmak demektir. Ahlaklı kalmak, ahlaklı olmaktan daha çok çaba gerektiren, zor başarılabilen bir erdemdir. Öz-

106 Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları, (2022) s. 454. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (2017b).

gürlükleri yok eden ya da kısıtlayan otoriterizm kötüdür ama otorite karşısında köle olmak, insan adına yaşanabilecek en kötü şeydir. Otorite karşısında özgür iradesine sahip çıkmayı da içeren insan olmak ve insan kalmak erdemi politik dile çevrilmesi halinde çoğulcu demokratik hukuk devleti olarak formüle edilebilir.

Taha AKYOL
(Karar Gazetesi Köşe Yazarı)

'HAK EKSENLİ' BİR HUKUKÇU

Türkiye'nin anayasa tarihinde hukuki düşünceye yön veren faktörlerden ikisi bilhassa önemlidir: Meşrutiyet Devri'nde devletin kurtarılması, Cumhuriyet Devri'nde inkılapların korunması.

Temel hak ve hürriyetler, yargı bağımsızlığı, kuvvetler ayrığı gibi değerlerin önemi, yukarıda zikrettiğim iki temel saikle sınırlı kaldı. Hatta 1923-1962 arasında resmen ve sıkı surette kuvvetler birliği temel anayasal ilkeydi.

Türkiye, 21. yüzyılda bile kuvvetler ayrılığını yerleştirememiş hatta 'ayak bağı' sayan bir ülkedir! Bunda tarihten gelen faktörlerin rolü büyüktür. Tarihten gelen hem muhafazakâr miras hem inkılapçı miras, iktidarların sınırlanması ve kuvvetler ayrığı gibi değerler için teşvik edici değildir.

Böyle bir toplumda Doç. Dr. Zühtü Arslan, yirmi yıl önce yayımlanan Anayasa Teorisi adlı kitabına şu cümlelerle başlıyordu:

> *"Lord Acton'un 'Güç yozlaştırır, mutlak güç ise mutlaka yozlaştırır.' sözü anayasacılık fikrinin çıkış noktasını özlü bir şekilde anlatmaktadır. Siyasal iktidarın doğasına ilişkin bu tespit, beraberinde iktidarın sınırlandırılması gereksinimini getirmektedir. Sınırsız ve keyfi gücün bireyin özgürlüğü önünde en büyük tehdidi oluşturduğu tarihî tecrübeyle sabittir. Bu nedenle özgürlüğü korumak için yapılması gereken şey, iktidarı etkili bir şekilde sınırlandırmaktır. Friedrich Hayek'in belirttiği gibi, 'İktidarın etkili bir şekilde sınırlandırılması, sosyal düzenin en önemli sorunudur.' Sosyal düzenin bu önemli sorunuyla uğraşan doktrinin adı anayasacılıktır."*

Kitabında; tarihte ve modern zamanlarda da otoriter rejimlerde devlete ideolojik ve kutsal nitelik verildiğini anlatan Arslan, buna karşı liberal demokrasiyi savunur. Rousseau ve Hegel gibi totalitarizmin babası olan düşünürleri eleştirir; John Locke, John Stuart Mill, Kant, Schopenhauer, Lord Acton, Karl Popper, George Orwell, Hayek ve Isaiah Berlin gibi liberal filozoflara atıflar yaparak özgürlük fikrini savunur:

> *"Popper'e göre, siyasi ve ekonomik görüşlerde 'doğru' ile 'yanlış' ancak sınayarak görülebilir, öyleyse değişik fikirlerin serbestçe rekabet etmesine ve sınanmasına imkân verecek özgürlükçü bir düzen gerekir..."*

Hiçbir düşüncenin bastırılmaması gerektiğini savunan Arslan, *"Bastırılan düşüncenin yanlış olduğunu hiçbir zaman bilemeyiz."* diye yazmaktadır.

Dr. Arslan, aynı kitabında, doktrin ve içtihatlara referans yaparak Anayasa Mahkemesinin varlık nedeninin "kanun koyucunun muhtemel tehditleri karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak" olduğunu vurgular. Anayasa'nın yorumlanmasında "bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak" ilkesinin öncelikli olmasına "hak eksenli" yorum ya da "paradigma" diyor ve bunu şöyle tanımlıyordu:

> *"Hak eksenli yaklaşım, bir davada yargıcın temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini tespit ederek onların korunmasından yana tavır almasını/karar vermesini gerektiren yaklaşımdır*[1]*."*

Genç bir akademisyen olarak kaleme aldığı kitap ve makalelerde "hak eksenli" yorum ilkesini böyle savunan Zühtü Arslan, 11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül tarafından Nisan 2014'te, YÖK adayları arasından, AYM üyeliğine atandı. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca 10 Şubat 2015 tarihinde Anayasa Mahkemesi başkanlığına seçildi. Bu satırlar yazılırken Mahkeme Başkanlığı devam ediyordu; Nisan 2024'te üyelik süresi dolacak, yerine 12. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından yeni bir üye atanacaktır.

Akademik hayatta yüksek felsefi değerleri savunanların yüksek bir makama atandığında aynı çizgiyi mi sürdürdüğü yoksa 'hâlin icabı'na göre mi davrandığı meselesi ahlaki tutarlık bakımından önemlidir. Hele de "hukuk ahlakı" bakımından bilhassa önemlidir.

Arslan'ın AYM başkanlığı döneminde Türkiye ve AYM zor ve istisnai meydan okumalara maruz kaldı: 15 Temmuz 2016'daki kanlı darbe teşebbüsü, anayasal denetime imkân vermeyen iki yıllık OHAL dönemi, Venedik Komisyonu raporuna[2] göre kuvvetler ayrılığını asgariye indirerek iktidarı önemli ölçüde şahsileştiren CB hükûmet sistemi, 2000-2014 arasında anayasal değerlerin liberalleşmesinde önemli bir dinamik olan AB sürecinin tıkanması ve hatta yer yer geriye gitmesi gibi son derece kritik, hassas dönemler… Bu zorlu sınavlarda AYM, anayasa değişikliklerinde yetkisizdi. OHAL Kararnameleri konusunda ise bence "fazla pozitivist" bir yorumla yetkisizlik kararı verdi. Fakat eleştirebileceğim bazı kararları bulunsa da bireysel hak ve hürriyetler için bir sığınak olma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hak ve hürriyetleri koruma konusunda genelde iyi performans gösterdi. Bu yüzden siyasetin ağır hatta hakaretlere varan hücumlarına maruz kaldı. Hatta

1 Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 6, 21, 234, 242.

2 The European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). (2017). "110th PLENARY: Turkey - Proposed constitutional amendments "dangerous step backwards" for democracy, Venice, 9-11 March 2017", § 47, 133, passim.

bu hücumlara Yargıtay 3. Ceza Dairesi de katıldı. Teröristler sürekli Yargıtayı tehdit ederken AYM'nin de Yargıtayı tehdit ettiğini kararına yazabildi, üstelik AYM üyeleri hakkında suç duyurusu kararı alabildi[3].

AYM kararları elbette eleştirilir. Hukuk diliyle eleştirilmelidir de. Fakat "hain" suçlamalarına kadar varan siyasi hücumlar bu ülkede "hak eksenli" yargıç olmanın olağandışı zorluğunu göstermektedir.

Prof. Arslan, akademik kitap ve makalelerinden başka 2015'te, AYM'nin kuruluşunun 53. yıl dönümünde başkan sıfatıyla yaptığı ilk yıl dönümü konuşmasında da "hak eksenli" kavramını vurgulamayı ihmal etmedi. Bu kavramı AYM literatürüne dâhil etti. "Hak eksenli paradigma"nın yerleşmesi hâlinde hem uluslararası hukuk camiasında Türkiye'nin itibarının yükseleceğini hem millet hayatında "ötekileştirme" yerine "farklılıkların bir aradalığının" güçleneceğini anlattı[4].

2016'da AYM'nin 54. kuruluş yıl dönümü konuşmasında "hak eksenli" yorum ilkesiyle bireysel başvuru arasındaki zorunlu bağlantıya dikkat çekti:

> *"Bireysel başvurunun dönüştürücü ilk etkisi, Anayasa Mahkemesinde paradigma değişiminin itici gücü ve temel aracı olmasıdır. Bu paradigma, insanı ve onun hak ve hürriyetlerini önceleyen bir yaklaşımı ifade etmektedir. Doğası gereği 'hak eksenli' yaklaşımı zorunlu kılan bireysel başvuru, Mahkemenin norm denetimini de etkileyerek bu alanda da hak ve özgürlüklere öncelik veren bir yaklaşımın benimsenmesini sağlamıştır[5]."*

Hak eksenli yaklaşım kavramı hukukçu olmayanlar, özellikle de bireysel başvuru hukukuna aşina olmayanlar tarafından soyut, muğlak bulunabilir. Bu kavramın somut olaylarda, mesela "kişi hürriyeti ve güvenliği" ile "tutuklama" kavramlarına bakışta ne gibi ölçüleri ön plana çıkardığını Arslan'ın bir karşıoy yazısında görmek mümkün:

> *"Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, bireylerin keyfî olarak özgürlüklerinden mahrum edilmemesini güvenceye alan bir anayasal haktır. Bu temel hak hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır. Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfî olmaması, sadece olağan dönemlerde değil olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir güvencedir..."*
>
> …

3 Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 8/11/2023 tarihli ve E.2023/12611 sayılı kararı.

4 Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi'nin 53. Kuruluş Yıldönümünde Yaptığı Açış Konuşması, 27/4/2015, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-53-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 14/12/2023)

5 a.g.e.

> *Tutuklama tedbiri kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik ağır bir sınırlamadır. Bu nedenle tutuklamaya ancak zorunlu durumlarda ve kanuni şartları bulunduğunda başvurulabilir. Aksi takdirde tutuklama, kişinin kaçmasını ya da delilleri karartmasını engellemeye yönelik bir tedbir olmaktan çıkıp cezalandırma aracına dönüşebilir…*
>
> *….*
>
> *Tutuklama tedbirinin hukuki olabilmesi için suç işlendiğini gösteren kuvvetli belirtinin bulunması yeterli değildir. Tutuklamanın aynı zamanda ölçülü olması gerekir. Bu nedenle somut olayın şartlarında ölçülülüğün unsuru olan gereklilik bakımından bir değerlendirme yapılması zorunluluğu vardır*[6].

Zühtü Arslan'ın bu şekilde karşıoy yazdığı kararda Genel Kurulun çoğunluğu, bu açılardan bakmayarak başvuruyu reddetmiş, tutukluluğu uygun bulmuştu. Hak eksenli yorumun ne kadar önemli olduğu söz konusu karara karşı yazılan karşıoy yazılarında açıkça görülmektedir.

Arslan, 27 Ekim gibi yakın bir tarihteki konuşmasında, "hak eksenli" yorum anlayışının Anayasa Mahkemesinin "birçok kararında" uygulandığını söylüyordu:

> *"Hegel'in madde-ruh zıtlığını anayasal dile çevirirsek "maddenin özü otoriteyse ruhun özü de özgürlüktür" diyebiliriz. Bu bağlamda özgürlük "Anayasa'nın ruhu"nun yegâne hakikatidir. Tam da bu nedenle Anayasa Mahkemesi, birçok kararında anayasal hükümlerin hak eksenli bir yaklaşımla ve özgürlükler lehine yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır*[7]*."*

Anayasa Mahkemesinin "birçok kararında" hak eksenli yani haklara ve hürriyetlere öncelik tanıyarak karar vermesi, bunun "müstakar içtihat" anlamına geldiğini ifade etmez mi? Eder elbette ama atamalarla üye kompozisyonu değişmekte olan AYM'nin bunu ne ölçüde sürdüreceğini zaman gösterecektir.

Sadece hukuk değil felsefe ve tarih alanında da geniş bir literatüre vakıf olan Prof. Arslan, Sadrazam Tunuslu Hayrettin Paşa'dan alıntı yaparak hürriyet fikrini savunur:

---

6 *Mehmet Osman Kavala (2)* [GK], B. No: 2020/13893, 29/12/2020, Zühtü Arslan Karşıoy Gerekçesi, § 12, 14, 33.

7 Zühtü Arslan'ın Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı başlıklı konuşması, 27/10/2023, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/yuzuncu-yilinda-cumhuriyet-in-anayasal-kimligi-ve-anayasa-yargisi/#_ftn11 (Erişim Tarihi: 14/12/2023). Konuşmanın gözden geçirilerek ve genişletilerek hakemli makale olarak yayımlanmış hâli için bkz. Arslan, Z. (2023). "Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 40., S. 2., ss. 1-23.

Esasen güneşin altındaki diğer sözler gibi bu söz de yeni değildir. Osmanlı Devleti'nde bir dönem sadrazamlık da yapmış olan Tunuslu Hayreddin Paşa yıllar önce bu tespiti yapmış ve yazdığı kitapla bunu bize aktarmıştır. Kanun-i Esasi'nin ilanından sekiz yıl önce yayımladığı kitabında Avrupa'da gezdiği ülkelerin kurumlarına dair gözlemlerini paylaşan Tunuslu Hayreddin Paşa'ya göre 'En yüksek refah mertebelerine ulaşan ülkeler, hürriyetin ilkelerini ve siyasi tanzimata denk gelen anayasayı yerine oturtan ülkelerdir.'[8]"

BİREYSEL BAŞVURU

Bireysel başvuru 2010 referandumuyla kabul edildi.

AYM'ye yapılan bireysel başvuruların neredeyse astronomik boyutlarda olması, toplumda "hak ihlali" algısının, şikâyetinin ne kadar yaygın olduğunu gösterir. Prof. Arslan Eylül 2021'deki konuşmasında şöyle diyordu:

"Bireysel başvuru yolunu kabul eden ve başarılı bir şekilde uygulayan hiçbir ülkede, bizde olduğu kadar çok sayıda başvuru yapılmamıştır..."

Çünkü bizde olduğu kadar hak ihlali yapılmamıştır diye okumak gerekir bu gerçeği. Arslan şöyle devam ediyordu:

"İspanya ve Almanya Anayasa Mahkemelerine yapılan beş altı bin civarındaki yıllık başvuru Mahkememize neredeyse bir ayda yapılan başvuru sayısına tekabül etmektedir. Dahası Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine kırk yedi ülkeden yapılan başvurudan daha fazlası Anayasa Mahkemesine yapılmaktadır[9]."

Bireysel başvuruların çok büyük kısmı, "adil yargılanma hakkı"nın ihlali hakkındadır. Yani mahkemelerin adil yargılama yapmaması iddiası…

Başkan Arslan'ın Ocak 2022'de ifade ettiği verilere göre:

"Bireysel başvurunun uygulamaya başlandığı 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren yapılan başvuruların büyük bir kısmı adil yargılanma hakkına ilişkindir. Mahkememize 2021 yılında yapılan 66 bin civarında başvurunun

8 Tunuslu Hayreddin Paşa. (2017). *Ülkelerin Durumunu Öğrenmek İçin En Doğru Yol- Akvemü'l-Mesâlik fî Marifeti Ahvâlü'l-Memâlik*, Muhammed, K. S., (Çev.), İstanbul: Büyüyen Ay Yayınları, s. 132'den Aktaran Zühtü Arslan'ın "Mesleki Hayat Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı" Sempozyumu Açış Konuşması, 28/6/2021, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/mesleki-hayat-baglaminda-ozel-hayata-saygi-hakki-sempozyumu-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 14/12/2023)

9 Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesinin Temel Haklar Alanındaki Kararlarının Etkili Şekilde Uygulanmasının Desteklenmesi Projesi Açış Konuşması, 23/9/2021, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-temel-haklar-alanindaki-kararlarinin-etkili-sekilde-uygulanmasinin-desteklenmesi-projesi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 14/12/2023)

> *%73'ten fazlasında adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikâyeti bulunmaktadır. 2012 yılından bu yana verilen toplam ihlal kararları içinde de adil yargılanma hakkı ihlali yaklaşık %77 ile birinci sıradadır.*
>
> *Bu sayı ve oranlar bize adil yargılanma hakkı konusunda önemli bir meselemiz olduğunu söylüyor…*[10]*"*

Gerçekten adil yargılanma hakkı, adli mahkemelerce yaygın olarak ihlal edilmeseydi ya da AYM kararları hakkıyla uygulansaydı bu konuda bu kadar başvuru olur muydu?

Yaklaşık bir yıl sonra Ekim 2023'te AYM Başkanı, "Bireysel Başvurunun 11 Yılı" sempozyumunda şu verileri açıkladı:

> *"Geride bıraktığımız 11 yıl içinde Mahkemeye 555 binden fazla başvuru yapılmış, bunun 425 bin kadarı yani yaklaşık yüzde 77'si karara bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin önünde hâlen 130 bin civarında derdest başvuru bulunmaktadır. Mahkememiz geçen yıl yaklaşık 74 bin, bu yıl da şu ana kadar yaklaşık 52 bin başvuruyu karara bağlamıştır..."*

Arslan'a göre bunun sebebi, AYM tarafından verilen ihlal kararlarının yargı ve idare tarafından emsal olaylarda uygulanmamasıdır. Doğru bir tespittir bu. Emsal uygulamalarıyla başvurular azaltılabilecekken AYM her defasında yeni bir başvuruyla karşılaşmak, yeni bir karar vermek zorunda kalıyor, dosya sayısı kabarıyor. Öyle ki seçme ve seçilme hakkı gibi asli bir hakla ilgili olarak AYM dört defa aynı kararı vermek zorunda kalmıştır[11]. Değil emsal karar olarak AYM'nin somut kararlarına uymayı Yargıtay bile reddetmektedir! Hâlbuki Anayasa'nın "Uyuşmazlık Mahkemesi" başlıklı maddesi sarihtir:

> *"Madde 158/3: Diğer mahkemelerle, Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında, Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır."*

Yetki ihtilaflarında AYM kararları esas alınmadığı ve bağlayıcı bireysel başvuru kararlarının emsal olaylarda uygulanmadığı için ülkemizde 130 bin bireysel başvuru dosyası derdest bulunmaktadır. AYM kararlarını uygulayarak bu sayıyı aşağıya, makul düzeylere indirmek mükellefiyetinde olanlar, AYM'ye başvuruları kanunla kısıtlayarak sayıyı aşağıya çekmek gerektiğini telkin ediyorlar!

Dünya hukuk devleti sıralamasındaki yerimizin 117 olması esef vericidir[12].

---

10 Zühtü Arslan'ın "Adil Yargılanma Güvencesi Olarak Silahların Eşitliği İlkesi" başlıklı konuşması, 10/1/2022, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/adil-yargilanma-guvencesi-olarak-silahlarin-esitligi-ilkesi (Erişim Tarihi: 14/12/2023)

11 *Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013; *Kadri Enis Berberoğlu*, B. No: 2017/27793, 18/7/2018; *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, B. No: 2019/10634, 1/7/2021 ve *Şerafettin Can Atalay*, B. No: 2021/9387, 19/1/2023 kararları.

12 World Justice Project (2023). *WJP Rule of Law Index*, https://worldjusticeproject.org/rule-of-

KUVVETLER AYRILIĞI, BAĞIMSIZ YARGI

Başkan Arslan'ın bu sıfatla yaptığı yıl dönümü konuşmalarının belki de sonuncusunu 24 Nisan 2023'te yaptı. "Cumhuriyet'in anayasal kimliği" konulu konuşmasında kuvvetler ayrılığı ilkesini Türkiye Cumhuriyeti'nin temel vasıfları arasında zikretti:

> *"Türkiye Cumhuriyeti milli egemenliğe, kuvvetler ayrılığına, adalete ve insan haklarına dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. Esasen anayasanın kalan kısma bir anlamda bu cümlenin, hatta hukuk devleti ilkesinin açıklanması mahiyetindedir."*

Kuvvetler ayrılığının Anayasa'da da belirtildiği gibi "medeni bir iş bölümü ve iş birliği" olduğunu hatırlatan Arslan, bu iş birliğinde hak ve hürriyetlerin korunmasının esas olduğunu belirtir:

> *Devletin farklı organları arasındaki "işbirliği"ne en fazla bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması kapsamında ihtiyaç duyulmaktadır. Zira temel hakların korunması devletin varlık sebebidir*[13].

Ve hürriyetleri korumak üzere getirilmiş olan bireysel başvurular hakkında AYM'nin verdiği kararların diğer bütün devlet organlarınca emsal alınarak uygulanması bu "iş birliği"nin de icabıdır. Arslan, bireysel başvurularda AYM'nin verdiği kararların emsal alınarak benzer olaylarda da uygulanmasıyla "ihlallerin kaynağının kurutulmasını" istemektedir. AYM'nin "yargısal aktivizme tevessül etmediğini" ama "yasal yetkilerini kullanmaktan imtina" etmeyeceğini de belirten sözleri, Kasım 2023'te Yargıtayın başlatacağı krize erken bir cevap gibiydi.

Kuvvetler ayrılığı, birinci derece yargı bağımsızlığını ifade eder. Yargı; her türlü vesayetin, herhangi bir yasama ve yürütme gücünün ya da toplumsal örgüt ve baskı çevrelerinin karşısında bağımsız olmalıdır. Bizim tarihimiz bakımından "vesayet" özel bir önem taşımaktadır. Merhum Prof. Tunaya'nın tarihçi sıfatıyla belirttiği "vesayet" kavramı yargıyı da etkileyen bir faktör olmuştur bizde. Anayasa Mahkemesinin bizde 27 Mayıs darbesini izleyen 1962 Anayasası ile kurulması 'ideoloji eksenli' bir anayasal yargıya yol açtı. Evrensel hukuka ve hak eksenli yoruma yöneliş, önceki Başkan Haşim Kılıç'la başladı. 2010 referandumu ile bireysel başvuru hakkı ve AİHM içtihatlarının emsal olarak kabul edilmesi ile de yeni bir aşamaya geçildi.

---

law-index/global (Erişimi Tarihi: 14/12/2023)

13 Zühtü Arslan'ın *Anayasa Mahkemesinin Temel Haklar Alanındaki Kararlarının Etkili Şekilde Uygulanmasının Desteklenmesi Projesi* Açılış Konferansı Açış Konuşması, 23/9/2021, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-temel-haklar-alanindaki-kararlarinin-etkili-sekilde-uygulanmasinin-desteklenmesi-projesi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 14/12/2023)

2015'te, AYM'nin kuruluşunun 53. yıl dönümünde başkan sıfatıyla yaptığı ilk yıl dönümü konuşmasında Zühtü Arslan vesayetçiliği şöyle tanımladı:

> *"Vesayetçilik, kurumsal düzeyde demokratik siyasi aklın yetersiz olduğu varsayımına dayanır. Bireysel düzeyde ise kişinin kendi hâline bırakılmaması, yönlendirilmesi gerektiği, aksi hâlde doğru karar veremeyeceği düşüncesinden beslenir. Her iki durumda da kurumsal ve bireysel akla ipotek koyma söz konusudur. Bu nedenle Kant, vesayeti özgürlüğün düşmanı olarak görür ve aydınlanmanın şiarını, "Aklını kullanmaya cesaret et!" şeklinde formüle eder..."*

Vesayetin kaldırılması sadece siyasetin serbestleşmesi değildi, siyaset karşısında yargı bağımsızlığını da içermeliydi:

> *"Yargı bağımsızlığı, yargının bir yandan kurumsal düzeyde hiçbir kişiden ve organdan emir, talimat ve telkine maruz kalmamasını, diğer yandan da bireysel düzeyde yargı mensuplarının hiçbir vesayete tabi olmadan akıllarını ve iradelerini serbestçe kullanabilmelerini gerektirir.*
>
> *Unutmayalım ki fikri ve vicdanı hür olmayandan hâkim olmaz. Aklını ve vicdanını başkalarına kiralayan veya iradesine ipotek konmasına izin veren kişiden hâkim olamaz. Hukuk devletinde, uzaktan kumandalı yargı da yargıç da düşünülemez.*
>
> …
>
> *Yargıyı bir vesayet kurumu veya vesayet altında bir kurum olarak konumlandırmak, ona yapılabilecek en büyük kötülüktür."*

Bir gazeteci gözlemiyle belirtmeliyim ki Türkiye bu iki kötülüğü de görmüştür.

HÂKİM AHLAKI

Bağımsız ve tarafsız yargı, bunun için. Her türlü vesayetin reddi… Anayasa'nın 138. maddesinde belirtildiği gibi "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."

Fakat yetmez… Bu anayasal ve kanuni mükellefiyetlerin yargıç vicdanında yer alması, yargıcın da bağımsız, tarafsız olması, emir ve talimat karşısında dik durması lazım. Prof. Zühtü Arslan bunu birçok konuşmasında vurgulamaktadır:

"Yargı bağımsızlığı, yargının bir yandan kurumsal düzeyde hiçbir kişiden ve organdan emir, talimat ve telkine maruz kalmamasını, diğer yandan da bireysel düzeyde yargı mensuplarının hiçbir vesayete tabi olmadan akıllarını ve iradelerini serbestçe kullanabilmelerini gerektirir.

Fikri ve vicdanı hür olmayandan hâkim olmaz. Aklını ve vicdanını başkalarına kiralayan veya iradesine ipotek konmasına izin veren kişiden hâkim olmaz. Hukuk devletinde, uzaktan kumandalı yargı da yargıç da düşünülemez…[14]*"*

Bir başka konuşmasında "3A ilkesi" olarak ifade ediyordu:

"Hukuku uygulamakla ve adaleti tesis etmekle görevli olan başta hâkimler olmak üzere yargı mensuplarının şiarı 3A yani akıl, ahlak ve adalet olmalıdır. Akıl iradeyi, bağımsızlığı, düşünme ve bilgi sahibi olma kapasitesini ifade eder.

Yargı mensubu aklını kullanmak zorunda olan kişidir…[15]*"*

Arslan'ın AYM başkanı sıfatıyla yaptığı konuşmalarda mahkeme içtihatlarına yoğun atıflarda bulunduğu gibi hukuk, tarih ve felsefe alanlarında geniş bir literatür yelpazesine atıflarda bulunması dikkat çekiçicidir. Batılı hukukçu ve filozoflar gibi İslam ve Türk medeniyetinden Maverdi, Mevlana, Kınalızade, İbn Rüşd, Münif Paşa, Cevdet Paşa, Mehmet Akif, Ali Fuat Başgil, Aliya İzzetbegoviç gibi âlim ve düşünürlere de konuşmalarında atıflar vardır. Gerçekten bir hâkimin geniş ufuk olması için akraba-disiplinlerden tarih ve felsefeyle yakın münasebetinin olması gerekir.

Burada Türkiye şartlarında bir sualin akla gelmesi tabiidir: Terör, iç güçlerin, dış güçlerin saldırıları durumunda da mı hak eksenli, yargı?.. O şartlarda da mı hukuk, hürriyet, adalet?.. Arslan bu soruya on beş sene önce şu doğru cevabı vermişti:

"Savaş, isyan, terör, kargaşa ve diğer asayiş sorunları bundan sonra da demokratik hukuk devletine yönelik meydan okumalar olacaktır. Burada mesele, bu tehditlerle hukuk dışı ve derin yapılanmalarla değil, şeffaflık ve hesap verebilirliğin esas olduğu bir hukuksal/siyasal düzlemde hukuki yollarla mücadele edebilmektir. Bu noktada belki de en büyük ironi, istisna hâline götüren tehditle hukuk devleti anlayışı içinde mücadele etme ve istisna hâlinin süreklileşmesini engelleme görevinin önemli ölçüde yine yargıya düştüğü gerçeğidir[16]*."*

14 Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi'nin 53. Kuruluş Yıldönümünde Yaptığı Açış Konuşması.

15 Zühtü Arslan'ın "Mesleki Hayat Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı" Sempozyumu Açış Konuşması, 28/6/2021, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/mesleki-hayat-baglaminda-ozel-hayata-saygi-hakki-sempozyumu-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 14/12/2023)

16 Arslan, Z. (2008). Hukukun hakimiyeti ve hakimlerin hukuku: Türk juristokrasisi üzerine notlar, içinde *21.Yüzyılda Liberalizm ve Türkiye'nin Liberal Birikimi: Bir Gelecek Perspektifi, 1-2 Kasım 2008, İstanbul*.

Zühtü Arslan'ın akademik hayata döndükten sonra da bu hürriyetçi, adaletçi çizgiyi sürdüreceğinden eminim. Türkiye'nin buna, böyle hukukçulara çok ihtiyacı var. Uzun tarihi; savaşlarla, kayıplar ve acılarla, varoluş mücadeleleriyle, içeride siyasi kavgalarla dolu olan ülkemizde hukukun, siyaset gerisinde kalmasında şaşılacak bir taraf yoktur. Fakat yüzyıllık Cumhuriyet Dönemi'nde barış içinde yaşadığımız hâlde hukukun hâlâ siyasetin gerisinde kalması affedilmez kusurumuzdur. Hukuku her şeyden üstün tutan şahsiyetli, bilgili, geniş ufuklu hukukçulara ne kadar ihtiyacımız olduğu açık.

Sedat ERGİN

(Hürriyet Gazetesi Köşe Yazarı)

PROF. ZÜHTÜ ARSLAN'IN DÜŞÜNCE DÜNYASININ İZLERİNİ SÜRDÜĞÜMÜZDE

1. GİRİŞ/RUDYARD KIPLING'DE DOĞU-BATI MESELESİ

Gazetecilik uğraşım içinde Anayasa Mahkemesinin (AYM) özellikle bireysel başvuru alanındaki kararlarını mümkün olduğunca zaman ayırıp yakından izlemeye çalışıyorum. Bu yöndeki çabam özellikle 2009 yılı sonuna doğru tam gün köşe yazarlığına geçmemle birlikte başlangıçta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları üzerinden yol almaktaydı. Ancak AYM'ye bireysel başvuru yolunun açılıp Mahkemenin içtihatlarının şekillenmeye başlamasıyla birlikte, özellikle 2013 ve sonrasındaki dönemde AİHM'den çıkan kararları izlemeyi büyük ölçüde bıraktığımı söylemeliyim.

Bu süreç içinde AYM'de şu yönelişi gözledim: Bireysel başvurularla ilgili kararlarını başlangıçta belli ölçülerde AİHM içtihatlarına da dayandıran AYM, yıllar içinde kendi içtihatlarını geliştirdikçe, aldığı kararlarda referans yaptığı AİHM metinlerinin ağırlığı kaybolmaya yüz tuttu. Bunun yerini, aşama aşama doğrudan Mahkemenin kendi içtihatları almaya başladı.

AYM kararlarını izlemeye çalışırken aynı zamanda Mahkemenin başındaki hukukçunun muhtelif konuşmalarını da okumak, bu kararları değerlendirmeniz, belli bir perspektif içine yerleştirmeniz bakımından kuşkusuz önem taşıyor. Bu çerçevede 2015 yılında AYM başkanlığı görevine seçilen Prof. Zühtü Arslan'ın konuşma metinlerini de son yıllarda yakın bir ilgiyle izlediğimi belirtmeliyim.

Bu konuşmalar, öncelikle bireysel başvuru yoluyla Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin alanının genişlemesinde katedilen anlamlı mesafeyi göstermesi bakımından önemlidir. Aynı zamanda anayasa hukuku profesörü kimliğini de dikkate aldığımızda bu konuşmalar aracılığıyla Türk kamuoyuyla, hukuk ve yargı çevreleriyle kurduğu iletişimin ülkemizde yargı alanında sürmekte olan güncel tartışmalar açısından da önemli bir çerçeve oluşturduğunu, bu tartışmalara özlü bir katkı sunduğunu düşünüyorum.

HUKUK, EDEBİYAT, FELSEFE VE TARİH İLE BULUŞUNCA

Prof. Arslan'ın konuşma metinlerini okurken kendimi her seferinde merakımı tetikleyen bir düşünsel egzersiz içinde bulmaya başladığımı da belirtmeliyim. Kastettiğim durumu şöyle açıklayabilirim.

Bir kere, çoğunlukla bu konuşmalar odaklandıkları meselelere yalnızca hukuk disiplini, bilgisi ve literatürü üzerinden yaklaşan metinler değil. Hukuk dışındaki alan ve disiplinlerden de geniş bir şekilde yararlanıyor Prof. Arslan.

Bu konuşmalar strüktür olarak genellikle bir düşünürün, bir tarihî şahsiyetin ya da bir şairin dizeleri ile başlıyor. Prof. Arslan, üzerinde duracağı meseleye giriş yaparken kapıyı önce bir tarih ya da felsefe metni ya da bir edebiyat eseri üzerinden aralıyor. Bu atıf bazen bir kıssa da olabiliyor.

Bu girişi yaptıktan sonra konuşmanın akışı içinde uluslararası alanda ve Türkiye'de önemli hukuk otoritelerinin görüşlerine, temel referans niteliği taşıyan hukuk belgelerine ve ağırlıklı olarak da konuya ilişkin AYM'nin kendi içtihatlarına da geniş göndermeler yapıyor Prof. Arslan. Mahkemenin ele alınan spesifik konu üzerindeki içtihatlarının bu referanslar üzerinden kümelenmesi, bizler açısından neyi nerede aramamız ve bulmamız gerektiği hususunda bir kılavuz işlevi de görüyor.

Bununla birlikte, farklı alanlardan yapılan referansların yerini yalnızca giriş bölümleriyle sınırlı görmek de yanıltıcı olabilir. Metinlerin devamında pekâlâ hukuki argümanların temellendirildiği bölümler de yine tarihten felsefeye kadar yayılan alanlardan benzer şekilde yapılan alıntılarla desteklenebiliyor.

Sonuçta Prof. Arslan'ın konuşma metinleri, hukuk disipliniyle tarih, edebiyat, felsefe ve sosyoloji gibi alanların hep birlikte iç içe geçtiği, birbirlerini tamamladığı, aralarında kurulan köprülerle düşünsel geçişlerin yapıldığı bir sentez hâlinde karşımıza çıkıyor.

Bu yönüyle baktığımızda Prof. Arslan'ın konuşmalarının çok geniş ve derin bir entelektüel birikime dayandığını teslim etmemiz gerekir. Ancak burada hemen altı çizilmesi gereken bir durum; kendisinin bu geniş birikimi, yaşadığı zaman kesiti içinde karşılaştığı güncel, cari hukuki sorunlarla doğrudan ilişkilendirip, bugünü anlamamıza yardımcı olabilecek bir kurgu içinde işleyip kıymetlendirebilmesi ve bu şekilde bizlerin bakışında pencereler açabilmesidir.

ADALET ARAYIŞI İNSANLIK TARİHİ KADAR ESKİ

Farklı disiplinlerin, alanların çeşitliliğini vurgulamıştım. Bu çeşitliliğin tabii ki bir zamansal ekseni var. Prof. Arslan'ın yararlandığı kaynaklar bizi tarihin çok eski zamanlarına da götürebilmekteler. Güncel bir meseleye odaklanırken birden "Heredot Tarihi"nden bir alıntı, Asurlar zamanındaki bir hükümdarın beyanı, Hazreti Ömer'in halifeliği dönemindeki bir mektubu, daha sonra Namık Kemal'in yargılandığı bir davada başından geçen bir hadisenin anlatımı ile buluşabiliyoruz.

İnsanların bir toplum düzeninde yaşamaya başlamasıyla birlikte açılan tarih parantezinin başlarına, eski çağlara kadar gidebiliriz bu referanslarda. Bugünün bir meselesini irdelerken kendimizi milattan önce 18. yüzyılda Mezopotamya'da hüküm süren Babil Hükümdarı Hammurabi'nin adını taşıyan yazıtlarda bulabiliriz.

Her seferinde tarihin farklı zaman aralıklarından verdiği örnekleri okurken hukukun bugün de meşgul olduğu belli başlı meselelerin tarihin akışı içindeki seyrini de izleriz.

Bu çeşitlilik bizi aynı zamanda diğer bir eksende coğrafi olarak da farklı kıtalara, doğudan batıya dünyanın dört bir köşesine taşıyacaktır. Yaptığı Referansları içinde bugün Batı dünyasında hukuk, anayasacılık alanlarında yerleşmiş çok temel metinlerin yanı sıra, aynı referansların Doğu medeniyetlerindeki karşılıklarını, izdüşümlerini de bulabiliyoruz.

Yalnızca Batı'nın hukuk kavramları ve terminolojisi, kültürü içinde yoğrulmuş bir hukukçu açısından Prof. Arslan'ın bu istikamette açtığı pencereler, örneğin birden Mevlana'dan alıntılar yapması, ilk bakışta çok değişik bir tecrübe gibi görünebilir. Oysa meselelerin özü itibarıyla büyük bir farklılık yoktur. Onun yapmaya çalıştığı, Batı'da üzerinde durulan hukuksal meselelerin çoğunun özü itibarıyla aslında insanlığın tarihi boyunca bütün coğrafyaları, bütün kıtaları, bütün insan topluluklarını meşgul etmiş konular olduğunu göstermektir.

Hukuku çok yalın bir tanımıyla insan topluluklarının belli kurallar içinde birlikte yaşamasını düzenleme ve aynı zamanda onların belli haklara sahip olma, özgürlük ve adalete ulaşma çabası şeklinde ifade edersek, bu arayışın insanlık tarihi kadar eski olduğunu ve aslında insanlığın hiç değişmeyen meselesi olduğunu anlatmaktadır Prof. Arslan bize.

DOĞU İLE BATI BULUŞAMAZ MI?

Referansları sıkça Doğu'dan Batı'ya doğru açılır. Bazen de Batı'dan yola çıkar. Bir noktadan sonra Doğu ile Batı arasındaki sınırlar da büyük ölçüde

ortadan kalkar anlatımlarında. Bu açıdan bakarken aslında Doğu-Batı meselesinin Prof. Arslan'ın entelektüel yolculuğunda zihin dünyasında hep asılı durduğunu ve çok eskiden beri bu meseleye ilişkin sorulara yanıtlar aradığını düşünebiliriz.

Bu mesele bazı konuşmalarında ünlü İngiliz şair Rudyard Kipling'in çok bilinen "Doğu-Batı Baladı" adlı şiirindeki dizelerde de karşımıza çıkabilecektir. Örneğin, 17 Aralık 2022 tarihinde günümüzde Avrupa'nın en saygın hukuk müesseselerinden biri olan Avrupa Konseyi'ne bağlı Venedik Komisyonu'nun Genel Kurulu'na hitap ederken, konuşmasına doğrudan Kipling'in *"Doğu doğudur, atı da Batı ve bu ikisi asla bir araya gelemeyecektir"* dizeleriyle başlar.

Bu sözlerin genellikle Doğu ile Batı arasındaki ayrımı vurgulamak için sıklıkla kullanıldığını belirtmekle birlikte Kipling'in dizelerinin aslında "yanlış yorumlandığına" dikkat çekme ihtiyacını duyar Prof. Arslan. Gerçekten de Kipling'in bu ünlü şiirinin ilk iki dizesi bazı akademik çalışmalarda da konu edildiği üzere, Batı'nın oryantalizm anlayışına dönük eleştirilerde temel çıkış noktalarından biri olarak alınmaktadır. Bu bakışa göre Kipling'in dizeleri Batı'nın Doğu karşısındaki üstünlükçü anlayışının bir yansımasıdır.

Oysa Prof. Arslan, aynı şiirde Kipling'in bu dizelerin hemen ardından Doğu ile Batı arasındaki ayrımın "dünyanın iki ucundan iki güçlü adam karşı karşıya geldiğinde ortadan kalkacağını" da belirttiğine dikkat çeker.

Şiirin ilgili dörtlüğün sıkça atıf yapılan ve tartışma yaratan ilk iki dizesini tamamlayan sonraki iki dizesi meali itibarıyla şöyledir: *"Dünyanın öbür uçlarından gelmiş olsalar da, iki güçlü adam karşı karşıya geldiğinde/Artık ne Doğu vardır, ne Batı, ne de sınırlar, ırktan ve doğuştan gelen..."*

Kipling'in ilk kez 1889 yılında yayımlanan bu şiiri, 19'uncu yüzyılın sonunda Hindistan'ın batısında, bugünkü Pakistan topraklarında cephenin ayrı taraflarında düşman konumundaki iki insanın başından geçen bir öyküyü anlatır. Savaşta karşı karşıya gelen iki kişi İngiliz albayın oğlu ile onun hasmı durumundaki Kamal'dır. Bütününe bakıldığında, Kipling'in önce düşman olarak karşı karşıya gelen bu iki insanın giriştikleri mücadelede birbirlerine karşılıklı olarak saygı duymaları ve dayanışmaya yönelmelerini anlattığı bu şiirinin, oryantalist bir duruşu değil aksine bunun üstüne çıkan bir bakışı yansıttığını görürüz.

SINIRLARIN KALKTIĞI BİR YAŞAM YOLCULUĞU

Prof. Arslan'ın 19 Ekim 2018 tarihinde Bosna'nın efsanevi devlet adamı Aliya İzzetbegoviç'in anısına Saraybosna'da düzenlenen bir uluslararası konferanstaki konuşmasında da aynı tema ön plandadır. Prof. Arslan'a göre, İz-

zetbegoviç de "Doğu ve Batının arasında durup, bu ikisini bir araya getirme" çabası içinde olmuştur.

Prof. Arslan, İzzetbegoviç'i "Doğu ve Batı medeniyetini çok iyi bilen, her iki dünyanın ruh ve düşünce köklerini detaylarına kadar analiz etmiş bir düşünür" olarak görür. İzzetbegoviç'in önemi, kendi dünya görüşü içinde ve yaşam öyküsüyle bu sınırları kaldırmış olmasındadır.

Doğu-Batı meselesinin onun zihinsel evreninde nasıl bir yer tuttuğunu anlamaya çalışırken Prof. Arslan'ın kendi yaşam öyküsünü hatırlamamız da bu çabamıza yardımcı olabilir.

Bu yaşam öyküsü, bir mülakatında *"Bozkırın kavruk çocuklarının yaşadığı yer"* diye tanımladığı Yozgat'ın Sorgun ilçesinde son derece mütevazı koşullarda ve Anadolu'nun geleneksel değerlerinin şekillendirdiği bir ortamda başlar. Bunu, mülkiyede okumak üzere Ankara'ya ayak basması, mezuniyetinin ardından doktora yapmak üzere Birleşik Krallık'a giderek Anglosakson hukuk kültürünün kavramlarıyla yoğrulduğu bir eğitim sürecinden geçip 1990'lı yıllarda Türkiye'deki anayasal düzenin liberal bir bakış açısından kuvvetli bir eleştirisini yaptığı bir doktora tezini tamamlaması izler. Türkiye'ye dönüşü sonrasında anayasa hukuku alanındaki öğretim üyeliği kariyeri, önce Anayasa Mahkemesi üyeliği, ardından 11 yıl süreyle Mahkemenin başkanlığını izleyen bir güzergâhta yol alır.

Aslında Prof. Arslan'ın kendi yaşam öyküsü de bir bakıma Doğu'dan Batı'ya uzanan, ama insana ve dünyaya bakışında vardığı sentezde ikisinden birinin diğerine karşı üstünlük iddiası taşımadığı, iki dünyanın birbiriyle barışık olduğu, birbirini tamamladığı bir değerler bütününü yansıtır. Sınırların kalktığı bir yolculuktur bu. Kipling'in şiirinde yazdığı gibi…

2. GILGAMIŞ DESTANI'NDAN MAX WEBER'E UZANAN ATIF ÇEŞİTLİLİĞİ

Şimdi Prof. Arslan'ın konuşmalarındaki referansların çeşitliliğini anlatmak için yakınlarda yaptığı bir konuşmayı örnek olarak inceleyelim. Bunun için bu yazı kaleme alınmaya başlandığı 2024 yılı Ocak ayı başlarında AYM'nin web sitesinde kendisinin en son konuşması olarak yer alan, 18 Aralık 2023 tarihinde Türkiye Adalet Akademisinin düzenlediği etkinlikte hâkim ve savcı adaylarına hitabını esas alacağız.

Prof. Arslan, hâkim adaylarına seslenirken, onlara önce Mevlana Celaleddin Rumi'den söz eder. Hukuk kurallarını uygulayarak anlaşmazlıkları çözdükleri ve insanlar arasındaki kavgaları giderdikleri için Mevlana'nın hâkimleri *"bir rahmet ve ilahi adalet denizinden bir damla"* olarak nitelediğini anlatır.

AYM Başkanı, ardından belli kuralların hâkim olduğu bir hukuk düzeninin işleyebilmesinin, özellikle yargıçlar açısından *"3 A"* olarak adlandırdığı temel niteliklerin bir arada olmasını gerektirdiğini vurgular. Bu nitelikler, 1) akıl, 2) ahlak ve 3) adalet'tir.

Bu bağlamda önce *"Akıl, vesayet altında olunmasını engeller."* diye konuşur. Bu sözünü açarken, 18. yüzyılda yaşamış olan ve felsefe tarihinin en çok iz bırakmış düşünürlerinden Immanuel Kant'ın *"Aydınlanma nedir?"* sorusuna yanıt olarak ortaya attığı klasikleşmiş "Aklını kullanmaya cesaret et", Latincesiyle "Sapere aude" mottosunu hatırlatır.

Alman filozof Kant, bu deyişi Roma İmparatorluğu döneminde milattan önce 1. yüzyılda yaşamış olan şair Horatius'un bir şiirindeki dizelerden almış ve aydınlanma çağının felsefesini bunun üzerinden anlatmıştır.

Mevlana ve Kant'a yaptığı atıflardan sonra genç hâkim ve savcılara "*Bu bağlamda hâkim ve savcılar olarak aklınızı kullanmaya cesaret edin. Zira yargısal akıl vesayet, vicdan da esaret kabul etmez."* diye seslenir.

Buradan sıralamadaki ikinci "A"ya, yani "ahlak" boyutuna geliyoruz. Ahlak'ı doğrudan Bosna'nın büyük devlet adamı Aliya İzzetbegoviç'in tanımı üzerinden açıklar Prof. Arslan. İzzetbegoviç'e göre, ahlak *"İnsan olmak ve insan kalmaktır."*. Bu ahlaki ilke ise "toplumsal ve siyasal düzeyde herkesin temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu, bunların hukuksal güvenceye kavuşturulması gerektiği görüşünü savunan çoğulcu bir anlayışı gerekli kılar."

"Ahlak, yargı mensuplarının davranışlarından toplumun emin olmasını gerektirmektedir. Hâkim ve savcının cübbesi yargıya ve adalete olan güvenin sembolüdür. Onu sarsacak aşındıracak davranışlardan kaçınmak da hepimizin görevidir." diye ekler.

Ve sıradaki üçüncü "A" ya, yani "adalet" kavramına geliriz. Adalet ise *"Her şeyi yerli yerine koymaktır."*. Bu tanımlamayı yaparken yine Mevlana'ya döner, onun adaleti tarif etmek için kullandığı "Suyu ağaca vermek, dikene vermemek" şeklindeki temel öğüdünü hatırlatır.

ARDAVİRAFNAME'DEKİ CEHENNEM TASVİRİ VE CEZALANDIRILAN "TARAF" HÂKİM

Aynı konuşmada hâkim ile adalet kavramı arasındaki ilişkiyi irdelerken, geçmişte bugünkü İran topraklarında hüküm süren Sasani İmparatorluğu döneminde milattan sonra 4. yüzyılda kaleme alındığı tahmin edilen "Ardavirafname" olarak bilinen esere ve buradaki cehennem tasvirine götürür bizi.

Prof. Arslan'ın aktardığı ünlü Zerdüşt şair Ardaviraf'ın bu eserinde yer alan "cehennemdeki ruhlar" tasvirlerinden biri her bakımdan ürkütücüdür. Bu, bir günahın bedeli olarak "çocuğunu öldüren ve beynini yiyen" birinin tasviridir. Peki hangi günahın bedelidir bu ceza? Cezalandırılan, "bu dünyada hüküm verirken taraf tutarak adil davranmayan bir yargıcın ruhu"dur.

Prof. Arslan, "Ardavirafname"deki -taraf hâkim- tasvirini aktarırken, bunu milattan sonra 13 ile 14'üncü yüzyıllar arasındaki dönemde yaşamış İtalyan şair, düşünür Dante'nin ünlü "İlahi Komedyası"ndaki cehennem tasvirlerinden çok önce olduğunu vurgulamayı ihmal etmez. Gerçekten de akademik düzeyde Dante'nin "İlahi Komedyası"daki cehennemin aslında Ardavirafname çıkışlı olduğu yolundaki tezlere rastlamak mümkündür.

AYM Başkanı, aynı konuşmada hâkim ve savcı adaylarına hitabında temel hak ve özgürlüklerin korunması için "iktidarın sınırlanması" meselesine de anlamlı bir yer ayırmıştır. Bunu anlatırken Mezopotamya'dan intikal eden en eski yazılı eser olarak bilinen "Gılgamış Destanı"ndan yararlanacaktır.

Destana göre halk kendilerine zulmeden Kral Gılgamış'ı tanrılara şikâyet ettiğinde, onu dengelemek üzere Enkidu adında biri yaratılmıştır. Gelgelelim Enkidu'nun Gılgamış ile dost olması kendisinden beklenen kralın gücünü kontrol etmesi görevinin başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açar. İktidar sınırlandırılamamıştır.

Prof. Arslan, bu destana daha önceki bir konuşmasında, 6 Haziran 2023 tarihinde İtalya'da Bologna Üniversitesi Hukuk Fakültesine hitabında da yer vermiştir. Prof. Daron Acemoğlu ve Prof. James Robinson'un "Dar Koridor: Devletler, Toplumlar ve Özgürlüğün Geleceği" başlıklı kitabına verdiği bir atıfla konuyu "Gılgamış problemi" olarak takdim eden Prof. Arslan, "Dört bin yıl sonra, bugünün dünyasında 'Gılgamış problemi' olarak adlandırılan siyasi otoritenin nasıl kontrol altına alınacağına ilişkin meselenin çözümünü hâlen aramaktayız." diye konuşur.

Önceki konuşmasına dönersek, Prof. Arslan, "Gılgamış problemi" çerçevesinde "temel hak ve özgürlükleri korumak için gücün dengelenmesi ve bu hak ve özgürlükleri güvence altına alma arayışı"nın "anayasa yargısı"nı ortaya çıkarttığını belirtir.

Sonuç, "günümüzde neredeyse tüm demokratik ülkelerde temel hak ve hürriyetleri korumak için yasama ve yürütmenin işlemlerini denetleyen, gerektiğinde bunları iptal edebilen yüksek mahkemelerin varlığıdır."

Konuşmasının sonunda meseleyi hâkimin sorumluluğuna getirir Prof. Arslan. *"Hâkim ve savcının varlık nedeni hukukun üstünlüğünü sağlayarak insanların hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bunun için akıl sahibi, vesayet altında olma-*

yan, başkalarının kendisinden emin olduğu, adaletten başka kaygısı olmayan yargı mensupları olmak zorundayız." diye ekler.

Konuşmasının final bölümünde cübbesinin ağırlığını soran bir arkadaşına *"Hissedilen ağırlığı tonlarca"* diye yanıt verdiğini anlatır.

Görüleceği gibi, aynı konuşma metninin içinde Mevlana, Kant, Ardaviraf-name ve Gılgamış Destanı, 2023 yılı sonunda bugünün genç hâkim ve savcılarına anlatılan yol gösterici ilkelerin izahında referans kaynaklar olarak belirmektedir.

MAX WEBER İLE İBNİ HALDUN BULUŞUNCA

Tarihin farklı zaman kesitlerinden, farklı uygarlıklardan düşünürlerin edebiyatçıların bir araya gelmesi kalıbı birçok konuşmasında tekrarlanır. Bazı örneklerde aynı kavram doğrudan Doğu ve Batıdan iki örnek üzerinden anlatılır. "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunmasında Bireysel Başvurunun Rolü" üzerine verdiği 3 Mayıs 2021 tarihli konferansında modern sosyolojinin önemli kuramcılarından Alman düşünür Max Weber ile 14. yüzyılda İslam dünyasının tarih, siyaset, sosyoloji alanında en büyük kuramcısı İbni Haldun'u buluşturması örneğinde bunu görebiliriz.

Prof. Arslan, bu konuşmasında insan haklarının korunması ihtiyacı üzerinde durur. Bunu önce Max Weber üzerinden yapar. Weber'in geçen yüzyılın başlarında insanı bir "demir kafes" içinde yaşatan unsurların başında gelen bürokrasinin sınırlandırılması gerektiğini savunurken, insan haklarının ne kadar hayati öneme sahip olduğuna işaret ettiğini hatırlatır. Weber'e göre *"En muhafazakâr olanlarımız dâhil herhangi birimizin insan hakları çağının kazanımları olmadan hayatımızı devam ettireceğimize inanması apaçık bir kendi kendini aldatmadır"*.

Ardından, Weber'den çok önce sosyolojinin kurucusu olarak kabul edilen İbni Haldun'un neredeyse beş yüzyıl önce toplum ve devlet hayatının devamı için insanın haklarının korunması gerektiğini vurguladığını hatırlatır. İbni Haldun'un Mukaddime'de kullandığı kavram "hukuk -en- nas"tır. Prof. Arslan'a göre Arapça kökenli "hukuk" kelimesinin "hak"kın çoğulu olduğu düşünüldüğünde bu kavramın "insanların hakları" olarak okunması yanlış olmaz.

Prof. Arslan, bu noktada İbni Haldun'un insanların haklarının verilmemesini ve ihlalini "zulüm" kelimesiyle ifade ettiğine dikkat çeker, "*Zulüm medeniyetin (umran) harap olmasına, dolayısıyla son tahlilde devletin zarar görmesine yol açar."* dediğini kayda geçer.

Max Weber-İbni Haldun örtüşmesinde olduğu gibi, Prof. Arslan'ın başka konuşmalarında da Doğu ile Batı'nın buluşmasının örneklerini bulmak mümkündür. Hacı Bektaş Veli ile Erich Fromm'un bir başka konuşmasında bir araya gelmelerinde olduğu gibi…

3. MEVLANA'NIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇAĞRISI AVRUPA KONSEYİNE UZANIYOR

Prof. Zühtü Arslan'ın konuşmalarında başvurduğu kaynaklardan söz ederken, hemen gözümüze çarpacak bir durum, en çok atıf yaptığı şair/düşünürün Mevlana Celaleddin Rumi olmasıdır. AYM'nin web sitesinde 2024 yılı ocak ayı sonu itibarıyla yer alan toplam 70 konuşması içinde tespit edebildiğimiz kadarıyla tam 27 metinde, Mevlana'nın düşünce dünyası bir referans olarak karşımıza çıkıyor. Bu atıflar en çok 13. yüzyılda yaşamış olan Mevlana'nın "Mesnevi" adlı eserinden geliyor.

Konuşmaları incelendiğinde Mevlana'nın Prof. Arslan üzerinde büyük bir etkisinin olduğu hemen fark ediliyor. Mevlana, kendisinin konuşmalarında muhtelif bağlamlarda karşımıza çıkıyor.

Bazı durumlarda, yaptığı bir konuşmanın akışı içinde "insan"dan söz ederken, Mevlana'nın "insan"ı yücelten bir sözüne atıf yapabiliyor. Ancak AYM Başkanı'nın daha çok, üzerinde durduğu muhtelif meselelerde görüşlerini Mevlana'dan alıntılarla destekleme yoluna gittiğini görüyoruz. Örneğin, hâkimlerin vicdanlarıyla adaletli bir şekilde karar vermeleri ihtiyacını vurgularken sıkça Mevlana'nın geçerliliğini yüzyıllardır koruyan ve korumaya devam edecek olan görüşlerini bize hatırlatacaktır.

Bu arada, AYM'nin temel hakların korunmasına ilişkin rolü üzerinde Recep Tayyip Üniversitesinde verdiği 31 Ekim 2022 tarihli konferansında, Mahkemenin doğrultusunu doğrudan Mevlana'ya bir atıfla tarif eder, "Anayasa Mahkemesi anayasal adaleti sağlamak için Mevlana'nın asırlar öncesinde ifade ettiği gibi 'her şeyi yerli yerine koymaya' çalışmaktadır." diye konuşur.

Bazı örneklerde ise Batı kaynaklarından gösterdiği referansların ardından, aktardığı görüşlerin Doğu dünyasındaki karşılıklarını gösterme ve bu şekilde mesajını güçlendirme çabası olarak da belirebilir bu durum. Bunu bir örnekle göstermeye çalışalım.

27 Nisan 2015 tarihli ilk konuşmasında önce 20. yüzyılın önde gelen siyaset felsefecilerinden biri olan ABD'li John Rawls'un *"Adalet toplumsal kurumların ilk erdemidir."* ve devamında *"İyi işleyen bir anayasal düzenin temeli olarak gördüğü adaletin birincil ilkesi, temel hak ve özgürlüklere herkesin eşit şekilde sahip olmasıdır."* şeklindeki sözlerini hatırlatıyor.

Prof. Arslan, *"Bu anlamda adalet, herkesin hakkı olanı alması ve hak ettiğini bulmasıdır"* dedikten hemen sonra sözü Mevlana'ya getirip ekliyor: *"Adaletin bu yönünü en özlü şekilde ifade eden kişi, hiç kuşkusuz, Mevlana'dır. Mevlana düşüncesinde, adalet her şeyi yerli yerine koymaktır. O'na göre, 'ağaçları sulamak' adalettir, 'dikene su vermek' ise zulümdür."*

Görüleceği gibi, bu konuşmasında John Rawls'u Mevlana ile buluşturmaktadır.

Tabii, Prof. Arslan'ın Mevlana'ya bu şekilde değinmesinin 10 Şubat 2015 tarihinde AYM Başkanlığı görevine seçildikten iki buçuk ay kadar sonra mahkemenin 53. kuruluş yıldönümünde yaptığı ilk konuşmada olması da bizi şaşırtmamalıdır. Bu konuşmasında adaletin önemine ilişkin görüşlerini anlattıktan sonra "barışçıl bir aradalığın" esin kaynağı için kendi "kültürel kodlarımıza" döner Prof. Arslan ve Mevlana'nın *"Ne olursan ol, yine gel"* sözlerine atıf yapar.

Prof. Arslan ardından Hacı Bektaş Veli'nin *"Okunacak en büyük kitap insandır."* sözlerine de yer verip, her ikisine atıfla "bu sözlerde ifadesini bulan insan odaklı anlayışın farklılıkların yönetiminde gerekli olan zihinsel iklimi sağladığını" vurgular.

MEVLANA'DAN KUVVETLİ BİR İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KRİTERİ

Konuşmalarında adalet, ifade özgürlüğü, yargı bağımsızlığı gibi bugüne ilişkin pek çok meseleyi açıklarken sıkça Mevlana'dan yararlandığını görürüz. Buna örnek olarak 16 Ekim 2015 tarihinde Strasbourg'da düzenlenen "İfade Özgürlüğüne İlişkin Avrupa Konseyi Konferansı"nda yaptığı konuşmayı gösterebiliriz.

"İfade Özgürlüğü, Demokrasi ve Zorluklar" başlıklı bu konuşmasında düşünme eylemi ile insan varoluşu arasındaki ilişkiyi izah ederken bu kez modern felsefenin ve bilimin kurucularından Fransız düşünür Descartes ve Mevlana'yı birlikte değerlendirir. Arslan'a göre düşünme fiili insan varoluşunun kalbinde yer alır. Descartes'ın "Düşünüyorum, öyleyse varım." şeklindeki önermesi de varoluşsal kesinliği ifade eder.

Descartes'a katılmakla birlikte, bu tespitin aslında çok daha önce Mevlana tarafından ifade edilmiş olduğunu belirtir Prof. Arslan. Ayrıca, bu düşünceyi ifade özgürlüğünün insan açısından vazgeçilmezliğini anlatmak için kullanır şu sözleriyle:

"Descartes'ten çok daha önce, Mevlana Celaleddin Rumi, düşünceyi insanoğlunun özü olarak değerlendirmiştir. Rumi, 'insanın düşünceden ibaret olduğunu, geri

kalanının ise yalnızca et ve kemik' olduğunu kaydeder. Düşünen ve konuşan varlıklar olarak kendimizi gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne gereksinimimiz vardır. Bu nedenle, söz konusu özgürlüğün reddi, insanoğlunun doğasının ihlali olacaktır."

Bu bakışta, ifade özgürlüğü insanın kendisini gerçekleştirebilmesinin en önemli araçlarından biridir. İnsanların bu araçtan yoksun edilmesi doğrudan insanın doğasının bir ihlalidir. Prof. Arslan'ın Descartes'tan yola çıkıp Mevlana üzerinden getirdiği bu formülasyonunu, ifade özgürlüğü ihlalinin taşıdığı kötülüğün boyutlarını göstermek anlamında ortaya koyduğu çok kuvvetli bir görüş olarak kabul etmeliyiz.

İlginç olan bir nokta, Prof. Arslan'ın Strasbourg'da Avrupa Konseyi'nde yaptığı bu konuşmasının finalini de Mevlana üzerinden yine onun bir mesajıyla yapmasıdır.

Prof. Arslan, *"İfade özgürlüğü; yalnızca çoğulcu siyaset ve sivil toplum için gerekli değildir, kendimizi ahlaki sorumluluk taşıyan bireyler olarak gerçekleştirebilmemizin de bir ön koşuludur"* dedikten sonra konuşmasını Mevlana'nın *"özgür ifadeye ilişkin bilgelik dolu sözlerine atıfta bulunarak sonlandırmak istediğini"* belirtir ve şöyle der:

"Köle değilsin, bu yüzden Sultan gibi konuş; fikirlerini dilediğince ifade et…"

Mevlana'nın bütün insanlara kendilerini Sultan gibi güçlü hissederek özgürce konuşmaları öğüdünde bulunduğu bu mesajı, yine ifade özgürlüğü konusunda yüzyıllar öncesinden gelen çok kuvvetli bir sesleniştir.

Prof. Arslan, Mevlana'nın bu mesajını Avrupa'da İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi değerlerinin korunması için kurulan en köklü uluslararası örgüt olan Avrupa Konseyi'nin çatısının altına taşımaktadır.

KIYAMETTEKİ ADALET DENİZİNDEN BİR DAMLA

Hitap ettiği Batı forumlarında Mevlana'nın görüşlerini anlatmak Prof. Arslan'da sıkça karşılaştığımız bir durumdur. Avrupa Konseyi'nin istişari organı Venedik Komisyonuna 17 Aralık 2022 tarihinde Türkiye'deki Anayasa Şikâyeti: On Yıllık Tecrübe" başlıklı konuşmasını yaparken de yine bugünün hukuki meselelerini anlatmak üzere Mevlana'ya başvuracaktır.

Burada Mevlana'yı anlatırken onu "İnsanlık tarihi boyunca yeryüzünün iki parçasının siyasi ve hukuki değerlerini birleştirmeyi amaçlayan güçlü kişilerden biri" olarak niteler.

Mevlana'nın "toplumsal hayatın ahlaki değerlerinin yanı sıra hukuki ve siyasi ilkelerini de savunduğuna" dikkat çeken Prof. Arslan'a göre, onun önemi, bireylerin barış içerisinde bir arada yaşayabilmeleri için hukukun, adaletin ve hâkimlerin önemini sık sık vurgulamasıdır.

Hukuk insanlar arasındaki uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları barışçıl bir şekilde çözüme kavuşturmak için vardır. Mevlana'nın çatışmaları çözmek için hukuku uygulayan hâkimi (kadı) "Hakk'ın terazisi", "bir rahmet ve çatışmayı gideren kişi", "kıyametteki adalet denizinden bir damla" olarak gördüğünü belirtecektir. Hâkimlerle ilgili bu benzetmeler, Prof. Arslan'ın konuşmalarında Mevlana'dan en çok tekrarladığı atıflar arasındadır.

MEVLANA, ÇOĞULCULUK VE ÖTEKİNİN KORUNMASI

Bireysel başvurunun 11. yıl dönümü vesilesiyle 13 Ekim 2023 tarihinde Ankara'da düzenlenen uluslararası sempozyumu açış konuşmasını doğrudan Mevlana'ya atıf yaparak başlamasını da yine ona verdiği özel değerin bir ölçüsü olarak gösterebiliriz. Konuşmasının akışı, anayasa referandumu ile 2010 yılında kabul edilen ve 2012 yılından itibaren uygulamaya konan bireysel başvurunun geride kalan 11 yıla ilişkin uygulamasının genel bir muhasebesidir.

Prof. Arslan, bu konuşmasında Mevlana'yı "Anadolu'nun manevi mimarlarından büyük düşünür" olarak niteliyor. Hemen ardından "günümüz toplumlarının en büyük sınavı olan farklılıklarla birlikte yaşama" meselesine gelir. "Mevlana'nın inanç ve hoşgörüyü merkeze alan çoğulcu anlayışı" Prof. Arslan'a göre "farklılıklarla birlikte yaşamanın formülünü" de içermektedir.

Burada "öteki" meselesi karşımıza çıkar. "Ötekinin korunması", tematik olarak baktığımızda Prof. Arslan'ın konuşmalarında en çok odaklandığı meselelerden biridir ve bunu Mevlana üzerinden alıntılarla açıklamaya çalışır. Ona göre, Mevlana açısından da "Varlığın gayelerinden biri ötekilerin korunmasıdır.". Bu yüce gayeyi gösterebilmek için Mevlana'nın Divan-ı Kebir'inden şu alıntıyı yapar:

"Hor görülenleri, toprağa düşenleri, ayaklar altında ezilenleri, gül bahçesine getirelim, onlara neşeler bahşedelim diye bu dünyaya gelmişiz."

Prof. Arslan, buradaki "hor görülenler", "toprağa düşenler" ve "ezilenler" vurgularının ardından *"Mevlana'nın sekiz asrın öncesinden dile getirdiği bu ve benzeri mesajlar, her geçen gün yeni varyantlarını gördüğümüz ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve İslamofobi gibi hastalıklara reçete sunmaya devam etmektedir."* diye ekler.

Sıkça yaptığı gibi Mevlana'nın "adalet" kavramını "her şeyi yerli yerine koymak" olarak tanımladığını bir kez daha kayda geçirir.

Buradan hareketle anayasa mahkemelerinin günümüzde "her şeyi yerli yerine koymak" anlamındaki işlevine gelir Prof. Arslan. Ona göre anayasa mahkemelerinin temel görevi, anayasal adaleti sağlayarak bireyin hak ve özgürlüklerini etkili bir şekilde korumaktır. Anayasa yargısının temel hak ve özgürlükleri koruma işlevini daha belirgin ve görünür hâle getiren de bireysel başvurudur.

Bu yönüyle Mevlana'nın sahip çıktığı, kalbini açtığı hor görülenler, toprağa düşenler, ayaklar altında ezilenlerin hakkının aranması arayışı, günümüzde bireysel başvuru üzerinden mağduriyetlerinin giderilmesinin amaçlandığı bir mekanizmaya uzanmaktadır.

HAK EKSENLİ PARADİGMA YALNIZCA BATI'YA ÖZGÜ DEĞİL

Adalet kavramını anlatırken Mevlana'nın referans alınmasının bir örneğini de Arslan'ın 4 Eylül 2023 tarihinde Kazakistan'daki Ahmet Yesevi Üniversitesinde verdiği "İnsan Hakları Düşüncesinin Temelleri" başlıklı konferansında da görebiliriz.

Önce Mevlana'nın Ahmet Yesevi'nin açtığı yoldan yürüdüğünü belirterek, Yesevi'nin "her türlü huzursuzluğun ve kötülüğün arkasında adaletsizliğin olması" tespitinden yola çıkar Prof. Arslan. Daha sonra Mevlana'nın da adaleti "onun zıddı olan zulümle karşılaştırmak suretiyle" tanımladığını belirtir ve daha önce de değindiğimiz *"Adalet her şeyi yerli yerine, zulüm ise ait olmadığı yere koymaktır."* şeklindeki sözlerini tekrarlar.

Kuşkusuz bu konuşmanın yapıldığı ortamı da dikkate almakta yarar var. Temel hak ve özgürlüklerin önemini vurgularken hak eksenli paradigmanın "bize dışarıdan empoze edilmiş bir anlayışın değil Hoca Ahmet Yesevi, Mevlana, Hacı Bektaş Veli ve Yunus Emre gibi irfan abidelerinde köklerini bulan insan merkezli anlayışın yansıması olduğunu" belirtir.

Ona göre ahlaki ve adil eyleme dayanan bir anlayış, "kendi topraklarımızda" gerekli düşünsel miras"a sahiptir.

Bu anlamda Kazakistan'da hak eksenli bir paradigmanın yalnızca Batı'ya özgü bir değerler alanı olmadığı, pekâlâ "üzerinde yaşanılan toprakların manevi mirası olduğu" mesajını verirken mesajın muhataplarında da bu yönde bir farkındalığı güçlendirmeye çalıştığı aşikârdır. Bu çabasında da en değerli dayanaklarından biri Mevlana'dan başkası değildir.

Görüleceği gibi Mevlana'nın düşünceleri Prof. Arslan üzerinden Avrupa Konseyinden Orta Asya'da Ahmet Yesevi Üniversitesine kadar yayılan bir coğrafyaya uzanmaktadır.

4. İZZETBEGOVİÇ'İN AÇTIĞI PENCERELER

Prof. Zühtü Arslan'ın konuşmaları incelendiğinde en çok atıf yaptığı kaynaklardan birinin Bosna'nın efsane lideri Aliya İzzetbegoviç olduğunu görüyoruz. AYM Başkanı kimliğiyle 2024 yılı Ocak ayı sonu itibarıyla yapmış olduğu toplam 70 konuşma içinde tespit edebildiğimiz kadarıyla 18 ayrı konuşmada İzzetbegoviç'in muhtelif görüşlerinden alıntılar yer almaktadır.

Atıflardaki sıklığın nedeni, İzzetbegoviç'in Prof. Arslan'ın düşünce dünyasında çok özel bir yer tutması, zihnini meşgul eden bazı temel meselelerde, onun görüşlerini yol gösterici bir mevkide konumlandırmış olmasıdır. İzzebegoviç'in eserlerini okurken, onun düşünce dünyasında dolaşırken, bir anayasa hukukçusu ve bir entelektüel olarak kendi zihin dünyasında açık duran sorulara da yanıt aradığını ve kendisini zenginleştirdiğini düşündüğü yanıtlar bulduğunu anlıyoruz.

Adalet Akademisinin yayımladığı "Akademik Kürsü" dergisinin 2019 yılında dördüncü sayısında çıkan mülakatında "eserlerini okuduğunda düşünce dünyasında farklı pencereler açan iki düşünür"den biri olarak gösterir İzzetbegoviç'i.

Fikriyatında bu ölçüde etki etmiş diğer düşünür, 20. yüzyılda Türkiye'de liberal hukuk anlayışının en önemli otoritelerinden biri olarak kabul edilen, 27 Mayıs darbesinin üniversiteden uzaklaştırdığı ve ayrıca cumhurbaşkanlığı adaylığını engelleyerek siyasi mücadelesinde de mağdur ettiği Prof. Ali Fuat Başgil'dir.

Bu arada, kısa bir süre önce kaybettiğimiz ülkemizin en saygın anayasa hukukçusu ve siyaset bilimcilerinden Prof. Ergun Özbudun'u da yine Prof. Arslan'ın entelektüel doğrultusu üzerinde iz bırakan şahsiyetlerden biri olarak muhakkak anmalıyız.

ÇORAKLAŞAN DÜNYADA BİR ÇOBAN YILDIZI

Kendisinin Bosnalı devlet adamına bakışını anlamak için 19 Ekim 2018 tarihinde Saraybosna Üniversitesinde düzenlenen "Aliya İzzetbegoviç ile Onun Hukuk ve Devlet Anlayışı" başlıklı konferansta yaptığı konuşmayı özellikle büyüteç altına yatırmamız gerekir.

Bu konuşmasında İzzetbegoviç'i, öncelikle çok sayıda kişinin "düşünce hamurunu yoğuran, zihin dünyalarını aydınlatan bir düşünür" olarak nitelendiriyor Prof. Arslan. Şimdi bu konuşma üzerinden özet olarak İzzetbegoviç'in Prof. Arslan'ın zihin dünyası üzerinde bıraktığı izleri sürmeye çalışalım.

Kendisini etkileyen yönlerinden biri, İzzetbegoviç'in öncelikle "çok boyutlu bir insan" olmasıdır. Kararlı bir mücadele adamıdır, cesur bir komutandır, adil ve bilge devlet başkanıdır. Ama Prof. Arslan'a göre tüm bu yönleri arasında İzzetbegoviç'i "biricik ve kalıcı kılan", onun her şeyden evvel bir "düşünür", "kelimenin tam anlamıyla bir mütefekkir" olmasıdır.

"Tefekkür ve tezekkür anlamında düşünceye ne kadar az rastlandığı, bu açıdan dünyamızın gitgide çoraklaştığı dikkate alındığında kelimenin tam anlamıyla bir mütefekkiri anmak çok daha anlamlı hâle gelmektedir." şeklindeki sözleri, bize Prof. Arslan'ın dünyayı bu anlamda bir "çoraklaşma" içinde gördüğünü de dışa vurmaktadır. İzzetbegoviç'i, yaşadığı bugünün "çoraklaşmış" dünyasında bir ışık olarak gördüğünü söyleyebiliriz. Konuşmasında zaten "parlak bir kutup yıldızı" diye söz ediyor İzzetbegoviç'ten.

"Çoraklaşma" faslında İzzetbegoviç'in de eserlerinde atıf yaptığı, 20. yüzyılın başlarında varoluşçuluk öğretisini ortaya atan Alman filozof Martin Heidegger'a yönelir Prof. Arslan. Heidegger da eserlerinde "düşünce fakirliği"nden şikâyetçi olmuş bir düşünürdür. Bu noktada Heidegger'ın İzzetbegoviç üzerindeki etkilerini anlamaya çalışır, buradan hareketle ikisinin düşünce evrenleri arasında paralellikler kurar.

Alman düşünürün "*İnsan düşünen, yani tefekkür eden (meditating) bir varlıktır.*" tanımını hatırlatarak İzzetbegoviç'in bu tanıma "tam olarak uyduğunu" belirtir Prof. Arslan. Ardından Bosnalı devlet adamının adalet, hukuk ve hürriyet kavramları etrafında geliştirdiği "zengin tefekkür dünyasını" aralamak üzere yola koyulur. Dört bölümde değerlendiriyor onun tefekkür dünyasını.

BATI KÜLTÜRÜ VE DOĞU GELENEĞİNE AYNI ANDA YASLANMAK

İzzetbegoviç'in dünyasında birinci kilit kavram "Doğu ile Batı arasında köprü olmak" temasıdır. Bu kavramı aralarken Prof. Arslan, yine Rudyard Kipling'in *"Doğu doğudur, Batı da batı"* dizeleriyle başlayan, daha önce değindiğimiz şiirine atıf yapar.

Prof. Arslan'a göre İzzetbegoviç öncelikle *"Doğu ile batının arasında durup, bu ikisini bir araya getirmek isteyen, Doğu ve Batı medeniyetlerini çok iyi bilen, her iki dünyanın ruh ve düşünce köklerini ve detaylarına karar analiz etmiş bir düşünürdür"*. İzzetbegoviç'in sadece "Doğu-Batı Arasında İslam" kitabı okunduğunda, "Antik Yunan'dan bugüne Batı düşüncesine, diğer yandan İslam'ın ilk döneminden günümüze Doğu düşüncesine olan hâkimiyetini görmek mümkündür."

Bu kitap Prof. Arslan'a göre Aristoteles'ten Heidegger'e, Sophocles'ten Nietzsche'ye, Stoacılardan Frankfurt Okuluna, Batı klasiklerinden Rus edebi-

yatına kadar düşünce, sanat, tarih, medeniyet, teknoloji, hukuk gibi kavram ve kurumların ele alındığı bir zihinsel yolculuğa çıkarır okurunu.

Bu arada İzzetbegoviç'in Bosna'nın Doğu ile Batı arasındaki köprü misyonunu, Bosna Hersek'in kimlik meselesi olarak gördüğünü vurgular. "Bu, bir yandan Avrupalı olmayı, diğer yandan da kendine ait olan değerleri korumayı gerektirir."

Prof. Arslan, bu noktada 2003 yılındaki vefatından iki yıl önce İzzetbegoviç'in gazeteci Akif Emre'ye verdiği ve Türkiye'nin Doğu ile Batı arasında "köprü rolü"ne de atıf yaptığı sözlerine yer verir. İzzetbegoviç, Türkiye gibi "Bosna Hersek'in de Doğu ile Batı arasında köprü olması gerektiğini", bu bağlamda "iki güçlü kaynağa, Batı kültürü ile Doğu geleneğine yaslanmak zorunda olduğunu" ifade eder. İzzetbegoviç'e göre bu konu "*Boşnakların ve Türklerin çözmesi gereken temel sorundur.*"

'ADALETİN TEZAHÜRÜ ÖTEKİ İLE KURULAN İLİŞKİDEDİR'

Prof. Arslan'a göre, İzzetbegoviç'in ikinci önemli teması dinsel kaynaklara da dayanarak "en yüksek emir" olarak tanımladığı "adalet"tir. İzzetbegoviç, adaletin tezahürünü "öteki" ile kurulan ilişkide görür. Bu ilişkinin odağına da "doğuştan gelen bir meziyet olmaktan ziyade sonradan öğrenilen ve zor gelişen davranış biçimi" olarak gördüğü "hoşgörü"yü oturtur. İzzetbegoviç'e göre tabii olan hoşgörüsüzlüktür. Hoşgörü davranışını kazanmak ise yüzyıllar alan bir süreçtir. Bir caminin yanında sinagogun, onun yanında bir kilisenin bulunmasını kabullenmek yıllar almıştır.

İzzetbegoviç'in 27 Eylül 1994 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna hitaben yaptığı konuşmada *"Bosna bir toprak parçası ya da vatan değil, o bir fikirdir. Bu; farklı din, farklı millet ve kültür geleneklerine sahip insanların bir arada ve beraber yaşayacağının inancıdır."* şeklinde seslendiğini hatırlatır.

İzzetbegoviç'in düşüncesinde adil bir toplumsal ve siyasi düzenin temel felsefesi "insan olmak ve insan kalmak" ilkesidir. Bu ilke bir yandan A) bireysel ve varoluşsal olarak hayatımızı anlamlandırma, diğer yandan da B) kendisini farklı konumlandıran ve anlamlandıranlarla birlikte barışçıl bir şekilde bir arada yaşamanın anahtarını sunmaktadır. Bir başka deyişle "insan olmak ve insan kalmak", biri moral/ahlaki, diğeri de hukuki/siyasi olmak üzere iki ilkeyi barındırır.

"İnsan olmak ve insan kalmak" şeklindeki moral ve siyasal ilke, bir yandan hukukun üstünlüğünü, diğer yandan da bireylerin temel hak ve özgürlüklerine dayanan demokratik bir devleti gerektirir.

'İNSAN ÖZGÜRLÜĞÜNE MAHKUMDUR'

Şimdi üçüncü başlığa geçelim. Hukukun amacı nedir? Prof. Arslan, İzzetbegoviç'in bu soruya yanıt ararken, Hegel'in Romalılar'a atfen kullandığı "vicdan ve kalpten bağımsız, harici olan hukuk prensibi"ni çelişkili bulduğunu söylüyor. İzzetbegoviç, buna karşı tez olarak *"Hukuk asla haricî değildir. Özü bakımından o, kendisine doğru çabaladığı adalet fikridir."* görüşünü savunmuştur.

Prof. Arslan, tam bu noktada İzzetbegoviç'in hukukun en önemli işlevini temel hak ve özgürlüklerin korunması için "iktidarı sınırlamak" olarak gördüğünü vurguluyor. Onun ifadesiyle "iktidarın herhangi bir sınırlamasının başladığı zamanda ve yerde hukuk başlar". Tam da bu nedenle, İzzetbegoviç'in "demokrasiyi hukukun üstünlüğü ile bağlı bir yönetim anlayışı olarak gördüğünü" ve *"Buna göre, demokrasi çoğunluğun sınırsız yönetimi olmayıp çoğunluk iradesinin hukukla sınırlanmasını gerektirir."* dediğini aktarıyor Prof. Arslan.

Bu bölümde "öteki" meselesi yine karşımıza çıkar. Hukuk, "öteki"ni koruma işlevini de yüklenmek durumundadır. Prof. Arslan, İzzetbegoviç'in "*Her sosyal düzenin hukukiliğinin mihenk taşı, muarızlarına ve azınlıklara karşı takındığı tutumdur."* şeklindeki sözlerini de kayda geçiriyor.

Bu akış bizi dördüncü başlıkta İzzetbegoviç'in "Hürriyetlere Bakışı"na getiriyor. Prof. Arslan, bu başlığı tartışırken *"Adaletin ve hukukun günümüzde en önemli tezahürü ve ete kemiğe bürünmüş hâli, temel hak ve hürriyetlerdir. İnsanın sadece insan olmaktan dolayı hak ve hürriyetlere sahip olduğu fikri, Doğu'nun ve Batı'nın ortak mirasıdır"* diyerek yola koyuluyor.

İzzetbegoviç'in düşünce ve inanç hürriyeti üzerindeki görüşleri de Prof. Arslan'ın değerlendirmesinde geniş bir yer tutuyor. Bosnalı liderin bu hürriyeti öncelikle "*Her şeyden evvel başka türlü düşünmek ve inanmak hakkı"* olarak tanımladığına vurgu yapıyor.

Prof. Arslan, ayrıca İzzetbegoviç *"Dinde zorlama yoktur."* ayetini "inançlarda düşüncelerde herhangi bir baskının olamayacağı" şeklinde yorumladığını hatırlatıyor. "İzzetbegoviç'in düşüncesinde insani varoluşu anlamlı hâle getiren ezelden beri seçmeye mahkûm ve mecbur kılınmasıdır. Başka bir ifadeyle varoluşun temelinde hürriyet vardır."

Burada özellikle altını çizmemiz gereken İzzetbegoviç'in "İnsanın özgürlüğe olan mahkûmiyeti"ne dair görüşüdür. Şu alıntıyı yapıyor İzzetbegoviç'ten: *"… İnsan, kendi hürriyetini seçmeye ve kullanmaya, iyi veya kötü olmaya, tek bir kelimeyle insan olmaya mecburdur. Bu seçme kabiliyeti, neticesi ne olursa olsun, kâinatta mümkün olan varoluşun en yüksek şeklidir."*

Bir diğer önemli kavram "hayatımıza anlam katan şey" olarak nitelediği "hürriyet" ile ahlak arasındaki ilişkidir. Bu ilişki üzerine şu görüşlerini kayda geçer: *"Diktatörlük günahı yasaklasa bile ahlaksızdır, demokrasi ona izin verse bile ahlaklıdır. Ahlakilik özgürlükten ayrılamaz. Ancak hür fiil ahlaki fiildir."*

DÜNYANIN YAŞADIĞI AKIL TUTULMASINDAN ÇIKIŞIN YOLU

Prof. Arslan, bu değerlendirmelerin sonunda "İzzetbegoviç'in düşüncesi ve pratiğinin sadece Avrupa'nın değil, tüm dünyanın uzun süredir yaşadığı akıl tutulmasından çıkışın yolunu gösterdiğini" belirtir. Akıl tutulması toplumsal siyasal ve hukuksal alanda "öteki"ni dışlayan tek boyutlu bir anlayışın hâkim olması olarak ortaya çıkmıştır. Bu akıl tutulmasının tüm siyasal kurumlara, dahası yargıya sirayet etmiş olması durumun vahametini göstermektedir.

İzzetbegoviç, Bosna Savaşı'nı da hoşgörüyü üreten "akıl" (aklıselim) ile onu ortadan kaldırmayı hedefleyen "akıl tutulması" (çılgınlık) arasındaki çatışma olarak değerlendirir. Saraybosna'da aynı kare içinde bulunan, cami, kilise ve sinagog hoşgörüyü; 160 kez bombalanan askerî hastane ve temellerine yakılan millî kütüphane ise "akıl tutulması"nı temsil eder.

Prof. Arslan, buradaki çatışmanın çok daha önceye dayanan bir arka plana sahip olduğunu belirtiyor.

Bu çatışmanın bir ucunda farklılığı zenginlik kaynağı olarak gören, öteki ile birlikte yaşamayı sadece toplumsal çeşitliliğinin dayattığı bir zorunluluk değil aynı zamanda "ahlaki bir ödev" olarak gören bir çoğulcu anlayış var.

Karşı tarafta ise "öteki"ni yok edilmesi gereken bir tehdit olarak gören, farklılıkları aynılaştırarak homojen toplum ideali kuran tek-tipçi anlayış bulunuyor. Prof. Arslan'a göre İzzetbegoviç, bu çatışmada çoğulculuğu savunan aklıselimin galip çıkacağından emindir.

DENETİMSİZ KALAN ÇOĞUNLUK YÖNETİMİ TİRANLIĞA DÖNÜŞÜR

Prof. Arslan'ın 2018 yılındaki bu konuşmasına geniş bir şekilde yer vermemizin bir nedeni, İzzetbegoviç'in eserlerinin titiz bir incelemesi sonucu onun düşüncelerini sistematik bir şekilde ortaya koyan mütevazı ölçekte bir tez niteliği de taşımakta oluşudur. Bu konuşmasında İzzetbegoviç'e atfen aktardığı görüşlerin, öncesinde ve sonrasında yaptığı birçok konuşmada karşımıza çıktığını görürüz; özellikle "hukukun iktidarın sınırlandığı yerde başladığı", "ahlakın özgürlükten ayrılamayacağı" şeklindeki sözlerini…

Bunun dışında Prof. Arslan'ın diğer pek çok konuşmasında İzzetbegoviç'i yine bize seslenirken buluruz. Örneğin, 16 Eylül 2021 tarihinde Endonezya'da

"İslam İşbirliği Teşkilatına Üye Devletlerin Anayasa Mahkemeleri İkinci Yargı Konferansı"nda yaptığı konuşma özellikle önemlidir. Çok büyük bir bölümü demokrasi ile yöneltilmeyen bu ülkelerin temsilcilerine "Çoğulcu Demokrasiyi Geliştirmede Türk Anayasa Mahkemesinin Rolü" başlıklı bir konuşma yapacak ve burada modern demokrasiyi de İzzetbegoviç'in görüşleri üzerinden tarif edecektir.

Kuşkusuz, seslendiği toplulukta demokrasi tarifini Müslüman kimliği ile temayüz etmiş bir Bosnalı devlet adamının düşünceleri üzerinden yapmasının etki derecesi, kabul edilmelidir ki Batılı kaynaklardan yapacağı göndermelere kıyasla çok daha kuvvetli olacaktır.

Prof. Arslan, burada önce *"çoğulcu bir toplumda demokrasi anlayışı ve pratiğinin çoğunluğun mutlak hâkimiyetini esas alamayacağını, demokrasinin iktidarı belirleyen seçimler olmadan tasavvur edilemeyeceğini, ancak diğer taraftan demokrasinin bireysel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla iktidardaki çoğunluğa yönelik anayasal sınırlamaların uygulanmasını da gerekli kıldığını"* anlatır. Bu ifadesinin sağlamasını İzzetbegoviç'in düşünceleri üzerinden yapar. İzzetbegoviç'in "demokrasiyi çoğunluğun hâkimiyeti olarak değil, hukuk devleti olarak tanımladığını" belirtir. Bu noktada İzzetbegoviç'in şu uyarısını da kayda geçer:

"Yasanın denetiminde olmayan çoğunluk yönetimi kendisini kaçınılmaz olarak çoğunluğun tiranlığına dönüştürür ve çoğunluğun tiranlığı da en az diğerlerininki kadar tiranlıktır."

'İSLAM EN İYİSİ AMA BİZ İYİSİ DEĞİLİZ'

Ayrıca, 23 Aralık 2022 tarihinde Ankara'da düzenlenen "İslam Dünyası Yargısı Konferansı"nın açış konuşmasında da yine İzzetbegoviç'e yaptığı atıflarla İslam dünyasının bugün içinde bulunduğu duruma ilişkin çarpıcı tespitlere yer verir Prof. Arslan.

AYM Başkanı, önce günümüzde dünyada yaşanan sorunların uzun bir dökümünü yapar. Bu sorunlar arasında şiddet ve istismara maruz kalan kadınlar ve çocuklar, mültecilere bakış, açlık sınırının altında hayata tutunmaya çalışanlar, inançlarından veya düşüncelerinden dolayı cezalandırılanlar, bizim gibi olmadığı için dışlanan ve ötekileştirilenleri sıralar. *"Dünyamızdan bu insan manzaraları ulusal ve uluslararası düzeyde karşı karşıya kalınan adalet açığının somut görünümleridir."* Prof. Arslan'a göre. İşin kaynağına indiğinde, en büyük sorunu yine "öteki ile sağlıklı bir ilişki kurulamamasında" görür.

Bu manzaranın İslam dünyasındaki yansıması nedir? Prof. Arslan'a göre, bunu en iyi şekilde teşhis eden kişilerin başında İzzetbegoviç gelir. Prof. Arslan, İzzetbegoviç'in 25 yıl önce İslam ülkelerinden temsilcilerin katıldığı bir toplantıda şu sözleri söylediğini aktarır:

"İslam en iyisi-bu hakikat- ama biz en iyisi değiliz…"

Prof. Arslan, İzzetbegoviç'in bu sözleriyle "içinde bulunduğumuz durumu çok iyi özetlediğini" söylüyor. Kabul edelim ki Prof. Arslan'ın İzzetbegoviç'e atfen yaptığı bu alıntı İslam dünyasının bugün içinde bulunduğu duruma dönük son derece kuvvetli bir eleştiridir.

5. HEGEL VE KANT'TAN OĞUZ ATAY'A VE ORADAN SADİ ŞİRAZİ'YE UZANAN BİR ÇİZGİ

Prof. Zühtü Arslan'ın konuşmalarını yakın bir ilgiyle değerlendirecek kesimlerin ilk sıralarında hukukçulardan sonra uzmanlık alanı olarak ya da yalnızca entelektüel bir ilgiyle felsefeyle meşgul olanlar gelebilir. Bunun bir nedeni, Prof. Arslan'ın felsefe tarihinin önde gelen isimlerinin azımsanmayacak bir bölümünü muhtelif konuşmalarında kaynak göstermesidir. Bu referanslar Antik Yunan'dan başlar, felsefe tarihinin muhtelif dönemlerine uğrar, 20'nci yüzyılın düşünürlerine ve nihayet günümüze postmodern okulun önde gelen isimlerine kadar uzanır.

Bu çerçevede Eflatun ya da Aristo'dan yaptığı referanslar kadar 17'nci yüzyıldan itibaren Batı felsefesinin farklı zamanlarından, farklı okullarından ve gerek kıta Avrupası gerek Anglosakson dünyasından pek çok önemli düşünürle karşılaşırız Prof. Arslan'ın metinlerinde. 17. yüzyıldan Spinoza, John Locke, Hobbes, Descartes, 18. yüzyıldan Kant ve Burke, 19. yüzyıldan Schopenhauer, Nietzsche ve Hegel ilk bakışta dikkatimize takılacak olan isimlerdir. 20. yüzyıldan Heidegger'dan Erich Fromm'a, Derrida'dan Foucault ve Habermas'a kadar pek çok isim de bu listede yer alabilir. Bu alanda da klasik felsefeden modern ve ardından postmodern felsefeye kadar uzanan bir çeşitlilik söz konusudur.

Kendisinin felsefecilerin ilgisini davet edecek olmasının bir nedeni, günümüzde hukukun ve anayasa yargısının konusu olan özgürlük, adalet, insan hakları gibi meseleleri tartışırken genellikle felsefi bir arka plan üzerinden de yaklaşmasıdır. Prof. Arslan, bu yönüyle bugünün konularına bakarken felsefecilerin yaptıkları tartışmalardan, ortaya koydukları düşünsel birikimden de geniş bir şekilde istifade etmek yoluna gitmektedir.

Aynı zamanda bu filozoflardan bazılarını, görüşlerini olumlama değil doğrudan önemli bir tartışmadaki farklı görüşlerin aksettirilmesi bağlamında da anmaktadır. Ancak sıkça bir görüşünü sağlam dayanaklar üzerinde inşa etme çabası içinde belirir bu atıflar.

Örneğin diyalektik düşüncenin önemli kuramcısı Hegel'den anayasanın özgürlükçü yorumu konusunda yararlanır. Bunu yaparken *"Ruhu anlamak*

için Hegel'den yardım alabiliriz." diyerek "Tarih Felsefesi Üzerine Dersler" adlı eserinin başında Hegel'in, "ruhun doğasının doğrudan zıddına yani maddeye bakılarak anlaşılabileceğini söylediğini" aktarır. Bir başka anlatımla, argümanının çıkış noktası ruh-madde diyalektiğidir.

Hegel, "maddenin özünün yer çekimi, ruhun özünün de özgürlük olduğunu" belirtir. Hegel'e göre *"Özgürlük ruhun yegâne hakikatidir"*. Prof. Arslan, bu aktarımlardan hareketle, Hegel'in madde-ruh zıtlığını anayasal zemine uygular ve *"Maddenin özü otoriteyse ruhun özü de özgürlüktür diyebiliriz. Bu bağlamda özgürlük 'Anayasa'nın ruhu'nun yegâne hakikatidir"* diye konuşur.

Prof. Arslan, Hegel'e bu atıfları yaptıktan sonra AYM'nin birçok kararında anayasal hükümlerin hak-eksenli bir yaklaşımla ve özgürlükler lehine yorumlanması gerektiğini vurguladığını hatırlatır. Prof. Arslan, Hegel'e bu atıfları 27 Ekim 2023 tarihinde İstanbul Üniversitesinde yaptığı "Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı" başlıklı konuşmada yapmıştır.

Konuşmaları, hukuki meselelerin felsefe ile ilişkilendirilmesi anlamında ilginç akademik çalışmalara da konu olabilecek zengin bir içerik sunmaktadır.

KANT VE VESAYETÇİLİĞİN DESPOTİZMİ

Referans verilen filozofların listesinin kabarık olmasına karşılık, Kant'ın bunlar arasında özel bir yer tuttuğunu, aydınlanma çağının bu önemli Alman düşünürüne ayrı bir ilgiyle yaklaştığını söylemek mümkündür. Prof. Arslan'ın AYM Başkanı sıfatıyla yaptığı 17 kadar konuşmasında Kant'tan atıflar yer almaktadır. Bu atıflar arasında en sık tekrarladıklarından biri, daha önce de değindiğimiz üzere Alman felsefecinin artık klasikleşmiş olan *"Aklını kullanmaya cesaret et."* deyişidir.

Kant'ın despotizme ilişkin görüşleri de yine Prof. Arslan'ın sıkça kullandığı bir başlığı oluşturuyor. Mahkemenin merkezinde 5 Ekim 2016 tarihinde iki yeni üyenin ant içme töreninde yaptığı konuşmasını despotizme ilişkin Kant çıkışlı referanslarını bu çerçevede örnek gösterebiliriz.

AYM Başkanı, bu konuşmasının akışı içinde "farklı zamanlarda farklı ideolojik payandalara yaslanan sivil-askerî bürokratik vesayetçiliğin, kurumsal düzeyde demokratik siyasi aklın yetersizliği varsayımına dayandığını" anlatır. Vesayetçilik "bireysel düzeyde ise kişinin kendi hâline bırakılmaması, yönlendirilmesi gerektiği, aksi hâlde doğru karar veremeyeceği düşüncesinden beslenir."

Prof. Arslan, *"Her iki durumda da kurumsal ve bireysel akla ipotek koyma söz konusudur."* diyor ve bu nedenle Kant'ın, vesayetçiliği "tasavvur edilebilen en büyük despotizm" olarak nitelendirdiğini anlatıyor.

Prof. Arslan, Adalet Bakanlığının 30 Kasım 2018 tarihinde düzenlediği "Yargı Belgesi Strateji" toplantısında yaptığı konuşmada Kant'ın dbahsettiğimiz her iki deyişini bu kez birlikte kullanır şu sözleriyle:

"Akıl, en genel anlamda doğruyu yanlıştan, faydalı olanı zararlıdan ayırt edebilme gücüdür. İnsanı eşyanın bilgisine sahip kılan akıl, hür olmayı gerektirir. Tam da bu nedenle Kant, aydınlanmanın mottosunu 'Aklını kullanmaya cesaret et.' şeklinde ifade etmiştir. Zira aklını kullanamayanlar, başkalarının aklının aracı/esiri olurlar. Bunun adı da vesayettir. Vesayet yine Kant'ın ifadesiyle 'tasavvur edilebilen en büyük despotizm'dir."

Prof. Arslan'ın Kant'ın önemsediği bir başka görüşü, "misafirperverlik hakkı" ile ilgilidir. 3 Mart 2016 tarihinde "Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi"nin açılış konuşmasında, özellikle yabancı düşmanlığı, İslam düşmanlığı gibi konulardan söz ederken Kant'ın bu kavramına atıf yapar.

Kant, 1795 yılında kaleme aldığı "Ebedi Barış" adlı makalesinde "misafirperverlik hakkı"ndan bahsetmektedir. Buna göre, bir yabancı kendi toprağından başka bir yere gittiğinde düşman muamelesi görmeme hakkına sahiptir. Prof. Arslan, *"Dolayısıyla bir şekilde sınırlarımızdan içeri giren yabancılara, bir hayırseverlik gereği değil, onların haklarına saygı gereği düşmanca davranmama yükümlülüğümüz vardır."* derken bu görüşünü doğrudan Kant üzerinden gerekçelendirmektedir.

Kant'ın "misafirperverlik hakkı"nın bugün özellikle mülteciler için geçerli olduğunu anlatır, Türkiye'nin (o tarihte) üç milyona yaklaşan mültecilere kapısını ve yüreğini açarak, aslında "öteki"nin "misafirperverlik hakkı"nın korunmasına "paha biçilmez bir katkı" yaptığını söyler.

Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından 7 Mart 2017 tarihinde düzenlenen Uluslararası Ombudsmanlık Konferansı'na hitabında da mültecilerle ilgili uygulamaları eleştirirken sözü yine Kant'a getirir, "*Kant'ın torunları maalesef onun misafirperverlik hakkına ilişkin düşünsel mirasına sahip çıkamıyor. Batı'da birçok ülkede mülteciler, sınırlardan içeri girmemesi gereken "virüs" muamelesi görüyor."* diye yakınır.

Daha sonraki bir başka konuşmasında, bu kavramın kapsamını genişletir ve "Batı'da ulusal ve uluslararası yargı organlarının bir yandan mültecilere kapıları kapatan, onları içeri alınmaması gereken zararlı unsurlar olarak gören, diğer yandan da başörtüsünü kamusal ve toplumsal alandan dışlayan

yaklaşımları da Avrupa'nın temel değerlerinin başında gelen insan haklarıyla bağdaştırılamayacağını" belirtir.

Prof. Arslan, 25 Nisan 2017 tarihinde AYM'nin 55'inci Kuruluş Yıldönümü töreninde yaptığı bu konuşmada, değindiği dışlayıcı yaklaşım karşısında yine Kant'ın "misafirperverlik hakkı"nı hatırlatır, "Gitgide yaygınlaşan ve her geçen gün yeni örnekleriyle karşılaştığımız bu dışlayıcı yaklaşım, Immanuel Kant'ın kemiklerini sızlatacaktır." diye konuşur.

NİZAMÜLMÜLK, PROF. İNALCIK VE BİREYSEL BAŞVURUNUN TARİHİ KÖKENİ

Bu arada felsefeciler dışında tarihçiler de aynı sıklıkta olmasa da başvurduğu bir kategoridir. 14 Şubat 2019 tarihinde "Ombudsmanlığın Dünü, Bugünü ve Yarını" başlıklı sempozyumda yaptığı konuşmada, vatandaşların günümüzde haklarını aramak için başvurdukları bireysel başvuru ve ombudsmanlık kurumuna şikâyet gibi yöntemlerin tarihsel kökenlerini anlatırken, hem 11'inci yüzyılda zamanının seçkin bir devlet adamı olarak sivrilen Selçuklu'nun Başveziri Nizamülmülk'ten hem de büyük tarihçimiz Prof. Halil İnalcık'tan yararlanacaktır.

Prof. Arslan, önce Nizamülmülk'ün ünlü eseri Siyasetname'sine atıf yapar. Buna göre, hükümdarın haftada iki gün halkın şikâyetlerini dinlemesi ve hakkı yerine getirmesi caydırıcı bir etki yaratır. Bunun bir amacı da toplumda adaletin tesis edildiğinin bilinmesini sağlamaktır. Çünkü bu uygulama memleketin her yerinde zalimlerin şikâyet korkusuyla kötülük yapmaktan çekinmesini sağlar.

Ardından sözü Halil İnalcık'a getirir, tarihçinin "Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet" isimli kitabında Osmanlı'da bu geleneğin devam ettiğini, "Şikâyât Defterleri"nden verdiği örneklerle anlattığını kayda geçer. Bu defterlerde halkın hemen hemen tüm kesimleri, gerek devlet görevlilerinin gerekse diğer kişilerin haksızlıklarını "arz-ı hal" ile merkezî yönetime iletirler. Şikâyet konuları çeşitlidir. Kanuna aykırı şekilde alınan vergilerden kadı/mahkeme kararlarının uygulanmamasına kadar bir dizi mesele, şikâyet için arz-ı hal konusu yapılarak doğrudan padişaha gönderilmiştir. Bu şikâyetlere verilen cevaplar, yani hükümler de "şikâyât defterleri"ne işlenmektedir. Bu defterlerdeki vesikalar, sadece bireysel şikâyetlerin değil toplu şikâyet ve taleplerin de padişaha iletildiğini göstermektedir.

OĞUZ ATAY'IN KAHRAMANI BAKKAL RIZA'NIN ANAYASA İLGİSİ

AYM Başkanı'nın konuşmalarında aynı zamanda edebiyat eserlerine yapılan atıflara da sıkça rastlarız. Örneğin, Oğuz Atay'ın "Tehlikeli Oyunlar" romanındaki karakterlerden Bakkal Rıza da Prof. Arslan'ın birden çok konuşmasında karşımıza çıkabilir. Bakkal Rıza, "Anlatıldığına göre, kendi küçük, hükmü büyük bir kitap varmış. Bütün işler oradan idare ediliyormuş. Bir insanın… haklarını veriyormuş" diye seslenir romanın içinden.

Prof. Arslan, Oğuz Atay'ın romanından bu alıntıya 13 Ekim 2023 tarihinde "Türkiye'de Bireysel Başvuru'nun 11 Yılı" başlıklı konferansında yer vermiştir. Bakkal Rıza'nın anayasaya duyduğu ilgi Prof. Arslan'a göre anayasanın toplumsallaşmasını gösteren bir örnektir. Prof. Arslan, şöyle konuşur: *"Bireysel başvurunun en önemli kazanımı Anayasanın insan hayatına girmesi olmuştur. Bireysel başvuruyla birlikte aslında bir anlamda Oğuz Atay'ın 'Tehlikeli Oyunlar' adlı romanında anlatılanlar gerçekleşmiştir. Anayasa sadece Bakkal Rıza'nın değil hemen herkesin ilgisini çekmeye başlamış, tüm bireylerin hayatına dâhil olmuştur."*

Rus edebiyatından Tolstoy ve Dostoyevski de yine Arslan'ın konuşmalarında atıf yaptığı romancılar arasındadır. Yargı reformuna ilişkin 30 Kasım 2018 tarihli konuşmasında "Ahlak" kavramı üzerinde dururken Dostoyevski'den destek alır. Konu, yine Arslan'ın sıkça gündeme getirdiği "öteki" meselesidir. Prof. Arslan'a göre, ahlak toplumsal düzeyde, "öteki"ne karşı sorumluluğu da beraberinde getirir. Bu tespitin ardından Dostoyevski'nin "Karamazov Kardeşler"de *"Her birimiz, herkesten ve her şeyden dolayı herkese karşı sorumluyuz."* dediğini aktarır.

SADİ ŞİRAZİ'NİN İNSAN OLMA KRİTERİ BM'NİN DUVARINDA KALINCA

Ancak edebiyat derken en çok şiirden beslendiğini biliyoruz. Konu şiir olduğunda daha çok Anadolu'nun, Doğu'nun tasavvuf dünyasına açılan şairleri ön plana çıkacaktır. Daha önce Mevlana'nın kendisinin hayata, dünyaya bakışında ne kadar merkezi bir yer tuttuğunu geniş bir şekilde işlemiştik. Aynı ölçüde olmasa da 13. yüzyılda yaşamış ünlü Fars şairi Sadi Şirazi de konuşmalarında yer verdiği şairler arasındadır.

Prof. Arslan, 23 Eylül 2022 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Türkiye'de Bireysel Başvurunun 10. Yılı Uluslararası Konferansı"nın açış konuşmasında, konuyu önce "öteki" meselesine getirecek ve ardından Şirazi'nin tam sekiz asır önce kaleme aldığı "Ademin Çocukları" şiirinden *"Başkalarının eziyetlerinden/Sıkıntı duymayan ey insan!/Sana insan sıfatını vermek yakışmaz"* dizelerini okuyacaktır.

Prof. Arslan'a göre, "öteki"ne saygı ve empatiyi vurgulayan bu dizeleriyle Şirazi, "başkasının derdiyle dertlenmeyi" insani vasfın bir gereği olarak ifade etmektedir. Bu dizelerin bugün New York'taki BM binasının duvarını süslediğini de hatırlatır.

Görüleceği gibi konu, bir kez daha "öteki" meselesidir.

"Ötekiler"in durumu Prof. Arslan'ın hukuk anlayışında son derece kilit bir yerde durmaktadır. Ona göre bireysel başvurunun geleceği de her şeyin ötesinde insanı merkeze alan, insanın temel haklarına ve haysiyetine saygıyı yücelten bir toplumsal/siyasal kültürün yerleşmesine ve kökleşmesine bağlıdır. Bu kültürel iklim ise ancak "öteki"nin ontolojik varlığını kabul etmekle oluşabilir.

"Aslında "öteki" aynadaki yansımamızdır" der Prof. Arslan ve ekler: "Her birimiz bir başkasının gözünde "öteki"yiz. Bu açıdan bakıldığında insan hakları aynı zamanda "ötekinin hakları"dır.

Çare nedir? Prof. Arslan, çözümü "farklılıklarımızla birlikte yaşama kültürünün yerleşmesi ve bu kültürel iklimin gerektirdiği empati, hoşgörü ve uzlaşma gibi değerlerin hayata geçmesi…" olarak gösteriyor.

Bu yönüyle Sadi Şirazi'nin bundan sekiz yüzyıl önceki şiirinde tarif ettiği insan olma kriteri 2020'li yıllarda da bir insanlık sınavı olarak önümüzde durmaya devam etmektedir.

Prof. Arslan, daha önce 3 Mayıs 2021 tarihinde "İnsan Hakları Yargısı'na Bakış" konulu bir panelde yaptığı konuşmada, Şirazi'nin bu sözlerini yine kayda geçirmiştir. "İnsan haklarının retorikten öteye geçebilmesi için Sadi'nin sözlerini sadece Birleşmiş Milletler binasının duvarına değil gönüllerimize de yazmak ve uygulamaya geçirmek zorundayız." diye seslenir.

6. BÜTÜN YOLLAR ASLINDA KARACAOĞLAN'A ÇIKIYOR

Prof. Arslan'ın yaptığı konuşmaların kaynaklarını değerlendirmeye çalışırken, makalenin sınırları nedeniyle kendisinin görüşlerini açıklamak üzere başvurduğu birçok referansı dışarıda bırakmak durumunda kalıyoruz kaçınılmaz olarak.

Prof. Arslan'ın düşünce dünyasının şekillenmesinde çok önemli bir etkisi olan Prof. Ali Fuat Başgil bu kaynaklardan biridir ve buradaki etkisi kanaatimizce pekâlâ ayrı bir yazı konusu olarak işlenebilir. AYM Başkanı'nın 17 Nisan 2019 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Prof. Başgil'in anısına düzenlenen sempozyum ve armağan takdim törenine hitabı, Başgil'e bakışını ve onun görüşlerinin kendisinin entelektüel formasyonu üzerinde icra ettiği etkiyi ortaya koyması bakımından zengin bir metindir.

Bu arada, Prof. Arslan'ın 27 Ekim 2023 tarihinde İstanbul Üniversitesinde *"Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği" üzerine yaptığı konuşmada, Prof. Başgil'den aktardığı "Anayasaların en iyisi, en iyi ve en kolay tatbik edilenidir. En kötüsü de hiç tatbik edilmeyeni yahut kötü tatbik edilenidir."* şeklindeki sözlerinin de Anayasa'nın uygulanmasıyla ülkemizdeki süregelen tartışmalar açısından altı çizilmesi gereken bir referans oluşturduğunu düşünüyoruz.

ÜÇ SEMAVİ DİNE YAPILAN GÖNDERMELER

Bunun gibi yeterince yer veremediğimiz bir diğer başlık Prof. Arslan'ın konuşmalarında dinî kaynaklara yaptığı göndermelerdir. Kanaatimizce, Prof. Arslan'ın bu referanslarının özünde yatan önemli bir saik, adalet, insan hakları gibi temel taleplerin insanlığın inanç ve kültür sistemlerinin ne denli derininde bulunduğunu ve o ölçüde doğallık vasfı taşıdığını ortaya koyma çabasıdır.

Tabii, konuşmalarında inancıyla da beslenen İslam düşüncesi üzerindeki geniş bilgisini de fark edebiliriz. Bazı konuşmalarında İslam dinine yapılan göndermeler hatırı sayılır bir yer tutmaktadır. Ancak bu konuşmaların bir bölümünün yine bu hedefleri vurgulamak üzere daha çok İslam ülkelerinden temsilin kuvvetli olduğu uluslararası yargı toplantılarında geçtiği keyfiyeti de dikkate alınmalıdır.

Bu başlık altında vurgulamamız gereken bir nokta, konuşmalarında dini referanslar söz konusu olduğunda, bu bağlamdaki göndermelerini yalnızca İslam ile sınırlı tutmadığı, bazı durumlarda diğer iki semavi dinin, Hıristiyanlık ve Musevilik inançlarının mesajlarına da yer vermekte olduğudur. Nitekim AYM'de, 17 Ekim 2022 tarihinde düzenlenen ant içme törenindeki konuşmasının her üç Semavi dine göndermede bulunması bakımından özel bir önem taşıdığı kanaatindeyiz.

Prof. Arslan, bu konuşmasında "bireysel ve toplumsal hayatın en temel erdeminin adalet olduğunu" vurgulayarak, "toplumların örgütlü hâli olan devletlerin devamının da ancak adaletle mümkün olduğunu" belirtiyor. "Tam da bu nedenle tarih boyunca adalet tüm dinlerin ve seküler ideolojilerin merkezi değeri olmuştur." dedikten sonra üç semavi dinin yazılı kaynaklarından şu aktarımları yapıyor:

"Nitekim Tevrat'a göre Hz. Musa halkına, "*Adaleti, yalnızca adaleti izleyeceksiniz."* diye öğüt verir. Yeni Ahit'e göre Hz. İsa kavmine, "Görünüşe göre yargılamayın, yargınız âdil olsun." diye seslenir. Kur'an-ı Kerim'e göre de *"Allah, size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder."*

Özünde, insanlığın tarihsel serüveni boyunca adalet gibi değerler açısından semavi dinlerin temel mesajlarının bir farklılık taşımadığını göstermek istemektedir.

Bu arada, İzzetbegoviç üzerinden yaptığı dine ilişkin bir başka atıf da kayda değerdir. Prof. Arslan, 18 Ekim 2021 tarihinde Osman Gazi Üniversitesinin akademik yıl açış konuşmasının önemli bir bölümünü toplumsal ve siyasal çoğulculuğun temelinde "çeşitliliğin" yer aldığı temasına ayırmıştır. Bu temayı işlerken, İzzetbegoviç'in Nobel Tıp Bilimi Ödülü alan bir genetikçi bilim insanının tespitine ilişkin yazdıklarını aktarır. Bu bilim insanına göre genetik bilimi tüm insanların hatta tek yumurta ikizlerinin bile farklı varlıklar olduğunu kanıtlamıştır. Prof. Arslan, İzzetbegoviç'in bu tespiti *"Tanrı çeşitliliği sever."* şeklinde yorumladığını aktarıyor.

Görüleceği gibi konuşmanın akışı içinde ana mesaj olarak toplumlarda fikir çeşitliliğinin hoşgörüyle karşılanması gerektiğini savunurken yaptığı bu alıntıyı tezini zenginleştirecek bir argüman olarak sunmaktadır.

Bu başlıkta Prof. Arslan'ın çağımızda insanlığın hukukun koruması altında olması gereken adalet ve ifade özgürlüğü gibi temel talepleri ile dinin mesajlarının bağdaştırıldığı formülasyonlarda İzzetbegoviç'in görüşlerini özel bir ilgiyle değerlendirdiği aşikârdır. Daha önce değindiğimiz 2018 yılında Saraybosna Üniversitesindeki konuşması bu bakımdan yeteri kadar fikir vericidir.

ABD'NİN KURUCU BABALARINDAN MADISON NEDEN MELEKLERDEN SÖZ ETTİ?

Makalemizin akışı içinde buraya kadar ağırlıklı olarak Prof. Arslan'ın yaptığı konuşmalarda hukuk disiplini dışındaki alanlardan nasıl yararlandığını anlatma çabası içinde olduk. Kabul edelim ki son tahlilde konuşmalarının büyük bir bölümünde metinlerin ana gövdesi yine hukuk ve anayasa literatürü üzerinden yapacağı atıflara dayanmaktadır. Bu kategoriye baktığımızda, yabancı hukuk kaynaklarına verilen referansların da oldukça geniş bir yer tuttuğunu belirtmeliyiz. Burada kıta Avrupası'ndan çok Anglosakson hukuk literatürüne dönük bir yönelimi göze çarpar Prof. Arslan'ın.

Aynı zamanda bu kültürün bir uzantısı olarak ABD'nin anayasacılık alanındaki geniş birikimi de Prof. Arslan'ın konuşmalarında kendisini gösterecektir. ABD'nin 1776 tarihli Bağımsızlık Bildirgesi'ne ve ABD Anayasa Mahkemesinin kararlarına atıflar da görebiliriz konuşmalarında. Özellikle ABD Yüksek Mahkemesinin 1803 tarihli ünlü *Marbury/Madison* kararının ayrı bir yeri var.

Bu kararın önemi, ABD'de Yüksek Mahkemenin Kongre'nin kabul ettiği yasaları Anayasa'ya aykırı oldukları takdirde pekâlâ iptal etme yetkisine sahip olduğu yolundaki içtihadını ilk kez ortaya koymuş olmasıdır. ABD'de yüksek yargının yasamanın gücünü sınırlandırmasının ilk tarihi örneğidir bu karar. Prof. Arslan, bu karardan *"Anayasa yargısının doğum anı olarak bilinir."* diye söz ediyor, 3 Ocak 2022 tarihinde İstanbul'da Medipol Üniversitesinde verdiği "Anayasa Yargısının Hak Eksenli Yorumu" başlıklı konferansında.

Keza ABD kaynaklarına baktığımızda da ABD Anayasası taslağının 1787 yılında hazırlanmasından sonra referandumda onaylanmasından önce kamuoyu desteği kazanmak amacıyla metni yazanların bir bölümü tarafından kaleme alınan ve New York gazetelerinde yayımlanan yazılardan oluşan "The Federalist Papers" olarak bilinen makalelere yaptığı atıfları da bu çerçevede sayabiliriz.

Bu küme içinde dikkat çekmeye değer bir başka atıf Prof. Arslan'ın ABD'nin "kurucu babaları"ndan, dördüncü Cumhurbaşkanı James Madison'ın iktidarın sınırlandırılması bağlamında literatüre geçmiş sözleridir. Madison, "The Federalist Papers"ın yazarlarından da biridir.

Prof. Arslan, daha önce de değindiğimiz 6 Haziran 2023 tarihli konuşmasında, "Gılgamış sorunu" üzerinde dururken, "bu kadim destanın, gücün kontrol altına alınmasına yönelik ihtiyacın insanın doğasından kaynaklandığını da gösterdiğini" anlatır. AYM Başkanı, ardından James Madison'ın *"İnsanları melekler yönetseydi, ne iç ne de dış denetim mekanizmalarına gereksinim duyulurdu"* dediğini aktarır.

Ayrıca, ABD'den ve Avrupa'dan hukuk ve anayasa sahalarında otorite konumunda bulunan akademisyenlerin, düşünürlerin eserlerine de geniş atıflar bulmak mümkündür Prof. Arslan'ın konuşmalarında.

"KİMSESİZLERİN KİMSESİ" OLMAK VE BİREYSEL BAŞVURU

Bunların dışında, konuşmalarında sayıca en fazla atfı AYM'nin verdiği muhtelif bireysel başvuru kararları üzerinden geliştirdiği içtihatlara yaptığını belirtmeliyiz. Bir anlamda AYM Başkanı olarak Mahkemenin içtihatları üzerinden, bu içtihatların dili ve kavramsal çerçevesinden konuşmaktadır Prof. Arslan. Özünde bu içtihatların iletişimini yapmaktadır seslendiği topluluklarla ve kamuoyuyla.

Bu durum 11 yılı geride bırakan bireysel başvuru uygulamasında AYM'nin mesaisiyle ortaya koymuş olduğu zengin birikiminin bir yansıması ve sonucudur. Prof. Arslan, Cumhuriyet'in 100. kuruluş yıl dönümünün hemen ertesi günü 30 Ekim 2023 tarihinde İzmir'de yargı temsilcileriyle düzenlenen bölge

toplantısında yaptığı konuşmada bireysel başvuruyu "yüz yıllık Cumhuriyet'in en büyük kazanımlarından biri" olarak değerlendirmiştir.

Bu konuşmasında Atatürk'ün 1 Kasım 1928'de TBMM'ye hitabında adliyenin seyrine ilişkin gelişmeleri anlattıktan sonra *"Cumhuriyet bilhassa kimsesizlerin kimsesidir."* şeklindeki sözlerini hatırlatıyor. Prof. Arslan, Atatürk'ün bu sözlerinden hareketle "kimsesizlerin kimsesi olma sorumluluğu"nun en başta yargıya ait olduğunu vurguluyor.

Toplumun hemen her kesiminden anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünenler, başka bir ifadeyle "kendilerini çaresiz ve kimsesiz hissedenler" tüm idari ve yargı yollarını kullandıktan sonra bireysel başvuru yollarını kullanmaktadır.

Prof. Arslan'a göre 11 yıllık uygulaması sonucu bireysel başvuru "Cumhuriyet'in topluma dokunmasının, insanların temel haklara ilişkin sorunlarını çözmesinin bir aracı olarak kurumsallaşmıştır."

Birçok konuşmasında bireysel başvurunun Türk hukuk düzeninde "devrim" niteliğinde bir değişime yol açtığını belirtecektir.

BÜTÜN NEHİRLER AYNI DENİZE DÖKÜLÜYOR

Şimdi yazımızın başında yola çıktığımız noktaya yani Prof. Arslan'ın zihin dünyasına ve bunun konuşmalarına nasıl yansıdığı sorusuna dönecek olursak, nihai bir değerlendirmede şu gözlemleri kayda geçirebiliriz.

Birincisi Prof. Arslan, bu konuşmalarında tarih, felsefe, edebiyat gibi alanlara uzanan zengin atıflarla bizim de düşünce dünyamızda pencereler açmakta, günümüzün hukuk meselelerine bu pencerelerden farklı boyutlarda bakabilmemizi sağlamaktadır.

Bu konuşmalar üzerinden onun düşünce dünyasına baktığımızda, karşımıza çıkan ana bakış, sağlam bir hukuk disiplini içinde insan haklarının, temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olduğu, ifade özgürlüğünün korkusuzca hayata geçirilebildiği, "öteki"nin haklarının özenle gözetilip korunduğu, çeşitliliğin saygıyla karşılandığı, bunların sağlanabilmesi için iktidarın sınırlandırılabildiği çoğulcu bir demokratik düzen idealidir.

Bu bağlamda çok önemli bir zihinsel uğraş içinde görürüz Prof. Arslan'ı. Bu uğraşının temel kabulü hoşgörü, eşitlik, adalet, hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi değer ve ideallerin Doğu ve Batı'nın ortak mirası olduğu ve evrensel bir nitelik taşıdığıdır. Bu düşüncelerin köklerini farklı medeniyetlerde ve kültürlerde arar.

Bu arada, seslendiği muhtelif forumlarda Doğu'ya ve İslam dünyasına da hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi değerlerin içselleştirilmesi yönünde kuvvetli mesajlar verir. Israrla bu değerlerin yalnızca Batı'nın tekelinde olmadığını, onların kendi "ruh kökleri"nde de bu evrensel değerlerin yattığını vurgular. Bu yönde bir farkındalığı güçlendirmeye çalışır.

Konuşmalarında Doğu ile Batı'yı buluşturmak isteyenler arasında sıkça Rudyard Kipling'i, Aliya İzzetbegoviç'i sayar, düşünceleriyle özünde Mevlana'nın da bunu yapmaya çalıştığını söyler. Onların izini sürmeye çalışırken, aslında kendisi de aynı çabanın bir parçasıdır. O da herhangi bir coğrafi sınır tanımadan bunu yapmaya çalışır. Konuşmalarını okurken biz de o sınırların kalktığı bir zihin coğrafyasına açılırız.

Sonuçta, Prof. Arslan'ın düşünce evreninde Doğu ile Batı düşüncelerini taşıyan nehirlerin hepsi aslında aynı denize, bir başka deyişle insana, insanı yüceltme arayışına çıkmaktadır. İnsanı korumanın yolu da hukuktan geçmektedir.

Bu bakışını mümkün kılan bir hasleti, kendi iç dünyasında bu çok boyutluluğu ve çoğulculuğu yaşatabilmesidir. Çünkü onun dünyasına baktığımızda Kant'ın "*Aklını kullanmaya cesaret et.*" diye seslenen akılcı öğretisi ile manevi boyutunda Mevlana'nın insanı yücelten, "cihanın temeli" gören tasavvuf düşüncesi yan yana durmaktadır.

KARACAOĞLAN'I CEM KARACA'DAN DİNLEMEK

Aslında biraz daha yakından bakıp iç dünyasına yöneldiğimizde, geçiciliğini aklından çıkarmayan bir insanla karşılaşırız. Fars şairi Sadi Şirazi'nin mutluluk tarifi onun için yol göstericidir. Şirazi'nin *"Asıl mutlu kişi, şöhretini ilmiyle adaletine borçludur. Gelen, gider; eken, biçer. İnsana iyi ya da kötü bir ad kalır geride. Giderken bu kubbede hoş bir sadâ bırakabilirsek ne mutlu bize."* şeklindeki sözlerini aktarır sıkça.

"Akademik Kürsü" dergisine verdiği mülakatında da hâkim ve savcılara, meslek adaylarına ne gibi önerilerde bulunduğu sorulduğunda, onlara sıkça *"mahkeme kadıya mülk değildir"* sözünü hatırlattığını anlatıyor Prof. Arslan. Ona göre, başlayan her işin bir sonu vardır. Bunu en iyi anlatan Karacaoğlan'ın "Üryan Geldim, Yine Üryan Giderim" adlı şiiridir.

Prof. Arslan, *"Yoğun çalışmaları sırasında yorulduklarında ve sıkıntılarla karşılaştıklarında bu türküyü Cem Karaca'dan dinlemelerini tavsiye ediyorum. Ben öyle yapıyorum."* diye konuşuyor.

Şimdi isterseniz siz de Cem Karaca'nın Karacaoğlan yorumuna kulak verebilirsiniz.

Not: Prof. Zühtü Arslan'ın düşünce dünyasının izlerini sürmek için Adalet Akademisinin bu makalede de atıf yaptığımız "Akademik Kürsü" dergisinin 2019 yılında yayımlanan dördüncü sayısındaki mülakatı, Hürriyet gazetesi yargı muhabiri Oya Armutçu'ya verdiği ve 19 Temmuz 2019 tarihinde yayımlanan "Anayasa Yargıcı İçin Arafta Olmak Kaçınılmaz" başlıklı mülakat ile her iki metni esas olarak kaleme aldığımız ve 4 Şubat 2023 tarihinde Hürriyet'te çıkan "AYM Başkanı Hâkim ve Savcılara Cem Karaca'nın Hangi Şarkısını Dinlemelerini Öneriyor" başlıklı yazımıza da bakılabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

BİLİMSEL ÇALIŞMALAR

Gianni BUQUICCHIO

(President Emeritus / Special Representative of the Venice Commission)

(Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu Onursal Başkanı ve Özel Temsilcisi)

ESSAYS IN HONOUR OF PROF. ZÜHTÜ ARSLAN PRESIDENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF TÜRKİYE

"CROSS-FERTILISATION IN THE FIELD OF INDIVIDUAL ACCESS TO CONSTITUTIONAL JUSTICE – THE VENICE COMMISSION'S PUSH TO MAKE HUMAN RIGHTS ACCESSIBLE TO ALL"

It is a pleasure to contribute to the Mélanges for Prof. Zühtü Arslan President of the Constitutional Court of Türkiye whom I know for many years as a staunch defender of the constitution and of human rights.

It is through the individual application to the Constitutional Court that violations of human rights can be remedied effectively. I am proud that through its opinions starting in 2004,[1] the Venice Commission has been able to contribute to the establishment of this important tool in Türkiye. It is also true that other Venice Commission opinions have been much more critical of constitutional and legislative changes in Türkiye[2].

Venice Commission

Before I further develop the idea of individual access to the Constitutional Court, a short introduction of the Venice Commission seems appropriate.

The Venice Commission is a consultative body of the Council of Europe, which is different from the European Union as it covers most countries of greater Europe with its 46 Member States.

The Commission's real name reveals its purpose: it is the European Commission for Democracy through Law. However, as it always meets in Venice, it is most commonly referred to as the "Venice Commission".

The Venice Commission is an independent body of constitutional experts who are typically professors, judges or Members of Parliament who provide

1 Venice Commission, CDL-AD(2004)024, *Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session* (Venice, 18-19 June 2004); Venice Commission, CDL-AD(2011)040, *Opinion on the law on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session* (Venice, 14-15 October 2011).

2 Council of Europe, "Documents", https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=31&year=all (Accessed: 3/10/2023)

advice in the field of constitutional law and on institutional and human rights issues.

The Venice Commission promotes the basic principles of democracy, the protection of human rights and the rule of law. These values are of course not only European, but truly universal and are part of our common constitutional heritage.

Consequently, the Venice Commission reaches out from Europe to other parts of the world. As an enlarged agreement, the Venice Commission has 61 Member States, including a sizeable number of full members and observers from Asia, the Americas and Africa. Türkiye is a founding member of the Venice Commission, which was established in 1990.

Report on individual access

The Venice Commission's Study on Individual Access to Constitutional Justice of 2010, examined various forms of this type of access, starting with *indirect individual access* – which enables access but only *via* the ordinary courts, the Ombudsman or members of Parliament – to *direct individual access*, which enables individuals to challenge the constitutionality of an act or a norm directly without the intermediary of a body or institution.

In 2021, the Venice Commission updated its Report on Individual Access to Constitutional Justice[3]. This comparative report provides an excellent overview of the different models of constitutional review and manners in which citizens have access to constitutional justice, and the Venice Commission's opinion for its Member States on this over the years.

The report makes a distinction between diffuse and concentrated constitutional review. In diffuse review models, such as in Ireland and Norway, for instance, all judges at all levels review the constitutionality of laws.

In countries with a concentrated review model, it is the specialised Constitutional Court or Council that carries out this task. This concentrated model, which is the model chosen by most European countries, has two main advantages: First of all, it leads to greater unity in jurisprudence. And, as a second advantage, it ensures legal certainty, as only one court can invalidate the legislation in force.

Direct access

In its report, the Venice Commission also makes a distinction between direct access and indirect access to constitutional justice. In diffuse review

3 Venice Commission, CDL-AD(2021)001, *Revised Report on individual Access to Constitutional Justice, adopted by the Venice Commission at its 125th Plenary Session* (online, 11-12 December 2020).

models, citizens always have direct access as they can directly address the constitutionality of a legal act before any court. This is of course different in countries where the right to constitutional control is concentrated in the hands of a constitutional court or council.

In those countries, applicants may often directly petition the Constitutional Court or Council, usually with reference to their specific case, in the form of a constitutional complaint, after the exhaustion of other remedies.

I would like to make an important distinction here: the subject of the constitutional complaint can address an individual act, usually a last instance court case, that violated their fundamental rights – something that is a "full constitutional complaint" – or they can be limited to the constitutionality of the normative acts – the law that was applicable in the court case, we call this a "normative constitutional complaint".

It will probably not surprise you that the Venice Commission favours the full constitutional complaint. Such a model is used in countries like Germany, Spain or Türkiye.

A full constitutional complaint provides the most comprehensive form of individual access to constitutional justice and, as such, the most thorough protection of individual rights.

This is especially important when the problems lie in the unconstitutional application of the legislation and not the unconstitutionality of the legislation itself. If as a citizen you would only be able to challenge the unconstitutionality of the legislation itself, this might not get you very far.

Another – rare - form of direct access for citizens is through an actio popularis. This is the broadest means of individual access to constitutional justice: it allows any individual to petition the constitutional court, without having to prove that she or he is even affected by the legislation concerned.

In a way, an *actio popularis* allows every citizen to become a guardian of the Constitution, such as for instance in South Africa.

This sounds like a positive thing, right? It may therefore surprise you that the Venice Commission is not in favour of an *actio popularis* and has - for example - in the case of Montenegro and Hungary advised against introducing such a possibility in the Constitution.

Perhaps the experience of Croatia demonstrates most clearly why we have such reservations: The *actio popularis* led in the case of Croatia to a complete overburdening of the Constitutional Court. For example, a single person brought nearly 800 requests for constitutional review to the Court.

The Venice Commission has therefore always advised States to make clear that only victims of human rights violations have the right to raise a constitutional complaint. The constitutional court should see in a concrete case how the law is applied in practice.

Indirect access

When it comes to indirect access of citizens to constitutional justice, one of the most common forms is for ordinary courts to refer constitutional issues for a decision to the Constitutional Court or Council through a preliminary request.

Such preliminary requests, also called exceptions of unconstitutionality, exist in most states that use a concentrated constitutional review model, for instance Germany, Italy or Spain. They are the most common method of indirect individual access to constitutional justice.

Depending on the system, the initiative can come from the parties or the judge him- or herself. When the initiative comes from the parties the judges can either be obliged to refer the case to the constitutional court or he or she has discretion to do so.

The Venice Commission has considered preliminary requests on the initiative of the parties to be a very effective means of achieving individual access to constitutional justice, if the ordinary court is obliged to refer the preliminary question to the constitutional court.

Full individual complaint

Once other remedies before the general courts have been exhausted, an individual may file a complaint against any act by a public authority that breaches his or her fundamental rights. In such proceedings, the constitutional court will not re-examine the legality of the case before it but will instead focus only on the constitutional aspects.

The function of such a full constitutional complaint is to protect the individual's constitutionally guaranteed rights. The full constitutional complaint is the most comprehensive individual access to constitutional justice there is and is therefore considered by the Venice Commission to be the best means of protecting individual rights.

Individual application to the Constitutional Court of Türkiye

By introducing the individual application procedure– an important achievement for the Constitutional Court of Türkiye that I and the Venice Commission very much welcomed – Türkiye has strengthened the protection of fundamental human rights contained in its Constitution.

In doing so, Türkiye has followed the Venice Commission's recommendations in the 2004 and 2011 Opinions on the introduction of an individual complaint to the Constitutional Court of Türkiye.

The 2011 opinion welcomed the introduction of the individual complaint in Türkiye and came to the conclusion that it would not turn the Constitutional Court into what some feared would be a "super supreme court", since the scope of the Constitutional Court's jurisdiction was limited to constitutional issues.

In Türkiye, the mechanism wisely chosen is one that restricts the individual complaint to the constitutional rights also covered by the European Convention on Human Rights. This enables the Constitutional Court to protect any citizen and any individual under Turkish jurisdiction.

Of course, such wide access can bring about an overburdening of the constitutional court and, as a consequence, the procedural mechanisms have to enable the Court to deal with this heavy case-load effectively.

In Türkiye, you have introduced a case-filtering system and the results show that this mechanism works well.

The Constitutional Court of Türkiye had done its utmost to prepare itself for the individual complaint through study visits to other constitutional courts in Europe and beyond to broaden its knowledge on the issue.

Work of the Constitutional Court

The decisions and the case-load of the Constitutional Court of Türkiye show that your Court has a heavy task in upholding human rights. We have seen serious problem as regards respect for freedom of expression and the media. The freedom of expression is a central task for the Court. Another issue is liberty and the freedom from detention.

In both cases, the case-law of the European Court of Human Rights relating to Articles 5 and 10 of the Convention, provides guidance on how to interpret the Convention but indirectly also the Turkish Constitution.

It is Article 148 of the Constitution, which directly refers European Convention on Human Rights for defining the scope of the individual application.

Article 90 of the Constitution provides that "In case of a conflict between the laws and international agreements duly put into effect in the field of fundamental rights and freedoms due to difference in provisions on the same matter, the provisions of the international agreements shall prevail."

These provisions give the Constitutional Court of Türkiye a strong leverage to protect human rights effectively.

Of course, as the Venice Commission's Checklist on the Rule of Law[4] stresses, the judgments of the Constitutional Court of Türkiye, like the decisions of any court, must be implemented and properly executed in a State governed by the Rule of Law.

This means that the Court's judgments must be respected and executed by all State bodies, the executive, the legislative and the judicial powers.

I know that President Arslan and the members of the Constitutional Court work hard to uphold constitutional values and to protect human rights in Türkiye.

4 Venice Commission, CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session* (Venice, 11-12 March 2016)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI PROF. DR. ZÜHTÜ ARSLAN ONURUNA YAZILAR

"ANAYASA YARGISINA BİREYSEL ERİŞİM ALANINDA GÖRÜŞ ALIŞVERİŞİ: VENEDİK KOMİSYONUNUN İNSAN HAKLARINI HERKES İÇİN ERİŞİLEBİLİR KILMA ÇABASI"

Uzun yıllardan beri anayasa ve insan haklarının yılmaz bir savunucusu olarak tanıdığım Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan için hazırlanan armağan kitabına katkıda bulunmaktan memnuniyet duyuyorum.

İnsan hakları ihlalleri, anayasa mahkemesine bireysel başvuru yoluyla etkili bir şekilde giderilebilir. Venedik Komisyonunun 2004 yılından itibaren sunduğu görüşlerle[1], Türkiye'de bu önemli kurumun yerleşmesine katkıda bulunması beni gururlandırmaktadır. Venedik Komisyonunun diğer görüşlerinin Türkiye'deki anayasal ve yasal değişikliklere karşı çok daha eleştirel bir tutum sergilediği de bir gerçektir[2].

Venedik Komisyonu

Anayasa mahkemesine bireysel erişim konusunu ayrıntılı olarak ele almadan önce Venedik Komisyonu hakkında kısa bir giriş yapmak yerinde olacaktır.

Venedik Komisyonu, bünyesindeki 46 üye devletle Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunu kapsadığından Avrupa Birliği'nden farklı olan Avrupa Konseyinin bir danışma organıdır.

Komisyonun gerçek adı, amacını ortaya koymaktadır: Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu. Ancak genellikle Venedik'te toplandığı için daha ziyade "Venedik Komisyonu" olarak anılmaktadır.

---

1 Venedik Komisyonu, CDL-AD(2004)024, *Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session* (Venice, 18-19 June 2004) (*Venedik Komisyonu tarafından 59. Genel Kurul Toplantısında kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile ilgili Anayasa Değişikliği Taslağına ilişkin Görüş*, (Venedik, 18-19 Haziran 2004)); Venedik Komisyonu, CDL-AD(2011)040, *Opinion on the law on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session* (Venice, 14-15 October 2011) (*Venedik Komisyonu tarafından 88. Genel Kurul Toplantısında kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a ilişkin Görüş*, (Venedik, 14-15 Ekim 2011)).

2 Council of Europe, "Documents", https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=31&year=all (Erişim Tarihi: 3/10/2023)

Venedik Komisyonu, anayasa hukuku alanında ve kurumsal konular ile insan hakları konularında tavsiyelerde bulunan ve genellikle akademisyen, yargıç veya parlamento üyesi olan anayasa uzmanlarından oluşan bağımsız bir organdır.

Venedik Komisyonu; demokrasinin temel ilkelerini, insan haklarının korunmasını ve hukukun üstünlüğünü desteklemektedir. Bu değerler elbette yalnızca Avrupa'ya özgü değerler değildir, aynı zamanda evrenseldir ve ortak anayasal mirasımızın bir parçasıdır.

Sonuç olarak Venedik Komisyonu, Avrupa'dan dünyanın diğer bölgelerine uzanmaktadır. Venedik Komisyonunun, genişletilmiş bir anlaşma olarak, Asya, Amerika ve Afrika kıtalarından çok sayıda tam üye ve gözlemci dâhil olmak üzere üyesi olan 61 devlet bulunmaktadır. Türkiye, 1990 yılında kurulan Venedik Komisyonunun kurucu üyesidir.

Bireysel Erişim Hakkında Rapor

Venedik Komisyonu; 2010 tarihli "Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması"nda, bu tür erişimi yalnızca olağan mahkemeler, kamu denetçisi veya parlamento üyeleri "aracılığıyla" mümkün kılan "dolaylı bireysel erişimden" bireylerin bir organ veya kurumun aracılığı olmaksızın bir kanunun ya da normun anayasaya aykırılık iddialarını doğrudan ifade etmelerine olanak tanıyan "doğrudan bireysel erişime" kadar çeşitli erişim biçimlerini incelemiştir.

Venedik Komisyonu, 2021 yılında Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Raporu'nu güncellemiştir[3]. Bu karşılaştırmalı rapor, anayasal denetimin farklı modelleri ve vatandaşların anayasa yargısına erişim biçimlerinin yanı sıra Venedik Komisyonunun yıllar içinde bu konuda üye devletlere yönelik görüşlerine ilişkin kusursuz bir genel değerlendirme sunmaktadır.

Rapor, yaygın ve yoğunlaştırılmış anayasal denetim arasında bir ayrım yapmaktadır. Örneğin İrlanda ve Norveç'te olduğu gibi yaygın denetim modellerinde her düzeydeki tüm yargıçlar kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemektedir.

Yoğunlaştırılmış denetim modeline sahip ülkelerde bu görevi ihtisaslaşmış anayasa mahkemesi veya konseyi yerine getirmektedir. Çoğu Avrupa ülkesi tarafından tercih edilen bu yoğunlaştırılmış modelin iki temel faydası bulunmaktadır: İlk olarak daha yüksek oranda içtihat birliğinin sağlanmasına katkıda bulunur. İkinci bir avantaj olarak da yürürlükteki mevzuatı yalnızca bir mahkeme geçersiz kılabileceği için hukuki güvenlik sağlar.

3 Venedik Komisyonu, CDL-AD(2021)001, *Revised Report on individual Access to Constitutional Justice, adopted by the Venice Commission at its 125th Plenary Session* (online, 11-12 December 2020), (*Venedik Komisyonu tarafından 125. Genel Kurul Toplantısında kabul edilen Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Hakkında Gözden Geçirilmiş Rapor*, (çevrim içi, 11-12 Aralık 2011)).

Doğrudan Erişim

Venedik Komisyonu da raporunda anayasa yargısına doğrudan erişim ile dolaylı erişim arasında bir ayrım yapmaktadır. Yaygın denetim modellerinde vatandaşlar her zaman doğrudan erişime sahiptir çünkü herhangi bir mahkeme önünde hukuki bir işlemin anayasaya uygunluğunu doğrudan ele alabilir. Bu durum, elbette, anayasal denetim hakkının bir anayasa mahkemesi veya konseyinin elinde toplandığı ülkelerde farklılık göstermektedir.

Bu ülkelerde başvurucular, diğer kanun yollarının tüketilmesinden sonra, genellikle kendi özel durumlarına atıfta bulunarak anayasal şikâyet yoluyla anayasa mahkemesi veya konseyine doğrudan başvurabilir.

Burada önemli bir ayrım yapmak isterim: Anayasal şikâyetin öznesi, temel haklarını ihlal eden bireysel bir işlemi, genellikle bir son derece mahkemesi davasını ele alabilir ve bu "tam anayasal şikâyet/tam anlamıyla uygulanan anayasal şikâyet"tir veya normatif işlemlerin anayasaya uygunluğu (davada geçerli olan kanun) ile sınırlı kalabilir, bu durum "normatif anayasal şikâyet" şeklinde adlandırılmaktadır.

Venedik Komisyonunun tam anayasal şikâyeti tercih etmesi sizi şaşırtmayacaktır. Bu tür bir model; Almanya, İspanya veya Türkiye gibi ülkelerde kullanılmaktadır.

Tam anlamıyla uygulanan anayasal şikâyet, anayasa yargısına bireysel erişimin en kapsamlı biçimini sunar ve dolayısıyla bireysel hakların en kapsamlı şekilde korunmasını sağlar.

Bu durum, özellikle sorunların mevzuatın kendisinin anayasaya aykırılığından ziyade mevzuatın anayasaya aykırı biçimde uygulanmasından kaynaklandığı durumlarda önem arz etmektedir. Eğer bir vatandaş olarak yalnızca mevzuatın kendisinin anayasaya aykırılığına itiraz edebiliyorsanız bu sizi çok ileriye götürmeyebilir.

"Actio popularis" (toplumun yararı gözetilerek üçüncü şahıs tarafından açılmış dava) de vatandaşlar için bir diğer –nadir– doğrudan erişim şeklidir. Bu, anayasal yargıya bireysel erişimin en geniş kapsamlı yoludur. Herhangi bir bireyin, ilgili mevzuattan etkilendiğini dahi kanıtlamak zorunda kalmaksızın anayasa mahkemesine başvurmasına olanak tanır.

Bir bakıma "actio popularis", örneğin Güney Afrika'da olduğu gibi, her vatandaşın anayasanın koruyucusu olmasına olanak tanır. Kulağa olumlu bir yaklaşım gibi geliyor, değil mi? Bu nedenle Venedik Komisyonunun "actio popularis"i desteklememesi, örneğin Karadağ ve Macaristan örneklerinde anayasaya böyle bir imkânın getirilmemesini tavsiye etmesi sizi şaşırtabilir.

Belki de Hırvatistan deneyimi çekincelerimizin gerekçesini en açık şekilde ortaya koymaktadır. "Actio popularis", Hırvatistan örneğinde Anayasa Mahkemesinin iş yükünün aşırı şekilde artmasına yol açmıştır. Örneğin tek bir kişi Mahkemeye yaklaşık 800 anayasal denetim talebi getirmiştir.

Bu nedenle Venedik Komisyonu, devletlere yalnızca insan hakları ihlalleri mağdurlarının anayasal şikâyette bulunma hakkına sahip olduğunu açıkça belirtmelerini her zaman tavsiye etmektedir. Anayasa mahkemesi somut bir olayda kanunun pratikte nasıl uygulandığını görebilmelidir.

Dolaylı Erişim

Vatandaşların anayasa yargısına "dolaylı erişim" söz konusu olduğunda, en yaygın yöntemlerden biri, olağan mahkemelerin anayasal konuları bir ön talep yoluyla anayasa mahkemesi veya konseyine karara bağlanmak üzere havale etmesidir.

Anayasaya aykırılık istisnaları olarak da adlandırılan bu tür ön talepler, Almanya, İtalya veya İspanya gibi yoğunlaştırılmış anayasal denetim modelini uygulayan devletlerin çoğunda mevcuttur. Bunlar anayasal yargıya dolaylı bireysel erişimin en yaygın yöntemidir.

İnisiyatif, sisteme bağlı olarak taraflardan veya yargıcın kendisinden gelebilir. İnisiyatif taraflardan geldiğinde yargıçlar davayı anayasa mahkemesine götürmekle yükümlü olabilir veya bunu gerçekleştirme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Venedik Komisyonu, tarafların inisiyatifiyle sunulan ön talepleri, olağan mahkemenin ön sorunu anayasa mahkemesine havale etmekle yükümlü olması hâlinde, anayasa yargısına bireysel erişimin sağlanmasında çok etkili bir araç olarak değerlendirmektedir.

Tam Anayasal Şikâyet

Bir birey, genel mahkemeler nezdindeki diğer hukuk yollarının tüketilmesinin ardından, bir kamu makamının temel haklarını ihlal eden herhangi bir eylemine/işlemine karşı şikâyette bulunabilir. Bu tür davalarda, anayasa mahkemesi önündeki davanın kanuna uygunluğunu yeniden incelemeyecek, bunun yerine yalnızca anayasal hususlara odaklanacaktır.

Bu şekilde tam anlamıyla uygulanan bir anayasal şikâyetin işlevi, bireyin anayasal olarak güvence altına alınmış haklarını korumaktır. Tam anayasal şikâyet, anayasa yargısına bireysel erişimin en kapsamlı yoludur ve bu nedenle Venedik Komisyonu tarafından bireysel hakların korunmasının en etkili yolu olarak kabul edilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi için önemli bir başarı olan ve

hem benim hem de Venedik Komisyonunun memnuniyetle karşıladığımız bireysel başvuru usulünün getirilmesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan temel insan haklarının korunmasını güçlendirmektedir.

Türkiye, bunu gerçekleştirirken Venedik Komisyonunun Türk Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun getirilmesine ilişkin sunduğu 2004 ve 2011 tarihli görüşlerinde yer alan tavsiyelerini takip etmektedir.

2011 tarihli görüş, Türkiye'de bireysel başvurunun getirilmesini memnuniyetle karşılamış ve Anayasa Mahkemesinin yetki alanının anayasal meselelerle sınırlı olması nedeniyle bunun Anayasa Mahkemesini, bazılarının korktuğu gibi, bir "süper temyiz mahkemesi" hâline getirmeyeceği sonucuna varmıştır.

Türkiye'de makul bir şekilde seçilen mekanizma, bireysel başvuruyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) de kapsadığı anayasal haklarla sınırlayan bir mekanizmadır. Bu, Anayasa Mahkemesinin Türk yargı yetkisi kapsamındaki herhangi bir vatandaşı ve bireyi korumasını sağlamaktadır.

Elbette böylesine kapsamlı bir erişim, Anayasa Mahkemesinin fazla iş yükü ile karşı karşıya kalmasına yol açabilir ve sonuç olarak usul mekanizmalarının Mahkemenin bu ağır dava yüküyle etkili bir şekilde başa çıkmasını sağlaması gerekir.

Türkiye'ye bir filtraj sistemi getirdiniz ve sonuçlar bu mekanizmanın iyi işlediğini göstermektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa'daki ve ötesindeki diğer anayasa mahkemelerine çalışma ziyaretlerinde bulunarak bireysel başvuru sistemine hazırlanmak için gereken tüm çabayı göstermiş ve bu alandaki bilgi birikimini genişletmiştir.

Anayasa Mahkemesinin Çalışmaları

Türk Anayasa Mahkemesinin kararları ve dava yükü, Mahkemenizin insan haklarının korunması konusunda ağır bir görev üstlendiğini göstermektedir. İfade ve basın özgürlüğüne saygı konusunda ciddi sorunlar olduğunu gözlemlemekteyiz. İfade özgürlüğü, Mahkeme için merkezî bir görevdir. Bir diğer konu ise özgürlük ve tutuklanmama özgürlüğüdür.

Her iki durumda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Sözleşme'nin 5. ve 10. maddelerine ilişkin içtihadı, Sözleşme'nin ve dolaylı olarak da Türk Anayasası'nın nasıl yorumlanacağı konusunda rehberlik sunmaktadır.

Bireysel başvurunun kapsamının belirlenmesi bağlamında, Anayasa'nın 148. maddesinde Sözleşme'ye doğrudan atıfta bulunulmaktadır.

Anayasa'nın 90. maddesi "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*" hükmünü içermektedir.

Söz konusu hükümler, Türk Anayasa Mahkemesine insan haklarını etkili bir şekilde koruması için güçlü bir dayanak teşkil etmektedir.

Elbette Venedik Komisyonunun Hukuk Devleti Kontrol Listesi'nde[4] de vurgulandığı üzere Türk Anayasa Mahkemesinin kararları, her mahkemenin kararları gibi, bir hukuk devletinde uygulanmalı ve uygun şekilde icra edilmelidir.

Bu da Mahkemenin kararlarının tüm devlet organları, yürütme, yasama ve yargı erkleri tarafından saygı görmesi ve uygulanması gerektiği anlamına gelmektedir.

Bu vesileyle Başkan Arslan ve Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Türkiye'de anayasal değerleri yüceltmek ve insan haklarını korumak için çok çalıştıklarının bilincinde olduğumu aktarmak isterim.

4 Venedik Komisyonu, CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session* (Venice, 11-12 March 2016), (*Venedik Komisyonu Tarafından 106. Genel Kurul Toplantısında Kabul Edilen Hukuk Devleti Kontrol Listesi Raporu*, (Venedik, 11-12 Mart 2016)).

Dr. Schnutz Rudolf DÜRR
(Head of Programming Department, Directorate of Programme Co-ordination, Council of Europe)

UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND BASIC STRUCTURE DOCTRINE IN THE CASE-LAW OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL COURTS – VENICE COMMISSION REPORT ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT*

I. Introduction

As a professor of constitutional law with a very strong human rights background, President Zühtü Arslan is a strong leader of the Constitutional Court of Türkiye. The fact that he was elected president of the Constitutional Court three times in a row shows his eminent and respected position within the Court and in Türkiye in general.

I had the honour to meet President Arslan at numerous occasions in Ankara but also at venues abroad when he represented the Constitutional Court of Türkiye in international fora in Europe, Asia, Africa or in the framework of the World Conference on Constitutional Justice.

He always insisted on the need to protect human rights and valued the individual application to the Constitutional Court as the means to achieve this. He recognised the heavy case-load of the Constitutional Court that individual access brought about but he took important steps to enable the Court to deal with this burden.

He stressed that the Constitutional Court is committed to upholding the principles of democracy and the rule of law, and that it will continue to do so despite any attempts to discredit it.

When the Constitutional Court and its judges were unfairly attacked because of their judgments protecting human rights, President Arslan stood up and strongly defended the Court. Everyone has to respect the Constitution. It is the Constitutional Court that ensures the primacy of the Constitution and the human rights enshrined in it. The defence of democracy, the protection of human rights and the rule of law are entrusted to the Constitutional Court.

* This paper was prepared by the author strictly in his personal capacity and does not necessarily reflect the official position of the Council of Europe.(24 November 2023)

I also remember vividly how Professor Arslan insisted on the enforcement of the decisions of the Constitutional Court when ordinary courts would ignore the judgments of the Constitutional Court. Without such enforcement, the Constitution would be meaningless and non-functional.

Repeatedly, Professor Arslan had to remind judges of the need to respect also the procedural aspects of the protection of human rights. He highlighted problems with the equality of arms, notably in criminal proceedings. President Arslan will continue to defend the Constitution and the principles enshrined in it. Much remains to be done by the Constitutional Court of Türkiye, notably as concerns freedom of expression, personal freedom and procedural guarantees.

It is an honour for me to contribute to these essays in honour of Zühtü Arslan. In this article on the concept of unconstitutional constitutional amendment, I expressly do not refer to the judgments of the Constitutional Court of Türkiye examining constitutional amendments. Prof. Arslan and other Turkish scholars are much more competent to discuss these cases.

Following a presentation of the Venice Commission's 2010 Report on Constitutional Amendment, I will briefly highlight the case-law of a few constitutional courts that either reject or exercise the review of constitutional amendments. I will then turn to the doctrine of unconstitutional constitutional amendments as it was developed by Professor Yaniv Roznai. I will finally attempt to identify criteria which would enable constitutional courts to exercise such jurisdiction legitimately.

This paper is based on a presentation of the author at the conference on "Origins, Migration and Influence of the Basic Structure Doctrine" at the Jindal Global Law School in Delhi, India (21-22 March 2019). This conference also allowed me to become more familiar with the Indian Basic Structure Doctrine, which is not yet sufficiently well known in Europe.

Since the 1973 Kesavananda Bharati case of the Supreme Court of India[1], the question whether a constitutional amendment can be unconstitutional or contradict basic constitutional principles has been a topic of much discussion in academia. We witness a "fascination"[2] with this topic in various parts of the world[3]. Not only do scholars refer to unconstitutional constitutional

1 *His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Anr.* (1973) 4 SCC 225.

2 Albert, R. (2017). "Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations", *Cornell International Law Journals*, Vol. 50., No. 2., p. 169.

3 Ragone, S. (2012). *El Control Judicial de la Reforma Constitucional, Aspectos teóricos y comparativos*, Mexico: Porrúa; Sijoria, S. (2018). *Unconstitutional Constitutional Amendment: Limiting Amendment Power in India, Colombia and Benin,* LLM Short Thesis, Budapest: Central European

amendments (UCA), but courts also increasingly invalidate constitutional amendments to an extent that this could now be seen as a "relatively ordinary fact of constitutional life"[4].

I see the concept of basic principles at the origin of UCA linked to the idea of a tiered constitution, which has an inner hierarchy that can be identified in various ways, explicitly and possibly implicitly[5]. The clearest and most explicit manner to establish such an inner hierarchy are unamendable or "eternal" provisions of the constitution. This is also referred to as absolute entrenchment. In this case, a provision of the constitution explicitly designates certain articles or principles of the constitution as unamendable. Other constitutions allow for amendments of these principles but establish a higher procedural threshold for their amendment. On the other hand, the identification of an implicit inner hierarchy is difficult to establish and may refer to textual anchors such as the preamble of the constitution or even a declaration of independence.

This paper tries to show that in countries where the constitution establishes an inner hierarchy (or a tiered system) amendments that contradict the higher levels of constitutional law can be unconstitutional if these higher norms are sufficiently concrete. Substantive judicial control of the conformity of constitutional amendments with higher provisions or principles can at least be possible where constitutional review has been established in the first place and where the control of constitutional amendments is not expressly limited to procedural control[6]. In any case, whether such control is possible has to be decided by the constitutional court or supreme court of the country on the basis of the provisions of its constitution. It cannot be established in an abstract manner for all constitutions.

University; Su, Y. (2018). "Some Thoughts about the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine, and Constitutional Dismemberment", https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=387180 (Accessed 1/8/2023); Siddiquee, Md A. I. (2015). "Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia: A Study of Constitutional Limits on Parliaments' Amending Power", *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 33.; Degifie, Z. E. (2015). "Unconstitutional Constitutional Amendments in Ethiopia: The Practice Under Veil and Devoid of a Watchdog", *Haramaya Law Review*, Vol. 4., No. 1.

4 Albert, R. (2017). p. 171.

5 Pfersmann is of the opinion that there may be several layers of constitutional law above statutory law but he insists that they can be identified by their means of production (this might rule out an implicit hierarchy) (Pfersmann, O. (2012). "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach", *ZöR*, Vol. 67., p. 81); Ragone, 2012, 200, insists that the "ultimate" constitutional parameters have to be the essential content, which has to be interpreted restrictively. (Ragone S. (2012). p. 200)

6 Ragone argues that procedural and substantive cannot be distinguished in practice: when parliament violates basic principles, it substitutes the existing constitution with a new one. Thereby parliament exceeds its amendment competence and commits a procedural fault. ibid p. 207.

This paper first presents the 2010 Report of the Venice Commission of the Council of Europe which also covers the questions of unamendability and its judicial control.

From there, we will present a selection of often lesser known European[7] judgments in which the courts either rejected or embraced the review of constitutional amendments.

With his recent book "Unconstitutional Constitutional Amendments" (UCA)[8] Yaniv Roznai marked the literature on constitutional theory[9] and presents a novel conceptual approach to our topic. Before concluding, we will therefore discuss Roznai's wide ranging UCA doctrine, also in the light of the Venice Commission's Report on Constitutional Amendment.

II. The Venice Commission's Report on Constitutional Amendment

1. The Venice Commission

The European Commission for Democracy through Law, usually called the 'Venice Commission' because it meets in Venice, Italy, is an advisory body of the Council of Europe (not the EU), which gives opinions on issues of constitutional law[10]. The Venice Commission has 61 Member States, including all 46 Member States of the Council of Europe but also some non-European countries, such as Peru, Morocco, Kyrgyzstan or South Korea[11]. Each country appoints a constitutional law expert as individual member[12]. However, the members do not represent their government and they act in their individual capacity. The Commission prepares its opinions upon request by the country

7 This paper refers to the 'greater Europe' of the Council of Europe, with its 46 Member States covering nearly the entire continent. It does not cover the question whether an amendment the EU treaties can be 'unconstitutional' or rather a violation of the EU treaties in force (on this issue, see for instance Passchier, R. and Stremler, M. (2016). "Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5., No. 2.; Murphy, C. (2012). "Pringle - Unconstitutional Constitutional Amendment Conundrum", *European Law Blog*, 6 December 2012, https://europeanlawblog.eu/2012/12/06/pringle-the-unconstitutional-constitutional-amendment-conundrum/ (Accessed 1/8/2023)).

8 Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press.

9 Klein, C. (2017). "Recension de Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendments Powers", *Oxford Constitutional Theory, Jus Politicum*, No. 18., http://juspoliticum.com/article/Recension-de-Yaniv-Roznai-Unconstitutional-constitutional-amendments-The-Limits-of-Amendment-Powers-Oxford-Constitutional-Theory-2017-1161.html (Accessed 1/8/2023)

10 Buquicchio, G. and Granata-Menghini, S. (2014). "Conseil de l'Europe - Commission de Venise", *Rép. eur. dalloz*; Dürr, S. (2010). The Venice Commission, in Kleinsorge, T. E. J. (Ed.), *Council of Europe*, Wolters Kluwer Law & Business.

11 Council of Europe. (2023). "Members of the Venice Commission (Member States)", https://www.venice.coe.int/WebForms/members/countries.aspx?lang=EN (Accessed 1/8/2023)

12 Council of Europe. (2023). "Members of the Venice Commission (Individual Members)", https://www.venice.coe.int/WebForms/members/default.aspx?lang=EN (Accessed 1/8/2023)

concerned or the organs of the Council of Europe or international organisations working with the Venice Commission[13].

In order to promote the implementation of the constitutions that it helps to create, the Venice Commission supports constitutional and supreme courts[14] by facilitating exchanges between them, in Europe but also in the framework of the World Conference on Constitutional Justice for which it acts as the secretariat[15]. For the courts, the Venice Commission runs the case-law database CODICES[16] and manages the restricted on-line 'Venice Forum'. When required, the Commission also support the courts in its Member States when they are under undue pressure from the other state powers[17].

In addition to providing opinions on draft constitutions, constitutional amendments and legislation, as well as *amicus curiae* briefs, the Venice Commission also prepares general reports in which it often identifies or even defines common features and constitutional standards. The 2010 Report on Constitutional Amendment is one such report.

2. Rigidity vs. flexibility

In its Report on Constitutional Amendment, the Venice Commission provided an overview[18] of methods of constitutional amendment in a selection of Member States, mostly in Europe. The Commission encountered a wide variety of methods of amendment, even if some fundamental elements come up in many constitutions: a qualified majority, multiple decisions, time delays, referendums or a combination of such factors. These are however designed and combined in many different ways as to make almost as many amendment formulas as there are countries[19].

13 Notably, the European Union, OSCE/ODIHR, the Organisation of American States.

14 Council of Europe. (2023). "Constitutional justice - Cooperation between the Venice Commission and Constitutional Courts", https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Constitutional_Justice&lang=EN(Accessed 1/8/2023).

15 Council of Europe. (2023). "World Conference on Constitutional Justice (WCCJ)", http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ (Accessed 1/8/2023)

16 www.codices.coe.int

17 Dürr, S. (2019). Constitutional Courts: An endangered species?, in Rousseau, D. (Ed.), *Les Cours constitutionnelles, garantie de la qualité démocratique des sociétés?* (pp. 111-136), Paris: LGDJ.

18 Collection of constitutional provisions on amendment in selected Member States: European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Constitutional Provisions For Amending The Constitution (Limits To Constitutional Amendments), CDL(2008)086add, Strasbourg, 4 August 2008 ve European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Constitutional Provisions for Amending the Constitution, CDL(2008)086add3, Strasbourg, 4 August 2008; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Study Constitutional Provisions for Amending the Consititution Rules of Parliamentary Procedure, CDL(2008)086add2, Strasbourg, 4 August 2008.

19 European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Report on Constitutional Amendment, CDL-AD(2010)001, Strasbourg, 19 January 2010, § 26.

The Commission observed that in Europe a number of countries amended their constitutions in order to comply with requirements to join the Council of Europe or later the European Union[20]. The Report also shows that most of the constitutions in Central- and Eastern Europe are examples of completely new constitutions which have been introduced by way of constitutional continuity by applying the provisions on amendment in the old communist constitutions. This was often done in order to guarantee the legitimacy of constitutional change[21].

A main focus of the Report is the tension between the conflicting needs of rigidity and flexibility of constitutions. The Report expresses the Commission's preference for rigidity in amendment procedures and favours complementing qualified majorities with certain time delays to ensure a period of discussion and reflection[22].

At the same time, the Report recommends not to prevent constitutional change by introducing too high thresholds which make amendment *de facto* impossible. The Commission thus prefers to slow down constitutional amendment by providing for cooling off periods between parliamentary readings or by requiring that an amendment can only be finally adopted by a new legislature following parliamentary elections. Rigidity would thus not stem from higher thresholds for adoption but from slowing down the process of constitutional amendment. Qualified majorities are not always a guarantee of a search for consensus, notably when ruling majorities may have supermajorities in Parliament; at least in such cases, cooling off periods may be more effective.

3. Democratic quality of constitutions

The Venice Commission is very much concerned about the substantive quality of constitutions and recommends that constitutions that were originally adopted by undemocratic regimes should be open to democratic debate and relatively flexible amendment[23].

A danger that the Venice Commission wishes to avert is that officials in power use constitutional amendments to ensure that they remain in power. Therefore, the Commission recommended that amendments strengthening the executive should be subject to special scrutiny, for instance changes allowing for longer periods of high office – including any removal of term limits – should only have effect for future incumbents[24].

20 For example, with regard to Armenia, Montenegro or Ukraine.
21 CDL-AD(2010)001, § 22.
22 CDL-AD(2010)001, § 241.
23 CDL-AD(2010)001, § 247.
24 CDL-AD(2010)001, § 249; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Report on Term Limits - Part I - Presidents, CDL-AD(2018)010, Strasbourg, 20 March 2018, § 128.

In practice, since 1990 the Venice Commission has repeatedly been confronted with the use of referenda by the executive to overcome regular amendment procedures to enable the President of the country to remain in power[25]. Therefore, the Venice Commission is rather hesitant as concerns the use of referenda in constitutional amendment procedures unless they are preceded by a qualified majority vote in Parliament.

4. Unamendability

The Report argues that a democracy should allow for open discussion on changes to even its most basic principles. Rather than unamendability the Venice Commission favours rigidity for the amendment procedure, which would normally provide a guarantee against abuse[26]. The Report argues that in practice absolute entrenchment can never be absolute[27] and even unamendable provisions or principles will be changed over time when circumstances change thoroughly or if political pressure gets too strong. Therefore, even the principles and concepts protected by unamendability should to a certain extent be open to dynamic interpretation[28].

The Report notes that unamendable provisions are often the result of legitimate historical reasons[29] but it considers that unamendability is a "complex and potentially controversial constitutional instrument, which should be applied with care, and reserved only for the basic principles of the democratic order"[30].

The Report makes a distinction between unamendable provisions and unamendable principles, noting that some constitutions have provisions that cannot be amended (e.g. Türkiye[31], Greece[32],

25 See for instance the examples of Belarus and Moldova below but also in Ukraine.

26 CDL-AD(2010)001, § 218.

27 On this issue see Bezemek, who makes the structural point that "positively created normative static, participation as a principle deriving from the legal system's static precondition of common consent has to be presupposed; a presupposition that cannot be overcome by the positive means of normative stabilization". (Bezemek, C. (2011). "Constitutional Core(s): Amendments, Entrenchments, Eternities and Beyond (Prolegomena to a Theory of Normative Volatility)", *The Journal Jurisprudence*, Vol. 11., p. 457)

28 CDL-AD(2010)001, § 221.

29 CDL-AD(2010)001, § 217.

30 CDL-AD(2010)001, § 218.

31 *"The provision of Article 1 of the Constitution establishing the form of the state as a republic, the provisions in Article 2 on the characteristics of the Republic, and the provision of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed"* (Article 4).

32 *"The provisions of the Constitution shall be subject to revision with the exception of those which determine the form of government as a parliamentary republic and those of articles 2 paragraph 1, 4 paragraphs 1, 4 and 7, 5 paragraphs 1 and 3, 13 paragraph 1, and 26"* (Article 110 (1)).

Romania[33], Azerbaijan[34]), whereas others contain principles that cannot be changed (e.g. Czech Republic[35], France[36], Italy[37], Norway[38], Portugal[39]). The Report supports the latter approach because it is more flexible and allows for some change "as long as the core elements of the principles protected are maintained"[40]. Typically, unamendable principles include, *inter alia*, the democratic form of government, the republican principle, the federal structure, the rule of law, sovereignty, territorial indivisibility, fundamental rights and freedoms.

5. Judicial review[41]

While the 2010 Report acknowledges that in some countries courts considered the amendment of basic principles as "unconstitutional", it insists that there is no general solution to this question which depends on the interpretation of national constitutional law in each case[42].

In the end, the Report prefers an open debate and public discussion of amendments in the light of international standards rather than the justiciability of unamendability, unless there are explicit provisions for such control[43]. According to the Venice Commission, even without judicial enforcement basic principles can have a restraining effect on the constituent power in the form of soft law[44].

The Commission advances that in almost all examined countries the

33 *"The provisions of this Constitution with regard to the national, independent, unitary and indivisible character of the Romanian state, the republican form of government, territorial integrity, independence of the judiciary, political pluralism and official language shall not be subject to revision"* (Article 148 (1)), and in Article 148 (2) that *"Likewise, no revision shall be made if it results in the suppression of the citizens' fundamental rights and freedoms, or the safeguards thereof"*.

34 *"There cannot be proposed the introduction of additions to the Constitution of the Azerbaijan Republic with respect to provisions envisaged in Chapter I of the present Constitution"* (Article 158).

35 *"Any changes to the essential requirements for a democratic state governed by the rule of law are impermissible" (Article 9(2)).*

36 *"The republican form of government shall not be the object of any amendment"* (Article 89, last paragraph).

37 *"The form of Republic shall not be a matter for constitutional amendment"* (Article 139).

38 In Norway, all provisions can be amended but *"Such amendment must never, however, contradict the principles embodied in this Constitution, but solely relate to modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution…"* (Article 121).

39 Article 288 of the Constitution, presented below.

40 CDL-AD(2010)001, § 209.

41 Ragone insists that the very nature of UCA is different from ordinary constitutional review because the yardstick for unconstitutionality is much narrower, covering only core elements of the constitution, which have to be interpreted restrictively. (Ragone, S. (2012). p. 200)

42 CDL-AD(2010)001, § 223.

43 CDL-AD(2010)001, § 224.

44 CDL-AD(2010)001, § 226.

procedures for constitutional amendment are much stricter than that for ordinary legislation, and usually they involve a qualified majority for adoption, time delays, and sometimes new elections or a popular referendum. These requirements would normally constitute a guarantee against abuse. These procedures provide strong democratic legitimacy for the adopted constitutional amendment, which a court should be very reluctant to overrule[45].

As a consequence, the Venice Commission considered that substantive judicial review of constitutional amendments should only be exercised in countries where it follows from clear and established national doctrine[46]. Even in these countries, the courts should exercise it with care, leaving a margin of appreciation to the constitutional legislator[47]. However, the Commission has no objection against and even strongly supports formal control of the amendment procedure[48].

III. Control of constitutional amendments in selected countries

In the light of the Report on constitutional amendment of the Venice Commission, this paper will present some examples of judicial review of constitutional amendments. While the courts in some countries rejected constitutional review (e.g. France or Hungary) others embraced it, either because the Constitution itself explicitly provides for such control or because the courts encountered an inner hierarchy within the constitution and found themselves competent to exercise review according to the higher tier.

Before looking into these cases, we should note that not all constitutions which contain unamendable provisions have been tested in judicial proceedings. Article 288 of the Constitution of Portugal, for instance, protects a detailed list of 14 principles that a constitutional amendment "shall respect", including national independence, the unity of the state, citizens' rights and freedoms, and guarantees the political and administrative autonomy of the Azores and Madeira archipelagos. However, these provisions have not yet been invoked to challenge any of the seven constitutional amendments so far.

The examples below are indicative only and do not purport to give a complete overview.

A. Examples of countries rejecting constitutional review

1. France

Even though Article 89 of the French Constitution establishes a hierarchy

45 CDL-AD(2010)001, § 234.
46 See also, more recent, CDL-AD(2018)010, § 130.
47 CDL-AD(2010)001, § 235.
48 CDL-AD(2010)001, § 237.

within the Constitution by excluding the republican principle from amendment, in 1962 the French Constitutional Council rejected judicial review of constitutional amendments when it held that "considering that the competence of the Constitutional Council is strictly limited by the Constitution […] the Constitutional Council cannot be called upon to rule on matters other than the limited number for which those texts provide"[49]. The Constitutional Council repeated this position in later decisions[50]. While the Council's argument refers to the fact that the review of constitutional amendments was not included in its exhaustive list of competences, the Council also argued that the constitutional legislator is sovereign, therefore constitutional amendments cannot be subject to review by other bodies[51].

6. Hungary

The Constitutional Court of Hungary held in several judgments that it was not competent to review constitutional amendments. Probably the most interesting case is that of an amendment that deprived the Court itself of an important part of its jurisdiction.

In an earlier case concerning the unconstitutionality of a statute, the Constitutional Court had found unconstitutional and annulled a 98 per cent tax on severance payments in the public sector. The incoming majority had imposed this tax retroactively on all payments made during the previous year. However, after the Constitutional Court had annulled this provision on the level of ordinary law, the governmental two thirds majority in Parliament amended the Constitution and removed all legislation on budgetary and tax policy from the jurisdiction of the Constitutional Court. Thus, an entire category of legislation was excluded from constitutional review[52]. The same constitutional amendment also re-introduced the provisions on the 98 per cent tax that had been found unconstitutional and even extended the period of retroactive application from one year to five years.

49 Constitutional Council, decision no. 1962-20DC of 6 November 1962.

50 E.g. Constitutional Council, decision no. 2003-469DC of 26 March 2003.

51 Constitutional Council, decision no. 92-312 of 2 September 1992, § 34: "Considering that, within the limits indicated above, the constituent power is sovereign; that it is entitled to repeal, amend or supplement provisions of constitutional value in the form that it considers appropriate" (translation by the author).

52 The Venice Commission criticised this in several opinions: European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary, CDL-AD(2011)001, Strasbourg, 28 March 2011; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the new Constitution of Hungary, CDL-AD(2011)016, Strasbourg, 20 June 2011; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on Act CLI of 2011 on the Constitutional Court of Hungary, CDL-AD(2012)009, Strasbourg, 19 June 2012; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, CDL-AD(2013)012, Strasbourg, 17 June 2013.

The Court had to deal with several appeals claiming that this constitutional amendment was unconstitutional. However, the Court held[53] that it was not competent to review the amendment and thus was unable to defend itself against the reduction of its jurisdiction. In fact, the Hungarian Constitution (in the meantime replaced by the new Basic Law) provided for neither procedural nor substantive control of constitutional amendments, nor did it contain an explicit inner hierarchy. Indeed, the Constitutional Court of Hungary had already twice rejected the competence to control the constitutionality of constitutional amendments[54].

Halmai deplores[55] this judgment which he finds incoherent. He points out that the Court identified a number of problems of legitimacy of the amendment (fast-track procedure, absence of consultations, notably with the Constitutional Court) and found that the procedure "failed to fully satisfy the requirements of democratic rule of law". The Court had concluded that formally the constitutional amendment procedure had been followed. Halmai argues that if the Court thus opened a door to procedural control (but found no violation of the procedure), why did it not go a step further to control the amendment also on substance. This issue was discussed in two dissenting opinions. While one judge rejected even procedural control, another one called for both procedural and substantive review[56].

Soon thereafter, the Constitutional Court however did annul[57] a constitutional provision but it referred to form rather than to substance. Following the adoption of the new Fundamental Law, Parliament adopted as constitutional law a separate piece of legislation, the Transitional Provisions to the Fundamental Law, which – contrary to the name of the act - contained not only transitional but also permanent provisions. The Court annulled those provisions.

Hein[58] counts this case among the few cases where a European constitutional court invalidated a constitutional amendment in a "judicially restrained manner". He examined 154 European decisions relating to the unconstitutionality of constitutional amendments. He found 44 decisions that completely (26) or partially (18) invalidated the respective constitutional amendments. Hein concludes that European courts took these decisions

53 The Constitutional Court of Hungary, Decision 61/2011 (VII. 13.).

54 The Constitutional Court of Hungary, Decisions 3/1990 (III. 4.) and The Constitutional Court of Hungary, 23/1994 (IV. 29.).

55 Halmai, G. (2012). "Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?", *Constellations (An International Journal of Critical and Democratic Theory)*, Vol. 19., No. 2.

56 The Constitutional Court of Hungary, Decision 61/2011, Dissent by Judge András Bragyova.

57 The Constitutional Court of Hungary, Decision 45/2011 (XII. 29.).

58 Hein, M. (2020). The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe, in Belov, M. (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*. (pp. 187-206), Abingdon: Routledge.

"predominantly in a democracy-averse, judicial activist manner". For Hein, the invalidation of constitutional amendments is acceptable (he refers to "judicially restrained") only when they cover (a) procedurally invalid amendments, (b) amendments that contradict international law, or (c) amendments violating explicit unamendability / entrenchment clauses. Implicit unamendable principles or features of a constitution, such as the "basic structure doctrine" would amount to "judicial activism"[59] and lack democratic legitimacy. Hein notes that courts can be activist also when they do not invalidate amendments that fulfil these criteria. He shows that amendment invalidations have considerably increased over time because of the increased number of entrenchment clauses in constitutions. He identified only three cases (Austria, Czech Republic and Hungary) where the constitutional courts were the "last actors to protect the democratic constitutional orders from severe encroachments" (excluding *a priori* control because those amendments had not yet been adopted).

I venture that the problem of danger (ab-)using UCA for the preservation of privileges of the judiciary and the adjudicating constitutional court or supreme court themselves merits serious attention and is a real danger. However, the solution to this problem cannot be to exclude altogether the review of constitutional amendments, including in cases when there is a clear inner hierarchy of the constitution and when there is an established practice of review of constitutional amendments. A solution can only consist in self-restraint by the court, which has the burden to argue why its finding is not about the defence of court privileges but about fundamental questions of checks and balances.

B. Examples of countries with some form of constitutional review of constitutional amendments

Given that the important examples of Germany[60]

59 The use of the term "judicial activism" to denote inadmissible judgments is not appropriate in this context; see for instance Tanchev, E. (2016). Judicial Activism Revisited or Constitutional Court Between Negative and Positive Legislator, in *Judicial Activism of Constitutional Court in a Democratic State*, Riga, 26-27 May 2016: *"It is also more natural for a constitutional court to assume an activist position in certain areas, especially in protecting certain rights, and to combine it with a more restrained position in other fields."*

60 Article 79 (3) of the German Basic Law provides that *"Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 [human dignity] and 20 [democratic and social federal state and rule of law] shall be inadmissible"*. On these clauses, see Ehmke, H. (1953). *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin: De Gruyter; without an explicit competence but supported by doctrine (for many, Badura, P. (1992). Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in Isensee, J. and Kirchhof, P. (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, VII*, § 29), the Federal Constitutional Court considers itself competent to review constitutional amendments according to these limitations (BVerfGE 1, 14 (1951); BVerfGE 3, 225 (1953); BVerfGE 4, 157 (1955); BVerfGE 30, 1 (1970); BVerfGE 34, 9 – (1972); BVerfGE 84, 90 (1991); BVerfGE 87, 181 (1992); 89, BVerfGE 155 (1993); BVerfGE 94, 12

and Türkiye[61] have been widely discussed in literature, we will turn to probably lesser known but nonetheless intriguing examples of such review in other countries.

1. Austria

Article 44(3) of the Austrian Constitution requires that constitutional amendments that contradict fundamental principles of the constitution have to be adopted by referendum, in addition to a two thirds majority in Parliament. Article 44(3) does not name the basic principles but doctrine usually refers to democracy, the republican principle, federalism, the rule of law and liberty (i.e. human rights).

In its judgment G 12/00, G 48-51/00 of 11 October 2001, the Court found an amendment to Article 126.a of the Federal Procurement Law with constitutional rank, stipulating that all statutes of the federal *Länder* in force on 1 January 2001 on the organisation and jurisdiction of organs established to review the awards of public contracts are to be considered as not contrary to federal constitutional law. This *ad hoc* constitutional amendment thus explicitly declared as "constitutional" a series of provisions of ordinary law. Several cases against the constitutionality of the provisions establishing these organs had been pending with the Court when Parliament adopted the constitutional amendment to save these provisions from being held unconstitutional. The Court held that the attempt to avoid constitutional review by way of constitutional amendment resulted in the loss of the Constitution's normative power and standard setting function and this violated the rule of law protected by Article 44(3).

(1996); BVerfGE 94, 49 (1996); BVerfGE 95, 48 (1996); BVerfGE 102, 370 (2000); BVerfGE 109, 279 (2004); BVerfGE 113, 273 (2005); BVerfGE 123, 267 (2009). However, the Court has not yet found any constitutional amendment in violation of Article 79(3) of the Basic Law. In the 1970 eavesdropping case, the Court gave some leeway to the constitutional legislator when it held that while the unamendable principles of Articles 1 and 20 themselves may not be affected by constitutional amendment, the manner of applying these principles can be modified in a system-immanent manner.

61 Article 4 of the Constitution states that Articles 1, 2 and 3 may not be amended. These articles contain an array of principles, including the unitary and secular nature of the State. Even though the Constitution explicitly limits the Court to the control of the amendment procedure (*"Constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form" (*Article 148(1)), the Constitutional Court exercised both substantive and procedural control of constitutional amendments. In judgment no. E.2008/16, K.2008/116 of 5 June 2008 the Constitutional Court annulled a constitutional amendment that would have allowed for the wearing of headscarves in universities. The Court found this amendment to be in violation of Article 2 on the secular nature of the Turkish state. This judgment was considered by many to violate Article 148 of the Constitution. (Özbudun, E. (2009). "Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey", *European Public Law*, Vol. 15., No. 4.; Roznai, Y. and Yolcu, S. (2012). "An unconstitutional constitutional amendment – The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 1.)

By providing for different amendment procedures, the Austrian Constitution establishes an inner hierarchy but it does not attribute to the Constitutional Court an explicit competence to control constitutional amendments. The Constitutional Court used these provisions to establish its competence to judge in substance whether a constitutional amendment lived up the unnamed principles for which the special amendment procedure was foreseen.

7. Belarus

With its judgment J-43/96 of 4 November 1996, the Constitutional Court of Belarus clarified the procedure for constitutional amendments. The Speaker of Parliament, the Supreme Council, had requested the Court to examine the constitutionality of a parliamentary resolution on a referendum on two alternative drafts for a new constitution (by two parliamentary groups and the President).

The Court held that, although the Constitution could be amended by referendum, this procedure was not applicable to a complete replacement of the Constitution. The Supreme Council was competent to replace the Constitution and a referendum was possible but could have only consultative character.

Upon request by the Speaker, the Venice Commission gave an opinion in which it found that both drafts fell short of the democratic minimum standards and called on the authorities to abide by the decision of the Court (CDL-INF(1996)008).

The President called the referendum, which resulted in favour of his draft, which attributed strongly increased powers to the President. He enacted it in spite of the judgment of the Constitutional Court. Most of the members of the Court resigned and the Court, recomposed according to the new Constitution, annulled the earlier judgment.

The Constitutional Court thus established that the amendment procedure foreseen (by referendum, without a vote in Parliament) was unconstitutional. However, the President ignored this judgment. As a result, the accession of Belarus to the Council of Europe was suspended[62].

8. Bulgaria

The Bulgarian Constitution establishes an inner hierarchy. According to Article 153, it is the 'ordinary' National Assembly which can amend

62 Belarus did not become a member of the otherwise pan-European Council of Europe because it still applies the death penalty. Recently, Belarus supported the Russian war of aggression against Ukraine.

the Constitution with the exception of those provisions which are in the competence of the Grand National Assembly (GNA), which is specifically elected for major constitutional amendments and terminates its mandate when these tasks are performed. The GNA is competent to adopt a new constitution, change the territory and decide on "matters concerning changes in the form of state organisation and in the form of government"[63].

In its judgment no. 06/06 of 13 September 2006, the Court had to decide on the constitutionality of an amendment to Article 129.4 of the Constitution, which provided that in the event of serious breaches of their official obligations, or of activities likely to harm the prestige of the judiciary, the Supreme Court President and the Chief Prosecutor may be dismissed from office not only by the Supreme Judicial Council, but also by the President of the Republic, at the request of a two-thirds majority in Parliament. The Court held that these changes amounted to a change of the form of state structure and the form of government and therefore could not be adopted by the (ordinary) National Assembly but had to be adopted by the Grand National Assembly.

In its earlier judgment 07/05 of 1 September 2005 the Court had found quite far reaching draft changes[64] to be within the competence of the ordinary National Assembly. Similarly, in its judgment no. 03/04 of 05 July 2004 the Constitutional Court found that accession to the European Union may be approved not only by the GNA but also by the ordinary National Assembly.

In the Bulgarian case, by reserving some constitutional amendment to the GNA, the Constitution establishes an inner hierarchy, controlled by the Constitutional Court. We can note that constitutional courts are not always coherent in their interpretation of UCA provisions.

9. Czech Republic

The Czech Republic has quite a rigid "core constitution". Article 9.1 of the Constitution provides the constitution may only be amended through the adoption of constitutional laws. There is no explicit jurisdiction of the Constitutional Court to review such constitutional amendments. However, with its judgment no. Pl. US 27/09 of 10 September 2009 the Constitutional Court of the Czech Republic annulled the constitutional no. law 195/2009, which would have shortened the term of office of the Chamber of

63 In addition to the amendment of articles on the direct effect of the Constitution, the precedence of international treaties over domestic legislation, the inalienability of citizen's rights, the protection of rights under state of war or emergency, and changes to the chapter on constitutional amendments.

64 *Inter alia*, a limitation of the far-reaching general controlling powers of the Prosecutor's Office or the election of both the judicial and the parliamentary by a two-thirds majority in Parliament.

Deputies. This constitutional law had been adopted in order to resolve a government crisis. The Court held that the term "statute" in Article 87.1.a of the Constitution, which defines the subject of constitutional review by Constitutional Court included constitutional amendments. The Court thus established its competence to control whether the amendment violated passed the Article 9.2 of the Constitution, which established limitations for constitutional amendments by providing that *"[a]ny changes in the essential requirements for a democratic state governed by the rule of law are impermissible"*. The Court held that Article 9.2 is not a mere proclamation, but a constitutional provision with normative consequences.

According to the Court, the amendment only applied to a single event and a specific situation and - as a "one-off" constitutional act - contradicted the principle of generality of legislation. Such acts could be adopted only under very exceptional circumstances such as a state of war or a natural catastrophe and could not become part of the Constitution. In addition, the amendment violated the principle of non-retroactivity because it shortened the term of office of the Chamber of Deputies after it had been constituted and thus affected active and passive voting rights retroactively.

Even though Roznai postulates a competence of apex courts to find constitutional amendments unconstitutional (see below), he disagrees with this judgment because he does not see a violation of the "constitutional identity" in the shortening of the parliamentary amendment[65]. Halmai, however, defends it because the amendment resulted in a violation of the rule of law: *"If a constitutional amendment can be used against the principle of the rule of law, it is enough. The vulnerability of the constitutional identity seems to be a too high of a standard for the review in this case."*[66]

In the Czech case, the Constitution had created an inner hierarchy because it excluded any changes to the essential requirements for a democratic state governed by the rule. This enabled the Constitutional Court to review the amendment as to substance. As concerns admissibility, the Court established its competence because it considered the amendments as being a 'statute' which it was competent to control.

10. Kosovo

According to Article 113 of the Constitution of Kosovo, the Constitutional Court decides on the compatibility of a proposed constitutional amendment with binding international agreements and the review of the constitutionality

65 Roznai, Y. (2014). "Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on the Czech Constitutional Court's Declarations of Unconstitutional Constitutional Act", *Vienna Journal on International Constitutional Law (ICL Journal)*, Vol. 8., No. 1., p. 51.

66 Halmai, G. (2016). "Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective", *Wake Forest Law Review*, Vol. 13., No. 38., p. 114.

of the procedure followed. Article 144 provides that amendments to the Constitution may be adopted by the Assembly only after the Speaker has referred the amendment to the Constitutional Court for a prior assessment that the proposed amendment does not diminish any of the rights and freedoms of this Constitution.

Upon request by the Speaker, the Constitutional Court held in judgment no. KO 13/15 of 16 March 2015 that a draft constitutional amendment introducing a gender quota in the composition of the government (at least 40 per cent) was unconstitutional because gender quotas were not part of other constitutions and positive discrimination was by its nature temporary and lasted until a balance was achieved and it should therefore not be part of a constitution, which had a permanent nature. In any case, it was up to Parliament to ensure the gender balance when it expressed its confidence in the government.

In the case of Kosovo, we see that the Court has an explicit preventive competence to control constitutional amendments before they are adopted. This avoids the problem of the Court acting against the will of a qualified majority in Parliament.

11. Republic of Moldova

The Constitutional Court of the Republic of Moldova clarified the procedure for constitutional amendments in its judgment no. 57 of 3 November 1999, on the interpretation of Articles 75, 141.2 and 143 of the Constitution. A group of MPs had appealed to the Court for an interpretation of these provisions. In substance, they asked whether, when the President of the Republic initiated the procedure for amending the Constitution by referendum, there had to be a six-month interval between the start of the procedure and the holding of the referendum, and whether the President was empowered to call a referendum on the amendment.

The Court held that for all constitutional amendments Articles 141 to 143 of the Constitution had to be respected. Among these provisions, Article 141.2 stipulates that a draft constitutional amendment may only be tabled in Parliament after the Constitutional Court approved it with the vote of at least four of the six judges and this applies also to proposals by the President.

While the President could make a proposal for constitutional amendment (this has now changed), only Parliament can amend the Constitution. An amendment can be adopted only six months after the proposals has been tabled. The President cannot avoid this by directly calling a referendum[67]. On

67 For an analysis of the case-law of the Constitutional Court on the President's right to initiate a "consultative constitutional referendum" see the European Commission for Democracy

the merits, a constitutional amendment has to respect the democratic values of the state and must not result in the suppression of fundamental rights. Provisions on sovereignty, independence and unity of the state and on the permanent neutrality of the country may be revised only by referendum. In addition, during a state of emergency or martial law the constitution cannot be amended.

As in Kosovo, we encounter in Moldova a substantive preventive control of constitutional amendments, which is based on an explicit competence of the Constitutional Court. All draft constitutional amendments need the support of a two thirds majority of the judges of the Court.

12. Romania

According Article 146.a of the Constitution, the Constitutional Court of Romania has the power to decide *ex officio* on initiatives to amend the Constitution. The Court used this competence in its judgment no. 799/2011 of 17 June 2011 to party invalidate a draft constitutional amendment. While most provisions were found to be constitutional, the Court invalidated three parts: (a) to delete the second sentence of Article 44.8 of the Constitution, which reads "Lawfully acquired assets shall not be confiscated. Lawfulness of acquirement shall be presumed." The Court held that this would have removed a guarantee of the right to property. (b) an amendment to Article 126, that would have excluded government's fiscal and budgetary policies from judicial supervision of administrative acts as contradicting the principle of supremacy of the Constitution, free access to justice and Article 152.2, which prohibits any revisions of constitutional provisions resulting in the suppression of citizens' fundamental rights and freedoms. (c) an amendment changing the composition of the Supreme Council of the Judiciary which would have increased the number of civil society representatives in the Council by Parliament and the President as an interference by the other constitutional powers in the activity of the judiciary.

In the Romanian case the Court did not only have an explicit mandate to control constitutional amendments but even a right to act *ex officio* (Article 146.a of the Constitution). Article 152.2 of the Constitution established an inner hierarchy in the Constitution which provides that fundamental rights must not by suppressed by constitutional amendments.

In the author's view, an *ex officio* initiation of review by the Constitutional Court risks however to be seen as a political move. An obligatory review of all draft amendments, such as in the Republic of Moldova or Kosovo avoids

Through Law (Venice Commission), Republic of Moldova - Opinion on the proposal by the President of the Republic to expand the President's powers to dissolve Parliament, CDL-AD(2017)014, Strasbourg, 19 June 2017.

that issue.

13. Slovakia

In 2014, the Slovak Parliament adopted a constitutional amendment introducing a mandatory vetting procedure for both serving judges and candidates for judicial office. Compiling data from the police as well as military and civil intelligence services, the National Security Authority was to submit reports to the Judicial Council, which on the basis of these reports had to decide to dismiss sitting judges or reject candidates. That decision could be appealed to the Constitutional Court.

Upon request by the Judicial Council, the Plenum of the Constitutional Court annulled this constitutional amendment on 30 January 2019[68].

Referring extensively to doctrine and judicial practice, the Court noted that eternity clauses had often been adopted after the fall of authoritarian regimes. Modern constitutions differed from pre-WWII constitutions in that they were value based. While the Slovak Constitution did not contain any explicit eternity clauses, it was value based and contained an "implicit substantive core". This core consists of unamendable supreme principles of the rule of law, which include the principle of judicial independence, legal certainty and non-retroactivity of law.

The Court established that its fundamental role is the protection of constitutionality. The existence of any areas of the Constitution deprived of this protection would entail the denial of substantive rule of law. Therefore, the powers of the Constitutional Court to review the constitutionality of "laws" must include the power to review the compliance of constitutional laws/amendments with the constitutional substantive core.

On the merits, the Court noted that judicial independence is not limitless and self-serving and certain types of interference are permissible, unless they undermine the proper administration of justice. The vetting of all sitting judges is permissible only during a transitional period after the fall of an authoritarian regime. After such a period, sitting judges can be held accountable only in ordinary criminal, civil and disciplinary proceedings. However, integrity assessments, based on the requirements of a fair trial, may be part of judicial selection procedures for new judges.

The decision of the Court contains an extensive review of UCA doctrine and case law from Germany, Austria, the Czech Republic, Hungary, Lithuania and Türkiye, but also refers to cases rejecting UCA from France and Slovenia.

68 The Constitutional Court of Slovakia, I. ÚS 21/2014.

Notably because of these references to doctrine and foreign case-law, the Slovak case shows the strong influence of comparative constitutional law on national constitutional law. Given that there is no explicit inner hierarchy in the Slovak Constitution, this judgment seems to be as bold as the Indian Kesavananda Bharati judgment.

IV. A far-reaching doctrine: Unconstitutional Constitutional Amendments - Yaniv Roznai

With his impressive 2017 book "Unconstitutional Constitutional Amendments", Yaniv Roznai makes a strong point that all constitutions contain limits to the power of amendment and that the courts are competent to control constitutional amendments in the light of the constitution's basic principles or rather the constitutional identity.

Roznai's starting point is a distinction between the original constituent power and the delegated constituent power, which has to follow the amendment rules established in the constitution. It is the delegated nature of the amendment powers which is the basis for limitations on the nature of the amendment. He states that each constitution has core basic principles, which form its constitutional identity, even if there are no provisions establishing a tiered constitution. Due to its delegated nature, the amending power is limited by the constitutional identity, which cannot validly be changed.

From here, Roznai develops the principle that courts have jurisdiction to invalidate constitutional amendments that violate the constitutional identity. The doctrinal basis for the establishment of such jurisdiction is represented by the principles of separation of powers and the nature of courts[69] as well as effectiveness[70].

Roznai even sees the main purpose of the amending power in its limitation: *"The constitutional amendment is conceived as a mechanism for maintaining the constitutional limits that bind the secondary constituent power. In that way, judicial review protects not only the 'the rule of the constitution', but also its supremacy."*

Interestingly, while he strongly argues for limitations of the secondary constituent power, Roznai rejects any limitations for the original constituent power, notably limitations stemming from international law: *"Simply put, if*

69 "…it does not necessarily have to be within the judiciary, although, as is stated in the following section, it fits naturally within the judicial process." (Roznai, Y. (2017). Kindle loc. 6573) and "those who apply the law are naturally the courts, and they must determine what the law is." (ibid, Kindle loc. 6582).

70 "for the separation of powers to remain effective necessitates a mechanism for determining if the amending authority surpassed its limits." (ibid, Kindle loc. 6572) and "the existence of judicial review in order to control the constitutionality of amendments is essential for an effective distinction between primary and secondary constituent powers." (ibid, Kindle loc. 6577).

one were to accept supra-constitutional limitations, they would limit not only the amendment power, but also the original constituent power."[71]

In my view, this approach may prove problematic as concerns the role of the courts to establish what the basic principles or constitutional identity are. While he rejects any limitation for the original constituent power, together with Landau and Dixon, Roznai develops comparative international law as "normative guideposts" to identify basic principles or the constitutional identity and he calls for the examination of the constitutional amendments in the light of the practices of other liberal democratic systems[72].

With regard to the original constituent power, Stone[73] and Albert[74], like the Venice Commission report[75], argue convincingly that the delegation of powers to a secondary constituent power may indeed give rise to limitations, but whether this is the case for a given constitution cannot be determined in the abstract but must be shown in each individual case.

In my view, international law and comparative constitutional law can and should be important elements in the interpretation of national constitutions. Reference to them can also provide additional legitimacy for the review of constitutional amendments. However, comparative references should be limited to countries that can be considered genuine democracies, even if the number of autocratic countries is increasing. It will be for reasonable (and honest) comparative lawyers to determine which countries should be included in this category.

For instance, it is hard to argue that the Netherlands original constituent power established an intangible constitutional identity and that the Dutch supreme court(s) are competent to review constitutional amendments against this identity, if the Constitution not only does not provide for the constitutional review of ordinary law by the courts but in its Article 120 even explicitly

71 ibid, Kindle loc. 3141; Hein on the other hand is of the opinion that if one were to accept implicit and explicit unamendability and the resulting limitations for secondary constituent power, one should go one step further and claim that constitutions should entail a mechanism to recall the primary constituent power, for instance through a constituent convention. This "recall" would be a (necessary) counterbalance to the power of the constitutional court to interpret the contents of both implicit and explicit unamendability. (Hein, M. (2017). "Book Review: Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers", *Verfassung und Recht in Übersee*, Vol. 50., p. 293)

72 Landau, D., Roznai, Y. and Dixon, R. (2018). Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America, in Baturo, A. and Elgie, R. (Eds.), *Politics of Presidential Term Limits*, Oxford: Oxford University Press, p. 2, 13.

73 Stone, A. (2018). "Unconstitutional Constitutional Amendments: Between Contradiction and Necessity", *Melbourne Legal Studies Research Paper, no. 786*.

74 Albert, R., Nakashidze, M. and Olcay, T. (2019). "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments", *Hastings Law Journal*, Vol. 70., No. 3.

75 CDL-AD(2010)001, § 223.

rules out any such control. Article 120 of the Constitution simply states that *"[t]he constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts."* Admitting judicial review of constitutional amendments would run counter to the Dutch constitutional identity which cherishes the full sovereignty of Parliament[76].

Moreover, constitutional identity cannot be a static concept, but must evolve along with the Constitution and its amendments[77]. After the collapse of the Soviet Union, when Latvia became an independent state again, the Latvian authorities considered that the Latvian state, established in 1918 after the First World War, had only been suspended by the Soviet occupation between 1940 and 1990. Therefore, Latvia did not adopt a new constitution, but simply revived the 1922 Constitution. However, this Constitution did not fully meet the needs of a modern democratic state because it did not contain a catalogue of human rights. An additional section (chapter) on human rights was only added in 1998. Today we can say that the protection of human rights, as expressed in Chapter 8, is one of the basic principles of the Latvian Constitution and its constitutional identity.

Taking UCA too far, may create a danger for constitutional stability when Roznai accepts that "Certain changes are so sweeping or fundamental that they may only be carried out by wholesale replacement of the constitution"[78]. Rather than creating stability for the protection of democracy and human rights, this argument could be used as a justification by an autocratic leader to do away with all limitations of the current constitution because the amendments giving the leader more powers are so important that the whole constitution should be replaced. Particularly dangerous is that this autocratic original constituent power would then not be limited by international law (see above).

The core point of Roznai's "Unconstitutional Constitutional Amendments" is the idea that each constitution has its "constitutional identity", which should be protected (unless the whole constitution has to be replaced). In the specific framework of the European Union, this should be seen together with the discussion of "constitutional identity" in the light of Article 4(2) of the Treaty on European Union, which provides that the EU respects the Member States' "national identities, inherent in their fundamental structures, political

76 However, the supreme courts and supreme administrative courts use international law and notably the European Convention on Human Rights as a standard of review in order to protect human rights.

77 The Venice Commission Report states that radical changes may be justified if the original constitution has some defects because it was adopted by an undemocratic regime (e.g. communist constitutions in Eastern Europe).

78 Landau, D., Roznai, Y. and Dixon, R. (2018). p. 3.

and constitutional, inclusive of regional and local self-government"[79]. In its Lisbon judgment, the German Federal Constitutional Court (FCC) based itself on the eternity clause to establish a constitutional identity of the Basic Law and insisted that it was for the Court to decide whether EU law respected these constitutional limits[80]. Until recently, the German Court found the EU Lisbon treaty within these limits and other European courts decided in a similar manner[81] interpreting the constitution in harmony with EU law in order to avoid conflict between the two legal systems[82]. What seemed very unlikely happened on 5 May 2020 when the German Federal Constitutional Court decided[83] that the judgment C-493/17 Weiss and Others of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on the European Central Bank's Public Sector Purchase Programme was *ultra vires* because it was not comprehensible, was arbitrary and exceeded the CJEU's judicial mandate under Article 19(1) of the Treaty on European Union. While the German Court ruled out that Germany constitutional identity was infringed, it held that the CJEU decision lacked the minimum of democratic legitimation necessary under Article 23(1) second sentence in conjunction with Article 20(1) and (2) and Article 79(3) of the Basic Law. This judgment was widely criticised in literature, not least because some authors feared that the constitutional courts of Hungary and Poland might use the German judgment as a basis that overriding the CJEU[84]. The fact that the Federal Constitutional Court did not see a violation of the German constitutional identity in this case, might be an important nuance in this respect.

79 Cloots, E. (2016). "National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. 2.; van der Schyff, G. (2016). "EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites", *ZaöRV*, Vol. 76.

80 Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, § 230, 235, 239-41, 332, 334, 336, 339.

81 See also Spain, Constitutional Court, 26/2014, 13/02/2014, § II.3; Czech Republic, Constitutional Court, Pl ÚS 19/08, 26/11/2008, § 96-108; Czech Republic, Constitutional Court, Pl ÚS 29/09, 3/11/2009, § 146-9. See also Pl ÚS 5/12, 31 January 2012; Poland, Constitutional Tribunal, K 32/09, 24/11/2010, § III.2.1.

82 Paulus, A. (2009). Germany, in Sloss, D. and Jinks, D. (Eds.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study* (pp. 209-242), Cambridge: Cambridge University Press; in this context see also the decision of the French Constitutional Council which found that the French constitutional identity was not affected by the transposition of EU legislation on the limits to subsidiary protection for foreigners who are suspected to have committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity: Constitutional Council, 2010-79 QPC, 17/12/2010 (Mr Kamel D.).

83 BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15, http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html (Accessed 8/1/2023).

84 Kelemen, R. D., Eeckhout, P., Fabbrini, F., Pech, L. and Uitz, R. (2020). "National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order", *VerfBlog*, 26 May 2020, https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments (Accessed 1/8/2023); on this point, see also "Erfolg ist eher kalt", Andreas Vosskuhle, the interview of the President of the Federal Constitutional Court, Die Zeit, 15 May 2020, https://www.zeit.de/2020/21/andreas-vosskuhle-ezb-anleihenkaeufe-corona-krise (Accessed 1/8/2023)

Reverting to Roznai's global concept of constitutional identity, this leads to the question - what should be protected? Is it the identity of a given constitution, the principles of which may even run counter to general constitutional principles, such as the separation of powers or the protection of human rights? Or is the purpose of UCA to protect transnational principles, which are part of the notion of constitutionalism?

If the latter were the case, then I would venture that it would make sense to anchor UCA in international and comparative law, rather than in the purely national identity of a constitution, which may not be 'worthy' of being protected (any more).

Through successive minor amendments, a constitution could have been hollowed out, each amendment remaining below the threshold of warranting UCA. Such a constitution might no longer live up to the notion of constitutionalism. This in turn raises the question whether a review of the 'last' constitutional amendment should be limited to that amendment only or whether the cumulative impact of that amendment, taken together with earlier amendments, should constitute the object of review.

The purpose of the judicial review of unamendability is the fear of misuse of amendments[85] and Roznai sees judicial review of constitutional amendments as a means to protect human rights and democracy[86].

These goals are certainly worth being pursued and the discussion of the concept of UCA obviously takes place in the light of the current populist tendencies - also referred to as backsliding[87] or democratic decay[88] - in a number of countries, including recently Israel[89]. The idea of UCA is then to

85 "Judicial review of amendments was developed precisely because of the fear of misuse of the amendment power and the recognition that ordinary judicial review was insufficient." (Roznai, Y. (2017). Kindle loc. 6670).

86 "Judicial review of amendments is a useful mechanism not only for preventing human rights abuses but also for protecting democracy", ibid, Kindle loc. 6667; referring to Schmitt's discussion of inherent limits to constitutional amendment, Vinx argues that "the legitimate purpose of such limits must be to protect the value of political equality, as it is realised in the indefinite continuation of free and fair political competition" (Vinx, L. (2020). Are There Inherent Limits to Constitutional Amendment? An Analysis of Carl Schmitt's Argument, in Arvidsson, M., Braenstroem, L. and Minkkinen, L. (Eds.), *Constituent Power: Law, Popular Rule, and Politics*, Edinburgh: Edinburgh University Press)

87 Sadurski, W. (2018). "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding", *Sydney Law School Research Paper No. 18/01*.

88 Daly, T. (2016). "Time to View Democratic Decay as a Unified Research Field?", *Int'l J. Const. L. Blog*, 30 September 2016, https://www.iconnectblog.com/2016/09/time-to-view-democratic-decay-as-a-unified-research-field/ (Accessed 1/8/2023), see also the Democratic Decay Resource https://www.democratic-decay.org/.

89 On the question whether the Supreme Court should strike down the recent amendments: Gross, A. (2013). "An Unreasonable Amendment: The Constitutional Capture in Israel", *VerfBlog*, 24 July 2023, https://verfassungsblog.de/an-unreasonable-amendment/ (Accessed 1/8/2023). See Council of Europe. (2023). ISRAEL - Justice reform should not jeopardise

give the courts a tool to defend their constitution against amendments by populist or illiberal majorities.

This presupposes that the courts are willing to defend the liberal constitutional values. However, the application of UCA can even run counter to democratic improvements. In their paper[90], Landau, Roznai and Dixon present a case where the abolition of presidential term limits was based on UCA arguments. There is much to say about the Latin American experience in this respect[91].

I would argue that the justification for the control of constitutional amendments is that as the highest norms in the country constitutional provisions have a concrete normative force and they should not remain *lex imperfecta* but be implemented if the Constitution is to be more than a 'sham'[92]. In a tiered system, sufficiently concrete constitutional provisions should be made operational during the normal operation of the constitution but they should also be protected against abusive amendment.

Admittedly, constitutions often contain programmatic norms – or *Staatszielbestimmungen* in German – which mandate the State powers to act according to certain goals but they cannot be enforced in (a constitutional) court. These programmatic norms only indicate objectives that the State should achieve, and they are vague on how these goals should be achieved. This is what distinguishes them from constitutional provisions that can be enforced in court. As a consequence, only constitutional norms that are sufficiently concrete – or can be rendered sufficiently concrete by a court – can be part of the 'protected' upper level of a tiered constitutional system.

Finally, we should look at the danger in practice that a wide application of UCA can create for the Court that exercises it. Unless substantive review of constitutional amendments is explicitly provided for in the constitution, constitutional courts and supreme courts exercising constitutional review have to be very careful in establishing it on the basis of interpretation. In such a case, the court is faced with a strong political majority which has already overcome the procedural barriers for amendment. A court needs a very strong legitimacy to rule against an amendment that was supported by a qualified majority in Parliament. During times of populism, we witness a trend to attack courts because they allegedly disregard the will of the people. In the Moldovan case, the Venice Commission warned against the effects of

meaningful judicial review by independent courts - Statement by President Bazy Malaurie, https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=3468 (Accessed 1/8/2023)

90 Landau, D., Roznai, Y. and Dixon, R. (2018).

91 See also CDL-AD(2018)010.

92 Law, D. S. and Versteeg, M. (2013). "Sham Constitutions", *Calif. L. Rev.*, Vol. 101., No. 4.

a consultative popular referendum held pending review of the proposed amendments by the Constitutional Court[93].

Because of the sovereignty of the people, Ragone excludes the control of constitutional amendments already adopted by referendum, when such a referendum is foreseen by the Constitution[94]. In such cases, courts should exercise very strong self-restraint. Therefore, she suitably argues in favour of preventive control, before a referendum takes place[95].

There is a danger that the court might lose a struggle with such a strong majority, which over time could try to pack the court, cut its budget, block the court through procedural legislation or even dissolve the court[96].

Relying too heavily on UCA can also lead to a danger that constitutional interpretations ossifies because in order to identify implicit constitutional basic principles recourse to the intention of the original constituent power seems natural. As a consequence, a constitution that is solidly protected by UCA may lose relevance for society in the country. In reality, over time, basic principles necessarily evolve together with society[97].

UCA is such a strong tool that constitutional courts should use it only very sparingly, when a constitutional amendment seriously endangers democracy, the protection of human rights or the rule of law. For the same reason, UCA arguments should not be invoked when ordinary legislation contradicts constitutional provisions. This would confound constitutional review with UCA. Frequent recourse to basic structure might even result in a backlash from the legislator.

Especially when they examine amendments of constitutional provisions on the judiciary, constitutional judges should be aware of the danger that they might be biased because their status and that of their peers is at stake. In order to overcome this inherent problem, the only option is transparency. Notably UCA judgments defending judicial independence should openly discuss this issue. This does not mean that they would necessarily show more restraint than in other areas, but the judges should explain how their judgment makes abstraction from their own situation.

93 CDL-AD(2017)014.
94 Ragone, S. (2012). p. 214.
95 ibid, p. 216.
96 Dürr, S. (2019).
97 Jacobsohn develops a dynamic concept of constitutional identity: *"... identity in the constitutional domain, however elusive a concept it may be, is best comprehended within a dialogical or transactional operation in which all element, including identity itself, are at least potentially modifiable through their engagement with one another".* (Jacobsohn, G. J. (2006). "Constitutional Identity", *The Review of Politics*, Vol. 68., No. 3., p. 395)

V. Conclusion: Criteria for the legitimate exercise of UCA review

We have seen that the Report on Constitutional Amendment of the Venice Commission is quite hesitant towards unamendability and especially judicial review of it. It notes that it is often countries having gone through a period of totalitarian or authoritarian rule that introduce unamendability. The Commission considered that "unamendability is a complex and potentially controversial constitutional instrument, which should be applied with care, and reserved only for the basic principles of the democratic order. […] as long as the constitution contains strict rules on amendment, then this will normally provide an adequate guarantee against abuse – and if the required majority following the prescribed procedures wants to adopt reform, then this is a democratic decision, which should in general not be limited"[98]. The Report favours more rigid amendment procedures over unamendability.

Since Kesavananda Bharati, the UCA doctrine has considerably developed and a number of courts now consider themselves competent to control constitutional amendments[99].

Roznai states that by their very nature all constitutions have a constitutional identity (explicit or implicit) and that the courts are competent to control constitutional amendments for their compatibility with this constitutional identity.

However, we have seen that the competence for control of constitutional amendment in a given country cannot be derived from general considerations on the nature of constitutions alone; it has to be argued in respect of each constitution on the basis of the text and evolution of that constitution.

The review of constitutional amendments is hard to justify when there is no explicit inner hierarchy in the Constitution. Substantive review of the conformity of constitutional amendment with basic principles can certainly be defended when the Constitution explicitly establishes such a hierarchy.

Therefore, substantive constitutional review of constitutional amendments can be argued for constitutions that:

1. establish an inner hierarchy, for instance by reference to procedural rules or referring to unamendable provisions or principles; in order to qualify for protection against amendment, the upper tier of the constitution should be sufficiently concrete to allow for judicial review;

2. establish constitutional review, attributed to a specialised constitutional court or a supreme court;

98 CDL-AD(2010)001.

99 Landau, D., Roznai, Y. and Dixon, R. (2018); see also examples in chapter IV.B above.

3. do not explicitly limit such the control of constitutional amendment to procedural review only[100].

Even though the yardstick to be applied are the core principles of the national constitution, international law[101] and comparative constitutional law have an important role providing legitimacy for the constitutional court or supreme court when it identifies and interprets these principles.

The above considerations do not entirely exclude constitutional review of amendments when there are only implicit basic principles. However, in such a case, the court has a heavy burden to argue why the constitution contains basic principles as the upper level of such a hierarchy and why this hierarchy is justiciable.

The danger of over-protecting the position of the judiciary against reasonable reform should be addressed by appropriate self-restraint of the adjudicating court. Judicial independence is likely to be a basic principle of any democratic constitution. When the constitutional amendments affect the judiciary, the constitutional court or supreme court has a duty clearly argue why the finding of unconstitutionality of a constitutional amendment is this is not about self-preservation but required to maintain constitutional checks and balances.

Finally, I support the recommendation of the Venice Commission's Report that even where there are explicit unamendable provisions, the constitutional court or supreme court should have some flexibility to adapt these provisions to the needs of the time and thus grant some leeway to the constituent legislator.

100 Even though procedural and substantive control may be hard to distinguish in concrete cases, Ragone, S. (2012). p. 207.

101 International law limits not only constitutional amendments but also the original constituent power.

VI.Bibliography

ALBERT, Richard (2017). "Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations", *Cornell International Law Journals*, Vol. 50., No. 2., pp. 169-198.

ALBERT, Richard (2019). Quasi-Constitutional Amendments, in Albert, Richard ve Colon-Rios, Joel I. (Eds.), *Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes (Yarı Anayasallık ve Anayasal Kanunlar)* (pp. 135-155), Routledge.

ALBERT, Richard, NAKASHIDZE, Malkhaz and OLCAY, Tarik (2019). "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments", *Hastings Law Journal*, Vol. 70., No. 3., pp. 639-670.

BADURA, Peter (1992). Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in Isensee, Josef and Kirchhof, Paul (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, VII*.

BERTOTTI, Barbara Mendoça (2018). "(Un)Constitutional Amendment No. 95/2016 and the Limit for Public Expenses in Brazil: Amendment or Dismemberment", *I-CONnect Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 24 August 2018.

BEZEMEK, Christoph (2011). "Constitutional Core(s): Amendments, Entrenchments, Eternities and Beyond (Prolegomena to a Theory of Normative Volatility)", *The Journal Jurisprudence*, Vol. 11., pp. 517-548.

BUQUICCHIO, Gianni and GRANATA-MENGHINI, Simona (2014). "Conseil de l'Europe - Commission de Venise", *Rép. eur. Dalloz*, pp. 1-14.

CLOOTS, Elke (2016). "National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. 45., No. 2, pp. 82-98.

DALY, Tom (2016). "Time to View Democratic Decay as a Unified Research Field?", *Int'l J. Const. L. Blog*, 30 September 2016, https://www.iconnectblog.com/2016/09/time-to-view-democratic-decay-as-a-unified-research-field/ (Accessed 1/8/2023)

DEGIFIE, Zelalem Eshetu (2015). "Unconstitutional Constitutional Amendments in Ethiopia: The Practice Under Veil and Devoid of a Watchdog", *Haramaya Law Review*, Vol. 4., No. 1., pp. 59-79.

DÜRR, Schnutz Rudolf (2010). The Venice Commission, in Kleinsorge, Tanja E. J. (Ed.), *Council of Europe*, Wolters Kluwer Law & Business.

DÜRR, Schnutz Rudolf (2019). Constitutional Courts: an endangered species?, in Rousseau, Dominique (Ed.), *Les Cours constitutionnelles, garantie de la qualité démocratique des sociétés?* (pp. 111-136), Paris: LGDJ.

EHMKE, Horst (1953). *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin: De Gruyter.

EHMKE, Horst (1953/1954). Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 79 (N.F. 40)., No. 4., pp. 385-418.

GROSS, Aeyal (2013). "An Unreasonable Amendment: The Constitutional Capture in Israel", *VerfBlog*, 24 July 2023, https://verfassungsblog.de/an-unreasonable-amendment/ (Accessed 1/8/2023)

HALMAI, Gabor (2012). "Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?", *Constellations (An International Journal of Critical and Democratic Theory)*, Vol. 19., No. 2., pp. 182-2023.

HALMAI, Gabor (2016). "Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective", *Wake Forest Law Review*, Vol. 13., No. 38., pp. 101-135.

HEIN, Michael (2017). "Book Review: Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers", *Verfassung und Recht in Übersee*, Vol. 50., pp. 290-293.

HEIN, Michael (2020). The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe, in Belov, Martin (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (pp. 187-206), Abingdon: Routledge.

JACOBSOHN, Gary Jeffrey (2006). "Constitutional Identity (Anayasal Kimlik)", *The Review of Politics*, Vol. 68., No. 3., pp. 361-397.

KELEMEN, R. Daniel, EECKHOUT, Piet, FABBRINI, Federico, PECH, Laurent and UITZ, Renáta (2020). "National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order", *VerfBlog*, 26 May 2020, https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments (Accessed 1/8/2023)

KLEIN, Claude (2017). "Recension de Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendments Powers", *Oxford Constitutional Theory, Jus Politicum*, No. 18., http://juspoliticum.com/article/Recension-de-Yaniv-Roznai-Unconstitutional-constitutional-amendments-The-Limits-of-Amendment-Powers-Oxford-Constitutional-Theory-2017-1161.html (Accessed 1/8/2023)

LANDAU, David (2018). "Rescuing the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: A Reply to Richard Albert", *Yale Journal of International Law*, 26 February 2018 http://www.yjil.yale.edu/rescuing-the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-a-reply-to-richard-albert/ (Accessed 1/8/2023)

LANDAU, David, ROZNAI, Yaniv and DIXON, Rosalind (2018). Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America, in Baturo, Alexander and Elgie, Robert (Eds.), *Politics of Presidential Term Limits*, Oxford: Oxford University Press.

LAW, David S. and VERSTEEG, Mila (2013). "Sham Constitutions", *Calif. L. Rev.*, Vol. 101., No. 4., pp. 863-952.

MURPHY, Ciara (2012). "Pringle - Unconstitutional Constitutional Amendment Conundrum", *European Law Blog*, 6 December 2012, https://europeanlawblog.eu/2012/12/06/pringle-the-unconstitutional-constitutional-amendment-conundrum/ (Accessed 1/8/2023)

ÖZBUDUN, Ergun (2009). "Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey", *European Public Law*, Vol. 15., No. 4., pp. 533-538.

PASSCHIER, Reijer and STREMLER, Maarten (2016). "Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5., No. 2., pp. 337-362.

PAULUS, Andreas (2009). Germany, in Sloss, David and Jinks, Derek (Eds.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study* (pp. 209-242), Cambridge: Cambridge University Press.

PFERSMANN, Otto (2012). "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach", *ZöR*, Vol. 67., pp. 81-113.

RAGONE, Sabrina (2012). *El Control Judicial de la Reforma Constitucional, Aspectos teóricos y comparativos*, Mexico: Porrúa.

ROZNAI, Yaniv (2014). "Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on the Czech Constitutional Court's Declarations of Unconstitutional Constitutional Act", *Vienna Journal on International Constitutional Law (ICL Journal)*, Vol. 8., No. 1., pp. 29-57.

ROZNAI, Yaniv (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press.

ROZNAI, Yaniv and YOLCU, Serkan (2012). "An unconstitutional constitutional amendment – The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10., No. 1., pp. 175-207.

SADURSKI, Wojciech (2018). "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding", *Sydney Law School Research Paper No. 18/01*.

SIDDIQUEE, Md Ariful Islam (2015). "Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia: A Study of Constitutional Limits on Parliaments' Amending Power", *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 33., pp. 64-76.

SIJORIA, Siddharth (2018). *Unconstitutional Constitutional Amendment: Limiting Amendment Power in India, Colombia and Benin*, LLM Short Thesis, Budapest: Central European University.

STONE, Adrienne (2018). "Unconstitutional Constitutional Amendments: Between Contradiction and Necessity", *Melbourne Legal Studies Research Paper, no. 786*.

SU, Yen-tu (2018). "Some Thoughts about the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine, and Constitutional Dismemberment", https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=387180 (Accessed 1/8/2023)

TANCHEV, Evgeni (2016). Judicial Activism Revisited or Constitutional Court Between Negative and Positive Legislator, in *Judicial Activism of Constitutional Court in a Democratic State*, Riga, 26-27 May 2016.

van der SCHYFF, Gerhard (2016). "EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites", *ZaöRV*, Vol. 76., pp. 167-191.

VINX, Lars (2020). Are There Inherent Limits to Constitutional Amendment? An Analysis of Carl Schmitt's Argument, in Arvidsson, M., Braenstroem, L. and Minkkinen, L. (Eds.), *Constituent Power: Law, Popular Rule, and Politics*, Edinburgh: Edinburgh University Press.

WOUTERS, J. (Ed.) (2010). *International Encyclopaedia of International Laws: Intergovernmental Organizations*, The Netherlands: Alphen aan den Rijn.

"AVRUPA'DAKİ ANAYASA MAHKEMELERİNİN İÇTİHADINDA ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ VE TEMEL YAPI DOKTRİNİ: ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ HAKKINDA VENEDİK KOMİSYONU RAPORU"*

I. GİRİŞ

İnsan hakları konusunda oldukça derin bir deneyime sahip Anayasa Hukuku Profesörü Başkan Zühtü Arslan, Türkiye Anayasa Mahkemesinin önde gelen bir lideridir. Nitekim arka arkaya üç kez Anayasa Mahkemesi başkanı seçilmiş olması da Mahkeme içindeki ve genel olarak Türkiye'deki seçkin ve saygın konumunu gözler önüne sermektedir.

Başkan Arslan ile hem Ankara'da hem de kendisinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesini temsil ettiği Avrupa, Asya ve Afrika'da düzenlenen uluslararası platformlarda veya Dünya Anayasa Yargısı Konferansı çerçevesinde gerçekleştirilen yurt dışı toplantılarında pek çok kez bir araya gelme şansını yaşadım.

Başkan Arslan, insan haklarının korunması gerektiği hususunu her zaman vurgulamış, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru mekanizmasını bu amaca ulaşma yolunda bir araç olarak değerlendirmiştir. Bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesine yüklediği ağır iş yükünün farkına varmış, Mahkemenin bu yükün altından kalkabilmesi için önemli adımlar atmıştır.

Arslan, Anayasa Mahkemesinin demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerini koruma konusunda kararlı olduğunu ve her türlü itibarsızlaştırma girişimine rağmen bu kararlılığın devam edeceğini vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi ve hâkimleri, insan haklarını koruyan kararlarından ötürü haksız şekilde saldırıya uğradığında Başkan Arslan her seferinde dik duruşunu koruyarak Mahkemeyi güçlü bir şekilde savunmuştur. Herkes anayasaya saygı göstermekle yükümlüdür. Anayasanın ve anayasa kapsamında güvence altına alınan insan haklarının üstünlüğünün sürdürülmesini sağlayan anayasa mahkemeleridir. Demokrasinin savunulması, insan haklarının ve hukukun üstünlüğünün korunması anayasa mahkemelerinin görevidir.

* Bu çalışma, yazarın tamamen kendi görüşlerini yansıtacak şekilde bireysel olarak hazırlanmış olup Avrupa Konseyinin resmî görüşünü yansıtmamaktadır.(24 Kasım 2023)

Yerel mahkemeler Anayasa Mahkemesi kararlarını görmezden gelirken Profesör Arslan'ın Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanması konusunda nasıl ısrarcı olduğunu da çok iyi hatırlıyorum. Mahkemenin kararları uygulanmadığında Anayasa anlamsız ve işlevsiz hâle gelecektir.

Profesör Arslan, insan haklarının korunmasında usule ilişkin hususlara da uymaları gerektiğini hâkimlere tekrar tekrar hatırlatmak durumunda kalmıştır. Özellikle ceza yargılamalarında silahların eşitliği ilkesine ilişkin sorunların altını çizmiştir. Başkan Arslan, Anayasa'yı ve anayasal ilkeleri savunmaya devam edecektir. Ancak Türkiye Anayasa Mahkemesinin, özellikle ifade özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve usule ilişkin güvencelerle ilgili olarak yapması gereken çok şey vardır.

Zühtü Arslan onuruna yazılan bu anı kitabına katkıda bulunmaktan büyük onur duyuyorum. Anayasa'ya aykırı anayasa değişikliği kavramını ele aldığım bu makalede, Türkiye Anayasa Mahkemesinin anayasal değişiklikleri inceleyen kararlarına açıkça atıfta bulunmuyorum. Zira Profesör Arslan ve diğer Türk akademisyenler bu davaları tartışmak açısından çok daha yetkin bir konumdadır.

2010 tarihli Anayasa Değişiklikleri Hakkında Venedik Komisyonu Raporu'na değindikten sonra anayasa değişikliklerini reddeden veya denetime tabi tutan birkaç anayasa mahkemesinin içtihadından kısaca örnekler sunacağım. Ardından Profesör Yaniv Roznai tarafından geliştirildiği şekliyle anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri doktrinini ele alacağım. Son olarak anayasa mahkemelerinin bu tür bir yargı yetkisini meşru bir şekilde kullanmalarını sağlayacak ölçütleri ortaya koymaya çalışacağım.

Bu çalışma, yazarın 21-22 Mart 2019 tarihlerinde Hindistan, Delhi'de Jindal Küresel Hukuk Okulunda düzenlenen "Temel Yapı Doktrininin Kökeni, Göçü ve Etkisi" konulu konferansta yaptığı sunuma dayanmaktadır. Bu konferans, aynı zamanda, Avrupa'da henüz yeterince bilinmeyen Hint Temel Yapı Doktrini kavramını daha yakından tanımama da olanak tanımıştır.

Hindistan Yüksek Mahkemesinin 1973 tarihli Kesavananda Bharati davasından[1] bu yana, bir anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olup olamayacağı veya temel anayasal ilkelerle çelişip çelişmediği sorusu akademik çevrelerde sıklıkla tartışılan bir konu olmuştur. Dünyanın çeşitli bölgelerinde bu konuya bir "hayranlık"[2] duyulduğuna tanık olmaktayız[3]. Akademisyenler

1 *Hazretleri Kesavananda Bharati Sripadagalvaru ve Ors. / Kerala Eyaleti ve Anr.* (1973) 4 SCC 225.

2 Albert, R. (2017). "Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations (Anayasaya Aykırı Dört Anayasa ve Demokratik Temelleri)", *Cornell International Law Journals*, C. 50., S. 2., s. 169.

3 Ragone, S. (2012). *El Control Judicial de la Reforma Constitucional, Aspectos teóricos y comparativos*, Mexico: Porrúa; Sijoria, S. (2018). *Unconstitutional Constitutional Amendment:*

yalnızca anayasaya aykırı anayasa değişikliklerine (AAAD) atıfta bulunmakla kalmamakta, mahkemeler de anayasa değişikliklerini artık "anayasal yaşamın nispeten olağan bir gerçeği" olarak değerlendirilebilecek ölçüde geçersiz kılmaktadır[4].

AAAD'nin kökenindeki temel ilkeler kavramının çeşitli şekillerde, açıkça ve muhtemelen örtük olarak, tanımlanabilecek bir iç hiyerarşiye sahip olan kademeli bir anayasa fikriyle bağlantılı olduğunu düşünüyorum[5]. Böyle bir iç hiyerarşiyi tesis etmenin en açık ve net yolu anayasanın değiştirilemez veya "ebedî" hükümleridir. Bu, aynı zamanda, mutlak yerleşiklik olarak da adlandırılmaktadır. Bu durumda, anayasanın bir hükmü, anayasanın belirli maddelerini veya ilkelerini açıkça değiştirilemez olarak belirler. Diğer anayasalar ise bu ilkelerin değiştirilmesine olanak tanımakta ancak değiştirilebilmeleri için usul yönünden daha yüksek bir eşik belirlemektedir. Öte yandan, örtük bir iç hiyerarşinin tespit edilmesi güçtür ve anayasanın başlangıç kısmı veya hatta bağımsızlık bildirgesi gibi metinsel dayanaklara atıfta bulunabilir.

Bu çalışma, anayasanın bir iç hiyerarşi (veya kademeli bir sistem) oluşturduğu ülkelerde, anayasa hukukunun daha üst düzeyleriyle çelişen değişikliklerin, söz konusu üst normların yeterince somut olması hâlinde, anayasaya aykırı olabileceğini göstermeyi amaçlamaktadır. Anayasa değişikliklerinin daha üst hükümlere veya ilkelere uygunluğunun esas bakımından yargısal denetimi, en azından anayasal denetimin ilk aşamada tesis edildiği ve anayasal değişikliklerin denetiminin açıkça usul denetimiyle sınırlı olmadığı durumlarda mümkün olabilir[6]. Her hâlükârda, böyle bir denetimin mümkün

Limiting Amendment Power in India, Colombia and Benin (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Hindistan, Kolombiya ve Benin'de Değişiklik Yetkisinin Sınırlandırılması), LLM Short Thesis, Budapest: Central European University; Su, Y. (2018). "Some Thoughts about the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine, and Constitutional Dismemberment (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri Doktrini ve Anayasal Parçalanma Hakkında Bazı Düşünceler)", https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=387180 (Erişim Tarihi: 1/8/2023); Siddiquee, Md A. I. (2015). "Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia: A Study of Constitutional Limits on Parliaments' Amending Power (Güney Asya'da Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Parlamentoların Değişiklik Yetkisine Getirilen Anayasal Sınırlamalar Üzerine Bir Çalışma)", *Journal of Law, Policy and Globalization*, C. 33.; Degifie, Z. E. (2015). "Unconstitutional Constitutional Amendments in Ethiopia: The Practice Under Veil and Devoid of a Watchdog (Etiyopya'da Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Perdenin Arkasındaki Gözlemden Yoksun Uygulama)", *Haramaya Law Review*, C. 4., S. 1.

4 Albert, R. (2017). s. 171.

5 Pfersmann, yazılı hukukun üzerinde birkaç anayasa hukuku katmanı olabileceği kanaatindedir fakat bunların üretim araçları doğrultusunda tanımlanabileceğini savunmaktadır (bu örtük bir hiyerarşiyi bertaraf edebilir) (Pfersmann, O. (2012). "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Normatif Bir Yaklaşım)", *ZöR*, C. 67., s. 81); Ragone, "nihai" anayasal parametrelerin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması gereken temel içerik olması gerektiğinin altını çizmektedir. (Ragone S. (2012). s. 200)

6 Ragone, usul ve esasın uygulamada birbirinden ayırt edilemeyeceğini savunmaktadır.

olup olmadığına ülkenin anayasa mahkemesi ya da yüksek mahkemesi tarafından anayasal hükümler temelinde karar verilmelidir. Bu denetim, tüm anayasalar için soyut bir şekilde tesis edilemez.

Bu çalışmada, ilk olarak, değiştirilemezlik ve bunun yargısal denetimi konularını da ele alan Avrupa Konseyi Venedik Komisyonunun 2010 Raporu'na yer verilmektedir.

Daha sonra, mahkemelerin anayasa değişikliklerini denetime tabi tutma yetkisini reddettiği veya benimsediği, genellikle daha az bilinen Avrupa[7] kararlarından bir seçki sunulacaktır.

Yaniv Roznai, son kitabı "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri" (AAAD)[8] ile anayasa literatürüne[9] damgasını vurmuş ve konuya yeni bir kavramsal yaklaşım getirmiştir. Bu nedenle, yazının sonunda, Anayasa Değişiklikleri Hakkında Venedik Komisyonu Raporu ışığında Roznai'nin geniş kapsamlı AAAD doktrinini değerlendireceğim.

II. Anayasa Değişiklikleri Hakkında Venedik Komisyonu Raporu

1. Venedik Komisyonu

İtalya'nın Venedik kentinde toplandığı için genellikle "Venedik Komisyonu" olarak bilinen Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, Avrupa Konseyinin (AB'nin değil) anayasa hukuku konularında görüş bildiren bir danışma organıdır[10]. Venedik Komisyonunun, Avrupa Konseyi üyesi 46 dev-

---

Parlamento temel ilkeleri ihlal ettiğinde mevcut anayasanın yerine bir yenisini koyar ve böylece değişiklik yapma yetkisini aşarak usuli bir hata yapmış olur. a.g.e. s. 207.

7 Bu çalışmada 46 üye devletiyle neredeyse kıtanın tamamını kapsayan Avrupa Konseyinin "büyük Avrupa"sına atıfta bulunulmaktadır. AB antlaşmalarında yapılan bir değişikliğin "anayasaya aykırı" olup olmadığı veya daha ziyade yürürlükteki AB antlaşmalarının ihlali anlamına gelip gelmediği sorusuna değinmemektedir (bu konuda, örneğin, bkz. Passchier, R. ve Stremler, M. (2016). "Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision (Avrupa Birliği Hukukunda Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Antlaşma Revizyonuna İlişkin Esaslı Kısıtlamaların Varlığının Ele Alınması)", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, C. 5., S. 2.; Murphy, C. (2012). "Pringle - Unconstitutional Constitutional Amendment Conundrum (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri Çıkmazı)", *European Law Blog*, 6 Aralık 2012, https://europeanlawblog.eu/2012/12/06/pringle-the-unconstitutional-constitutional-amendment-conundrum/ (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

8 Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Değişiklik Yapma Yetkisinin Sınırları)*, Oxford: Oxford University Press.

9 Klein, C. (2017). "Recension de Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendments Powers (Yaniv Roznai'ye Eleştiri Yazısı, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri – Değişiklik Yapma Yetkisinin Sınırları)", *Oxford Constitutional Theory, Jus Politicum*, S. 18., http://juspoliticum.com/article/Recension-de-Yaniv-Roznai-Unconstitutional-constitutional-amendments-The-Limits-of-Amendment-Powers-Oxford-Constitutional-Theory-2017-1161.html (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

10 Buquicchio, G. ve Granata-Menghini, S. (2014). "Conseil de l'Europe - Commission de Venise (Avrupa Konseyi - Venedik Komisyonu)", *Rép. eur. dalloz*; Dürr, S. (2010). The Venice

letin tamamının yanı sıra Peru, Fas, Kırgızistan veya Güney Kore gibi Avrupa dışından bazı ülkeler de dâhil olmak üzere toplam 61 üyesi bulunmaktadır[11]. Her ülke bir anayasa hukuku uzmanını bireysel üye olarak atar[12]. Ancak üyeler hükûmetlerini temsil etmezler ve bireysel sıfatlarıyla hareket ederler. Komisyon, görüşlerini ilgili ülkenin veya Avrupa Konseyi organlarının veya Venedik Komisyonu ile çalışan uluslararası kuruluşların talebi üzerine hazırlar[13].

Venedik Komisyonu, hazırlanmasına yardımcı olduğu anayasaların uygulanmasını teşvik etmek amacıyla, Avrupa'da ve aynı zamanda sekretaryasını yürüttüğü Dünya Anayasa Yargısı Konferansı çerçevesinde, anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeler[14] arasında fikir alışverişini kolaylaştırarak onları desteklemektedir[15]. Venedik Komisyonu mahkemeler için CODICES içtihat veri tabanını[16] kullanmakta ve kısıtlı erişime olanak tanıyan çevrim içi "Venedik Forumu"nu yönetmektedir. Komisyon, gerektiğinde, üye devletlerde diğer devlet güçlerinin usulsüz baskısı altında kalan mahkemeleri de destekler[17].

Venedik Komisyonu, anayasa taslakları, anayasa değişiklikleri ve mevzuat hakkında görüş sunmanın yanında dostane mütalaada (*amicus curiae* brief) da bulunmakta ve sıklıkla ortak özellikleri ve anayasal standartları belirleyen ve hatta tanımlayan genel raporlar hazırlamaktadır. Anayasa Değişiklikleri Hakkında 2010 Raporu da bu tür bir rapordur.

2. Katılığa Karşı Esneklik

Venedik Komisyonu, Anayasa Değişiklikleri Hakkındaki Raporu'nda, çoğunluğu Avrupa'da olmak üzere bir dizi üye devlette uygulanan anayasa değişikliği yöntemlerine ilişkin genel bir değerlendirme[18] sunmuştur. Komis-

Commission (Venedik Komisyonu), içinde Kleinsorge, T. E. J. (Ed.), *Council of Europe (Avrupa Konseyi)*, Wolters Kluwer Law & Business.

11 Council of Europe. (2023). "Members of the Venice Commission (Member States)", https://www.venice.coe.int/WebForms/members/countries.aspx?lang=EN (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

12 Council of Europe. (2023). "Members of the Venice Commission (Individual Members)", https://www.venice.coe.int/WebForms/members/default.aspx?lang=EN (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

13 Özellikle Avrupa Birliği, AGİT/ODIHR, Amerikan Devletleri Örgütü.

14 Council of Europe. (2023). "Constitutional justice - Cooperation between the Venice Commission and Constitutional Courts", https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Constitutional_Justice&lang=EN (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

15 Council of Europe. (2023). "World Conference on Constitutional Justice (WCCJ)", http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

16 www.codices.coe.int.

17 Dürr, S. (2019). Constitutional Courts: An endangered species? (Anayasa Mahkemeleri: Nesli Tükenen Bir Tür Mü?), içinde Rousseau, D. (Ed.), *Les Cours constitutionnelles, garantie de la qualité démocratique des sociétés?* (ss. 111-136), Paris: LGDJ.

18 Seçili üye devletlerde anayasa değişikliklerine ilişkin anayasal hükümler derlemesi: European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Constitutional Provisions

yon; nitelikli çoğunluk, çoklu kararlar, ek süreler, referandumlar veya bu tür etkenlerin bir arada bulunması gibi bazı temel unsurların birçok anayasada yer aldığını tespit etse de oldukça çeşitli değişiklik yöntemleriyle karşılaşmıştır. Ancak bunlar neredeyse ülke sayısı kadar değişiklik formülü oluşturacak biçimde çok farklı şekillerde tasarlanmakta ve bir araya getirilmektedir[19].

Komisyon, Avrupa'da bir dizi ülkenin Avrupa Konseyine veya daha sonra Avrupa Birliği'ne katılma gerekliliklerine uymak amacıyla anayasalarında değişiklik yaptığını gözlemlemiştir[20]. Rapor, ayrıca, Orta ve Doğu Avrupa'daki anayasaların çoğunun, eski komünist anayasalardaki değişiklik hükümleri uygulanarak anayasal süreklilik yoluyla yürürlüğe konulan tamamen yeni anayasa örnekleri olduğunu göstermektedir. Bu, genellikle anayasal değişikliğin meşruiyetini güvence altına almak amacıyla yapılmıştır[21].

Raporun temel odak noktalarından biri, anayasaların katılık ve esneklik gibi birbiriyle çelişen ihtiyaçları arasındaki gerilimdir. Rapor, Komisyonun anayasada değişiklik yapılmasına ilişkin usullerde katılığı tercih ettiğini ifade etmekte ve nitelikli çoğunluğa söz konusu taslak üzerinde tartışmak ve düşünmek için belirli ek süreler tanınması gerektiği görüşünü desteklemektedir[22].

Aynı zamanda rapor, anayasa değişikliklerini fiilen imkânsız hâle getirecek çok yüksek eşiklerin öngörülmesi yoluyla anayasa değişikliğinin engellenmemesini tavsiye etmektedir. Bu nedenle Komisyon, parlamento değerlendirmeleri arasında belirli bekleme sürelerinin olmasını öngörerek veya bir değişikliğin ancak parlamento seçimlerinin akabinde yeni bir yasama organı tarafından nihai olarak kabul edilebilmesini şart koşarak anayasa değişikliği yapma sürecini yavaşlatmayı tercih etmektedir. Dolayısıyla katılık, bir anayasa değişikliğinin kabul edilebilmesi için daha yüksek eşiklerden değil, anayasa değişikliği sürecinin yavaşlatılmasından kaynaklanacaktır. Nitelikli çoğunluğun sağlanması her zaman uzlaşma arayışının güvencesi değildir; özellikle iktidar çoğunlukları parlamentoda nitelikli çoğunluğu sağlayabiliyorsa, bekleme sürelerinin öngörülmesi, en azından bu tür durumlarda, daha etkili olabilir.

For Amending The Constitution (Limits To Constitutional Amendments), CDL(2008)086add, Strasbourg, 4 August 2008 ve European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Constitutional Provisions for Amending the Constitution, CDL(2008)086add3, Strasbourg, 4 August 2008; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Study Constitutional Provisions for Amending the Consititution Rules of Parliamentary Procedure (Parlamento Usulü kuralları), CDL(2008)086add2, Strasbourg, 4 August 2008.

19 European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Report on Constitutional Amendment, CDL-AD(2010)001, Strasbourg, 19 January 2010, § 26.

20 Örneğin Ermenistan, Karadağ veya Ukrayna.

21 CDL-AD(2010)001, § 22.

22 CDL-AD(2010)001, § 241.

3. Anayasaların Demokratik Niteliği

Venedik Komisyonu, anayasaların maddi niteliğiyle yakından ilgilenmekte ve başlangıçta demokratik olmayan rejimler tarafından kabul edilen anayasaların demokratik tartışmaya ve nispeten esnek değişikliklere açık olmasını tavsiye etmektedir[23].

Venedik Komisyonunun bu bağlamda önüne geçmek istediği bir tehlike de iktidardaki yetkililerin anayasa değişikliklerini iktidarda kalmayı sürdürmek amacıyla kullanmalarıdır. Bu nedenle Komisyon; yürütmeyi güçlendiren değişikliklerin özel bir incelemeye tabi tutulmasını, örneğin daha uzun süre görevde kalmaya imkân tanıyan değişikliklerin (süre sınırlamalarının kaldırılması dâhil olmak üzere) yalnızca daha sonra göreve gelecek yetkililere uygulanmasını tavsiye etmiştir[24].

Venedik Komisyonu, 1990 yılından bu yana, ülkelerde Cumhurbaşkanı'nın iktidarda kalmasını güvence altına almak için olağan değişiklik usullerini aşmak amacıyla yürütme tarafından referandumların düzenlendiğine birçok kez tanık olmuştur[25]. Bu nedenle Venedik Komisyonu, parlamentoda nitelikli çoğunluk oyuyla kabul edilmediği sürece anayasa değişikliği usullerine ilişkin olarak referandumun kullanılması konusunda oldukça tereddütlüdür.

4. Değiştirilemezlik

Rapor, demokratik bir ülkede en temel ilkelerde bile değişiklik yapılmasına ilişkin açık tartışmaya olanak tanınması gerektiğini savunmaktadır. Venedik Komisyonu, hükümlerin değiştirilemez şekilde tesis edilmesi yerine değişiklik usullerinde suistimale karşı kendiliğinden bir güvence sağlayacak olan katı bir yaklaşımın benimsenmesini tercih etmektedir[26]. Rapor, mutlak yerleşikliğin uygulamada hiçbir zaman mutlak kalamayacağını[27] ve değiştirilemez hükümlerin veya ilkelerin bile zaman içerisinde şartlar tam anlamıyla değiştiğinde veya siyasi baskı aşırı bir seviyeye ulaştığında değiştirileceğini savunmaktadır. Bu nedenle, değiştirilemezlik ile güvence altına alınan ilke ve kavramlar bile dinamik yoruma bir dereceye kadar açık olmalıdır[28].

---

23 CDL-AD(2010)001, § 247.

24 CDL-AD(2010)001, § 249; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Report on Term Limits - Part I - Presidents (Süre Sınırlamaları Hakkında Rapor - Bölüm I - Başkanlar), CDL-AD(2018)010, Strasbourg, 20 March 2018, § 128.

25 Örneğin bkz. aşağıdaki Belarus ve Moldova örneklerinin yanı sıra Ukrayna.

26 CDL-AD(2010)001, § 218.

27 Bu konuda bkz. Bezemek, "olası tüm pozitif olarak yaratılmış normatif sabit koşulların ötesinde, hukuk sisteminin ortak rıza sabit ön koşulundan türeyen bir ilke olarak katılım önceden varsayılmak zorundadır; bu ön varsayım normatif dengeleme pozitif araçlarıyla aşılamaz" şeklindeki yapısal noktaya işaret etmektedir. (Bezemek, C. (2011). "Constitutional Core(s): Amendments, Entrenchments, Eternities and Beyond (Prolegomena to a Theory of Normative Volatility) (Anayasal Öz(ler): Değişiklikler, Yerleşiklikler, Değiştirilemezler ve Ötesi (Bir Normatif Değişkenlik Teorisine Prologlar))", *The Journal Jurisprudence*, C. 11., s. 457)

28 CDL-AD(2010)001, § 221.

Rapor, değiştirilemez hükümlerin genellikle meşru tarihî nedenlerden kaynaklandığını belirtmekte[29] fakat değiştirilemezliğin "dikkatle ele alınması ve yalnızca demokratik düzenin temel ilkeleri için uygulanması gereken karmaşık ve potansiyel olarak tartışmalı bir anayasal araç" olduğunu kaydetmektedir[30].

Rapor, değiştirilemez hükümler ile değiştirilemez ilkeler arasında bir ayrım yaparak bazı anayasaların değiştirilemez hükümler (örneğin Türkiye[31], Yunanistan[32], Romanya[33], Azerbaycan[34]), diğerlerinin ise değiştirilemez ilkeler içerdiğinin (örneğin Çek Cumhuriyeti[35], Fransa[36], İtalya[37], Norveç[38], Portekiz[39]) altını çizmektedir. Rapor, daha esnek olması ve "koruma altına alınmış ilkelerin temel unsurları muhafaza edildiği sürece" bazı değişikliklere imkân tanıması nedeniyle ikinci yaklaşımı desteklemektedir[40]. Değiştirilemez ilkeler, tipik olarak diğerlerinin yanında şunları içermektedir: demokratik hükûmet biçimi, cumhuriyetçilik ilkesi, federal yapı, hukukun üstünlüğü, egemenlik, toprak bütünlüğünün bölünmezliği, temel haklar ve özgürlükler.

5. Yargı denetimi[41]

2010 raporu, bazı ülkelerde mahkemelerin temel ilkelerin değiştirilmesini "anayasaya aykırı" olarak değerlendirdiğini kabul etmekle birlikte, bu sorunun her davada ulusal anayasa hukukunun yorumlanmasına bağlı olan genel bir çözümü olmadığını savunmaktadır[42].

29 CDL-AD(2010)001, § 217.

30 CDL-AD(2010)001, § 218.

31 "*Anayasa'nın 1. maddesindeki devletin şeklinin cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyet'in nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*" (Madde 4).

32 "*Anayasa'nın hükûmet şeklini parlamenter cumhuriyet olarak belirleyen hükümleri ile 2. maddesinin 1. fıkrası, 4. maddesinin 1., 4. ve 7. fıkraları, 5. maddesinin 1. ve 3. fıkraları, 13. maddesinin 1. fıkrası ve 26. maddesi hariç olmak üzere diğer hükümleri değiştirilebilir*" (Madde 110 § 1).

33 "*İşbu Anayasa'nın Romanya Devleti'nin ulusal, bağımsız, üniter ve bölünmez niteliğine, cumhuriyetçi hükûmet biçimine, toprak bütünlüğüne, yargı bağımsızlığına, siyasi çoğulculuğuna ve resmî diline ilişkin hükümleri değiştirilemez*" (Madde 148 § 1). "*Aynı şekilde, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin ve bunlara ilişkin güvencelerin ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak hiçbir değişiklik yapılamaz*" (Madde 148 § 2).

34 "*İşbu Anayasa'da, Birinci Kısım'da öngörülen hükümlere ilişkin olarak Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'na eklemeler yapılması teklif edilemez*" (Madde 158).

35 "*Demokratik bir hukuk devletinin temel gerekliliklerinde yapılacak herhangi bir değişiklik kabul edilemez*" (Madde 9 § 2).

36 "*Cumhuriyetçi hükûmet şekli hiçbir değişikliğe tabi tutulamaz*" (Madde 89, son fıkra).

37 "*Cumhuriyet'in şekli anayasa değişikliği konusu olamaz*" (Madde 139).

38 Norveç'te tüm hükümler değiştirilebilir fakat "*Ancak bu tür bir değişiklik hiçbir zaman işbu Anayasa'da yer alan ilkelerle çelişmemeli, yalnızca Anayasa'nın ruhunu değiştirmeyen belirli hükümlerin değiştirilmesine ilişkin olmalıdır...*" (Madde 121).

39 Anayasa'nın 288. maddesi aşağıda sunulmaktadır.

40 CDL-AD(2010)001, § 209.

41 Ragone, AAAD'nin yapısının olağan anayasal denetimden farklı olduğunu zira anayasaya aykırılık kıstasının çok daha dar olduğunu, anayasanın yalnızca kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanması gereken temel unsurlarını kapsadığını ısrarla vurgulamaktadır. (Ragone, S. (2012). s. 200)

42 CDL-AD(2010)001, § 223.

Sonuç olarak rapor, bu tür bir denetim için açık hükümler öngörülmediği sürece, uluslararası standartlar ışığında değiştirilemezliğin yargı denetimine tabi tutulabilmesinden ziyade değişikliklerin açık bir şekilde müzakere edilmesini ve kamuoyunda tartışılmasını tercih etmektedir[43]. Venedik Komisyonuna göre, temel ilkelerin, yargısal yaptırım olmasa bile, kurucu iktidar üzerinde bağlayıcı olmayan hukuk şeklinde kısıtlayıcı bir etkisi olabilir[44].

Komisyon, incelenen ülkelerin hemen hepsinde anayasa değişikliği usullerinin olağan mevzuat hükümlerinde değişiklik yapılmasına ilişkin usullerden çok daha katı olduğunu ve genellikle değişikliklerin kabulü için nitelikli çoğunluk aranması, ek süre tanınması ve bazen yeni seçimler veya halk oylaması (referandum) düzenlenmesi gibi usulleri kapsadığını belirtmektedir. Bu gereklilikler normalde suistimale karşı bir güvence teşkil edecektir. Bu usuller, kabul edilen anayasa değişiklikleri açısından güçlü bir demokratik meşruiyet sağlamaktadır ve bir mahkemenin bu tür bir değişikliği iptal etmesi için oldukça çekimser bir şekilde karar vermesi gerekmektedir[45].

Sonuç olarak Venedik Komisyonu, anayasa değişikliklerinin esasa ilişkin yargısal denetiminin yalnızca açık ve yerleşik bir ulusal doktrinin esas alındığı ülkelerde uygulanması gerektiği kanaatindedir[46]. Ancak bu ülkelerde bile mahkemeler, anayasa koyucuya bir takdir payı bırakarak bu denetimi dikkatli bir şekilde gerçekleştirmelidir[47]. Bunun yanında, Komisyonun değişiklik usulünün resmî olarak denetlenmesine karşı bir itirazı bulunmamaktadır ve hatta bu tür bir denetimi kuvvetle desteklemektedir[48].

III. Seçili Ülkelerde Anayasa Değişikliklerinin Denetimi

Venedik Komisyonunun anayasa değişiklikleri hakkındaki raporu ışığında, bu çalışmada anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin bazı örnekler sunulacaktır. Bazı ülkelerdeki mahkemeler anayasal denetimi reddederken (örneğin Fransa veya Macaristan), diğerleri ya anayasanın kendisinin böyle bir denetimi açıkça öngörmesi ya da mahkemelerin anayasada tesis edilen bir iç hiyerarşi ile karşılaşarak kendilerini bir üst kademeye göre denetim yapmaya yetkili görmesi nedeniyle anayasal denetimi benimsemiştir.

Bu örneklere değinmeden önce, değiştirilemez hükümler içeren tüm anayasaların yargı denetimine tabi tutulmadığını belirtmekte yarar vardır. Örneğin Portekiz Anayasası'nın 288. maddesi, bir anayasa değişikliğinin "uyması gereken" 14 ilkeden oluşan ayrıntılı bir listeyi güvence altına almakta olup

43 CDL-AD(2010)001, § 224.
44 CDL-AD(2010)001, § 226.
45 CDL-AD(2010)001, § 234.
46 Ayrıca bkz. daha yakın tarihli CDL-AD(2018)010, § 130.
47 CDL-AD(2010)001, § 235.
48 CDL-AD(2010)001, § 237.

bu ilkeler arasında ulusal bağımsızlık, devletin birliği, vatandaşların hakları ve özgürlükleri ile Azor ve Madeira takımadalarının siyasi ve idari özerkliği yer almaktadır. Fakat bu hükümler, şimdiye kadar yedi kez gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinden herhangi birine itiraz etmek için kullanılmamıştır.

Aşağıdaki örnekler yalnızca gösterge niteliğindedir ve eksiksiz bir genel bakış sunmayı amaçlamamaktadır.

A. Anayasal Denetimi Reddeden Ülke Örnekleri

1. Fransa

Fransız Anayasası'nın 89. maddesi, cumhuriyetçilik ilkesinin değişikliğe tabi tutulamayacağını öngörerek anayasal bir hiyerarşi oluştursa da Fransız Anayasa Konseyi, 1962 yılında, *"Anayasa Konseyinin yetkisinin Anayasa ile katı bir şekilde sınırlandırıldığı gözönünde bulundurulduğunda […] Anayasa Konseyinden bu metinlerin öngördüğü sınırlı sayıdaki konu haricinde hüküm vermesi talep edilemez"* kararıyla anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini yapmayı reddetmiştir[49]. Anayasa Konseyi bu görüşünü daha sonraki kararlarında da tekrarlamıştır[50]. Konsey kararlarında gerekçe olarak anayasa değişikliklerinin denetiminin kapsamlı yetki listesinde yer almadığını belirtmesinin yanında ayrıca anayasa koyucunun egemen olduğunu, bu nedenle anayasa değişikliklerinin başka organların incelemesine tabi olamayacağını öne sürmüştür[51].

6. Macaristan

Macaristan Anayasa Mahkemesi pek çok kararında anayasa değişikliklerini incelemeye yetkili olmadığına hükmetmiştir. Bu davalar arasında muhtemelen en ilginci, Mahkemenin yargı yetkisinin önemli bir kısmını ortadan kaldırmasını öngören bir değişiklikle ilgili olan davadır.

Bir kanunun anayasaya uygunluğunu incelediği daha önceki bir davada Anayasa Mahkemesi, kamu sektöründeki kıdem tazminatlarına uygulanan yüzde 98 oranındaki vergiyi anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Gelen çoğunluk bu vergiyi geriye dönük olarak bir önceki yıl yapılan tüm ödemelere yansıtmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu hükmü genel hükümler düzeyinde iptal etmesinin ardından, Parlamentoda üçte iki çoğunluğa sahip hükûmet Anayasa'yı değiştirerek bütçe ve vergi politikalarına ilişkin tüm mevzuatı Anayasa Mahkemesinin yetki alanından çıkarmıştır. Böylece, bütün

49 Fransız Anayasa Konseyi, 1962-20DC sayılı ve 6 Kasım 1962 tarihli karar.

50 Örn. Fransız Anayasa Konseyi, 2003-469DC sayılı ve 26 Mart 2003 tarihli karar.

51 Fransız Anayasa Konseyi, 92-312 sayılı ve 2 Eylül 1992 tarihli karar, § 34: "Yukarıda belirtilen sınırlar dâhilinde, kurucu iktidarın egemen olduğunu gözönünde bulundurarak anayasal değere sahip hükümleri, uygun gördüğü biçimde, yürürlükten kaldırma, değiştirme veya bunlara ekleme yapma hakkına sahiptir".

bir mevzuat grubu anayasal denetimin dışında bırakılmıştır[52]. Aynı anayasa değişikliğiyle anayasaya aykırı bulunan yüzde 98 oranındaki vergiye ilişkin hükümler de yeniden yürürlüğe konmuş ve hatta geriye dönük uygulama süresi bir yıldan beş yıla çıkarılmıştır.

Mahkeme, bu anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olduğunu iddia eden çeşitli başvuruları değerlendirmek durumunda kalmıştır. Ancak Mahkeme, değişikliği incelemeye yetkili olmadığına ve bu nedenle yargı yetkisinin daralmasına karşı kendisini savunamayacağına karar vermiştir[53]. Aslında Macar Anayasası [Bu sırada yerini yeni Anayasa (Temel Kanun) almıştır] anayasa değişikliklerinin ne usul ne de esas bakımından denetiminin yapılmasını öngörmekteydi ve bunun yanında açık bir iç hiyerarşi de içermemekteydi. Nitekim Macaristan Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin olmadığına zaten iki kez hükmetmişti[54].

Halmai, tutarsız bulduğu bu kararı eleştirmektedir[55]. Mahkemenin değişikliğin meşruiyetine ilişkin bir dizi sorun (hızlandırılmış usule başvurulması, özellikle Anayasa Mahkemesi ile istişarelerin yapılmaması) tespit ettiğine ve usulün "demokratik hukuk devletinin gereklerini tam olarak karşılamadığı" kanaatine vardığına dikkat çekmektedir. Mahkeme, anayasa değişikliği usulünün şeklen izlenmiş olduğu sonucuna varmıştır. Halmai, Mahkemenin bu şekilde usul denetiminin yapılması için açık bir kapı bırakmasına karşın (usule ilişkin bir ihlal bulmasa dahi), neden bir adım daha ileri giderek söz konusu değişikliği esas yönünden de denetime tabi tutmadığını sorgulamaktadır. Bu konu iki muhalif görüş kapsamında ele alınmıştır. Bir hâkim usul denetiminin dahi yapılmaması gerektiğini savunurken, bir diğeri hem usul hem esas yönünden denetim yapılması gerektiğini belirtmiştir[56].

---

52 Venedik Komisyonu bu durumu bazı görüşlerinde eleştirmiştir: European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary, CDL-AD(2011)001, Strasbourg, 28 March 2011; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the new Constitution of Hungary, CDL-AD(2011)016, Strasbourg, 20 June 2011; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on Act CLI of 2011 on the Constitutional Court of Hungary, CDL-AD(2012)009, Strasbourg, 19 June 2012; European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, CDL-AD(2013)012, Strasbourg, 17 June 2013.

53 Macaristan Anayasa Mahkemesi, 61/2011 sayılı karar, VII. 13.

54 Macaristan Anayasa Mahkemesi, 3/1990, sayılı karar, III. 4 ve Macaristan Anayasa Mahkemesi, 23/1994 sayılı karar, IV. 29.

55 Halmai, G. (2012). "Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Anayasa'nın Koruyucuları Olarak Anayasa Mahkemeleri)", *Constellations (An International Journal of Critical and Democratic Theory)*, C. 19., S. 2.

56 Macaristan Anayasa Mahkemesi, 61/2011 sayılı karar, Yargıç András Bragyova'nın muhalif görüşü.

Kısa bir süre sonra Anayasa Mahkemesi, bir anayasa hükmünü iptal etmiş[57] ancak söz konusu iptalin gerekçesini esastan ziyade şekle dayandırmıştır. Yeni Anayasa'nın kabul edilmesinin akabinde, Parlamento anayasal kanun olarak, kanunun adının aksine yalnızca geçici hükümler değil, aynı zamanda kalıcı hükümler de içeren "Anayasa'ya Geçiş Hükümleri" adlı ayrı bir mevzuatı kabul etmiştir. Mahkeme bu hükümleri iptal etmiştir.

Hein[58] bu davayı, bir Avrupa anayasa mahkemesinin bir anayasa değişikliğini "yargısal olarak ölçülü biçimde" geçersiz kıldığı birkaç dava arasında saymaktadır. Hein, anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığı ile ilgili 154 Avrupa kararını incelemiştir. Bu kararlar arasından, ilgili anayasa değişikliklerini tamamen (26) veya kısmen (18) iptal eden 44 karar tespit etmiştir. Hein, Avrupa mahkemelerinin bu kararları "ağırlıklı olarak demokrasi karşıtı, yargısal yönden aktivist bir tutumla" aldığı sonucuna varmıştır. Bu bağlamda Hein, anayasa değişikliklerinin ancak (a) usulen geçersiz, (b) uluslararası hukukla çelişen veya (c) açık değiştirilemezlik/yerleşiklik hükümlerini ihlal eden değişiklikler olması durumunda iptal edilmesinin ("Yargısal yönden kendini kısıtlamayı" kastetmektedir.) kabul edilebilir olduğu görüşündedir. Bir anayasanın "temel yapı doktrini" gibi üstü kapalı değiştirilemez ilkeleri veya özellikleri "yargısal aktivizm" [59] anlamına gelir ve demokratik meşruiyetten yoksundur. Hein, mahkemelerin bu ölçütleri karşılayan değişiklikleri geçersiz kılmadıklarında da aktivist olabileceklerinin altını çizmektedir. Ayrıca anayasalarda yerleşik hükümlerin sayısının artması nedeniyle anayasal değişikliklerin iptal edilmesinin zaman içerisinde önemli ölçüde arttığını ortaya koymaktadır. Anayasa mahkemelerinin "demokratik anayasal düzeni ciddi ihlallerden koruyan son aktörler" olarak rol aldığı yalnızca üç dava (Avusturya, Çek Cumhuriyeti ve Macaristan) tespit etmiştir (İlgili anayasa değişikliklerinin henüz kabul edilmemiş olmasından ötürü önleyici (*a priori*) denetim usulü bu değerlendirme dışında tutulmuştur).

Yargının ve yargılamayı gerçekleştiren anayasa mahkemesi veya yüksek mahkemenin kendi ayrıcalıklarını korumak için AAAD'nin (kötüye) kullanılması olasılığının dikkat gerektirdiğini ve gerçek bir tehlike teşkil ettiğini dü-

57 Macaristan Anayasa Mahkemesi, 45/2011 sayılı karar, XII. 29.

58 Hein, M. (2020). The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe (En Az Tehlikeli Alan Mı? Avrupa'da Anayasa Değişikliklerinin Anayasal Denetimi), içinde Belov, M. (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*. (ss. 187-206), Abingdon: Routledge.

59 Kabul edilemez kararları ifade etmek için "yargısal aktivizm" teriminin kullanılması bu bağlamda uygun değildir; örneğin bkz. Tanchev, E. (2016). Judicial Activism Revisited or Constitutional Court Between Negative and Positive Legislator, içinde *Judicial Activism of Constitutional Court in a Democratic State (Demokratik Bir Devlette Anayasa Mahkemelerinin Yargısal Aktivizmi)*, Riga, 26-27 Mayıs 2016: "*Bir anayasa mahkemesinin belirli alanlarda, özellikle de belirli hakların korunmasında, aktivist bir tutum benimsemesi ve bunu diğer alanlarda daha ölçülü bir tutumla birleştirmesi daha doğaldır.*"

şünüyorum. Ancak bu sorunun çözümü, anayasada bir iç hiyerarşinin açıkça öngörüldüğü ve anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin yerleşik bir uygulamanın bulunduğu durumlar da dâhil olmak üzere, anayasa değişikliklerinin denetiminin tamamen reddedilmesinde aranamaz. Çözüm ancak tespitlerin neden mahkemeye yönelik ayrıcalıkların savunulmasıyla ilgili olmayıp temel kuvvetler ayrılığı meseleleriyle ilgili olduğunu ortaya koyma yükümlülüğüne sahip olan mahkemenin ölçülü karar alabilmesinde aranabilir.

B. Anayasa Değişikliklerinin Anayasal Denetime Tabi Tutulduğu Ülke Örnekleri

Almanya[60] ve Türkiye'ye[61] ilişkin önemli örneklerin literatürde geniş ölçüde ele alındığını gözönünde bulundurarak diğer ülkelerdeki bu tür denetimlerin muhtemelen daha az bilinen ancak yine de ilgi çekici örnekleri bu çalışmada ele alınmaktadır.

---

60 Alman Anayasası'nın 79 § 3 maddesi şu hükmü içermektedir: *"Federasyonun eyaletlere (Länder) bölünmesini, eyaletlerin yasama sürecine ilke olarak katılımını veya 1. madde [insan onuru] ve 20. maddede [demokratik ve sosyal federal devlet ve hukukun üstünlüğü] belirtilen ilkeleri etkileyen bu Anayasa kapsamında yapılacak değişiklikler kabul edilemez."* Bu hükümler hakkında bkz. Ehmke, H. (1953). *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin: De Gruyter; açık bir yetkisi olmamakla birlikte doktrin tarafından desteklenmektedir. (birçoğu için bkz. Badura, P. (1992). Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, içinde Isensee, J. ve Kirchhof, P. (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, VII*, § 29) Federal Alman Anayasa Mahkemesi kendisini bu sınırlamalar çerçevesinde anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili görmektedir (Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları: BVerfGE 1, 14 (1951); BVerfGE 3, 225 (1953); BVerfGE 4, 157 (1955); BVerfGE 30, 1 (1970); BVerfGE 34, 9 – (1972); BVerfGE 84, 90 (1991); BVerfGE 87, 181 (1992); 89, BVerfGE 155 (1993); BVerfGE 94, 12 (1996); BVerfGE 94, 49 (1996); BVerfGE 95, 48 (1996); BVerfGE 102, 370 (2000); BVerfGE 109, 279 (2004); BVerfGE 113, 273 (2005); BVerfGE 123, 267 (2009). Ancak Mahkeme, henüz Anayasa'nın 79 § 3 maddesini ihlal eden bir anayasa değişikliği tespit etmemiştir. 1970 tarihli gizli dinleme davasında Mahkeme, 1. ve 20. maddelerde yer alan değiştirilemez ilkelerin anayasa değişikliğine tabi tutulamayacağına ancak bu ilkelerin uygulanma biçiminin sisteme içkin bir şekilde değiştirilebileceğine karar vererek anayasa koyucuya belli ölçüde hareket alanı tanımıştır.

61 Anayasa'nın 4. maddesi, 1, 2 ve 3. maddelerin değiştirilemeyeceğini belirtmektedir. Bu maddeler, devletin üniter ve laik yapısı dâhil olmak üzere bir dizi ilkeyi kapsamaktadır. Anayasa, Mahkemeyi açıkça anayasa değişikliklerini yalnızca usul yönünden denetlemekle sınırlandırmış olsa da (*"Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler"* (Madde 148 § 1)), Anayasa Mahkemesi anayasa değişiklikleri üzerinde hem esas hem de usul yönünden denetim yapmıştır. AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi, üniversitelerde başörtüsü takılmasına olanak tanıyan bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Mahkeme, bu değişikliğin Türk Devleti'nin laik niteliğine ilişkin 2. maddeyi ihlal ettiğine kanaat getirmiştir. Pek çok kişi bu kararın Anayasa'nın 148. maddesini ihlal ettiğini değerlendirmiştir. (Özbudun, E. (2009). "Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey (Türkiye'deki Anayasal Değişikliklerin Yargı Denetimine Tabi Tutulması)", *European Public Law*, C. 15., S. 4.; Roznai, Y. ve Yolcu, S. (2012). "An unconstitutional constitutional amendment – The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision (Anayasaya Aykırı Bir Anayasa Değişikliği - Türkiye Perspektifi: Türk Anayasa Mahkemesinin Başörtüsü Kararına İlişkin Bir Yorum)", *International Journal of Constitutional Law*, C. 10., S. 1.)

1. Avusturya

Avusturya Anayasası'nın 44 § 3 maddesi, temel anayasal ilkelerle çelişen anayasa değişikliklerinin Parlamentoda üçte iki oranında çoğunluğa ek olarak referandumla kabul edilmesini gerektirmektedir. 44 § 3 madde temel ilkeleri belirtmemekle birlikte doktrin, genellikle demokrasiye, cumhuriyetçilik ilkesine, federalizme, hukukun üstünlüğüne ve özgürlüğe (yani insan haklarına) atıfta bulunmaktadır.

Mahkeme, G 12/00, G 48-51/00 sayılı ve 11 Ekim 2001 tarihli kararında, Federal İhale Kanunu'nun 126 (a) maddesinde yapılan ve 1 Ocak 2001'de yürürlükte olan ve kamu ihalelerinin sonuçlandırılmasını denetlemek üzere kurulan organların teşkilatlanmasına ve yargı yetkisine ilişkin tüm federal eyalet (*Länder*) kanunlarının federal anayasa hukukuna aykırı olmadığının kabul edilmesini öngören bir değişikliğin anayasal nitelikte olduğuna kanaat getirmiştir. Bu geçici (*ad hoc*) anayasa değişikliği, böylece, bir dizi olağan kanun hükmünü açıkça "anayasal" olarak ilan etmiştir. Parlamento bu organları kuran hükümlerin anayasaya aykırı ilan edilmesini önlemek amacıyla söz konusu anayasa değişikliğini kabul ettiği sırada, bu hükümlerin anayasaya uygunluğuna karşı açılan çok sayıda dava Mahkeme nezdinde derdest bulunmaktaydı. Mahkeme, anayasa değişikliği yoluyla anayasal denetimden kaçınma girişiminin Anayasa'nın normatif gücünü ve standart belirleme işlevini ortadan kaldırdığına ve bu durumun 44 § 3 madde ile güvence altına alınmış olan hukukun üstünlüğü ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Avusturya Anayasası, farklı değişiklik usulleri öngörerek bir iç hiyerarşi oluşturmakta ancak Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme konusunda açık bir yetki tanımamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu hükümleri, bir anayasa değişikliğinin, özel değişiklik usulünün öngörüldüğü ancak Anayasa'da yer verilmeyen ilkelere uygun olup olmadığını esas yönünden değerlendirme yetkisini tesis etmek için kullanmıştır.

7. Belarus

Belarus Anayasa Mahkemesi J-43/96 sayılı ve 4 Kasım 1996 tarihli kararıyla anayasa değişikliklerine ilişkin usule açıklık getirmiştir. Parlamento (Yüksek Konsey) Başkanı, Mahkemeden yeni anayasa için hazırlanan iki alternatif taslağın (iki parlamento grubu ve Cumhurbaşkanı tarafından) referanduma sunulmasını öngören bir parlamento kararının anayasaya uygunluğunu denetlemesini talep etmiştir.

Mahkeme, Anayasa'da referandum yoluyla belirli değişikliklerin yapılabileceğine ancak bu referandum usulünün Anayasa'nın tamamen değiştirilmesi açısından uygulanabilir olmadığına karar vermiştir. Bu bağlamda, Anayasa'nın tamamen değiştirilmesi yetkisi Yüksek Konseye aitti ve referandum mümkün olmakla birlikte yalnızca istişari bir nitelikteydi.

Parlamento Başkanı'nın talebi üzerine Venedik Komisyonu, her iki taslağın da asgari demokratik standartları karşılamadığını tespit ettiği bir görüş sunmuş ve yetkilileri Mahkemenin kararına uymaya davet etmiştir (CLD-INF(1996)008).

Cumhurbaşkanı referandum çağrısında bulunmuş ve referandum, Cumhurbaşkanı'na daha güçlü yetkiler tanıyan, kendisinin teklif ettiği taslak lehine sonuçlanmıştır. Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesinin kararına karşın, kanun taslağını yürürlüğe koymuştur. Mahkeme üyelerinin çoğu istifa etmiş ve yeni Anayasa'ya göre yeniden oluşturulan Mahkeme de önceki kararı iptal etmiştir.

Böylece Anayasa Mahkemesi, öngörülen değişiklik usulünün (Parlamentoda oylama yapılmaksızın referandumla değişiklik yapılması usulü) anayasaya aykırı olduğunu tespit etmiştir. Ancak Cumhurbaşkanı bu kararı yok saymıştır. Sonuç olarak Belarus'un Avrupa Konseyine üyeliği askıya alınmıştır[62].

8. Bulgaristan

Bulgaristan Anayasası bir iç hiyerarşi düzeninin kurulmasını öngörmektedir. Anayasa'nın 153. maddesinde, köklü anayasa değişiklikleri için özel olarak seçilen ve söz konusu görevler yerine getirildiğinde görevi sona eren Büyük Ulusal Meclisin (BUM) yetki alanına giren belirli hükümler dışında, anayasa değişiklikleri yapabilecek kurumun "olağan" Ulusal Meclis olduğu belirtilmektedir. BUM, yeni bir anayasanın kabul edilmesi, yetki alanı değişikliği ve "devlet teşkilatı ve hükûmet şekline ilişkin değişikler" hakkında karar verme yetkisine sahiptir[63].

Mahkeme, 06/06 sayılı ve 13 Eylül 2006 tarihli kararında Anayasa'nın 129 § 4 maddesinde yapılan ve resmî yükümlülüklerini ciddi şekilde ihlal etmeleri veya yargının itibarını zedeleyebilecek eylemlerde bulunmaları hâlinde Yüksek Mahkeme başkanı ve Cumhuriyet başsavcısının, yalnızca Yüksek Yargı Konseyi tarafından değil aynı zamanda Meclisin üçte ikilik çoğunluğunun talebi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından da görevden alınabilmesini öngören değişikliğin anayasaya uygunluğunu denetlemek durumunda kalmıştır. Mahkeme, ilgili değişikliğin devlet teşkilatında ve hükûmet şeklinde değişikliğe yol açtığına kanaat getirmiş, dolayısıyla (olağan) Ulusal Meclis tarafından değil BUM tarafından kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

62 Belarus, idam cezasını hâlen uygulamakta olduğu için pan-Avrupa kuruluşu Avrupa Konseyine üye olamamıştır. Belarus, kısa süre önce, Rusya'nın Ukrayna'ya karşı sürdürdüğü savaşı desteklemiştir.

63 Anayasa'nın doğrudan etkisine ilişkin maddelerdeki değişikliklerin yanında uluslararası antlaşmaların iç hukuktan önce gelmesi, vatandaşlık haklarının devredilemezliği, olağanüstü hâllerde ya da savaş hâlinde hakların korunması ve anayasa değişikliklerine ilişkin bölümde değişiklikler yapılmıştır.

Mahkeme, 07/05 sayılı ve 1 Eylül 2005 tarihli daha önce verdiği bir başka kararında ise, söz konusu değişiklik taslağının[64] olağan Ulusal Meclisin yetkisi dâhilinde olabilmek için fazla geniş kapsamlı olduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde, 03/04 sayılı ve 5 Temmuz 2004 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi, Avrupa Birliği'ne katılımın yalnızca BUM tarafından değil, olağan Ulusal Meclis tarafından da onaylanabileceğini tespit etmiştir.

Bulgaristan örneğinde Anayasa, bazı anayasa değişikliklerine ilişkin yetkiyi BUM'a vererek Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenen bir iç hiyerarşi oluşturmaktadır. Anayasa mahkemelerinin AAAD hükümlerinin yorumlanmasında her zaman tutarlı olmadığını söylemek mümkündür.

9. Çek Cumhuriyeti

Çek Cumhuriyeti'nin oldukça katı bir "temel anayasası" vardır. Anayasa'nın 9 § 1 maddesi Anayasa'nın yalnızca anayasal kanunların kabulü yoluyla değiştirilebileceğini öngörmektedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yönünde açık bir yetki tanınmamıştır. Ancak Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Pl. US 27/09 sayılı ve 10 Eylül 2009 tarihli kararı ile, Temsilciler Meclisinin görev süresinin kısaltılmasını öngören 195/2009 sayılı anayasal kanunu iptal etmiştir. Söz konusu anayasal kanun bir hükûmet krizinin çözülebilmesi için kabul edilmişti. Bu kararda, Mahkeme, Anayasa'nın 87 § 1 (a) maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmesi öngörülen anayasal denetimin konusunu tanımlayan "kanun" (statute) ibaresinin anayasa değişikliklerini de kapsadığına hükmetmiştir. Böylece Mahkeme, değişikliğin Anayasa'nın "demokratik hukuk devletinin temel gereklilikleri kapsamında herhangi bir değişiklik yapılamayacağını" öngörerek anayasa değişikliklerini sınırlandıran 9 § 2 maddesini ihlal edip etmediğini denetleme yetkisini tesis etmiştir. Mahkeme, 9 § 2 maddesinin yalnızca bir bildirge olmadığını, normatif sonuçlar doğuran bir anayasal hüküm olduğunu vurgulamıştır.

Mahkemeye göre, yalnızca tek bir olay ve belirli bir durum özelinde bir defaya mahsus olmak üzere uygulanan anayasal değişiklikler, yasamanın genelliği ilkesiyle çelişmektedir. Bu tür kanunlar ancak savaş veya doğal afet gibi oldukça istisnai durumlarda kabul edilebilir olup Anayasa'nın bir parçası olamazlar. Buna ek olarak, Mahkemeye göre, söz konusu değişiklik, kurulmasından sonra Temsilciler Meclisinin görev süresini kısaltması ve dolayısıyla aktif ve pasif oy haklarını geriye dönük şekilde etkilemesi nedeniyle kanunların geriye yürümezliği ilkesini de ihlal etmiştir.

Roznai, her ne kadar anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasının yüksek mahkemelerin yetkileri arasında olduğunu öne

64 Diğerlerinin yanında, Savcılığın geniş kapsamlı genel yetkilerinin sınırlanması ya da hem yargı hem de parlamento üyelerinin Parlamentoda üçte ikilik çoğunlukla seçilmesi.

sürse de (aşağıya bakınız), meclisin görev süresini kısaltan bu değişiklikle "anayasal kimliğin" ihlal edilmediği kanaatindedir ve dolayısıyla bu karara katılmamaktadır[65]. Ancak, Halmai ise bu değişikliğin hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlaline neden olduğunu savunmaktadır: *"Eğer bir anayasa değişikliği hukukun üstünlüğü ilkesine karşı kullanılabiliyorsa, bu yeterli olacaktır. Anayasal kimliğin zarar görme ihtimalinin olması, bu davanın incelenmesi için çok yüksek bir standart teşkil etmektedir."*[66]

Çek Cumhuriyeti Anayasası, demokratik bir hukuk devletinin temel gerekliliklerine ilişkin maddelerde değişiklik yapılmasını olanaksız kılarak anayasa maddeleri arasında bir iç hiyerarşi oluşturmuştur. Bu hiyerarşi ise Anayasa Mahkemesinin değişikliği esas yönünden incelemesini mümkün kılmıştır. Kabul edilebilirliğe ilişkin olarak ise Mahkeme, söz konusu değişiklikleri denetlemeye yetkili olduğu bir "kanun" olarak değerlendirdiğinden bu bağlamdaki yetkisini tesis etmiştir.

10. Kosova

Kosova Anayasası'nın 113. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, önerilen anayasa değişikliklerinin bağlayıcı uluslararası anlaşmalar ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmekte ve benimsenen usulün anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. 144. madde, anayasa değişikliklerinin ancak Meclis Başkanı'nın Anayasa Mahkemesine başvurarak önerilen değişikliğin Anayasa kapsamında güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden herhangi birini kısıtlayıp kısıtlamadığı hususunda Mahkemece yapılacak ön değerlendirmenin ardından Meclis tarafından kabul edilebileceğini öngörmektedir.

Meclis Başkanı'nın talebi üzerine Anayasa Mahkemesi, KO 13/15 sayılı ve 16 Mart 2015 tarihli kararında hükûmetin oluşumunda (en az yüzde 40 oranında) bir cinsiyet kotası öngören anayasa değişikliği taslağının anayasaya aykırı olduğuna çünkü cinsiyet kotalarının diğer anayasaların bir parçası olmadığına, pozitif ayrımcılığın doğası gereği geçici olduğuna ve bir denge kurulana kadar sürdüğüne, bu nedenle kalıcı nitelikte olan anayasanın bir parçası olmaması gerektiğine hükmetmiştir. Her hâlükârda, hükûmete olan güvenini ifade ederken cinsiyet eşitliğini sağlama görevi Meclise ait olmuştur.

Kosova örneğinde, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri kabul edilmeden önce denetim yapılabilmesi için açık bir önleyici denetim meka-

65 Roznai, Y. (2014). "Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on the Czech Constitutional Court's Declarations of Unconstitutional Constitutional Act (Anayasa Değişikliklerine İlişkin Yasama Teorisi Sınırlamaları: Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Anayasaya Aykırı Anayasal Kanunlara İlişkin Beyannamesi)", *Vienna Journal on International Constitutional Law (ICL Journal)*, C. 8., S. 1., s. 51.

66 Halmai, G. (2016). "Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective (Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Karşılaştırmalı Perspektiften Yeni Anayasalar)", *Wake Forest Law Review*, C. 13., S. 38., s. 114.

nizması geliştirdiği gözlemlenmektedir. Bu şekilde, Mahkemenin Meclisin nitelikli çoğunluğunun iradesine karşı hüküm vermesi sorunu ortadan kalkmaktadır.

11. Moldova Cumhuriyeti

Moldova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 75, 141 § 2 ve 143. maddelerinin yorumlanmasına ilişkin 57 sayılı ve 3 Kasım 1999 tarihli kararında anayasa değişiklikleri için öngörülen usulü açıklığa kavuşturmuştur. Bir grup milletvekili bu hükümlerin yorumlanması için Mahkemeye başvurmuştur. Esas itibarıyla Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'da referandum yoluyla değişik yapılması usulüne başvurulduğunda söz konusu usulün başlangıcı ile referandumun yapıldığı gün arasında altı aylık bir süre olmasının gerekli olup olmadığını ve Cumhurbaşkanı'nın anayasa değişikliği için referandum çağrısında bulunma yetkisinin bulunup bulunmadığını sormuştur.

Mahkeme, tüm anayasa değişiklikleri için Anayasa'nın 141 ila 143. maddelerine uyulması gerektiğine hükmetmiştir. Bu hükümler arasında yer alan 141 § 2 madde, bir anayasa değişikliği taslağının ancak Anayasa Mahkemesinin altı üyesinden en az dördünün onaylamasının ardından Meclise sunulabileceğini ve bu durumun Cumhurbaşkanı tarafından öne sürülen teklifler için de geçerli olduğunu öngörmektedir.

Cumhurbaşkanı anayasa değişikliği teklifinde bulunabilirken (bu durum hâlihazırda değişmiştir), Anayasa'yı ancak Meclis değiştirebilir. Anayasa değişikliği, teklifin sunulmasından ancak altı ay sonra kabul edilebilir. Cumhurbaşkanı doğrudan referandum çağrısında bulunarak bu süre sınırından kaçınamaz[67]. Anayasa değişiklikleri esas yönünden devletin demokratik değerlerini gözetmeli ve temel hakları baskılamamalıdır. Devletin egemenliği, bağımsızlığı, birliği ile ülkenin daimî tarafsızlığına ilişkin hükümler yalnızca referandum yoluyla değiştirilebilir. Ayrıca olağanüstü hâl veya sıkıyönetim sırasında anayasa değiştirilemez.

Kosova'da olduğu gibi Moldova'da da Anayasa Mahkemesine açık yetki tanınarak anayasa değişiklikleri esas yönünden önleyici bir denetime tabi tutulmaktadır. Tüm anayasa değişikliği taslaklarının hayata geçirilebilmesi için Mahkeme üyelerinin üçte ikilik çoğunluğu sağlanmak zorundadır.

67 Cumhurbaşkanı'nın "istişari anayasa referandumu" başlatma hakkına ilişkin Anayasa Mahkemesinin içtihadının bir değerlendirmesi için bkz. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Republic of Moldova - Opinion on the proposal by the President of the Republic to expand the President's powers to dissolve Parliament (Moldova Cumhuriyeti – Cumhurbaşkanı'nın Parlamentoyu feshetme yetkisini genişletme teklifine ilişkin görüş), CDL-AD(2017)014, Strasbourg, 19 June 2017.

12. Romanya

Romanya Anayasası'nın 146 (a) maddesi uyarınca, Romanya Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerine yönelik girişimler temelinde resen karar verme yetkisine sahiptir. Mahkeme, bu yetkisini 799/2011 sayılı ve 17 Haziran 2011 tarihli kararında kullanarak bir anayasa değişikliği taslağını kısmen hükümsüz kılmıştır. Hükümlerin çoğu anayasaya uygun bulunmuşken Mahkeme üç kısmı iptal etmiştir: (a) Anayasa'nın 44 § 8 maddesinin ikinci cümlesinin kaldırılması: *"Kanuna uygun olarak edinilmiş varlıklara el konulamaz. Edinimin kanuna uygun olduğu varsayılır."* Mahkeme, bu ibarenin mülkiyet hakkı güvencesini ortadan kaldıracağına hükmetmiştir. (b) Anayasa'nın 126. maddesinde değişiklik yapılması. Mahkeme, Anayasa'nın 126. maddesinde yapılması öngörülen ve hükûmetin mali ve bütçe politikalarının idari işlemlere ilişkin yargı denetimine tabi tutulamayacağını ortaya koyan değişikliğin Anayasa'nın üstünlüğü ve adalete erişim ilkelerinin yanı sıra Anayasa'nın vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin baskılanmasıyla sonuçlanan anayasal hükümlerin değiştirilmesini yasaklayan 152 § 2 maddesine aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. (c) Yüksek Yargı Konseyinin yapısını değiştiren bir değişiklik yapılması. Bu değişiklik taslağı, Yüksek Yargı Konseyinin yapısının değiştirilmesini ve Konsey içerisindeki sivil toplum temsilcilerinin sayısının Meclis ve Cumhurbaşkanı tarafından artırılmasını öngörmekte olup diğer anayasal güçlerin yargının faaliyetlerine yönelik bir müdahalesi olarak değerlendirilmiştir.

Romanya'da Mahkeme anayasa değişikliklerini denetlemek için yalnızca açık bir yetkiye değil, aynı zamanda resen hareket etme hakkına de sahipti (Anayasa'nın 146 (a) maddesi). Anayasa'nın 152 § 2 maddesi Anayasa'nın kendi içerisinde temel hakların anayasa değişiklikleri ile kısıtlanmamasını öngören bir iç hiyerarşi kurmuştur.

Anayasa Mahkemesi tarafından resen denetim başlatılması siyasi bir hamle olarak algılanma riskini de beraberinde getirmektedir. Moldova Cumhuriyeti veya Kosova'da olduğu gibi tüm anayasa değişiklik taslaklarının zorunlu olarak denetime tabi tutulması bu riskin ortaya çıkmasını engelleyecektir.

13. Slovakya

Slovak Parlamentosu 2014 yılında hem görevdeki hâkimler hem de hâkim adayları için zorunlu güvenlik soruşturması yapılmasını öngören bir anayasa değişikliğini kabul etmiştir. Bu doğrultuda, polisin yanında askerî ve sivil istihbarat teşkilatlarından veri toplayan Ulusal Güvenlik Kurumu, Yargı Konseyine raporlar sunacak, Yargı Konseyi ise bu raporlara dayanarak görevdeki hâkimlerin görevden alınmasına veya adayların reddedilmesine karar verecekti. Bu karara karşı Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulabilecekti.

Yargı Konseyinin talebi üzerine, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu bu anayasa değişikliğini 30 Ocak 2019 tarihinde iptal etmiştir[68].

Doktrine ve yargı uygulamalarına kapsamlı şekilde atıfta bulunan Mahkeme, değiştirilemez hükümlerin genellikle otoriter rejimlerin yıkılmasından sonra kabul edildiğinin altını çizmiştir. Modern anayasalar, değerler üzerine kurulmalarından dolayı İkinci Dünya Savaşı öncesi anayasalardan farklıdır. Slovak Anayasası açıkça değiştirilemez hükümler içermese de değerler üzerine inşa edilmiş olup "zımni (örtük) sabit bir öze" sahiptir. Bu öz; yargı bağımsızlığı, hukuki kesinlik ve kanunların geriye yürümezliğini de bünyesinde barındıran hukukun üstünlüğüne ilişkin değiştirilemez yüksek ilkelerden oluşmaktadır.

Mahkeme, temel görevini anayasaya uygunluğun korunması olarak tesis etmiştir. Bu korumanın Anayasa'nın herhangi bir alanına tanınmaması hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamaması anlamına gelecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin "kanunların" anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi, anayasal kanunların/değişikliklerin anayasanın özüne uygunluğunu denetleme yetkisini de içermelidir.

Esasa ilişkin olarak Mahkeme, yargı bağımsızlığının sınırsız ve kişilere hizmet eder nitelikte olmadığını ve adaletin düzgün şekilde tecelli ettirilmesini engellememek kaydıyla bazı müdahalelere izin verilebileceğini kaydetmiştir. Görevdeki tüm hâkimlerin güvenlik soruşturmasına tabi tutulmasına ancak otoriter bir rejimin çöküşünden sonraki geçiş döneminde izin verilebilir. Böyle bir dönemin ardından görevdeki hâkimler sadece olağan ceza, hukuk ve disiplin davalarında sorumlu tutulabilir. Bunun yanında, adil yargılama gerekliliklerine dayalı dürüstlük değerlendirmeleri, yeni hâkimlerin seçilmesinde bir seçim kıstası olarak kullanılabilir.

Mahkemenin kararı; Almanya, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Litvanya ve Türkiye'deki AAAD doktrini ve içtihadının kapsamlı bir incelemesini içermekte, ayrıca Fransa ve Slovenya'daki AAAD'yi reddeden davalara da atıfta bulunmaktadır.

Özellikle doktrine ve yabancı içtihada yapılan atıflardan dolayı Slovak örneğinde karşılaştırmalı anayasa hukukunun ulusal anayasa hukuku üzerindeki kuvvetli etkileri gözlemlenebilir. Slovak Anayasası'nda açık bir iç hiyerarşi bulunmadığı hesaba katıldığında, bu karar Hindistan'daki Kesavananda Bharati kararı kadar cesur bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır.

68 Slovakya Anayasa Mahkemesi, I. ÚS 21/2014.

IV.Geniş Kapsamlı Bir Doktrin: Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri-Yaniv Roznai

Yaniv Roznai, 2017 yılında yayımlanan "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri" adlı etkileyici kitabında, tüm anayasaların anayasa değişikliği yapma yetkisine sınırlamalar getirdiğini ve mahkemelerin anayasa değişikliklerini temel anayasal ilkeler ya da daha ziyade anayasal kimlik ışığında denetleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır.

Roznai'nin çıkış noktası, asli kurucu iktidar ile tali kurucu iktidar arasındaki ayrımdır. Zira tali kurucu iktidar, anayasada değişiklikler için öngörülen hükümlere uymakla yükümlüdür. Değişiklik yapma yetkisinin ikincil (tali) niteliği, değişikliğin niteliğine ilişkin sınırlamaların temelini oluşturmaktadır. Roznai, her anayasanın kademeli bir anayasa oluşturan hükümlerin yokluğunda bile kendi anayasal kimliğini oluşturan temel ilkeleri içinde barındırdığını ifade etmektedir. İkincil nitelikte olmasından ötürü, değişiklik yapma yetkisi, geçerli bir şekilde değiştirilemeyen anayasal kimlik ile sınırlıdır.

Roznai, buradan hareketle, mahkemelerin anayasal kimliği ihlal eden anayasa değişikliklerini hükümsüz kılma yetkisine sahip olduğu bir ilke geliştirmiştir. Bu tür bir yargı yetkisinin tesis edilmesinin doktrin yönünden temelini ise kuvvetler ayrılığı ilkesi ve mahkemelerin niteliği[69] ile etkililik[70] ilkesi oluşturmaktadır.

Hatta Roznai, değişiklik yapma yetkisine sahip gücün temel amacını bu yetkinin sınırlandırılmasında görmektedir: *"Anayasa değişiklikleri, tali kurucu iktidar üzerinde bağlayıcı olan anayasal sınırları sürdürmeye yönelik bir mekanizma olarak algılanır. Bu şekilde, yargı denetimi yalnızca 'anayasanın bağlayıcılığını' değil, aynı zamanda üstünlüğünü de sağlamaktadır."*

İlginçtir ki Roznai tali kurucu iktidarın sınırlandırılmasını katı bir şekilde savunurken özellikle uluslararası hukuktan kaynaklanan sınırlamalar başta olmak üzere asli kurucu iktidar üzerinde herhangi bir sınırlamanın olmaması gerektiğinin altını çizmektedir. *"Basitçe ifade etmek gerekirse eğer anayasa üstü sınırlamalar kabul edilecek olursa, bunlar yalnızca değişiklik yapan mercii değil, asli kurucu iktidarı da sınırlandıracaktır."*[71]

---

69 "… mutlaka yargı içinde olması gerekmez, ancak aşağıdaki bölümde belirtildiği gibi, yargı sürecinin doğal bir parçasıdır." (Roznai, Y. (2017). Kindle loc. 6573) ve "kanunları uygulayanlar doğal olarak mahkemeler olup kanunun ne olduğuna da mahkemeler karar vermelidir." (a.g.e. Kindle loc. 6582).

70 "Kuvvetler ayrılığının etkili kalabilmesi için değişiklik yapma yetkisinin sınırlarını aşıp aşmadığını belirleyecek bir mekanizma gereklidir." (a.g.e. Kindle loc. 6572) ve "değişikliklerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi için yargı denetimine tabi tutulması, asli ve tali kurucu iktidarlar arasında etkili bir ayrım yapılabilmesi için elzemdir." (a.g.e. Kindle loc. 6577).

71 a.g.e. Kindle loc. 3141; Hein ise, eğer örtük ve açık değiştirilemezlik ve bunun sonucunda

Bu yaklaşımın mahkemelerin temel ilkelerin veya anayasal kimliğin ne olduğunu belirleme göreviyle ilgili olarak sorunlara yol açabileceği kanaatindeyim. Roznai, Landau ve Dixon ile beraber asli kurucu iktidar üzerinde herhangi bir sınırlamayı reddederken, temel ilkelerin veya anayasal kimliğin belirlenebilmesi için "normatif rehberler" olarak karşılaştırmalı uluslararası hukuku geliştirmekte ve anayasa değişikliklerinin diğer liberal demokratik sistemlerin uygulamaları ışığında incelenmesi çağrısında bulunmaktadır[72].

Asli kurucu iktidara ilişkin olarak Stone[73] ve Albert [74], Venedik Komisyonu raporu[75] gibi, yetkilerin tali bir kurucu iktidara devredilmesinin gerçekten de sınırlamaları beraberinde getirebileceğini ancak bunun belirli bir anayasa için geçerli olup olmadığının soyut biçimde belirlenemeyeceğini, her bir davada ayrıca ortaya konması gerektiğini ikna edici bir biçimde savunmaktadır.

Uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı anayasa hukuku, ulusal anayasaların yorumlanmasında önemli unsurlar olabilir ve olmalıdır. Bunlara atıfta bulunulması, ayrıca, anayasa değişikliklerinin denetlenmesi açısından ilave bir meşruiyet de sağlayabilir. Ancak otokrat ülkelerin sayısı artıyor olsa bile, karşılaştırmalı atıflar gerçek demokrasiler olarak kabul edilen ülkelerle sınırlı olmalıdır. Hangi ülkelerin bu kategoriye dâhil edilmesi gerektiğini belirlemek makul (ve dürüst) karşılaştırmalı hukukçuların işi olacaktır.

Örneğin Hollanda'nın asli kurucu iktidarının soyut bir anayasal kimlik inşa ettiğini ve Hollanda yüksek mahkemesinin/mahkemelerinin bu kimliğe ters düşen anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi olduğunu iddia etmek zordur. Zira Hollanda Anayasası, olağan kanunlar kapsamında anayasaya uygunluk denetiminin mahkemeler tarafından yapılmasına yönelik bir hüküm bulundurmamakla kalmayıp bunun yanı sıra Anayasa'nın 120. maddesi

---

tali kurucu iktidar üzerinde oluşan sınırlamalar kabul edilecek olursa bunun bir sonraki aşamasının anayasaların asli kurucu iktidarı, örneğin kurucu bir sözleşme aracılığıyla, lağvetmek için bir mekanizma içermesi gerektiği görüşündedir. Bu "lağvetme", anayasa mahkemelerinin örtük ve açık değiştirilemezliğin içeriğini yorumlama yetkilerine karşı (gerekli) bir denge unsuru olacaktır. (Hein, M. (2017). "Book Review: Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers (Kitap İncelemesi: Yaniv Roznai, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri. Değişiklik Yapma Yetkisinin Sınırları)", *Verfassung und Recht in Übersee*, C. 50., s. 293)

72 Landau, D., Roznai, Y. ve Dixon, R. (2018). Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America (Görev Süresi Sınırları ve Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri Doktrini: Latin Amerika'dan Dersler), içinde Baturo, A. ve Elgie, R. (Eds.), *Politics of Presidential Term Limits (Başkanlık Görev Süreleri Politikası)*, Oxford: Oxford University Press, s. 2, 13.

73 Stone, A. (2018). "Unconstitutional Constitutional Amendments: Between Contradiction and Necessity (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Çelişki ve Gereklilik Arasında)", *Melbourne Legal Studies Research Paper, no. 786*.

74 Albert, R., Nakashidze, M. ve Olcay, T. (2019). "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerine Karşı Şekilci Direnç)", *Hastings Law Journal*, C. 70., S. 3.

75 CDL-AD(2010)001, § 223.

böyle bir denetimin yapılmasını yasaklamaktadır. Anayasa'nın 120. maddesinde temel hatlarıyla "*Meclis kararlarının ve antlaşmaların anayasaya uygunluğu mahkemelerce denetlenemez*." şeklinde bir ibareye yer verilmiştir. Anayasa değişikliklerinin yargısal yönden denetiminin yapılmasının kabul edilmesi, Meclisin tam egemenliğini üstün bir değer olarak nitelendiren Hollanda anayasal kimliği ile ters düşecektir[76].

Ayrıca anayasal kimlik sabit bir unsur olmayıp anayasa ve değişiklikleriyle birlikte dönüşmelidir[77]. Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından, Letonya yeniden bağımsız bir devlet hâline geldiğinde, Letonyalı yetkililer, Birinci Dünya Savaşı'nın ardından 1918 yılında kurulan Letonya devletinin 1940-1990 yılları arasında Sovyet işgali altında olduğunu dikkate almışlardır. Dolayısıyla Letonya'da yeni bir anayasa kabul edilmemiş olup yalnızca 1922 Anayasası gözden geçirilmiştir. Ancak bu Anayasa, insan haklarına ilişkin bir bölüm içermemesi nedeniyle modern demokratik bir devletin ihtiyaçlarını tam olarak karşılayamamıştır. İnsan haklarına ilişkin ek bir bölüm (fasıl) ancak 1998 yılında eklenebilmiştir. Bugün, Bölüm 8'de ifade edildiği şekliyle, insan haklarının korunmasının Letonya Anayasası'nın ve anayasal kimliğinin temel ilkelerinden biri olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Roznai'nin de ileri sürdüğü "*Bazı değişiklikler o kadar kapsamlı veya temel niteliktedir ki ancak anayasanın tamamen değiştirilmesiyle uygulanabilirler."* savıyla AAAD'yi çok ileri götürmek anayasal istikrar bakımından bazı riskler doğurabilir[78]. Fakat bu tür bir argüman, demokrasi ve insan haklarının korunması amacıyla istikrar yaratılmasından ziyade, otokrat bir lider tarafından mevcut anayasanın öngördüğü tüm sınırlamaları ortadan kaldırmak için bir gerekçe olarak kullanılabilir çünkü lidere daha fazla yetki tanıyan değişiklikler anayasanın tamamının değiştirilmesini gerektirecek kadar önemlidir. Özellikle bu otokrat asli kurucu iktidarların uluslararası hukuk kurallarıyla sınırlandırılamaması bilhassa tehlikelidir (yukarıya bakınız).

Roznai'nin "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri" adlı kitabının temel noktası, her anayasanın korunması gereken (anayasanın tamamının değiştirilmesi gerekmediği sürece) bir "anayasal kimliğinin" olduğu fikridir. Avrupa Birliği özelinde bu husus, AB'nin üye devletlerin "bölgesel ve yerel özerk yönetimleri de kapsayacak biçimde, siyasi ve anayasal temel yapıla-

76 Ancak yüksek mahkemeler ve yüksek idare mahkemeleri, insan haklarını korumak için uluslararası hukuku ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni bir denetim standardı olarak kullanmaktadır.

77 Venedik Komisyonu Raporu, özgün anayasanın demokratik olmayan bir rejim tarafından kabul edilmesi nedeniyle bazı ciddi eksiklikler içermesi hâlinde (örneğin Doğu Avrupa'daki komünist anayasalar) köklü değişikliklerin meşru olabileceğini belirtmektedir.

78 Landau, D., Roznai, Y. ve Dixon, R. (2018). s. 3.

rında mündemiç ulusal kimliklerine" saygı göstermesini[79] öngören Avrupa Birliği Antlaşmasının 4 § 2 maddesi ışığında "anayasal kimlik" tartışması çerçevesinde değerlendirilmelidir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Lizbon kararında Anayasa'nın anayasal kimliğinin tesis edilmesi için değiştirilemez hükmü temel almış ve AB hukukunun bu anayasal sınırlamalara uyup uymadığına karar vermenin Mahkemenin görevi olduğunu ısrarla kaydetmiştir[80]. Yakın bir zamana kadar Alman Mahkemesi, AB Lizbon Antlaşması'nın bu sınırlamaları aşmadığını tespit etmiş ve diğer Avrupa mahkemeleri de iki hukuk sistemi arasında çatışmaya mahal vermemek amacıyla Anayasa'yı AB hukuku ile uyumlu bir biçimde yorumlayarak benzer şekilde[81] karar vermiştir[82]. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 5 Mayıs 2020 tarihinde, Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) Avrupa Merkez Bankasının Kamu Sektörü Satın Alma Programına ilişkin C-493/17 sayılı Weiss ve Diğerleri kararının anlaşılır olmadığı, keyfî olduğu ve Avrupa Birliği Antlaşması'nın 19 § 1 maddesi uyarınca ABAD'ın yargısal yetkisini aştığı için *ultra vires* olduğuna karar verdiğinde hiç beklenmeyen bir şey yaşanmıştır.[83] Alman Mahkemesi, Alman anayasal kimliğinin ihlal edilmediğine kanaat getirirken, ABAD kararının Anayasa'nın 20 §§ 1 ve 2 ile 79 § 3 maddeleri ile bağlantılı olarak 23 § 1 maddesinin ikinci cümlesinde belirtilen asgari demokratik meşruiyet şartını sağlamadığına hükmetmiştir. Bu karar literatürde çok fazla eleştiri almıştır, zira özellikle bazı yazarlar Macaristan ve Polonya Anayasa Mahkemelerinin Alman kararının ABAD'ı geçersiz kılmak için bir gerekçe olarak kullanılabileceği endişesine kapılmıştır[84]. Federal Anayasa Mahkemesinin bu davada Al-

79 Cloots, E. (2016). "National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU (AB'de Ulusal Kimlik, Anayasal Kimlik ve Egemenlik)", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, C. 2.; van der Schyff, G. (2016). "EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites (AB Üyesi Devletlerde Anayasal Kimlik: İki Zıt Kutup Olarak Almanya ve Hollanda'nın Karşılaştırılması)", *ZaöRV*, C. 76.

80 Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 2 BvE 2/08, 30 Haziran 2009, § 230, 235, 239-41, 332, 334, 336, 339.

81 Ayrıca bkz. İspanya Anayasa Mahkemesi, 26/2014, 13 Şubat 2014, § II.3; Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Pl ÚS 19/08, 26 Kasım 2008, § 96-108; Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Pl ÚS 29/09, 3 Kasım 2009, § 146-9. Ayrıca bkz. Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Pl ÚS 5/12, 31 Ocak 2012; Polonya Anayasa Mahkemesi, K 32/09, 24 Kasım 2010, § III.2.1.

82 Paulus, A. (2009). Germany, içinde Sloss, D. ve Jinks, D. (Eds.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (Antlaşmaların Uygulanmasında Ulusal Mahkemelerin Rolü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma)* (ss. 209-242), Cambridge: Cambridge University Press; bu bağlamda ayrıca bkz. Fransız anayasal kimliğinin, barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlık suçu işlediğinden şüphelenilen yabancılar için ikincil korumanın sınırlarına ilişkin AB hukukunun iç hukuka aktarılması dolayısıyla etkilenmediğini tespit eden Fransız Anayasa Konseyi kararı: 2010-79 QPC, 17 Aralık 2010 (Sn. Kamel D.).

83 Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 5 Mayıs 2020 tarihli İkinci Senato Kararı - 2 BvR 859/15, http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

84 Kelemen, R. D., Eeckhout, P., Fabbrini, F., Pech, L. ve Uitz, R. (2020). "National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order (Ulusal Mahkemeler ABAD Kararlarını Hükümsüz Kılamaz: AB Hukuk Düzenini Destekleyen Ortak

man anayasal kimliğine yönelik bir ihlal tespit etmemiş olması bu bağlamda önemli bir ayrıntı olarak dikkate alınmalıdır.

Roznai'nin küresel anayasal kimlik kavramına geri dönülecek olursa, bu durum akla şu soruyu getirmektedir: Korunması gereken nedir? Kapsadığı ilkeler, kuvvetler ayrılığı veya insan haklarının korunması gibi genel anayasal ilkelerle dahi ters düşebilecek olan belirli bir anayasanın kimliğinin mi korunması gerekmektedir? Yoksa AAAD'nin amacı, anayasacılık kavramının bir parçası olan uluslar aşırı ilkelerin mi korunmasıdır?

Eğer korunması gereken ikincisiyse, o zaman AAAD'yi, bir anayasanın (artık) korunmaya "layık" olmayabilecek salt ulusal kimliğinden ziyade uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka dayandırmanın daha makul olacağı kanaatindeyim.

Birbirini izleyen küçük değişiklikler yoluyla, her bir değişikliğin AAAD'yi güvence altına alma eşiğinin altında kalmasıyla bir anayasanın içi boşaltılabilir. Böyle bir anayasa ise artık anayasacılık kavramının öngördüğü standartları karşılamayabilir. Bu noktada ise "son" anayasa değişikliğinin denetiminin yalnızca bu değişiklikle mi sınırlı olması gerektiği yoksa daha önce yapılan değişikliklerle birlikte değerlendirildiğinde birikimli etkisinin mi denetimin konusunu oluşturması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Değiştirilemez hükümlerin denetime tabi tutulmasının amacı, değişikliklerin kötüye kullanılması korkusudur[85]. Bu kapsamda, Roznai de anayasa değişikliklerinin yargı denetimine tabi tutulmasını insan hakları ve demokrasinin korunmasına hizmet eden bir araç olarak görmektedir[86].

Bu amaçlar kesinlikle gerçekleştirilmeye değer olup AAAD kavramına ilişkin tartışma, kuşkusuz, son zamanlarda İsrail'in de içinde bulunduğu bir

---

Açıklama)", *VerfBlog*, 26 Mayıs 2020, https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments (Erişim Tarihi: 1/8/2023); ayrıca bkz. "Erfolg ist eher kalt", Andreas Vosskuhle, Federal Anayasa Mahkemesi Başkanı ile röportaj, Die Zeit, 15 Mayıs 2020, https://www.zeit.de/2020/21/andreas-vosskuhle-ezb-anleihenkaeufe-corona-krise (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

85 "Değişikliklerin yargı denetimine tabi tutulması, tam olarak değişiklik yapma yetkisinin kötüye kullanılması endişesi ve olağan yargı denetimin yetersiz olduğunun kabul edilmesi nedeniyle geliştirilmiştir." (Roznai, Y. (2017). Kindle loc. 6670).

86 "Değişikliklerin yargısal yönden denetimi sadece insan hakları ihlallerinin önlenmesine değil, aynı zamanda demokrasinin korunmasına da hizmet eden kullanışlı bir mekanizmadır", a.g.e. Kindle loc. 6667; Vinx, Schmitt'in anayasa değişikliklerinin doğasında bulunan sınırlara ilişkin tartışmasına atıfta bulunarak, "bu tür sınırlamaların meşru amacının, özgür ve adil siyasi rekabetin süresiz biçimde devam ettiği bir ortamda gerçekleştiğini belirterek, siyasi eşitlik değerinin korunması olması gerektiğini" savunmuştur. (Vinx, L. (2020). Are There Inherent Limits to Constitutional Amendment? An Analysis of Carl Schmitt's Argument (Anayasa Değişikliklerinin Doğal Sınırları Var Mıdır? Carl Schmitt'in Argümanı Üzerine Bir İnceleme), içinde Arvidsson, M., Braenstroem, L. ve Minkkinen, L. (Eds.), *Constituent Power: Law, Popular Rule, and Politics*, Edinburgh: Edinburgh University Press)

dizi ülkede görülen mevcut popülist eğilimler (Gerileme[87] veya demokratik çürüme[88] olarak da adlandırılmaktadır) çerçevesinde gerçekleşmektedir[89]. Bu doğrultuda, AAAD'nin amacının mahkemelere anayasalarını popülist veya liberal olmayan çoğunluklar tarafından yapılabilecek değişikliklere karşı korumaları için bir araç sunulması olduğunu belirtmekte yarar vardır.

Bu durum, mahkemelerin liberal anayasal değerleri korumaya istekli olduğunu varsaymaktadır. Ancak, AAAD'nin uygulanması demokratik gelişmelere ters bile düşebilir. Landau, Roznai ve Dixon makalelerinde[90], başkanlık görev sürelerinin kaldırılmasının AAAD'ye ilişkin argümanlara dayandırıldığı bir davayı örnek göstermişlerdir. Bu bağlamda Latin Amerika deneyimi hakkında söyleyecek çok şey vardır[91].

Anayasa değişikliklerinin denetime tabi tutulmasının gerekçesinin, anayasal hükümlerin ülkedeki en yüksek normlar olarak somut normatif bir güce sahip olması ve anayasanın "boş bir kabuk" olmaktan öteye geçmesi için yaptırımsız bir kanun (*lex imperfecta*) olarak kalmayıp uygulanması gerekliliği olduğu kanaatindeyim[92]. Kademeli bir sistemde, yeterince somut olan anayasal hükümler, anayasanın normal işleyişi esnasında işlevsel hâle getirilmeli ancak aynı zamanda kötüye kullanılmaya açık değişikliklere karşı da korunmalıdır.

Kuşkusuz anayasalar genellikle vizyon odaklı normlar (Almanca Staatszielbestimmungen) içermektedir ve bu normlar da devlet yetkililerini belirli hedefler doğrultusunda hareket etmeye mecbur kılmaktadır fakat bunlar anayasa mahkemelerinde icra edilemez. Bu vizyon odaklı normlar sadece devletin ulaşması gereken hedefleri belirtmektedir ve bu hedeflere nasıl ulaşılacağı konusunda netlik sağlamamaktadır. Bu, vizyon odaklı normları mahkemede icra edilebilir anayasal hükümlerden ayıran şeydir. Sonuç olarak sadece

87 Sadurski, W. (2018). "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding (Demokrasiler Nasıl Ölür (Polonya)?: Anayasa Karşıtı Popülist Gerileme Üzerine Bir Vaka Çalışması)", *Sydney Law School Research Paper No. 18/01*.

88 Daly, T. (2016). "Time to View Democratic Decay as a Unified Research Field? (Demokratik Çürümeyi Birleşik Bir Araştırma Alanı Olarak Görmenin Zamanı Geldi Mi?)", *Int'l J. Const. L. Blog*, 30 Eylül 2016, https://www.iconnectblog.com/2016/09/time-to-view-democratic-decay-as-a-unified-research-field/ (Erişim Tarihi: 1/8/2023), ayrıca bkz. Demokratik Çürüme Kaynağı: https://www.democratic-decay.org/.

89 Yüksek Mahkemenin son değişiklikleri hükümsüz kılıp kılmaması gerektiği konusunda bkz. Gross, A. (2013). "An Unreasonable Amendment: The Constitutional Capture in Israel (Makul Olmayan Bir Değişiklik: İsrail'de Anayasa'nın Zaptı)", *VerfBlog*, 24 Temmuz 2023, https://verfassungsblog.de/an-unreasonable-amendment/ (Erişim Tarihi: 1/8/2023). Ayrıca bkz. Council of Europe. (2023). ISRAEL - Justice reform should not jeopardise meaningful judicial review by independent courts - Statement by President Bazy Malaurie, https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=3468 (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

90 Landau, D., Roznai, Y. ve Dixon, R. (2018).

91 Ayrıca bkz. CDL-AD(2018)010.

92 Law, D. S. ve Versteeg, M. (2013). "Sham Constitutions (Kabuktan Anayasalar)", *Calif. L. Rev.*, C. 101., S. 4.

yeterince somut olan (ya da bir mahkeme tarafından yeterince somut hâle getirilebilen) anayasal normlar, kademeli bir anayasal sistemin "korunan" üst seviyesinin bir parçası olabilir.

Son olarak AAAD'nin geniş bir şekilde uygulanmasının bu uygulamayı gerçekleştiren mahkeme açısından pratikte ne tür tehlikelere yol açabileceğini incelemeliyiz. Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimi anayasada açıkça öngörülmedikçe, anayasa mahkemeleri ve anayasal denetim yapan yüksek mahkemeler, bunu yorum temelinde tesis ederken oldukça dikkatli olmalıdır. Böyle bir durumda mahkeme, değişikliğin önündeki usule ilişkin engelleri çoktan aşmış kuvvetli bir siyasi çoğunluk ile karşı karşıya kalır. Bir mahkemenin Parlamentoda nitelikli çoğunluk tarafından desteklenen bir değişikliğe karşı karar vermesi için oldukça sağlam bir meşruiyete ihtiyacı vardır. Popülizmin yükselişte olduğu dönemlerde, halkın iradesini göz ardı ettikleri iddiasıyla mahkemelere saldırma eğilimine tanık olmaktayız. Moldova örneğinde ise Venedik Komisyonu, önerilen değişikliklerin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi beklenirken yapılan istişari halk referandumunun yaratacağı etkilere dikkat edilmesi çağrısında bulunmuştur[93].

Ragone, halkın egemenliği nedeniyle, Anayasa'da bu tür bir referandumun öngörüldüğü hâllerde, referandum ile kabul edilen anayasal değişikliklerin denetime tabi tutulmaması gerektiği kanaatindedir[94]. Bu tür durumlarda, mahkemeler kendilerini iradeli bir şekilde kısıtlama yoluna gitmelidir. Dolayısıyla Ragone referandum gerçekleşmeden önce önleyici denetim yapılması gerektiğini uygun bir şekilde savunmaktadır[95].

Mahkemenin zaman içerisinde mahkemeyi yavaşlatmaya, bütçesini kesmeye, usule ilişkin mevzuat yoluyla mahkemeyi engellemeye ve hatta feshetmeye çalışabilecek böylesine kuvvetli bir çoğunluk karşısında mücadeleyi kaybetme tehlikesi vardır[96].

AAAD'ye çok fazla başvurulması da anayasal yorumların kemikleşmesi gibi bir tehlikeyi beraberinde getirebilir çünkü örtük nitelikteki temel anayasal ilkeleri belirlemek için asli kurucu iktidarın niyetine başvurmak artık doğal görünmektedir. Sonuç olarak AAAD yoluyla sağlam bir şekilde korunan bir anayasa, ülkedeki toplum için anlamını yitirebilir. Gerçekte temel ilkeler zaman içerisinde toplumla birlikte zorunlu olarak değişmektedir[97].

93 CDL-AD(2017)014.
94 Ragone, S. (2012). s. 214.
95 a.g.e. s. 216.
96 Dürr, S. (2019).
97 Jacobsohn, dinamik bir anayasal kimlik kavramı geliştirmiştir: "*... anayasal alanda kimlik, her ne kadar anlaşılması zor bir kavram olsa da, en iyi şekilde, kimliğin kendisi de dâhil olmak üzere tüm unsurların birbirleriyle etkileşimleri doğrultusunda en azından potansiyel olarak değiştirilebilir olduğu etkileşimsel veya işlemsel bir işleyiş içerisinde anlaşılır.*" (Jacobsohn, G. J. (2006). "Constitutional Identity (Anayasal Kimlik)", *The Review of Politics*, C. 68., S. 3., s. 395)

AAAD, o kadar güçlü bir araçtır ki anayasa mahkemeleri bu aracı ancak bir anayasa değişikliğinin demokrasiyi, insan haklarının korunmasını ve hukukun üstünlüğünü ciddi biçimde tehlikeye attığı durumlarda ve tedbirli şekilde kullanmalıdır. Aynı nedenle, olağan mevzuatın anayasal hükümlerle çeliştiği durumlarda AAAD'ye ilişkin argümanlara başvurulmamalıdır. Bu, anayasal denetimin AAAD ile karıştırılmasına yol açacaktır. Hatta bu temel yapıya sürekli olarak başvurulması, kanun koyucunun tepkisiyle bile sonuçlanabilir.

Anayasa mahkemesi hâkimleri, özellikle yargıya ilişkin anayasa değişikliklerini incelerken, kendilerinin veya meslektaşlarının statüleri mevzubahis olduğu için ön yargılı olabilecekleri riskinin de farkında olmalıdır. Bu doğal sorunun ortadan kaldırılması için tek seçenek şeffaflıktır. Özellikle yargı bağımsızlığının savunulduğu AAAD kararlarında bu konu açıkça tartışılmalıdır. Bu, kendilerini diğer alanlarda olduğundan daha fazla kısıtlayacakları anlamına gelmez ancak hâkimler kararlarında dava konusunu kendi durumlarından nasıl soyutladıklarını açıklamalıdır.

V. SONUÇ: AAAD'nin Denetiminin Meşru Şekilde Yapılmasına İlişkin Ölçütler

Anayasa Değişiklikleri Hakkında Venedik Komisyonu Raporu'nda değiştirilemezlik ve özellikle bu bağlamda gerçekleştirilen yargı denetimine ilişkin çekinceler olduğunu gözlemlemekteyiz. Raporda, değiştirilemezlik ilkesinin genellikle totaliter ya da otoriter rejimleri deneyimlemiş ülkelerde uygulandığından bahsedilmektedir. Komisyona göre, "değiştirilemezlik karmaşık ve potansiyel olarak tartışmalı bir anayasal araçtır, dikkatle ve yalnızca demokratik düzenin temel ilkeleri için uygulanmalıdır. [...] anayasanın içerisinde değişikliklere ilişkin katı kurallar bulunduğu sürece, bu durum normal koşullarda kötüye kullanmaya karşı yeterli bir güvence sağlayacaktır ve eğer öngörülen usulleri takip eden gerekli çoğunluk reformu kabul etmek isterse, o zaman bu demokratik bir karardır ve genel olarak sınırlandırılmamalıdır."[98] Rapor, değiştirilemezlik yerine değişikliklere ilişkin daha katı usullerin öngörülmesini tercih etmektedir.

Kesavananda Bharati kararından beri, AAAD doktrini büyük ölçüde gelişmiştir ve bazı mahkemeler artık kendilerini anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili görmektedir[99].

Roznai, tüm anayasaların doğası gereği (açık veya örtük) bir anayasal kimliğe sahip olduğunu ve mahkemelerin anayasa değişikliklerini bu anayasal

98 CDL-AD(2010)001.

99 Landau, D., Roznai, Y. ve Dixon, R. (2018); ayrıca bkz. yukarıdaki IV.B bölümünde yer alan örnekler.

kimliğe uygunluk yönünden denetleme yetkisinin bulunduğunu kaydetmektedir.

Bununla birlikte, bir ülkede anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin yalnızca anayasaların doğasına (niteliklerine) dayalı genel değerlendirmelerden türetilemeyeceğini görmekteyiz; bu yetkinin tesis edilebilmesi için her bir anayasaya ilişkin olarak o anayasanın metni ve gelişimi çerçevesinde tartışmalar yapılması gerekir.

İlgili anayasada açık bir iç hiyerarşi bulunmadığında anayasa değişikliklerinin denetimini meşru bir zemine oturtmak oldukça zordur. Anayasa değişikliklerinin temel ilkelere uygunluğunun esas yönünden denetimi, anayasada açıkça böyle bir hiyerarşi tesis edilmişse, şüphesiz ki savunulabilir.

Dolayısıyla anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasal denetimi aşağıdaki anayasalar için ileri sürülebilir:

1. Örneğin usul kurallarına veya değiştirilemez hükümlere ve ilkelere atıfta bulunularak bir iç hiyerarşi tesis edilmişse (Değişikliğe karşı korumaya uygun olarak nitelendirilmek için anayasanın üst kademesinin yargı denetimine olanak tanıyacak kadar somut olması gerekir.),

2. İhtisaslaşmış bir anayasa mahkemesine veya bir yüksek mahkemeye atfedilen anayasal denetim yolu tesis edilmişse,

3. Anayasa değişikliklerinin denetimi açıkça sadece usul denetimiyle sınırlanmıyorsa[100].

Uygulanacak ölçüt, ulusal anayasanın temel ilkeleri olsa da uluslararası hukuk[101] ve karşılaştırmalı anayasa hukuku, bu ilkeleri belirleyip yorumlarken anayasa mahkemesine ve yüksek mahkemeye meşruiyet sağlanmasında önemli bir rol oynamaktadır.

Yukarıdaki hususlar, yalnızca örtük temel ilkelerin bulunduğu durumlarda değişikliklerin anayasaya uygunluğunun kesinlikle denetlenemeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Ancak böyle bir durumda mahkemenin neden böyle bir hiyerarşinin üst seviyesi olarak temel ilkeleri kapsadığını ve bu hiyerarşinin neden meşru olduğunu ortaya koyma yönünde ağır bir yükü vardır.

Yargının konumunu makul reformlara karşı aşırı koruma tehlikesi, yargılamayı yapan mahkemenin kendisini uygun bir seviyede kısıtlamasıyla giderilebilir. Bu bağlamda, yargı bağımsızlığı, her demokratik anayasanın temel ilkelerinden biri olmalıdır. Anayasa değişikliklerinin yargıyı etkilediği

100 Her ne kadar somut davalarda usul yönünden ve esas yönünden denetim arasında bir ayrım yapması zor olsa da… Ragone, S. (2012). s. 207.

101 Uluslararası hukuk yalnızca anayasa değişikliklerini değil, aynı zamanda asli kurucu iktidarı da kısıtlamaktadır.

durumlarda, anayasa mahkemesi veya yüksek mahkeme, bir anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olduğunun tespit edilmesinin neden kendisini korumaya hizmet etmediğini, anayasal denetim ve dengenin sağlanabilmesi için gerekli olduğunu açıklamakla yükümlüdür.

Son olarak Venedik Komisyonu Raporu'nda yer verilen, değiştirilemez açık hükümlerin bulunduğu durumlarda dahi, anayasa mahkemesinin ya da yüksek mahkemenin bu hükümleri zamanın ihtiyaçları doğrultusunda düzenleme esnekliğine sahip olması ve böylece kurucu kanun koyucuya bir miktar hareket alanı sağlaması gerektiği yönündeki tavsiyeyi destekliyorum.

VI. Bibliyografya

ALBERT, Richard (2017). "Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations (Anayasaya Aykırı Dört Anayasa ve Demokratik Temelleri)", *Cornell International Law Journals*, C. 50., S. 2., ss. 169-198.

ALBERT, Richard (2019). Quasi-Constitutional Amendments (Yarı Anayasal Değişiklikler), içinde Albert, Richard ve Colon-Rios, Joel I. (Eds.), *Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes (Yarı Anayasallık ve Anayasal Kanunlar)* (ss. 135-155), Routledge.

ALBERT, Richard, NAKASHIDZE, Malkhaz ve OLCAY, Tarık (2019). "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerine Karşı Şekilci Direnç)", *Hastings Law Journal*, C. 70., S. 3., ss. 639-670.

BADURA, Peter (1992). Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, içinde Isensee, Josef ve Kirchhof, Paul (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, VII*.

BERTOTTI, Barbara Mendoça (2018). "(Un)Constitutional Amendment No. 95/2016 and the Limit for Public Expenses in Brazil: Amendment or Dismemberment (Anayasaya Aykırı (Anayasal) Değişiklik No. 95/2016 ve Brezilya'daki Kamu Harcamaları Sınırı: Değişiklik ya da Parçalanma)", *I-CONnect Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 24 Ağustos 2018.

BEZEMEK, Christoph (2011). "Constitutional Core(s): Amendments, Entrenchments, Eternities and Beyond (Prolegomena to a Theory of Normative Volatility) (Anayasal Öz(ler): Değişiklikler, Yerleşiklikler, Değiştirilemezler ve Ötesi (Bir Normatif Değişkenlik Teorisine Prologlar))", *The Journal Jurisprudence*, C. 11., ss. 517-548.

BUQUICCHIO, Gianni ve GRANATA-MENGHINI, Simona (2014). "Conseil de l'Europe - Commission de Venise (Avrupa Konseyi - Venedik Komisyonu)", *Rép. eur. Dalloz*, ss. 1-14.

CLOOTS, Elke (2016). "National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU (AB'de Ulusal Kimlik, Anayasal Kimlik ve Egemenlik)", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, C. 45., S. 2, ss. 82-98.

DALY, Tom (2016). "Time to View Democratic Decay as a Unified Research Field? (Demokratik Çürümeyi Birleşik Bir Araştırma Alanı Olarak Görmenin Zamanı Geldi Mi?)", *Int'l J. Const. L. Blog*, 30 Eylül 2016, https://www.iconnectblog.com/2016/09/time-to-view-democratic-decay-as-a-unified-research-field/ (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

DEGIFIE, Zelalem Eshetu (2015). "Unconstitutional Constitutional Amendments in Ethiopia: The Practice Under Veil and Devoid of a Watchdog (Etiyopya'da Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Perdenin Arkasındaki Gözlemden Yoksun Uygulama)", *Haramaya Law Review*, C. 4., S. 1., ss. 59-79.

DÜRR, Schnutz Rudolf (2010). The Venice Commission (Venedik Komisyonu), içinde Kleinsorge, Tanja E. J. (Ed.), *Council of Europe (Avrupa Konseyi)*, Wolters Kluwer Law & Business.

DÜRR, Schnutz Rudolf (2019). Constitutional Courts: An endangered species? (Anayasa Mahkemeleri: Nesli Tükenen Bir Tür Mü?), içinde Rousseau, Dominique (Ed.), *Les Cours constitutionnelles, garantie de la qualité démocratique des sociétés?* (ss. 111-136), Paris: LGDJ.

EHMKE, Horst (1953). *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin: De Gruyter.

EHMKE, Horst (1953/1954). Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 79 (N.F. 40)., S. 4., ss. 385-418.

GROSS, Aeyal (2013). "An Unreasonable Amendment: The Constitutional Capture in Israel (Makul Olmayan Bir Değişiklik: İsrail'de Anayasa'nın Zaptı)", *VerfBlog*, 24 Temmuz 2023, https://verfassungsblog.de/an-unreasonable-amendment/ (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

HALMAI, Gabor (2012). "Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Anayasa'nın Koruyucuları Olarak Anayasa Mahkemeleri)", *Constellations (An International Journal of Critical and Democratic Theory)*, C. 19., S. 2., ss. 182-2023.

HALMAI, Gabor (2016). "Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective (Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Karşılaştırmalı Perspektiften Yeni Anayasalar)", *Wake Forest Law Review*, C. 13., S. 38., ss. 101-135.

HEIN, Michael (2017). "Book Review: Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers (Kitap İncelemesi: Yaniv Roznai, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri. Değişiklik Yapma Yetkisinin Sınırları)", *Verfassung und Recht in Übersee*, C. 50., ss. 290-293.

HEIN, Michael (2020). The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe (En Az Tehlikeli Alan Mı? Avrupa'da Anayasa Değişikliklerinin Anayasal Denetimi), içinde Belov, Martin (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (ss. 187-206), Abingdon: Routledge.

JACOBSOHN, Gary Jeffrey (2006). "Constitutional Identity (Anayasal Kimlik)", *The Review of Politics*, C. 68., S. 3., ss. 361-397.

KELEMEN, R. Daniel, EECKHOUT, Piet, FABBRINI, Federico, PECH, Laurent ve UITZ, Renáta (2020). "National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order (Ulusal Mahkemeler ABAD Kararlarını Hükümsüz Kılamaz: AB Hukuk Düzenini Destekleyen Ortak Açıklama)", *VerfBlog*, 26 Mayıs 2020, https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

KLEIN, Claude (2017). "Recension de Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendments Powers (Yaniv Roznai'ye Eleştiri Yazısı, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri – Değişiklik Yapma Yetkisinin Sınırları)", *Oxford Constitutional Theory*, *Jus Politicum*, S. 18., http://juspoliticum.com/article/Recension-de-Yaniv-Roznai-Unconstitutional-constitutional-amendments-The-Limits-of-Amendment-Powers-Oxford-Constitutional-Theory-2017-1161.html (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

LANDAU, David (2018). "Rescuing the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: A Reply to Richard Albert (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri Doktrinini Kurtarmak: Richard Albert'e Bir Yanıt)", *Yale Journal of International Law*, 26 Şubat 2018 http://www.yjil.yale.edu/rescuing-the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-a-reply-to-richard-albert/ (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

LANDAU, David, ROZNAI, Yaniv ve DIXON, Rosalind (2018). Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America (Görev Süresi Sınırları ve Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri Doktrini: Latin Amerika'dan Dersler), içinde Baturo, Alexander ve Elgie, Robert (Eds.), *Politics of Presidential Term Limits (Başkanlık Görev Süreleri Politikası)*, Oxford: Oxford University Press.

LAW, David S. ve VERSTEEG, Mila (2013). "Sham Constitutions (Kabuktan Anayasalar)", *Calif. L. Rev.*, C. 101., S. 4., ss. 863-952.

MURPHY, Ciara (2012). "Pringle - Unconstitutional Constitutional Amendment Conundrum (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri Çıkmazı)", *European Law Blog*, 6 Aralık 2012, https://europeanlawblog.eu/2012/12/06/pringle-the-unconstitutional-constitutional-amendment-conundrum/ (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

ÖZBUDUN, Ergun (2009). "Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey (Türkiye'deki Anayasal Değişikliklerin Yargı Denetimine Tabi Tutulması)", *European Public Law*, C. 15., S. 4., ss. 533-538.

PASSCHIER, Reijer ve STREMLER, Maarten (2016). "Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision (Avrupa Birliği Hukukunda Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Antlaşma Revizyonuna İlişkin Esaslı Kısıtlamaların Varlığının Ele Alınması)", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, C. 5., S. 2., ss. 337-362.

PAULUS, Andreas (2009). Germany, içinde Sloss, David ve Jinks, Derek (Eds.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (Antlaşmaların Uygulanmasında Ulusal Mahkemelerin Rolü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma)* (ss. 209-242), Cambridge: Cambridge University Press.

PFERSMANN, Otto (2012). "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Normatif Bir Yaklaşım)", *ZöR*, C. 67., ss. 81-113.

RAGONE, Sabrina (2012). *El Control Judicial de la Reforma Constitucional, Aspectos teóricos y comparativos*, Mexico: Porrúa.

ROZNAI, Yaniv (2014). "Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on the Czech Constitutional Court's Declarations of Unconstitutional Constitutional Act (Anayasa Değişikliklerine İlişkin Yasama Teorisi Sınırlamaları: Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Anayasaya Aykırı Anayasal Kanunlara İlişkin Beyannamesi)", *Vienna Journal on International Constitutional Law (ICL Journal)*, C. 8., S. 1., ss. 29-57.

ROZNAI, Yaniv (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Değişiklik Yapma Yetkisinin Sınırları)*, Oxford: Oxford University Press.

ROZNAI, Yaniv ve YOLCU, Serkan (2012). "An unconstitutional constitutional amendment – The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision (Anayasaya Aykırı Bir Anayasa Değişikliği - Türkiye Perspektifi: Türk Anayasa Mahkemesinin Başörtüsü Kararına İlişkin Bir Yorum)", *International Journal of Constitutional Law*, C. 10., S. 1., ss. 175-207.

SADURSKI, Wojciech (2018). "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding (Demokrasiler Nasıl Ölür (Polonya)?: Anayasa Karşıtı Popülist Gerileme Üzerine Bir Vaka Çalışması)", *Sydney Law School Research Paper No. 18/01*.

SIDDIQUEE, Md Ariful Islam (2015). "Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia: A Study of Constitutional Limits on Parli-

aments' Amending Power (Güney Asya'da Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Parlamentoların Değişiklik Yetkisine Getirilen Anayasal Sınırlamalar Üzerine Bir Çalışma)", *Journal of Law, Policy and Globalization*, C. 33., ss. 64-76.

SIJORIA, Siddharth (2018). *Unconstitutional Constitutional Amendment: Limiting Amendment Power in India, Colombia and Benin (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Hindistan, Kolombiya ve Benin'de Değişiklik Yetkisinin Sınırlandırılması),* LLM Short Thesis, Budapest: Central European University.

STONE, Adrienne (2018). "Unconstitutional Constitutional Amendments: Between Contradiction and Necessity (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri: Çelişki ve Gereklilik Arasında)", *Melbourne Legal Studies Research Paper, no. 786*.

SU, Yen-tu (2018). "Some Thoughts about the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine, and Constitutional Dismemberment (Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri Doktrini ve Anayasal Parçalanma Hakkında Bazı Düşünceler)", https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=387180 (Erişim Tarihi: 1/8/2023)

TANCHEV, Evgeni (2016). Judicial Activism Revisited or Constitutional Court Between Negative and Positive Legislator, içinde *Judicial Activism of Constitutional Court in a Democratic State (Demokratik Bir Devlette Anayasa Mahkemelerinin Yargısal Aktivizmi)*, Riga, 26-27 Mayıs 2016.

van der SCHYFF, Gerhard (2016). "EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites (AB Üyesi Devletlerde Anayasal Kimlik: İki Zıt Kutup Olarak Almanya ve Hollanda'nın Karşılaştırılması)", *ZaöRV*, C. 76., ss. 167-191.

VINX, Lars (2020). Are There Inherent Limits to Constitutional Amendment? An Analysis of Carl Schmitt's Argument (Anayasa Değişikliklerinin Doğal Sınırları Var Mıdır? Carl Schmitt'in Argümanı Üzerine Bir İnceleme), içinde Arvidsson, M., Braenstroem, L. ve Minkkinen, L. (Eds.), *Constituent Power: Law, Popular Rule, and Politics*, Edinburgh: Edinburgh University Press.

WOUTERS, J. (Ed.) (2010). *International Encyclopaedia of International Laws: Intergovernmental Organizations (Uluslararası Hukuk Ansiklopedisi: Hükümetler Arası Kuruluşlar)*, The Netherlands: Alphen aan den Rijn.

Prof. Dr. Saadet YÜKSEL
(*Judge, European Court of Human Rights, elected in respect of Türkiye)*

BRİEF OVERVİEW OF THE ECTHR'S ARTİCLE 10 JURİSPRUDENCE ADDRESSİNG NEW DİGİTAL CHALLENGES*

I. Introduction

The exponential development of the internet and other forms of new technology has facilitated an unprecedented level of global interconnectedness, posing unique challenges for human rights law particularly in terms of freedom of expression. Social media platforms have transformed users from passive observers to active contributors in content creation and circulation. While this enhances access to diverse information and opinion expression, it also opens avenues for the spread of disinformation "at a scale, speed and reach never known before".[1] This brief overview explains the European Court of Human Rights' (ECtHR) approach to freedom of expression in the context of online disinformation under Article 10 of the Convention. It firstly explains the Court's general approach to Article 10, and then delves into the question of how it is forming its approach in terms of new digital challenges.

II. The ECtHR's General Approach under Article 10

Article 10 protects not only information or ideas that are favourably received but also to content regarded as offensive or disturbing[2]. The Court's focus is not simply on whether there has been an interference with Article 10, but whether the interference was justified[3]. The Court's examination is a context-specific assessment examining the legality, legitimate aim, and the necessity of an interference in a democratic society.

The legality of an interference requires the impugned measure to have a legal basis in domestic law, which should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects[4]. An example of the application by

* *I sincerely thank my Trainee at the Court, Ms Mandeep Heer, for her invaluable assistance during the research and drafting process*

1 United Nations. (2021). "Disinformation and freedom of opinion and expression, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression", (13 April 2021) A/HRC/47/25, § 2.

2 *Handyside/the United Kingdom*, no. 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Delfi AS/Estonia* [GC], no. 64569/09, 16/6/2015, § 131.

3 *Társaság A Szabadságjogokért/Hungary*, no. 37374/05, 14/4/2009, § 30.

4 *Delfi AS/Estonia* [GC], § 120.

the Court of this limb is the case of *Savva Terentyev/Russia*, which concerned the foreseeability of a law used to convict a young blogger of incitement of hatred against police officers[5]. Faced with a relatively novel legal issue not yet clarified through domestic judicial interpretation, the Court decided to adhere to its established approach and proceed on the assumption that the interference with the applicant's freedom of expression was prescribed by law[6]. It could be underlined that the Court's approach towards legality encourages States to adapt their national laws or practices in response to digital advancements to ensure compliance with Article 10.

The second part of the test requires the Court to examine whether the interference pursued a legitimate aim under Article 10(2). In cases where freedom of expression is restricted, the legitimate aims most invoked are protecting the rights of others, maintaining national security, and preventing crime. While the Court respects a State's authority in these areas, concepts of 'national security' and 'public safety' that permit interference with Convention rights must nevertheless be interpreted restrictively to prevent abuse or excessive censorship[7].

Since freedom of expression is an essential foundation of a democratic society, any interference must be motivated by a "pressing social need,"[8] which is to say it should be necessary as opposed to merely "useful," or "desirable."[9] The approach of the Court then, is to decide whether the restriction imposed was proportionate to the aim pursued, having regard to all the circumstances of the case as well as the relevance and sufficiency of the justifications for the interference. Furthermore, the light nature of a penalty cannot compensate for the absence of relevant and sufficient reasons for restricting the right to freedom of expression[10].

The importance of a relevant and sufficient justification has been further emphasized in cases where the domestic courts have failed to base their decision on an acceptable assessment of the relevant facts[11]. Ultimately, case law makes clear that since the need for any restrictions must be established convincingly in order to be reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10[12].

5 *Savva Terentyev/Russia*, no. 10692/09, 28/8/2018.
6 *Savva Terentyev/Russia,* §§ 58-59; *Dimitriyevskiy/Russia*, no. 42168/06, 3/10/2017, §§ 82-83.
7 *Stoll/Switzerland*, no. 69698/01, 10/12/2007, § 54.
8 *Ibid,* § 101.
9 *Gorzelik and others/Poland* [GC], no. 44158/98, 17/2/2004, § 95.
10 *Tőkés/Romania*, no. 15976/16 and 50461/17, 27/4/2021, § 98.
11 *Khural and Zeynalov/Azerbaijan (no. 2)*, no. 383/12, 19/1/2023.
12 See *Stoll/Switzerland*, § 101.

III. Article 10 and New Developments: Fake News and Disinformation

While fake news and disinformation are not necessarily novel concepts, developments in the digital sphere have led to a significant rise in the phenomenon, "which brings about unprecedented challenges"[13]. Problematically, the terms 'fake news' and 'disinformation' do not have an exact or otherwise universally accepted definition[14]. In this conjunction, the Council of Europe distinguishes between different types of 'information disorder': (a) misinformation, where false information is shared but no harm is meant; (b) disinformation, when false information is knowingly shared to cause harm; and (c) mal-information, when genuine information is shared to cause harm, often by moving private information into the public sphere[15].

Despite its intangibility, disinformation nevertheless has very real repercussions that extend across various facets of our lives, encompassing public health, politics, climate change, and economic matters[16]. For example, the proliferation of pseudoscience surrounding climate change has led to confusion among the public, impeding citizens' responses to mitigation policies[17]. In the political sphere, the impact of disinformation goes beyond influencing electoral voting patterns; rather, it has the potential to foster political fragmentation and diminish overall trust in the government[18]. Notably, during the COVID-19 pandemic, the widespread dissemination of mis- and disinformation was linked to psychological difficulties amongst the public and led to the adoption of inappropriate protective measures[19].

The ease of sharing and exchange of information on social media, facilitated by its openness and anonymity, opens the door for "nefarious activities"[20]. As technology continues to evolve, creating new fora for social interaction and information-sharing, it is expected that fake news and disinformation may become a more common occurrence.

13 Shu, K. and others (2020). Mining Disinformation and Fake News: Concepts, Methods, and Recent Advancements, in Kai, S. and others (Eds.), *Disinformation, Misinformation, and Fake News in Social Media: Emerging Research Challenges and Opportunities* (pp. 1-19), Cham, Switzerland: Springer International Publishing, p. 2.

14 United Nations. (2021). A/HRC/47/25, § 3.

15 Council of Europe. (2017). "Report on Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making", (2017) DGI(2017)09, § 20.

16 Chen, S., Xiao, L. and Kumar, A. (2023). "Spread of Misinformation on Social Media: What Contributes to It and How to Combat It", *Computers in Human Behavior*, Vol. 141., p. 1.

17 Cook, J., Ellerton, P. and Kinkead, D. (2018). "Deconstructing Climate Misinformation to Identify Reasoning Errors", *Environmental Research Letters*, Vol. 13., No. 2., p. 1-2.

18 Chen, S., Xiao, L. and Kumar, A. (2023). p. 1.

19 Pian, W., Chi, J. and Ma, F. (2021). "The Causes, Impacts and Countermeasures of COVID-19 "Infodemic": A Systematic Review Using Narrative Synthesis", *Information Processing & Management*, Vol. 58., No. 6., p. 6.

20 Shu, K. and others (2020). p. 2.

It is fair to say that there has been a strong reaction to the problem of fake news in some domestic jurisdictions[21]. For example, the French legislature enacted the Law Against the Manipulation of Information in 2018, which regulates the online platforms' duty to cooperate in combatting disinformation and their obligation to increase transparency during electoral periods[22]. Germany's Network Enforcement Act fines platforms for hosting unlawful content, including defamation and incitement to hatred, and not removing such posts within 24 hours[23]. Likewise, in 2020, the Hungarian authorities, concerned about the spread of disinformation regarding the coronavirus, implemented the coronavirus law which imposed criminal liability for anyone spreading "a falsehood" or "distorted information" that "alarm[s]" or "agitat[es]" the public[24].

While the robust legislative measures introduced seem to prioritize the public good, there are concerns about the detrimental impact they may have on freedom of expression. In light of this contemporary challenge, the Council of Europe has issued a report on disinformation, outlining ways to address what it refers to as 'information pollution'[25]. Assessing the current response to information disorder, the report notes that current solutions have not created a significant change in online platforms on a large scale. In this connection, it proposes several potential solutions from a number of different perspectives: technological, media-centric, educational, and regulatory. The technological approach focuses on the technical ways in which platforms could detect mis- and disinformation in real time, while media-centric and educational approaches focus on strengthening trust in journalistic sources and bolstering education on media literacy, respectively. As for the suggested regulatory approach, the report makes clear that any attempt to create a regulatory framework will be problematic without appropriate definitions for information disorder, since adopting a wide scope when designating unlawful content risks facilitating excessive censorship[26]. The Council of Europe's position is thus that regulators shall be very careful when regulating

21 Katsirea, I. (2018). "'Fake News': Reconsidering the Value of Untruthful Expression in the Face of Regulatory Uncertainty" *Journal of Media Law*, Vol. 10., p. 159-188; Kuczerawy, A. (2020). Fighting Online Disinformation: Did the EU Code of Practice Forget about Freedom of Expression?, in Trottier, D. and others (Eds.), *Disinformation and Digital Media as a Challenge for Democracy* (pp. 291-308), Cambridge: Intersentia.

22 Yüksel, S. (2022). "New Technologies through a Human Rights Lens: Reflecting on Personal Autonomy and Non-Discrimination", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, Vol. 10., No. 2., p. 284.

23 *Ibid*.

24 Győry, C. (2020). "Fighting Fake News or Fighting Inconvenient Truths?: On the Amended Hungarian Crime of Scaremongering", *Verfassungsblog*, https://verfassungsblog.de/fighting-fake-news-or-fighting-inconvenient-truths/ (Accessed 19/1/2024)

25 Council of Europe. (2017). DGI(2017)09, § 4.

26 *Ibid*. § 72.

online information, since freedom of expression "is one of the most important foundations of democracy"[27].

It could be said that this perspective is mirrored by the Strasbourg Court, which has acknowledged the dangers of fake news[28], whilst remaining wary of the chilling effect of an overbroad approach. The primary concern, from a human rights perspective, is that lawfully critical or disparaging information or information that is unintentionally false runs the risk of being tarred with the same brush as disinformation. The recent case law of the Court focuses on two key elements on this point: the veracity of the information and the intent of the information provider.

In light of the phenomenon of disinformation, it is of particular importance when balancing rights to consider how information is obtained and its truthfulness. Ascertaining the truthfulness of an expression is an already established part of the Court's proportionality approach under Article 10. This fundamental criterion was laid down in *Axel Springer AG/Germany*, wherein the Court considered that the method of obtaining the information and its veracity, content, form, and the consequences of the publication were significant[29]. More recently, the question of veracity was addressed in *Index.hu Zrt/Hungary*[30]. In this case, following a series of anti-government demonstrations, an internet blog began inviting people to share stories on social media in solidarity with the activists. The applicant news portal published an article highlighting the solidarity movement and summarizing a story posted on Facebook about the then President of the country. Civil proceedings were then brought against the applicant for the alleged libellous story. While the veracity of the information in the story was indeed questionable, the Court found that the applicant had acted in good faith with regards to its 'duties and responsibilities' under Article 10 because it had conveyed these doubts expressly in the article. This case shows that transparency may be essential where the truth of an expression is uncertain and can prevent states from over-stretching their margin of appreciation in response to the spread of fake news.

At the core of the question of 'veracity' lies the distinction between a value judgment and a statement of fact. The Court has emphasized that the existence of facts can be demonstrated, while the truth of value judgments is not susceptible of proof[31]. Furthermore, it has underlined that a requirement to prove the truth of a value judgment is thus impossible to fulfil and infringes

27 *Ibid.*
28 E.g. 'Fake news' is first explicitly mentioned in *Brzeziński/Poland*, no. 47542/07, 25/7/2019, § 35.
29 *Axel Springer AG/Germany* [GC], no. 39954/08, 7 February 2012, §§ 93-94.
30 *Index.hu Zrt/Hungary*, no. 77940/17, 7/9/2023.
31 *Lingens/Austria*, no. 9815/82, 8/7/1986, § 46; *McVicar/the United Kingdom*, no. 46311/99, 7/5/2002, § 83.

freedom of opinion itself, which is an essential part of the protection afforded by Article 10[32].

While this differentiation serves as evidence that the Court is committed to safeguarding genuine efforts to engage in political and public interest discussions, it may not mean that individuals have license to make damaging statements with impunity. In this context, the Court has underlined that a value judgment must be based on sufficient facts in order to constitute a fair comment under Article 10[33]. Therefore, even in cases where political criticism is concerned, "the need for factual veracity never truly becomes superfluous."[34]

In addition to the element of veracity, the intent of the person exercising their freedom of expression also has significance in the Court's examination under Article 10. The Court stresses the importance of evaluating the intent behind information dissemination when considering restrictions on freedom of expression, as seen in cases like *Brzezinski/Poland*[35] and *Salov/Ukraine*[36]. It is particularly suspicious of quickly labelling content as a malicious lie without examination, emphasizing that mere suspicion of falsehood is insufficient grounds for limiting Article 10 protections. These cases show that assuming negative intent on behalf of the information provider without a thorough evaluation is not sufficient cause to limit the protection afforded under Article 10[37]. In line with this reasoning, in *Magyar Jeti Zrt/Hungary*, the Court distinguished content dissemination from hyperlinking and recognized that hyperlinks facilitate access to information without implying endorsement. While finding a violation of Article 10, it argued that the existence of information (via hyperlink) should not be equated with encouraging or facilitating engagement with that content[38].

It may be said that the Court is reluctant to hold information providers to restrictive standards. There must be sufficient latitude then for innocent error or unintended misinformation provided there is no deliberate malice. In this connection, the Court has been seen to differentiate between targeted deception and innocent error. The Court's interpretation of false statements strongly aligns with scholarship surrounding the distinction between disinformation and misinformation[39]. Markedly, where erroneous conclusions are drawn

32 *Morice/France* [GC], no. 29369/10, 23/4/2015, § 126.
33 *MoricFrance* [GC], § 126; *Dyuldin/Russia*, no. 25968/02, 31/7/2007, § 48.
34 Shattock, E. (2022). "Fake News in Strasbourg: Electoral Disinformation and Freedom of Expression in the European Court of Human Rights (ECtHR)", *European Journal of Law and Technology*, Vol. 13., No. 1., p. 18.
35 *Brzeziński/Poland*.
36 *Salov/Ukraine*, no. 65518/01, 27/4/2004.
37 *Brzeziński/Poland*, §§ 57-58; *Salov/Ukraine*, §§ 113-117.
38 *Magyar Jeti Zrt/Hungary*, no. 11257/16, 4/12/2018.
39 Shattock, E. (2022). p. 23.

from information, the intent of the information provider will be considered. As the Court evaluates the contribution of the content to public interest debate[40], it could be argued that Article 10 protection is unlikely to extend to true fake news and disinformation since reduced and selective content or content likely to mislead readers diminishes the content's contribution. It follows then that, where the intent of the information provider has been to purposely distort or disform the information, the provider has acted with malice, and these factors would be taken into account by the Court when examining the case.

IV. Liability for Online Content

As discussed, the evolution of veracity and intent as elements of the Court's assessment criteria have been useful in discerning innocent misinformation from intended disinformation. However, thus far, its application has extended mostly to professional media outlets. The emerging challenge for the Court is that disinformation is being created and spread by individuals on social media platforms, meaning that a greater number of individuals may now be considered publishers[41]. Consequently, the questions of what qualifies as publication and who can be classified as a publisher are now more convoluted than before[42]. This presents the Court with difficulty when ascertaining liability for unlawful speech in the context of freedom of expression. While veracity and intent are still relevant considerations in this context, a nascent consideration for the Court is the extent to which an individual can be liable for the content created by third parties with whom they have engaged with online.

It was in the landmark case of *Delfi AS/Estonia* that the Court first determined liability for third-party comments online[43]. In its ruling, the Grand Chamber emphasized that as Estonia's largest professional publisher, the applicant news portal should have been familiar with the legislation and case law[44], and that concerns about their liability were raised prior to the publication of the comments[45]. It followed that the applicant company was in a position to assess the risks and reasonably foresee the consequences; therefore, the interference was prescribed by law. The Court found that the imposition of liability on the applicant was based on relevant and sufficient grounds and therefore the measure was not a disproportionate restriction. In its review, it underlined the applicant's active decision to make the comments public went beyond

40 *Couderc and Hachette Filipacchi Associes/France,* no. 40454/07, 10/11/2015, §§ 96-116.
41 Rolph, D. (2021). "Liability for Third Party Comments on Social Media Pages", *Journal of Media Law*, Vol. 13., No. 2., p. 122.
42 *Ibid.*
43 *Delfi AS/Estonia* [GC], no. 64569/09, 16/6/2015.
44 *Ibid*. § 129.
45 *Ibid.*

that of a "passive, purely technical service provider."[46] Despite employing an automatic word-based filter on its comments section, the Court found that the applicant's penalisation for failure to remove hate speech and incitement to violence did not violate Article 10 considering the severity of the comments, the commercial nature of the applicant, and the extent of their control over the comments section[47].

More recently, the Court has dealt with this same issue in the explicit context of social media. The Court in *Sanchez/France* acknowledged the growing concerns of fake news dissemination on these platforms by noting that the internet had expanded the "possibility for user-generated expressive activity," which consequently "provides an unprecedented platform for the exercise of freedom of expression."[48] The case involved a local councillor and a candidate in parliamentary elections, who was criminally convicted for failing to promptly delete unlawful comments posted by others on his public Facebook wall. The comments targeted the Muslim community as being responsible for the crime and insecurity in the city with the intention to arouse a strong feeling of rejection or hostility towards members of that group or those who were perceived as such. The Court highlighted that making his Facebook wall public entailed a responsibility to monitor and remove unlawful content, a duty he neglected, thus emphasizing the accountability of social media users, especially public figures, for the content shared on their platforms and found no violation of Article 10[49].

The decision in *Sanchez* may represent an evolution of *Delfi*. As discussed earlier, the latter decision had ruled out imposing liability for third-party comments on members of the public using social media platforms. Following *Sanchez*, it is now the case that professional politicians can be held criminally liable for third-party comments on their social media accounts, primarily because politicians can "influence voters or even incite them, directly or indirectly, to adopt positions and conduct that may prove unlawful."[50] Seeing this shift from *Delfi*, it can be stated that the Court takes into account the contextual differences in its examination. This has significant consequences for freedom of expression online, as it may well be the case that common social media users find themselves liable for comments made by third parties posted on their online accounts.

Some may claim that holding social media users responsible for third-party

46 *Ibid*. § 146.
47 *Ibid*. § 162.
48 *Sanchez/France* [GC], no. 45581/15, 15/5/2023, § 159.
49 *Ibid*. §§ 199-201, 209.
50 *Ibid*. § 187.

content may result in over-censorship[51]. While this new standard introduces certain changes, it can be stated that it aims to share the liability between all the involved actors without resulting in over-censorship. In *Sanchez*, the Court conducted a contextualised examination of the particular facts of the case, which related specifically to a local councillor who was using his platform for political purpose in the context of an upcoming election. In that sense, *Sanchez* may be seen as limited in its applicability to private individuals using their social media accounts for professional political purposes. Like in *Delfi*, a key factual element in Sanchez was the decision of the applicant to open his Facebook wall to the public, thereby increasing the risk of "excessive and immoderate" remarks being posted[52]. The fact that the dialogue between the applicant and the authors did not initially contain offensive language did not diminish the applicant's liability for the subsequent impugned comments, since "the applicant's initial post not only started a dialogue (…) but also had repercussions which went beyond that post on account of the very nature of social networks on the Internet."[53] The Court's emphasis on the interconnectedness of social media and the consequential rapid spread of content speaks to the dangers of fake news and disinformation. The judgment responds to and aligns with academic commentary regarding the failure of social media companies to 'flatten the curve' of online deception and the subsequent need for "robust legal action" to hinder disinformation by conferring a responsibility on users to monitor and moderate their social media accounts with greater care, particularly where their platform may attract and facilitate engagements from many other users[54].

Application of the principles set out in *Sanchez* to individuals who are using social media in a non-commercial setting for unlawful reasons under Article 10 remains to be seen. Internet intermediaries' liability is also of concern here, as exempting them from all liability could likely cause increased hate speech, calls to violence, misinformation, and fake news online. Advocating for a shared liability among online participants, where liability is objectively determined, could promote greater accountability and media literacy, potentially curbing the spread of fake news.

V. Conclusion

To conclude, the Court has consistently adopted a context-specific approach to freedom of expression ensuring that any interference is lawful, necessary,

51 See for example, *Ibid* (written comments of the third party interveners, 8 April 2022).
52 *Ibid*. § 193.
53 *Ibid*. § 197.
54 Shattock, E. (2022). p. 2; Donovan, J. (2020). "Social-Media Companies Must Flatten the Curve of Misinformation", *Nature*, https://www.nature.com/articles/d41586-020-01107-z (Accessed 19/1/2024)

and proportionate. With the rise of fake news on social media, the Court may face novel questions in balancing the robust domestic responses against the risk of disproportionate censorship. The Court's evolving methodology considers the veracity and intent behind information to distinguish between errors and deliberate disinformation. The *Sanchez* judgment may have important consequences for freedom of expression online, as it underscores the need for caution in online social interactions and underlines the importance of liability sharing between all relevant actors in cases concerning content shared online.

Mirsad ĆEMAN

(Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina)

(Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanvekili)

APPLICATION OF GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW AND STANDARDS OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS - THE EXAMPLE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: *This paper briefly analyses the concept, content and application of general principles of international law in Bosnia and Herzegovina. The specific nature of the application of general principles of law in Bosnia and Herzegovina is reflected in the fact that these principles apply directly based on an explicit constitutional provision and based on the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina as the highest judicial instance in the country. Relevant examples from several decisions of the Constitutional Court are given here.*

Key words: *The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, general principles of international law, pacta sunt servanda, bona fides, international treaties, Convention law, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, sources of constitutional laws.*

I. INTRODUCTION

At the outset, it seems appropriate to recall the definition of the term *general principles of law* and, within that term, general principles of international law.

General principles of law (*allgemeine Rechtsgrundsatze* in German; *principes generaux de droit* in French) are principles that are accepted in all legal systems of the world and as such are immanent in law in general. The *general principles of law recognized by civilized nations*, along with customary and contractual law, are accepted presently as a hierarchically equal source of international law. They include some principles of legal logic (*e.g. lex specialis derogat legi generali*) and some substantial rules (*e.g. pacta sunt servanda*)[1]. That definition is contained in the Statute of the International Court of Justice, which is an integral part of the Charter of the United Nations (UN).

However, a broader concept of general principles is defined in the Charter of the United Nations (UN) and Declaration of the UN General Assembly from 1970, which provided an authentic interpretation of the UN Charter.

1 Krleža, M. (2007). *Pravni leksikon Leksikografskog zavoda*, Republika Hrvatska.

According to these documents, the general principles of international law include: the principle of the prohibition of the use of force, principle of peaceful settlement of international disputes, the principle of non-intervention, the duty of states to cooperate with each other in accordance with the UN Charter, the principle of equality and self-determination of peoples, the principle of sovereign equality of states and the principle of fulfilment accepted international obligations in good faith.

In addition, some principles of international law of a general nature are contained in international multilateral conventions such as the Vienna Convention on the Law of Treaties from 1969. Its Article 26 stipulates the obligation to apply the principle of *pacta sunt servanda* and the principle of *bona fides*.

The principles of *pacta sunt servanda* and *bona fides* are notably important for this paper and for the cases that we refer to as an illustration of the case law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.

When it comes to the standards under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), the European Court of Human Rights in Strasbourg (ECtHR or the Strasbourg Court) interpreted and interprets the ECHR through judgments and decisions and in this way, it establishes, specifies and elaborates on Convention standards.

In the order mentioned in the ECHR, the Convention standards include the safeguarded rights and freedoms, namely: the right to life, prohibition of torture, prohibition of slavery and forced labour, the right to liberty and security of person, the right to a fair trial, no punishment without law, the right to respect for private and family life, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, freedom of assembly and association, the right to marry, the right to an effective legal remedy and the prohibition of discrimination. The Convention standards also include certain limitations in the application of the Convention, such as derogation in time of emergency, restrictions on political activity of aliens, prohibition of abuse of rights with the express provision that the restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed (Article 18 ECHR).

Considering that the ECHR forms an integral part of the Constitution of BiH (Article II(2)), I would like to emphasize that the Convention standards are also the standards of the constitutional legal system of Bosnia and Herzegovina.

Considering the concept and scope of this paper, in the following text, we

will refer only to some of those principles and standards, citing the relevant and recent case law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.

II. THE SOURCES OF CONSTITUTIONAL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Both theoretically and practically, the sources of constitutional law in general, even in Bosnia and Herzegovina, can be divided into two categories, namely: national (internal) sources and sources of international legal character (external).

A. National sources of constitutional law in Bosnia and Herzegovina

Considering the complex internal structure and system in Bosnia and Herzegovina (just as in other countries), there are several internal sources of constitutional law. I will turn to it briefly and in basic terms.

The Constitution as the highest legal-political act is in general the basic source of constitutional law in any country.

There are 13 constitutions in Bosnia and Herzegovina. At the top of that pyramid is the Constitution of Bosnia and Herzegovina as Annex IV of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina.[2] The entities (Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska as administrative-territorial units with broad responsibilities), which make up Bosnia and Herzegovina, also have their own constitutions. The Republika Srpska entity is a centralized entity, while the Federation of Bosnia and Herzegovina entity is widely decentralized. It consists of ten cantons that also have their own constitutions, more precisely, ten cantonal constitutions. In the Brčko District of Bosnia and Herzegovina, the highest legal and self-governing act is the Statute[3].

The constitutions of the Entities and District must not be inconsistent with the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

2 The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (also known as the Dayton or Paris Agreement) was signed in Paris, France, on 14 December 1995 (before that, it was initialed in Dayton, USA, on 21 November 1995) and it came into force on the same day. The Agreement has 11 annexes. Annex IV is the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

3 Based on the award of the Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-Entity Boundary in Brčko Area, the pre-war Municipality of Brčko (in the northeast of the country along the Sava river) was established as the Brčko District of Bosnia and Herzegovina under the sovereignty of the State of Bosnia and Herzegovina and under the authority of the institutions of Bosnia and Herzegovina, follows from the Constitution. The territory of the Brčko District is jointly owned (condominium) by both entities. By Amendment I to the Constitution of BiH, the Brčko District of BiH became a constitutional category in 2009 (*Official Gazette of BiH*, No. 26/2009). This has been the first and the only amendment to the Constitution of Bosnia and Herzegovina so far (November 2023).

In addition to the Constitution, the sources of internal constitutional law in Bosnia and Herzegovina, in a certain way and in a broader sense, include other annexes to the Dayton Peace Agreement, such as Annex III - Agreement on Elections (ceased to be valid with the adoption of national electoral legislation), Annex V - Agreement on Human Rights and Annex VII - Agreement on Refugees and Displaced Persons. Furthermore, this category include some laws at the state, entity and cantonal levels that, essentially, regulate the constitutional matters (e.g. the election law at the state level, the constitutional law in the Republika Srpska entity, and some cantonal laws that regulate the matter of constitutional law). Furthermore, in a broader sense, the sources of constitutional law can also include the rules of procedure on the work of the highest state bodies (e.g. the Rules of Procedure of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, Rules of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina...) and decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (under the scope of jurisdiction of abstract review of constitutionality).

B. Sources of constitutional law of international character

The Constitution of Bosnia and Herzegovina, as a national source of constitutional law of the first rank, refers to a number of sources of constitutional law of international character. It is almost common knowledge that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is part of an international agreement[4], which was concluded with the aim of stopping the war and maintaining peace in Bosnia and Herzegovina and contributing to the regional stability in the area of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) (the dissolution of its component parts/republics resulted in several new states, including Bosnia and Herzegovina), or in the area of the Western Balkans, as that area is called in contemporary discourse.

Already in the Preamble, the Constitution of Bosnia and Herzegovina explicitly refers (... *inspired* ...) to the goals and principles of the Charter of the United Nations and to the Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities and other instruments for the protection of human rights and freedoms contained in an annex[5].

4 See footnote 2.

5 Annex I - Additional Human Rights Agreements To Be Applied In Bosnia And Herzegovina: 1. 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; 2. 1949 Geneva Conventions I-IV on the Protection of the Victims of War, and the 1977 Geneva Protocols I-II thereto; 3. 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1966 Protocol thereto; 4. 1957 Convention on the Nationality of Married Women; 5. 1961 Convention on the Reduction

Based on Article II(1) of the Constitution, Bosnia and Herzegovina and both of its entities (this includes the Brčko District of Bosnia and Herzegovina - note by M. Ć.[6]) will ensure the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms.

According to Article II(2) of the Constitution, the rights and freedom under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in its Protocols apply directly in Bosnia and Herzegovina and have priority (supremacy) over all other law. All persons on the territory of Bosnia and Herzegovina shall enjoy human rights and freedoms under Article II(2) of the Constitution (Enumeration of Rights and Freedoms - Article II(3) of the Constitution). According to Article II(6) of the Constitution, Bosnia and Herzegovina, and all courts, agencies, governmental organs, and instrumentalities operated by or within the Entities, shall apply and conform to the human rights and fundamental freedoms referred to in Article II(2) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

In addition to the above, Annex I to the Constitution of Bosnia and Herzegovina lists 15 additional agreements on human rights that shall apply in Bosnia and Herzegovina. The enjoyment of the rights and freedoms provided for in Article II or in international agreements listed in Annex I to the Constitution is ensured to all persons in Bosnia and Herzegovina without discrimination on any grounds (Article II(4) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina)[7].

In the context of the content and scope of this paper, special attention should be paid to the provision of Article III(3)(b) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, which reads: *The general principles of international law shall be an integral part of the law of Bosnia and Herzegovina.* The Constitutional Court has emphasized this in its decisions. Thus, in one of its decisions, the Constitutional Court has emphasized that the Constitution of Bosnia and Herzegovina, unlike the constitutions of many other countries, forms an integral part of an international agreement and, therefore, Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties from 1969 (which establishes the

of Statelessness; 6. 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; 7. 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1966 and 1989 Optional Protocols thereto; 8. 1966 Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; 9. 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; 10. 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 11. 1987 European Convention on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 12. 1989 Convention on the Rights of the Child; 13. 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families; 14. 1992 European Charter for Regional or Minority Languages; 15. 1994 Framework Convention for the Protection of National Minorities.

6 See footnote 3.

7 See footnote 5.

general principles of international law, and these principles, as previously stated, *shall be an integral part of the law of Bosnia and Herzegovina and the Entities*[8] according to Article III(3)(b) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina) must be applied in interpreting all its provisions, including the Constitution of Bosnia and Herzegovina[9].

Finally, according Article VI(3)(c) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court has jurisdiction over issues referred to it by any court in Bosnia and Herzegovina (the so-called incidental review of constitutionality) concerning, among other things, the existence of or the scope of a *general rule of public international law* pertinent to the court's decision.

III. GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW IN THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has so far had several complex cases in which the application of general principles of international law, to which the text of the Constitution of Bosnia and Herzegovina refers to, was raised as a key constitutional issue. As already stated, we will briefly refer to some of them.

For example, in a case related a request for constitutional review of the *Law on the Protection of Domestic Production within the Framework of the Central European Free Trade Agreement (CEFTA*), the issue raised before the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina was whether a possible violation of general principles of international law, notably the principle of *pacta sunt servanda*, would also constitute a violation of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, in addition to the violation of international law, due to the non-fulfilment of obligations under international agreements[10].

In that case, the applicant claimed that the contested law (at the State level) had violated the CEFTA Agreement and, thus, the general principles of international law and, consequently, the Constitution. According to the applicant's opinion, this also violated the provision of Article III(3)(b) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, which, as previously stated, prescribes that the general principles of international law are an integral part of the legal order of Bosnia and Herzegovina and its entities (including the Brčko District of BiH - note by M. Ć.).

8 The Brčko District of BiH (BDBiH) should also be added here, because the BDBiH became a constitutional category according to Amendment I to the Constitution of BiH, and on that basis these provisions also apply to it (as well as to the Entities, FBiH and RS, see footnote 3).

9 See Constitutional Court of BiH, decision no. *U-5/98* of 1 July 2000, § 19.

10 See Constitutional Court of BiH, decision no. U-5/09 of 25 September 2009.

In deciding on that request, the Constitutional Court had to determine first whether the request was admissible. In connection with that, the Constitutional Court pointed out that it had jurisdiction to review the constitutionality of the law, however, the question was whether the possible non-compliance of the law with the CEFTA Agreement in that case related to the problem of constitutionality of the law (§ 28). The Constitutional Court further emphasized that the *Constitution of Bosnia and Herzegovina does not contain any express provisions that define the status of international treaties in national law,* or that give jurisdiction to the Constitutional Court in that field. However, as the Constitutional Court further pointed out, the silence of the framer of the Constitution, or in other words, the lack of an explicit provision on this issue in the Constitution cannot be interpreted as a clear decision on the lack of jurisdiction of the Court.

In this connection, the Constitutional Court also emphasized that *internationalization is one of the leading (most characteristic) general principles of the Constitution*, and that *the Constitution applies directly.* In fact, it contains a large number of international treaties (they are actually an integral part of the Constitution and as such are part of the internal BIH law - note by M. Ć. - see footnote 5), notably in the field of human rights, and prescribes that the European Convention has priority over all other law[11], so that the Constitution itself, as already mentioned, is part of an international treaty[12]. In the case we are referring to, the Constitutional Court has further pointed out that there is no constitutional provision regulating the introduction of international agreements into national law as a condition for their applicability. Namely, as explained by the Constitutional Court, the *Constitution does not prescribe the "transformation" of international rules into national law through legislation*. Following this, if international agreements on human rights have a quasi-constitutional status, then it does not follow that other agreements referred to in the Constitution have the status of ordinary laws. On the contrary, Article III(3)(b) of the Constitution, which prescribes the priority of the Constitution, states that the general principles of international law are an integral part of the legal order of Bosnia and Herzegovina and its entities (including the Brčko District of BiH, as already mentioned) and that national law has to be aligned with them. In that provision, the primacy of the Constitution is closely linked with the general principles of international law, as well as with the competences of the Constitutional Court, given that the Constitutional Court has the task of reviewing the constitutionality of laws and, in general, of supporting the Constitution (Article VI.3). Considering the above, the

11 Article II(2) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

12 This manner of incorporation of international agreement into constitutional law order of the State has been a unique case in the world so far.

Constitutional Court concluded that the jurisdiction of the Constitutional Court, as a rule, could not be excluded. Hence, the Constitutional Court had jurisdiction to deal with that case and the request was declared admissible.

However, the question arises whether the *general principles of international law* include any indication of the relationship between national laws and ratified international agreements. The Constitutional Court, in that case, has emphasized that one of the basic principles of international law is the principle of *pacta sunt servanda*, that is, *the fulfillment of obligations* deriving from international law. This rule, which derives from international customary law, which is contained in Article 26 of the Vienna Convention on the Law on Treaties, provides that every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in *good faith*. In accordance with the rule of *pacta sunt servanda*, which is an integral part of the legal order of Bosnia and Herzegovina and its entities (and the Brčko District of BiH[13]), according to the meaning of Article III(3)b) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the CEFTA Agreement imposes obligations on Bosnia and Herzegovina based on a multilateral agreement that was previously concluded by the SFRY[14], and taken over by Bosnia and Herzegovina.

When it comes to the merits of that case, the Constitutional Court concluded that there was an indisputable obligation of the institutions in Bosnia and Herzegovina, and above all of the legislator, to respect the provisions of that contract and to execute it in good faith, according to the rule of *pacta sunt servanda*. It follows from the above that there is an obligation on the institutions of Bosnia and Herzegovina to harmonize all laws with the provisions of the CEFTA Agreement. In the mentioned case, the Constitutional Court concluded that the challenged law was not in accordance with these obligations.

Specific examples

We have dealt above with the *status and significance* of the ECHR in the Constitution of Bosnia and Herzegovina (see Chapter II on the Sources of Constitutional Law in Bosnia and Herzegovina and footnote 4). In its case law, the Constitutional Court often emphasized the obligation of its direct

13 See footnote 3.

14 The Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) was a federal state consisting of six federal republics (the Republic of Bosnia and Herzegovina, the Republic of Slovenia, the Republic of Croatia, the Republic of Serbia, the Republic of Montenegro and the Republic of Macedonia), within which Bosnia and Herzegovina existed as one of the republics, and two autonomous provinces (the Autonomous Province of Kosovo and the Autonomous Province of Vojvodina within the Republic of Serbia, but with, to a certain extent, direct representation at the level of the federal state of SFRY). It existed as such until 1992, i.e. until the declaration of independence and international recognition as an independent and sovereign state. Bosnia and Herzegovina was admitted to the membership of the UN on 22 May 1992 as its 177th member.

application and found a violation of the rights under the Constitution and the ECHR in situations where this was omitted. In this Chapter, we will cite several cases illustrating this.

In one of the recent decisions, the Constitutional Court found a violation of the right to *liberty and security of person* due to the failure of the ordinary court to *hear the appellant personally* in the procedure of judicial review of justification of detention, even though the Criminal Procedure Code did not prescribe the court's obligation to hold a public session in the procedure of review of justification of detention, at which the accused person would have had an opportunity to testify in person before the court. Although that case related to the so-called automatic system of reviewing decisions on the lawfulness of detention, a *period longer than a year* during which the appellant was not heard, could not be, according to the opinion of the Constitutional Court, considered *a reasonable time* in terms of the relevant practice of the ECtHR. Due to the importance of *the protected good*, which is *human freedom*, the court should have seen and heard the appellant at more frequent intervals than was the case, before extending the detention period six times. Insisting that the court sees and hears the appellant avoids the bureaucratization of decision-making on the extension of the period of deprivation of liberty and enables the person deprived of liberty to make a statement on that. Given the fact that the appellant was denied the said right, the Constitutional Court held that the appellant's right under Article II(3)(d) of the Constitution of BiH (right to liberty and security of person) and Article 5(4) of the ECHR (right to liberty and security) had been violated. The Constitutional Court emphasized that *it was not decisive whether the Criminal Procedure Code strictly prescribed such conduct*, since the provisions of the ECHR, according to the Constitution of Bosnia and Herzegovina, had priority over all other law and should be applied directly[15].

In another example from the case law of the Constitutional Court, the Constitutional Court found a violation of the right to a fair trial because the appellant did not have a defence attorney, nor was a defence attorney designated in the criminal proceedings conducted against him for a criminal offense for which a *mandatory defence* was prescribed, and the second-instance court, while referring to the limitations of the Criminal Procedure Code, which prescribed the limits of examining the verdict (because no one indicated a violation of the right to defence for failure to assign a defence attorney to the appellant), did not directly apply the provisions of the ECHR to that case. The Constitutional Court reiterated that, according to Article II(2) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the provisions of the

15 See Constitutional Court of BiH, decision no. AP-3228/22 of 23 March 2023.

ECHR had the force of constitutional provisions and had priority over the Criminal Procedure Code. Hence, in that case, the Constitutional Court found a violation of the right to a fair trial[16].

In its case law, the Constitutional Court often referred to other international treaties. For the sake of illustration, in one of the cases falling under the scope abstract jurisdiction (review of the constitutionality of the laws), the Constitutional Court referred to the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination[17]. In the case falling under the appellate jurisdiction[18], the Constitutional Court dealt with the appellate allegations in relation to the rights under the Convention on the Rights of the Child. In that case, the Constitutional Court found a violation of the right to protection of the best interests of children according to the Convention on the Rights of the Child, because the ordinary court failed to give reasons for its decision to reject the request for the acquisition of citizenship of Bosnia and Herzegovina and citizenship of the Federation of Bosnia and Herzegovina in a way that would meet the standards of the right to protection of the best interests of the appellant's children that were safeguarded under the Convention on the Rights of the Child.[19]

IV. CONCLUSION

Bosna and Herzegovina is one of the rare countries that have a Constitution that stipulates the obligation of application of general rules of international law. This also applies to the ECHR and a number of international multilateral documents in the field of human rights and freedoms.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, which has an obligation to protect (uphold) the Constitution, according to the definition in the Constitution, has contributed significantly in its case law to the affirmation of the Constitution and Convention standards in the field of human rights and freedoms on the entire territory of Bosnia and Herzegovina.

The views of the Constitutional Court, as the highest authority in the country, the decision of which are final and bindings according to the Constitution and Rules of the Court, given the fact that a Supreme Court at the State level does not exist, contributes positively to the development and harmonization of the case law of the ordinary courts in both Entities and Brčko District, thus, on the entire territory of Bosnia and Herzegovina.

16 See Constitutional Court of BiH, decision no. AP-2044/20 of 5 October 2021.
17 See Constitutional Court of BiH, decision no. U-4/05 of 22 April 2005.
18 Article VI(3)(b) of the Constitution reads as follows: *the Constitutional Court shall also have appellate jurisdiction over issues under this Constitution arising out of a judgment of any other court in Bosnia and Herzegovina.*
19 See Constitutional Court of BiH, decision no. AP-5156/15 of 10 May 2017.

ULUSLARARASI HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN VE İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ STANDARTLARININ UYGULANMASI - BOSNA HERSEK ÖRNEĞİ

Öz: *Bu çalışma, uluslararası hukukun genel ilkeleri kavramını, mahiyetini ve Bosna Hersek bağlamındaki uygulamasını kısaca analiz etmektedir. Bosna Hersek'te hukukun genel ilkelerinin uygulanmasının özel niteliği, bu ilkelerin doğrudan açık bir anayasal hükme ve ülkedeki en yüksek yargı mercii olan Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin kararlarına dayalı olarak uygulanmasında kendini göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarından ilgili örneklere bu çalışma kapsamında yer verilmiştir.*

Anahtar Kelimeler: *Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi, uluslararası hukukun genel ilkeleri, ahde vefa ilkesi (pacta sunt servanda), iyi niyet (bona fides), uluslararası antlaşmalar, sözleşme hukuku, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, anayasal kanunların kaynakları.*

I. GİRİŞ

Öncelikli olarak "hukukun genel ilkeleri" kavramı ile bu bağlamda uluslararası hukuka ilişkin genel ilkelerin tanımını yapmanın uygun olacağı kanaatindeyim.

Hukukun genel ilkeleri (Almanca *allgemeine Rechtsgrundsatze*; Fransızca *principes generaux de droit*) dünya genelinde tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen ve genel olarak hukukun özünde var olan ilkelerdir. "Çağdaş uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri", teamül hukuku ve sözleşme hukuku ile birlikte, günümüzde uluslararası hukukun hiyerarşik olarak eşit bir kaynağı olarak kabul edilmektedir. Bunlar belirli ilkeleri [örneğin özel kanun genel kanunları ilga eder (*lex specialis derogat legi generali*) ilkesi) ve belirli önemli kuralları (örneğin ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi] içerir[1]. Bu tanım, Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın ayrılmaz bir parçası olan Uluslararası Adalet Divanı statüsünde yer almaktadır.

Bununla birlikte, BM Şartı'nda ve BM Şartı'nın özgün bir yorumu niteliğinde olan 1970 tarihli BM Genel Kurulu Bildirgesi'nde genel ilkeler kavramı daha geniş şekilde ele alınmıştır.

1 Krleža, M. (2007). *Pravni leksikon Leksikografskog zavoda*, Republika Hrvatska.

Bu belgeler uyarınca, uluslararası hukukun genel ilkeleri şu şekildedir: güç kullanma yasağı ilkesi, uluslararası anlaşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü ilkesi, müdahale etmeme ilkesi, devletlerin BM Şartı uyarınca birbirleriyle iş birliği yapma yükümlülüğü, ulusların hak eşitliği ve kendi kaderini tayin hakkı, devletlerin egemen eşitliği ilkesi ve kabul edilen uluslararası yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi ilkesi.

Buna ek olarak, genel nitelikteki bazı uluslararası hukuk ilkeleri, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi) gibi uluslararası çok taraflı sözleşmelerde yer almaktadır. Viyana Sözleşmesi'nin 26. maddesi ahde vefa ilkesini ve iyi niyet ilkesini uygulama yükümlülüğünü öngörmektedir.

Ahde vefa ve iyi niyet ilkeleri, bu çalışma ve Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi içtihadını örneklendirmek için atıfta bulunduğumuz davalar bağlamında bilhassa önem arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) kapsamındaki standartlar söz konusu olduğunda, Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Strazburg Mahkemesi), verdiği kararlar aracılığıyla AİHS'i yorumlamakta ve bu şekilde Sözleşme standartlarını oluşturmakta, belirlemekte ve ayrıntılı şekilde ortaya koymaktadır.

Sözleşme standartları, AİHS'Te düzenlendiği sırayla, yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, kanunsuz ceza olmaz ilkesi, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, evlenme hakkı, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı ve ayrımcılık yasağı gibi güvence altına alınan hak ve özgürlükleri içermektedir. Sözleşme standartları; olağanüstü hallerde Sözleşme yükümlülüklerinin askıya alınması, yabancıların siyasi faaliyetlerine getirilen kısıtlamalar, hakların kötüye kullanılmasının yasaklanması gibi Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin bazı sınırlamalar da öngörmektedir. Bu bağlamda Sözleşme uyarınca söz konusu hak ve özgürlükler açısından getirilebilecek olan kısıtlamaların öngörüldükleri amaçlar dışında uygulanamayacağı açıkça belirtilmektedir (AİHS, madde 18).

AİHS'in Bosna Hersek Anayasası'nın ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu göz önünde bulundurarak (madde II(2)), Sözleşme standartlarının aynı zamanda Bosna Hersek anayasal hukuk sisteminin de standartları olduğunu vurgulamak isterim.

Bu çalışmanın mahiyeti ve kapsamı göz önünde bulundurularak aşağıdaki bölümde, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin ilgili ve yakın tarihli

içtihadına değinilerek bu ilke ve standartlardan yalnızca bir kısmına atıfta bulunulacaktır.

II. BOSNA HERSEK ANAYASA HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Teorik düzeyde ve uygulama açısından Bosna Hersek'te dahi anayasa hukukunun kaynakları genel olarak iki kategoriye ayrılabilir: ulusal (dâhili) kaynaklar ve hukuki nitelikli uluslararası (haricî) kaynaklar.

A. Bosna Hersek anayasa hukukunun ulusal kaynakları

Bosna Hersek'teki karmaşık iç yapı ve sistem göz önüne alındığında (tıpkı diğer ülkelerde olduğu gibi), anayasa hukukunun çeşitli ulusal kaynakları bulunmaktadır. Bu konuya kısaca ve genel hatlarıyla değineceğim.

En yüksek yasal-siyasal norm olarak anayasa, genel olarak herhangi bir ülkedeki anayasa hukukunun temel kaynağıdır.

Bosna Hersek'te uygulanmakta olan 13 anayasa bulunmaktadır. Bu piramidin en üstünde Bosna Hersek'te Barış İçin Genel Çerçeve Anlaşması'nın Ek IV'ü olan Bosna Hersek Anayasası yer almaktadır[2]. Bosna Hersek'i oluşturan entitelerin (geniş sorumluluklara sahip idari-bölgesel birimler olarak Bosna Hersek Federasyonu ve Srpska Cumhuriyeti) de kendi anayasaları vardır. Srpska Cumhuriyeti entitesi merkeziyetçi bir entite iken, Bosna Hersek Federasyonu entitesi geniş ölçüde yerinden yönetimi benimsemektedir. Kendi anayasaları da olan on kantondan, daha doğrusu on kantonal anayasadan oluşur. Bosna Hersek'in Brčko Bölgesi'nde, en yüksek yasal ve öz-yönetim yasası Tüzük'tür[3].

Entite ve Bölge anayasaları, Bosna Hersek Anayasası'na aykırı olmamalıdır.

Anayasa'ya ek olarak, Bosna Hersek'teki ulusal anayasa hukukunun kaynakları, belirli bir şekilde ve daha geniş anlamda, Ek III - Seçim Anlaşması (ulusal seçim mevzuatının kabul edilmesiyle geçerliliğini yitirmiştir), Ek V

2 Bosna Hersek'te Barış için Genel Çerçeve Anlaşması (Dayton veya Paris Anlaşması olarak da bilinir) 14 Aralık 1995 tarihinde Fransa'nın başkenti Paris'te imzalanmış (daha önce 21 Kasım 1995 tarihinde ABD'nin Dayton kentinde parafe edilmiştir) ve aynı gün yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın 11 eki bulunmaktadır. Ek IV Bosna Hersek Anayasası'dır.

3 Brčko Bölgesi'ndeki Entiteler-Arası Sınırlar Üzerindeki Uyuşmazlıklarda Tahkim Mahkemesi kararına dayanarak, savaş öncesi Brčko Şehri (Sava nehri boyunca ülkenin kuzeydoğusunda yer almaktadır), Bosna Hersek Devleti'nin egemenliği altında ve Bosna Hersek kurumlarının yetkisi altında Bosna Hersek'in Brčko Bölgesi olarak kurulmuştur. Brčko Bölgesi'nin toprakları her iki entite tarafından ortaklaşa sahiplenilmiştir (kat mülkiyeti). Bosna Hersek Anayasası'nda yapılan Değişiklik I ile Bosna Hersek Brčko Bölgesi 2009 yılında anayasa ile düzenlenerek anayasal nitelik kazanmıştır (Bosna Hersek Resmi Gazetesi, No. 26/2009). Bu, Bosna Hersek Anayasası'nda bugüne kadar yapılan ilk ve tek değişikliği teşkil etmektedir (Kasım 2023).

- İnsan Hakları Anlaşması ve Ek VII - Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler Anlaşması gibi Dayton Barış Anlaşması'nın diğer eklerini de içermektedir. Ayrıca bu kategori, esasen anayasal konuları düzenleyen eyalet, entite ve kanton düzeyindeki bazı kanunları da içermektedir (örneğin eyalet düzeyindeki seçim kanunu, Srpska Cumhuriyeti entitesindeki anayasa ve anayasa hukukuna ilişkin konuları düzenleyen bazı kanton kanunları). Ayrıca, daha geniş anlamda, anayasa hukukunun kaynakları, en yüksek devlet organlarının çalışmalarına ilişkin usul kurallarını (örneğin, Bosna Hersek Parlamenter Meclisi İçtüzüğü, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü...) ve Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi kararlarını (soyut norm denetimi yargı yetkisi kapsamında) da içerebilir.

B. Uluslararası nitelikli anayasa hukuku kaynakları

Bosna Hersek Anayasası, birinci dereceden ulusal bir anayasa hukuku kaynağı olarak uluslararası nitelikteki bir dizi anayasa hukuku kaynağına atıfta bulunmaktadır. Bosna Hersek Anayasası'nın, savaşı durdurmak ve Bosna Hersek'te barışı sağlamak ve eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti (YSFC) (parçalarının/cumhuriyetlerinin dağılması, Bosna Hersek de dâhil olmak üzere birçok yeni devletin ortaya çıkmasına neden olmuştur) bölgesinde ya da çağdaş söylemde bu bölgenin adlandırıldığı şekliyle Batı Balkanlar bölgesinde bölgesel istikrara katkıda bulunmak amacıyla imzalanan uluslararası bir anlaşmanın[4] parçası olduğu bilinen bir gerçektir.

Bosna Hersek Anayasası, daha Başlangıç bölümünde, BM Şartı'nın amaç ve ilkeleri ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ulusal veya Etnik, Dinsel ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına İlişkin Bildirge ve bir ekte yer alan insan hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin diğer belgelere açıkça atıfta bulunmaktadır (... *bunlardan esinlenmiştir*...)[5].

4 Bkz. 2. dipnot.

5 Ek I - Bosna Hersek'te Uygulanacak Ek İnsan Hakları Sözleşmeleri: 1. 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi; 2. Savaş Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmeleri I-IV ve 1977 Cenevre Protokolleri I-II; 3. Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1966 Protokolü; 4. Evli Kadının Vatandaşlığına Dair 1957 Sözleşmesi; 5. Vatansızlığın Azaltılmasına Dair 1961 Sözleşmesi; 6. 1965 Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme; 7. 1966 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Sözleşmeye Ek 1966 ve 1989 tarihli İhtiyari Protokoller; 8. 1966 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme; 9. 1979 Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi; 10. 1984 İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi; 11. 1987 İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi; 12. 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi; 13. 1990 Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme; 14. 1992 Bölgesel ve Azınlık Dilleri Avrupa Şartı; 15. 1994 Ulusal Azınlıkların Korunmasına Dair Çerçeve Sözleşme.

Anayasa'nın II(1) maddesine dayanarak, Bosna Hersek ve her iki entitesi (buna Bosna Hersek'in Brčko Bölgesi de dâhildir - M. Ć.'nin notu[6]) uluslararası kabul görmüş insan hakları ve temel özgürlükleri en üst düzeyde tesis edecektir.

Anayasa madde II(2)'de belirtildiği üzere, AİHS ve protokollerinde yer alan hak ve özgürlükler Bosna Hersek'te doğrudan uygulanır ve diğer tüm yasalara göre önceliğe (üstünlüğe) sahiptir. Bosna Hersek topraklarında bulunan herkes Anayasa'nın II(2) maddesi uyarınca insan hak ve özgürlüklerinden yararlanır (Hak ve Özgürlüklerin sıralanması - Anayasa'nın II(3) maddesi). Anayasa madde II(6)'ya göre, Bosna Hersek ile Entiteler tarafından veya Entiteler kapsamında faaliyet gösteren tüm mahkemeler, daireler, resmi kurum ve kuruluşlar, Bosna Hersek Anayasası madde II(2)'de belirtilen insan hakları ve temel özgürlükleri uygulayacak ve bunlara uygun hareket edecektir.

Yukarıda yer alan hususlara ek olarak, Bosna Hersek Anayasası Ek I, Bosna Hersek'te uygulanacak insan haklarına ilişkin 15 ek sözleşmeyi içermektedir. Bosna Hersek'teki tüm kişiler, herhangi bir gerekçeyle ayrımcılığa maruz kalmadan, Madde II'de veya Anayasa'nın Ek I'inde belirtilen uluslararası sözleşmelerde öngörülen hak ve özgürlüklerden yararlanır (Bosna Hersek Anayasası madde II(4))[7].

Bu çalışmanın içeriği ve kapsamı bağlamında, Bosna Hersek Anayasası Madde III(3)(b) hükmüne özel önem atfedilmelidir. İlgili madde hükmü şu şekildedir: "Uluslararası hukukun genel ilkeleri Bosna Hersek hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır." Anayasa Mahkemesi kararlarında söz konusu hükmü vurgulamıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında Bosna Hersek Anayasasının, diğer birçok ülkenin anayasasından farklı olarak, uluslararası bir antlaşmanın ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu ve bu nedenle Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin (uluslararası hukukun genel ilkelerini belirler ve söz konusu ilkeler, daha önce belirtildiği üzere, Bosna Hersek Anayasası Madde III(3)(b) uyarınca *Bosna Hersek ve Entiteler hukukunun ayrılmaz bir parçası olacaktır*[8]) Bosna Hersek Anayasası da dâhil olmak üzere tüm hükümlerinin yorumlanmasında uygulanmalıdır[9].

Son olarak, Bosna Hersek Anayasasının VI(3)(c) maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, Bosna Hersek'teki herhangi bir mahkeme tarafından kendisine havale edilen (anayasaya uygunluk denetimi), diğer hususların yanı sıra,

6 Bkz. 3. dipnot.

7 Bkz. 5. dipnot.

8 Bosna Hersek'in Brčko Bölgesi (BDBiH) de buraya eklenmelidir, çünkü BDBiH, BH Anayasası'nın I. Değişikliğine göre anayasa ile düzenlenerek anayasal nitelik kazanmıştır ve bu temelde bu hükümler onun için de geçerlidir (ayrıca Entiteler, Bosna Hersek Federesyanu ve Srpska Cumhuriyeti için, bkz. dipnot 3).

9 Bkz. Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin U-5/98 sayılı, 1 Temmuz 2000 tarihli kararı, § 19.

mahkemenin kararıyla ilgili *uluslararası kamu hukukunun genel bir kuralının* varlığı veya kapsamıyla ilgili konularda yargı yetkisine sahiptir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA ULUSLARARASI HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi bugüne kadar, Bosna Hersek Anayasası metninin atıfta bulunduğu uluslararası hukukun genel ilkelerinin uygulanmasının kilit bir anayasal mesele olarak gündeme geldiği çok sayıda karmaşık davaya bakmıştır. Daha önce de belirtildiği üzere, bunlardan bazılarına kısaca değineceğiz.

Örneğin, "Orta Avrupa Serbest Ticaret Anlaşması (CEFTA) Çerçevesinde Yerli Üretimin Korunması Hakkında Kanun"un anayasal denetimi talebiyle ilgili bir davada, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin önüne gelen mesele, uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle uluslararası hukukun genel ilkelerinin, bilhassa ahde vefa ilkesinin olası bir ihlalinin, uluslararası hukukun ihlalinin yanı sıra Bosna Hersek Anayasası'nın da ihlalini teşkil edip etmeyeceğiydi[10].

Bu davada başvurucu, (ulusal düzeyde) itiraz edilen kanunun CEFTA Anlaşmasını ve dolayısıyla uluslararası hukukun genel ilkelerini ve sonuç olarak Anayasayı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvurucunun görüşüne göre bu durum, daha önce de belirtildiği üzere, uluslararası hukukun genel ilkelerinin Bosna Hersek ve entitelerinin (Brčko Bölgesi de dâhil olmak üzere- M. Ć.'nin notu) hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğunu öngören Bosna Hersek Anayasası'nın III(3)(b) maddesi hükmünü de ihlal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ilgili başvuruyu karara bağlarken, öncelikle başvurunun kabul edilebilir olup olmadığını belirlemek zorundaydı. Bununla bağlantılı olarak Anayasa Mahkemesi, yasanın anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olduğunu, ancak söz konusu davada yasanın CEFTA Anlaşmasıyla olası uyumsuzluğunun, yasanın anayasaya uygunluğu bağlamında sorun teşkil edip etmeyeceği ile ilgili olduğunu belirtmiştir (§ 28). Anayasa Mahkemesi ayrıca "Bosna Hersek Anayasası'nın uluslararası anlaşmaların ulusal hukuktaki statüsünü tanımlayan" veya Anayasa Mahkemesine bu alanda yargı yetkisi veren herhangi bir açık hüküm içermediğini vurgulamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, anayasa koyucunun bu konuda sessiz kalması ya da başka bir deyişle Anayasa'da bu konuda açık bir hükmün bulunmaması, Mahkemenin yargı yetkisinin bulunmadığına ilişkin açık bir karar olarak yorumlanamaz.

10 Bkz. Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin U-5/09 sayılı 25 Eylül 2009 tarihli kararı.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi ayrıca "uluslararasılaştırmanın Anayasa'nın başlıca (en karakteristik) ilkelerinden biri olduğunu ve Anayasa'nın doğrudan uygulandığını" vurgulamıştır. Nitekim Anayasa, bünyesinde -özellikle de insan hakları alanında- çok sayıda uluslararası antlaşmayı ihtiva etmektedir (bunlar aslında Anayasa'nın ayrılmaz bir parçasıdır ve bu nedenle Bosna Hersek iç hukukunun bir parçasıdır - M. Ć.nin notu). - dipnot 5'e bakınız) ve AİHS'nin diğer tüm yasalara göre önceliğe sahip olduğunu öngörmektedir[11]. Hâlihazırda belirtildiği üzere, Anayasa'nın kendisi de uluslararası bir antlaşmanın parçasıdır[12]. Bahsettiğimiz davada Anayasa Mahkemesi ayrıca, uluslararası anlaşmaların uygulanabilirlik koşulu olarak ulusal hukuka dâhil edilmesini düzenleyen herhangi bir anayasal hüküm bulunmadığına işaret etmiştir. Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulduğu üzere, "Anayasa, uluslararası kuralların yasama yoluyla ulusal hukuka 'dönüştürülmesini' öngörmemektedir." Buradan hareketle, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalar yarı-anayasal bir statüye sahip olduğu takdirde, Anayasa'da atıfta bulunulan diğer anlaşmaların olağan kanun statüsünde olduğu sonucu ortaya çıkmamaktadır. Aksine, Anayasa'nın önceliğini belirleyen Madde III(3)(b), uluslararası hukukun genel ilkelerinin Bosna Hersek ve entitelerinin (daha önce de belirtildiği gibi Brčko Bölgesi dâhil olmak üzere) hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğunu ve ulusal hukukun bunlarla uyumlu olması gerektiğini belirtmektedir. Bu hükümde Anayasa'nın üstünlüğü, uluslararası hukukun genel ilkeleriyle ve Anayasa Mahkemesinin yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme ve genel olarak Anayasa'yı koruma görevini üstlenmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesinin yetkileriyle yakından ilgilidir (Madde VI.3). Yukarıda belirtilenleri göz önünde bulunduran Anayasa Mahkemesi, bu hususta Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisini haiz olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi bu davaya bakmaya yetkilidir ve başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir.

Ancak bu noktada "uluslararası hukukun genel ilkelerinin", ulusal yasalar ile onaylanmış uluslararası anlaşmalar arasındaki ilişkiye dair herhangi bir açıklama içerip içermediği sorusu ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu davada, uluslararası hukukun temel ilkelerinden birinin ahde vefa ilkesi, diğer bir deyişle uluslararası hukuktan kaynaklanan "yükümlülüklerin yerine getirilmesi" olduğunu vurgulamıştır. Uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan ve Viyana Sözleşmesi'nin 26. maddesinde yer alan söz konusu ilke, yürürlükte olan her antlaşmanın tarafları için bağlayıcı olduğunu ve taraflarca iyi niyetle yerine getirilmesi gerektiğini öngörmektedir. Bosna Hersek

11 Bosna Hersek Anayasası'nın II(2). maddesi.

12 Uluslararası anlaşmanın Devletin anayasal hukuk düzenine bu şekilde dâhil edilmesi bugüne kadar dünyada eşi benzeri olmayan bir durum olmuştur.

ve entitelerinin (ve Bosna Hersek'in Brčko Bölgesi'nin[13]) hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olan ahde vefa ilkesi uyarınca, Bosna Hersek Anayasası'nın III(3)b) maddesinde öngörüldüğü üzere, CEFTA Anlaşması, Bosna Hersek'e daha önce YSFC tarafından akdedilen[14] ve Bosna Hersek tarafından devralınan çok taraflı bir anlaşmaya dayalı yükümlülükler getirmektedir.

Bu davanın esası söz konusu olduğunda, Anayasa Mahkemesi, Bosna Hersek'teki kurumların ve bilhassa yasa koyucunun, ilgili sözleşmenin hükümlerine saygı gösterme ve ahde vefa ilkesi uyarınca iyi niyetle uygulama konusunda tartışılmaz bir yükümlülüğü olduğu sonucuna varmıştır. Yukarıda belirtilen hususlardan hareketle, Bosna Hersek kurumlarının tüm yasaları, CEFTA Anlaşması hükümleriyle uyumlu hâle getirme yükümlülüğü olduğu sonucu çıkmaktadır. Söz konusu davada Anayasa Mahkemesi, itiraz edilen yasanın bu yükümlülüklere uygun olmadığı sonucuna varmıştır.

Örnek Kararlar

Yukarıda AİHS'in Bosna Hersek Anayasası'ndaki "statüsü ve önemine" değindik (bkz. Bosna Hersek Anayasa Hukukunun Kaynakları hakkındaki Bölüm II ve dipnot 4). Anayasa Mahkemesi, içtihatlarında sıklıkla AİHS'nin doğrudan uygulanma zorunluluğunu vurgulamış ve bunun sağlanmadığı durumlarda Anayasa ve AİHS kapsamındaki hakların ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu bölümde, bunu örnekleyen birkaç davaya değineceğiz.

Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli kararlardan birinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tutukluluğun incelendiği yargılama sürecinde mahkemenin aleni bir duruşma yapma yükümlülüğü olduğu şeklinde bir hüküm içermemesine rağmen, ilgili mahkemenin sanığın mahkeme huzurunda bizzat ifade verme imkânını haiz olabileceği ve tutukluluğun hukukiliğinin incelendiği davada ilgili mahkemenin "başvurucunun bizzat dinlememesi" nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu dava, tutukluluğun hukuka uygunluğuna ilişkin kararların gözden geçirilmesine yönelik otomatik sistemle ilgili olsa da Anayasa Mahkemesinin görüşüne göre, başvurucunun dinlenmediği "bir yıldan uzun bir süre", AİHM'nin ilgili uygulaması açısından makul bir süre olarak kabul edilemez. "Korunan değerin", yani "insan özgürlüğünün" önemi nedeniyle, mahkemenin tutuk-

13 Bkz. 3. dipnot.

14 Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti (YSFC) altı federal cumhuriyetten (Bosna Hersek Cumhuriyeti, Slovenya Cumhuriyeti, Hırvatistan Cumhuriyeti, Sırbistan Cumhuriyeti, Karadağ Cumhuriyeti ve Makedonya Cumhuriyeti) oluşan federal bir devletti. Burada Bosna Hersek'in cumhuriyetlerden biri olarak varlığını sürdürdüğü ve iki özerk vilayetin (Sırbistan Özerk Cumhuriyeti'ne bağlı özerk bölgeler olan Kosova Özerk Vilayeti ve Voyvodina Özerk Vilayeti belirli bir dereceye kadar YSFC federal devleti düzeyinde doğrudan temsile sahip olarak) yer aldığı söylenebilir. Bu şekilde 1992 yılına kadar, yani bağımsızlık ilanına ve bağımsız ve egemen bir devlet olarak uluslararası tanınmaya kadar varlığını sürdürmüştür. Bosna Hersek, 22 Mayıs 1992 tarihinde BM'nin 177. üyesi olarak üyeliğe kabul edilmiştir.

luluk süresini altı kez uzatmadan önce başvuranı daha sık aralıklarla görmesi ve dinlemesi gerekirdi. Mahkemenin başvuranı görmesi ve dinlemesinin sağlanması, özgürlükten mahrum bırakma süresinin uzatılmasına ilişkin kararların bürokratikleşmesini önler ve özgürlükten mahrum bırakılan kişinin bu hususta beyanda bulunmasına olanak tanır. Başvurucunun söz konusu haktan mahrum bırakılması nedeniyle Anayasa Mahkemesi, başvurucunun Bosna Hersek Anayasası'nın II(3)(d) maddesi (kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı) ve AİHS'nin 5(4) maddesi (özgürlük ve güvenlik hakkı) kapsamındaki haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi; Bosna Hersek Anayasası uyarınca AİHS hükümleri diğer tüm kanunlara göre önceliğe sahip olduğundan ve doğrudan uygulanması gerektiğinden, "Ceza Muhakemesi Kanununun bu tür bir uygulamayı kesin olarak öngörüp öngörmediği hususunun belirleyici olmadığını" vurgulamıştır[15].

Anayasa Mahkemesi içtihadından bir başka örnekte, Anayasa Mahkemesi, zorunlu müdafilik öngörülen bir suçtan dolayı aleyhinde yürütülen ceza yargılamasında başvurucunun müdafisinin bulunmaması ya da kendisine bir müdafi tayin edilmemiş olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. İkinci derece mahkemesi, kararın inceleneceği çerçeveyi belirleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sınırlamalarına atıfta bulunurken (Zira temyiz başvurusunda bulunan kişiye bir savunma avukatı atanmaması nedeniyle savunma hakkının ihlal edildiği belirtilmemiştir.) AİHS hükümlerini bu davaya doğrudan uygulamamıştır. Anayasa Mahkemesi, Bosna Hersek Anayasası'nın II(2) maddesine göre AİHS hükümlerinin anayasal hükümler hükmünde olduğunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uyarınca uygulama önceliğine sahip olduğunu yinelemiştir. Dolayısıyla bu davada Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[16].

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında sıklıkla diğer uluslararası anlaşmalara atıfta bulunmuştur. Örnek vermek gerekirse, soyut norm denetimi kapsamına giren davalardan birinde (kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi), Anayasa Mahkemesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye atıfta bulunmuştur[17]. Temyiz yetkisi kapsamındaki davada[18] Anayasa Mahkemesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamındaki haklara ilişkin temyiz sürecinde ileri sürülen iddiaları ele almıştır. Bu davada Anayasa Mahkemesi, ilgili mahkemenin Bosna Hersek vatandaşlığı

15 Bkz. Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin AP-3228/22 sayılı, 23 Mart 2023 tarihli kararı.
16 Bkz. Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin AP-2044/20 sayılı 5 Ekim 2021 tarihli kararı.
17 Bkz. Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin U-4/05 sayılı 22 Nisan 2005 tarihli kararı.
18 Anayasanın VI(3)(b) maddesi şu şekildedir: *"Anayasa Mahkemesi, Bosna Hersek'teki herhangi bir mahkemenin kararından kaynaklanan bu Anayasa kapsamında kalan meseleler üzerinde de temyiz yetkisini haizdir."*

ve Bosna Hersek Federasyonu vatandaşlığı kazanma talebinin reddedildiği kararın gerekçelerini, Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında güvence altına alınan temyiz eden çocuğun yüksek yararının korunması hakkının standartlarını karşılayacak şekilde belirtmemesi nedeniyle Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca çocukların yüksek yararının korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[19].

IV. SONUÇ

Bosna Hersek, Anayasası ile uluslararası hukukun genel kurallarının uygulanması yükümlülüğünü düzenleyen nadir ülkelerden biridir. Bu aynı zamanda AİHS ve insan hakları ve özgürlükleri alanındaki bir dizi uluslararası çok taraflı belge için de geçerlidir.

Anayasa'daki tanıma göre Anayasa'yı koruma (uygulama) yükümlülüğü bulunan Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi, içtihatlarıyla Bosna Hersek topraklarının tamamında insan hakları ve özgürlükleri alanında Anayasa ve Sözleşme standartlarının kabul edilerek desteklenmesine önemli katkılarda bulunmuştur.

Ülkedeki en yüksek merci olan ve kararları Anayasa ve Mahkeme İçtüzüğüne göre nihai ve bağlayıcı olan Anayasa Mahkemesinin görüş ve kararları, ulusal düzeyde bir yüksek mahkemenin bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda hem Entite hem de Brčko Bölgesi'ndeki ve dolayısıyla Bosna Hersek topraklarının tamamındaki genel mahkemelerin içtihatlarının geliştirilmesi ve uyumlaştırılmasına olumlu katkıda bulunmaktadır.

19 Bkz. Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin AP-5156/15 sayılı 10 Mayıs 2017 tarihli kararı.

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÖNCESİ VE SONRASI: DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ ÖRNEĞİNDEN HAREKETLE ANAYASA MAHKEMESİNİN İNSAN HAKLARI YAKLAŞIMINDAKİ DEĞİŞİM ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Çoğunluk iradesinin mutlak üstünlüğüne dayalı Rousseaucu modelden çoğulcu demokrasiye geçiş sürecinde Türkiye'de de 1961 Anayasası ile hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Anayasa yargısının benimsenmesiyle artık parlamentonun ürünü olan kanunların anayasal hak ve özgürlüklere aykırılığı durumunda bunun etkili bir biçimde denetlenmesi imkânı da ortaya çıkmış oldu.

Güvenceli özgürlük anlayışının tesisinde Anayasa Mahkemesi çok önemli bir rol oynamaktadır. Bununla birlikte 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde Anayasa Mahkemesinin hak ve özgürlüklerin güvencesi olduğu şeklindeki tespiti yapabilmek, insan hakları ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında bazı ciddi sorunları karşımıza çıkarabilmektedir. Bu durum önemli ölçüde Anayasa Mahkemesinin insan hakları yaklaşımından kaynaklanmaktadır.

Öte yandan 2010 öncesinde Anayasa Mahkemesi siyasi gündemi meşgul eden kimi konularda ise fevkalade aktivist bir tutum sergileyebilmiştir. Özellikle 1982 Anayasası döneminde verilen bazı kararlara paralel olarak 2007 yılındaki "367 kararı", AK Parti hakkında açılan kapatma davasındaki devlet yardımından yoksun bırakma kararı ve Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklikle ilgili 2008 yılında verilen iptal kararının da etkisiyle Anayasa Mahkemesiyle ilgili olarak 2010 yılında önemli bazı Anayasa değişiklikleri gerçekleştirilmiştir.

Bu yeniliklerle konumuz bağlamında Anayasa Mahkemesinin oluşumu belli ölçüde değiştirildi ve hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilere Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanındı. Bu iki önemli değişiklik sonrasında Anayasa Mahkemesi artık bireysel başvuruları inceleme yetkisinin yoğunluğu ile ülke gündemini meşgul eden kararlar vermeye başladı.

Anayasa değişikliklerinin üzerinden on üç yıldan fazla bir süre geçtikten sonra 2010 öncesi ve sonrasındaki şekliyle Anayasa Mahkemesinin demokra-

tik hukuk devletindeki işlevi ve konumundaki durumun ele alındığı bilimsel bir çalışma ilgi çekici görülebilir. Bununla birlikte konunun oldukça farklı ve geniş boyutları olacağı içindir ki bu kapsamdaki bir inceleme ancak monografilere konu edilebilir. Bu kısa makalede Anayasa Mahkemesinin 2010 öncesi ve sonrası insan hakları yaklaşımı sadece din ve vicdan özgürlüğü ve bununla doğrudan ilgili olan laiklik ilkesi bağlamında ele alınmaya çalışılmaktadır.

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin 2010 sonrasındaki insan hakları ile ilgili yaklaşımının her hak ve özgürlükle ilgili olarak ve her bireysel başvuruda veya norm denetimi kararında aynı doğrultuda olduğunu söyleyebilmek zordur. Öte yandan Mahkemenin bundan sonraki din ve vicdan özgürlüğü içtihadı bugüne kadar olandan farklı yönlere evrilebilir. Bunu önceden kestirebilmek elbette mümkün değildir. Bu çalışmada amaçlanan temel husus Anayasa Mahkemesinin 2010 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrasındaki din ve vicdan özgürlüğüne yönelik yaklaşımındaki temel farklılığın ortaya konulmasıdır.

Bu yönüyle bu makale, din ve vicdan özgürlüğü ve laiklik ilkesiyle ilgili kararlardan hareketle 2010 Anayasa değişikliklerinin ve bu değişikliklerden en önemlisi konumundaki bireysel başvuru yolunun benimsenmesinin Anayasa Mahkemesinin insan haklarının güvencesi olma şeklindeki varlık nedenine nasıl bir etki yaptığı hususuna bir katkı sunmayı amaçlamaktadır.

I. İNSAN HAKLARININ GÜVENCESİ OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ

1.Genel Olarak Anayasa Yargısı ve İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin Rolü

Kelsenci modele uygun bir anayasa mahkemesinin asıl görevi parlamentonun çıkardığı kanunların normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan anayasaya uygunluğunu yargısal yolla denetlemek ve böylece anayasanın üstünlüğünü sağlamaktır. Ancak bilinmektedir ki normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan anayasalar sıradan hukuk metinleri değillerdir. Anayasalar, devlet iktidarı karşısında kişilerin sahip olduğu hak ve özgürlükleri güvence altına almayı ve bu sayede sınırlı bir devlet yönetimini amaç edinir. Bunun içindir ki bir ülkenin hukuk düzeninde anayasa altında yer alan tüm hukuk kurallarının nihai aşamada anayasaya uygun olması esasında hak ve özgürlüklerin korunması için bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

1920'li yıllarda dillendirilen ve yine o tarihlerde ilk örneklerine rastlanan anayasa mahkemeleri[1] Avrupa kıtasında özellikle İkinci Dünya Savaşı son-

1 Kaboğlu, İ. Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, İstanbul: Legal Yay., s. 321.

rasında değişik ülkelerde daha yoğun biçimde kurulmaya başlamıştır. Özellikle Almanya ve İtalya'daki nasyonal sosyalist ve faşist iktidarların yaşattığı acı deneyimler sonrasında parlamento çoğunluklarının çıkardığı kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli yargısal kurumlara olan ihtiyacın bir sonucu olarak ilk olarak 1947 yılında İtalya'da 1949 yılında ise Federal Almanya'da kabul edilen anayasalarda anayasa mahkemelerine yer verilmiştir. Akabinde 1958 Fransız Anayasa Konseyi ve 1961 Türk Anayasa Mahkemesi ile birlikte yeni örneklere yer verilmiş, 1970'li yıllarda İspanya ve Portekiz ve 1990'lı yıllardan ise Doğu Avrupa ülkelerinin demokrasiye geçişi ile birlikte Macaristan, Romanya, Hırvatistan, Bulgaristan gibi birçok ülkede anayasa mahkemeleri kurulmuştur.

Avrupa modeli anayasa yargısındaki uzmanlaşmış tek mahkeme konumunda olan anayasa mahkemeleri kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken esasında anayasayı da yorumlamaktadırlar. Kuşkusuz bir ülkede anayasayı çok farklı kişi ve kurumların yorumlaması mümkün olmakla birlikte anayasa mahkemesinin kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde anayasal ilke ve kuralları yorumlaması diğerlerinden daha farklı bir niteliktedir. Zira anayasa mahkemesinin yaptığı yorum sonucunda verdiği her bir kararın bağlayıcı olduğu açıktır[2]. Bu durum anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükler bağlamında anayasa mahkemesinin bu kurallara ilişkin yorumunu hukuk düzeninde daha güçlü kılmaktadır.

Bu bağlamda anayasa mahkemesine tanınan yorum yetkisi mahkemenin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyip iptal etme yetkisi ile donatılmış olmalarından dolayı daha da önemli hâle gelmektedir. Ancak anayasa mahkemelerine tanınan bu yetki noktasında iki hususa özellikle dikkat çekmek gerekir. Birincisi anayasa mahkemesi bu süreçte yapacağı yorumu ve sonucunda ulaşacağı kanaati tamamen hukuki yöntemlerden hareketle gerçekleştireceği yargılama ile birlikte sağlamak durumundadır. Mahkeme bu süreçte hukukilik denetiminin ötesine geçerek bir değerlendirmede bulunamaz. İkincisi demokratik bir ülkede parlamentonun çıkardığı kanunların iptaline karar verebilme sonucunu doğurabilen bu yetki kişilerin anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklerine aykırı olan kanunların iptalini sağlamak içindir. Dolayısıyla anayasa mahkemesi sahip olduğu bu güçlü yetkiyi gerçekleştirdiği hukuk sınırları dâhilindeki denetimle ve kişilerin anayasal düzeyde güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla kullandığı için güçlü bir meşruiyet temeline sahiptir[3].

2 Karan, U. (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 96-102.

3 Bkz.: Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, içinde Ergül, O. (Ed.), *Demokrasi ve Yargı*, Ankara: TBB Yayınları, s. 347.

Yarım yüzyılı çoktan geçmiş olan Avrupa modeli anayasa yargısının serüveni ve insan hakları ve demokrasi anlayışında yaşanan gelişmelerle birlikte bugün gelinen aşama itibarıyla anayasal demokrasilerde anayasa mahkemelerinin yaptığı denetim daha nitelikli bir hâl almış durumdadır. Zira bir yandan aşırı teknik boyutları çok daha fazla ön planda olan kanun metinleri çıkarılabilmekte, öte yandan ise bu süreçte özellikle insan hakları alanında yaşanan olumlu gelişmelerle birlikte anayasa mahkemelerinin insan hakları ile ilgili yorumu çok daha kapsamlı bir bilgiyi ve onun bir sonucu olarak daha detaylı ve teknik bir incelemeyi gerektirebilmektedir. Bu durum anayasa yargısını çok daha uzmanlaşmış ve teknik bir yargı hâline sokmaktadır. Öte yandan son yıllarda bireysel başvuru inceleme yetkisinin de Avrupa ülkelerinde anayasa mahkemelerine verilmesi bu teknik boyutu daha belirginleştirmiş durumdadır.

Bu açıklamalardan sonra ifade etmek gerekir ki kuruluşundan bu yana anayasa mahkemeleri insan haklarının korunması noktasında anayasal demokrasilerde fevkalade önemli bir görev ifa etmeyi sürdürmektedirler. Siyasi tartışmaların yoğun olduğu ve gündemi meşgul eden konularda bile anayasa mahkemeleri birer yargısal kurum olmaları nedeniyle gerçekleştirdikleri denetim sonucunda verdiği kararlarla hakem rolünü yerine getirmektedirler[4]. Ancak bu süreçte gerek anayasa metnindeki düzenleniş biçimi ve kapsamı ve gerekse denetimi yapan anayasa mahkemesinin insan haklarına yaklaşımı bu yargı kurumlarının insan haklarının güvencesi olması noktasındaki ideale ulaşmada belirleyici rol oynamaktadır.

2. Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu

Avrupa modeli anayasa yargısını benimseyen ülkeler içerisinde Türkiye'de Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile kurulmuştur. O dönemde yaşanan siyasi gelişme ve tartışmalara bakıldığında Mahkemenin kuruluşunda çoğunlukçu demokrasi anlayışının özellikle 1960 Askerî Darbesi öncesi dönemde ortaya çıkardığı sorunlar önemli rol oynamıştır[5]. Bunun sonucu olarak hazırlanan yeni Anayasa'da çoğulcu demokrasi ve onun gereklerine yer verilmeye çalışılmıştır.

Bu doğrultuda Anayasa'da insan hakları üç ana başlık altında ve daha detaylı bir şekilde düzenlenmiş olup bu haklar arasında ilk kez sosyal haklara da yer verilmiştir. İkinci olarak Cumhuriyet'in nitelikleri arasında insan haklarına dayanan, demokratik, sosyal hukuk devleti şeklindeki nitelikler de yine bu amaçla Anayasa metninde görülmektedir. Bunların yanında konumuz bağlamında önemli bir yenilik olarak ise kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi amacıyla "Yargı" başlığı altında Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.

4 Kaboğlu, İ. Ö. (2020). s. 383-384.
5 Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yay., s. 73.

1961 Anayasası'yla çoğunlukçu demokrasi anlayışından çoğulcu demokrasiye geçişle birlikte Anayasa Mahkemesi insan haklarına aykırılık iddiaları gündeme geldiğinde kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye başlamıştır. Bu durum insan haklarının sadece Anayasa'da düzenlenmesi ile yetinilmediğini, insan haklarını sınırlandıran kanunların Anayasa'ya aykırı olması durumunda iptalini sağlayabilecek "güvenceli özgürlük" anlayışını benimsediğini göstermeye çalışmaktadır.

Bununla birlikte uygulamadaki durumun yukarıda açıklanmaya çalışıldığı biçimde gerçekleştiğini söyleyebilmek kolay değildir. Zira Anayasa'da düzenlenen değişik hak ve özgürlüklerin kullanılması noktasında uygulamada sorunlar yaşanmış, gerçekleştirdiği denetimde Mahkemenin insan haklarına ilişkin temel yaklaşımı istikrarlı bir şekilde insan haklarının korunması yönünde tecelli etmemiştir. Özellikle yıllar ilerledikçe ve 1982 Anayasası döneminde daha da belirginleşen içtihadında Anayasa Mahkemesinin insan haklarını koruyucu nitelikte özgürlükçü bir yaklaşım sergileyemediği fark edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımında Mahkemenin kuruluş döneminde yaşanan siyasi gelişmelerin ve 1961 Anayasası ile 1982 Anayasalarını yapanların demokrasi ve insan hakları anlayışının etkisi söz konusudur.

3. Anayasa Mahkemesi ve Anayasaların Kuruluş Felsefesi İlişkisi

Her ne kadar 1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Mahkemesine yer verilmiş ve kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi öngörülerek Anayasa'nın üstünlüğü ve dolayısıyla insan haklarının korunması amacı hukuksal düzeyde açık biçimde ortaya konulmuş ise de Anayasa Mahkemesinin gerçek anlamıyla insan haklarının güvencesi olduğunu söyleme noktasında sorun olarak gösterilebilecek farklı konularda çok sayıda kararına rastlamak mümkün olmuştur. Bu durum esasında her zaman anayasal düzey ile uygulamanın aynı doğrultuda sonuç vermediğini bütün açıklığıyla gözler önüne sermektedir.

Gerçekleştirilen anayasal denetimde insan hakları lehine yorum yapılmasının önünde hiçbir pozitif Anayasa normu engeli bulunmadığı hâlde Anayasa Mahkemesi kararlarında insan hakları yeri geldiğinde bazı ilke ve değerler karşısında ikinci plana itilebilmektedir. Bu yaklaşım sadece bazı kararlarda söz konusu olmayıp ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, siyasi parti özgürlüğü başta olmak üzere kimi haklarla ilgili olarak tarihsel süreç boyunca ağırlıklı biçimde aynı doğrultuda kendisini göstermiştir.

Kuşkusuz bu yaklaşımda Anayasaların yapılış sürecine egemen olanların demokrasi ve insan hakları anlayışının etkisi söz konusudur. Bu anlayış kendisine 1961 ve 1982 Anayasalarının başlangıç metinleri başta olmak üzere bazı maddelerinde yer bulmuş olup Anayasa Mahkemesi insan hakları ile ilgili

gerçekleştirdiği denetimde bu yaklaşımı bahse konu ilke ve kurallardan hareketle ifade etmeyi sürdürmüştür[6]. Aşağıda laiklikle ilgili 2010 öncesi dönemde yer verilecek kararlarda bu durumu net bir biçimde görebilmek mümkündür. Nitekim doktrinde laiklik ve benzeri ilkeleri savunduklarını sananlarla birlikte bu kavramlar etrafında oluşturulan kamplaşmaya Anayasa Mahkemesinin de Başlangıç ve bazı maddelerdeki ifadelerden hareketle devlet ideolojisi temelinde verdiği kararlarla katkılar sağladığı ifade edilmektedir[7].

Genel yaklaşım bu şekilde olmakla birlikte kuruluşundan 2010 yılına kadarki süreçte Anayasa Mahkemesinin insan hakları yaklaşımının her durumda yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı şekilde otoriter-devletçi bir nitelik taşıdığını söylemek doğru değildir. Özellikle ifade özgürlüğü ve onun türevleri şeklinde görülebilecek olan din ve vicdan özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve siyasi parti özgürlüğü gibi konular dışındaki insan hakları konularındaki bazı kararlarda Anayasa Mahkemesi oldukça özgürlükçü bir yaklaşım sergileyebilmiştir. Hatta ifade özgürlüğü ve bileşenleri ile ilgili konularda da yer yer özgürlükçü kararlara rastlamak mümkündür. Bununla birlikte bu konudaki temel sorun Anayasa Mahkemesinin çoğulcu demokrasi ve insan haklarını koruma şeklindeki bir gereksinimin bir kurumu olarak getirilmiş olmasına rağmen genel eğilim olarak 2010 yılına kadar olan dönemde kararlı bir biçimde özgürlükçü yaklaşım sergileyerek denetim görevini yerine getirememesi ile ilgilidir.

Yıllar geçtikçe Anayasa Mahkemesinin insan haklarıyla ilgili bu yaklaşımı daha belirgin bir hâl almıştır. Bu durum Anayasa Mahkemesi kararlarının daha fazla eleştirilmesine sebebiyet vermiştir. Ek olarak Mahkemenin kararlarının daha fazla tartışılır hâl almasında Anayasa Mahkemesinin siyasi iktidarların Anayasa'ya uygun olan politikalarına müdahalede bulunan aktivist tutumu da önemli rol oynamıştır. Bu bağlamda özellikle Anayasa Mahkemesinin özelleştirme ile ilgili konulara yönelik yaklaşımı başta olmak üzere 1980'li yıllarda ve sonrasında bazı konulardaki tutumu Mahkemeyi siyasi tartışmaların içine daha fazla çekmiştir. Nitekim 2007 yılındaki Cumhurbaşkanlığı seçim sürecine ilişkin müdahaleci tutumu ve 2008 yılındaki bir Anayasa değişikliğini esastan inceleyerek iptal eden kararı bu bağlamda yoğun tartışmalara yol açmıştır[8].

---

6 Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Özbudun, E. (2005). s. 340-345.

7 Turhan, M. (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 391.

8 Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin gündemi meşgul eden kararları ile ilgili olarak bkz.: Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 250-268; Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yay., s. 63-180.

Anayasa Mahkemesi kararları ile ilgili yaşanan bu gelişmeler Mahkemenin demokratik hukuk devletindeki işlevi ve dolayısıyla insan haklarının güvencesi olması noktasındaki konumu bağlamında tepkiyle karşılanmıştır. Yaşanan bu süreç Anayasa Mahkemesi ile ilgili bazı konuları da bünyesinde barındıran 2010 Anayasa değişikliklerine zemin hazırlamıştır.

4. 2010 Anayasa Değişiklikleri

2010 Anayasa değişiklikleri 1982 Anayasası üzerinde yapılan en kapsamlı değişiklikler arasında yer almaktadır. Bu değişiklikler esnasında ve sonrasında yaşanan bazı siyasi gelişmeler nedeniyle günümüzde 2010 değişikliklerine yönelik bazı ciddi eleştiriler gündeme getiriliyorsa da konumuz bağlamında 2010 Anayasa değişikliklerinin önemli bazı yenilikler getirdiğini ifade etmek gerekir.

Zira kanaatimizce bu değişiklikler içerisinde Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve hak ihlali iddiaları ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının getirilmesi çok önemli iki yenilik olarak göze çarpmaktadır. Nitekim bu iki yenilik aşağıda görüleceği üzere konumuz bağlamında Anayasa Mahkemesinin insan haklarının güvencesi olma işlevine dönüşmesine önemli katkılar sağlamıştır.

a. Anayasa Mahkemesinin Oluşumu ile İlgili Yenilikler

Konumuz bağlamında daha önemli olanı bireysel başvuru hakkının getirilmesi olmakla birlikte 2010 değişiklikleri sayesinde Anayasa Mahkemesi kendine özgü bir Anayasa Mahkemesi oluşumundan uzaklaşarak belli ölçüde Avrupa ülke örneklerindeki standarda yaklaşmaya başlamıştır.

Nitekim 1982 Anayasası döneminde ilk kez parlamentonun dolaylı da olsa Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisine kavuştuğu görülmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi on yedi üyeli Anayasa Mahkemesinin iki üyesini Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterdiği üç aday arasından seçme imkânına kavuşmuştur. Bu durum Anayasa Mahkemesinin oluşumunda parlamentonun Mahkeme üyelerinin bir kısmını seçmesi nedeniyle demokratik meşruiyete olumlu katkı sağlamaktadır. Öte yandan bu yenilik Cumhurbaşkanı'nın nihai noktada Anayasa Mahkemesinin bütün üyelerini belirlemesinden artık uzaklaşılmaya başlandığını göstermesi yönü ile de önemlidir.

Yine bu değişikliklerle Anayasa Mahkemesine yüksek öğretim kurumlarından seçilecek üye sayısı birden üçe çıkarılmıştır. Gerçekleştirdiği Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamı ve niteliği itibarıyla bakıldığında Anayasa Mahkemesinin oluşumunda öğretim üyesi sayısının artırılması olumlu bir adım olarak görülmelidir. Batı Avrupa ülkelerindeki Anayasa Mahkeme-

lerinin üyeleri arasındaki öğretim üyesi sayısının yüksekliği belirgin bir özelliktir[9]. Gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetiminde siyasi iradenin hukuki tasarrufları niteliğindeki kanunların çok farklı alanlara ilişkin ve çağın gereklerine uygun biçimde düzenlenmesi zorunluluğu nedeniyle bu denetim sürecinde doktrindeki tartışmalar yanında mukayeseli hukukun dikkate alınması da önem arz etmektedir. Bu yönü ile üye kompozisyonunda akademik çalışma yapan üyelerin sayısının artması olumlu bir yenilik olarak görülmelidir.

Ek olarak Mahkemenin oluşumunda hiçbir işlevi olmayan yedek üyelik modelinin terk edilmesi ve üye sayısının artırılarak yeni çalışma düzeninin benimsenmesi Anayasa Mahkemesi içerisindeki çalışma usulüne olumlu katkı yapacak bir diğer yenilik olarak göze çarpmaktadır.

b. Bireysel Başvuru Yolunun Getirilmesi

2010 Anayasa değişikliklerinin en önemli yeniliklerinin başında kuşkusuz bireysel başvurunun benimsenmesi gelmektedir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının getirilmesi sayesinde kişiler olağan hukuk yollarını tükettikten sonra hak ihlali iddialarını ülke içerisinde oluşturulan bu yeni mekanizmayı devreye sokarak Anayasa Mahkemesi önünde inceletme imkânına kavuşmuşlardır.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmakla birlikte artık Mahkemenin norm denetimi olarak da ifade edilebilecek olan kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluğunu denetleme şeklindeki görevi yanında önemli yeni bir görevi daha gündeme gelmiştir. Öyle ki bugün itibarıyla bireysel başvuruları inceleme görevi norm denetimi görevinden çok daha fazla Anayasa Mahkemesini meşgul etmektedir. Günümüzde Mahkeme mesaisinin en az dörtte üçlük dilimini bireysel başvuru incelemelerinin aldığını söylemek mümkündür.

Esasında bireysel başvuru yolu norm denetiminin aksine soyut nitelikteki kuralların değil mahkemeler önünde dava konusu yapılmış ve dolayısıyla kişilerle ilgili bir hak ihlali iddiasını bünyesinde barındıran somut niteliği ile göze çarpmaktadır. Bu somut hak ihlali iddiası niteliği Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemeleri neticesinde kişilerin haklarını koruma işlevinin daha iyi kavranmasına katkı sağlayabilmektedir.

Bireysel başvurudaki bu husus Anayasa Mahkemesinin insan haklarının güvencesi olup olmadığına ilişkin işlevinin değerlendirilmesinde de önem

9 Nitekim 16 üyeli Federal Alman Anayasa Mahkemesinin şu anda sekiz üyesi profesör olup geriye kalan üyelerden altısının da "doktor" unvanına sahip olduğu görülmektedir. Bkz.: https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Zweiter-Senat/zweiter-senat_node.html (Erişim Tarihi: 8/12/2023).

arz etmektedir. Zira Mahkemenin bireysel başvuru incelemeleri sonucunda verdiği kararlarla kişiler kendi hayatlarına temas edecek somutlukta Anayasa Mahkemesinin etkisini hissedebilmektedirler.

Bunun içindir ki 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında Anayasa Mahkemesi gerçekleştirdiği bireysel başvuru incelemeleri sayesinde gündelik hayatta kendisinden daha fazla bahsedilen kurumlar arasında yer almaktadır. Kuşkusuz bu başvurular sonucunda verdiği kararların insan haklarını koruyucu boyutu ön plana çıktığı sürece Anayasa Mahkemesinin insan haklarının korunması noktasındaki işlevi daha da belirginleşmiş olacaktır. Bu konu bir sonraki başlık altında somut olarak din ve vicdan özgürlüğü örneğinde daha detaylı biçimde irdelenmeye çalışılacaktır.

II. İNSAN HAKLARININ GÜVENCESİ OLMA KONUMUNA DAHA FAZLA YAKLAŞAN BİR ANAYASA MAHKEMESİ

Kişilerin sahip olduğu ve Anayasa'da güvence altına alınmaları boyutu ile günümüzde adından yoğun biçimde bahsettiğimiz hukuki değerler olmakla birlikte kavram olarak insan hakları aynı zamanda bu değerler ve hukuki kazanımlarla ilgili bir ideali de ifade etmektedir. Bu yönü ile bakıldığında gerçekleştirdiği denetim süreci boyunca Anayasa Mahkemesinden bu ideali ölçüt alacak, bunu sağlamayı hedefleyecek bir yaklaşım içerisinde olması beklenir.

Dolayısıyla konumuz bağlamında ifade etmek gerekirse bireysel başvuru öncesi ve sonrası dönemlerdeki yaklaşımı ile Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde burada Mahkemenin insan hakları idealine uygun bir yaklaşımla hareket edip etmediğini tespit etmek bir kanaate ulaşabilmemiz açısından belirleyici rol oynayacaktır.

Ancak burada öncelikle bir hususu ifade etmek gerekir. Bireysel başvuru yolunun kabulü doğrudan insan hakları ile ilgili olduğuna göre Anayasa Mahkemesinin 2010 Anayasa değişikliği sonrasında daha yoğun biçimde insan hakları ile ilgilenmek durumunda kaldığını değerlendirmede dikkate almak gerekir. Hatta bu yönü ile bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesinin kendisini de insan haklarının güvencesi olma konumuna bizatihi daha fazla yaklaştırdığı söylenmelidir.

Bunun yanında Mahkemenin 2010 öncesi dönemden farklı bir sürece evrilmesinde Mahkemenin oluşumundaki yeniliklerin etkisi gözden uzak tutulmamalıdır. Burada özellikle 2010 öncesi dönemde daha yoğun biçimde dillendirilen yerindelik denetimi yaklaşımının terkedilmesi sonrasında daha hukuki bir yaklaşımla denetim görevini yerine getirme Mahkeme kararlarında önemli ölçüde daha farklı bir süreci ortaya çıkarmıştır.

Hâl böyle olunca 2010 değişiklikleri sonrası süreçle birlikte anayasa yargısıyla daha uyumlu bir denetim gerçekleştirmeye başlayan Anayasa Mahkemesi anayasal demokrasideki konumuna daha fazla yaklaşmaya başlamıştır. Kuşkusuz bu tespit her iki dönemde verilen kararların kategorik olarak yukarıda belirtilen nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir. Bu tespit sadece 2010 öncesi ve sonrasındaki genel eğilimi daha iyi kavrayıp değerlendirebilmek için yapılmaktadır.

1. Bireysel Başvuru İstatistiklerine Kısa Bir Bakış

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabulü ile birlikte bu yolun hak ve özgürlükleri koruma noktasındaki etkililiği çok farklı boyutları ile ele alınabilir. Ancak burada konumuz bağlamında genel bir değerlendirme yapma noktasında Mahkemenin bu konudaki performansı ile ilgili istatistiki bilgilere göz atmak en isabetli yollardan birisi olarak görülebilir.

Mahkemenin bireysel başvuru kabulüne başladığı 23/9/2012 tarihinden 30/9/2023 tarihine kadar olan on bir yıllık istatistiklerine bakmak genel değerlendirme yapma konusunda bize yeteri kadar veri sağlayacaktır[10].

Belirtilen on bir yıllık süre içerisinde Anayasa Mahkemesine 551.156 bireysel başvuru yapılmış olup Mahkeme 30/9/2023 tarihi itibarıyla bunlardan 422.016 başvuru dosyasını sonuçlandırmıştır. 30/9/2023 tarihi itibarıyla Mahkemedeki derdest bireysel başvuru sayısı 129.140'tır.

Anayasa Mahkemesine 2021 yılında yapılan toplam bireysel başvuru sayısı 66.121 iken bu sayı 2022 yılında 109.779 sayısına ulaşmış, 2023 yılının ilk dokuz ayında ise Mahkemeye 80.218 bireysel başvuru yapılmıştır. Mahkeme 2021 yılında 45.227 bireysel başvuruyu, 2022 yılında 73.036 bireysel başvuruyu ve 2023 yılının ilk dokuz ayında toplam 46.999 bireysel başvuruyu sonuçlandırmıştır.

On bir yıllık sürede Mahkemenin sonuçlandırdığı bireysel başvurulardan toplam 70.364 ünde en az bir hakkın ihlal edildiğine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları içerisinde makul süreyi aşan yargılamalardan kaynaklı adil yargılanma hakkı ihlalleri önemli bir yekûn teşkil etmektedir. Makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili ihlal sayısı olan 56.443 başvuru -ki bunun toplam sonuçlandırılan bireysel başvuru kararlarına oranı yüzde 16,7'dir- çıktıktan sonra geriye kalan hak ihlali kararları sayısı 13.921 olup bu sayının toplam sonuçlandırılan bireysel başvuru kararlarına oranı yüzde 3,8'dir.

Mahkemenin en yüksek sayıda verdiği ihlal kararlarının haklara göre dağılım sıralamasındaki ilk on hak makul sürede yargılanma hakkı (56.443), adil

10 Burada kullanılan veriler için bkz.: https://anayasa.gov.tr/media/8917/bb_2023_3_tr.pdf (Erişim Tarihi: 24/11/2023).

yargılanma hakkı (3.566), ifade özgürlüğü (3.519), mülkiyet hakkı (3.508), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (1.391), özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı (1.140), kötü muamele yasağı (572), etkili başvuru hakkı (344), kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı (294) ve yaşam hakkı (223) şeklinde sıralanmaktadır.

İstatistiki verilerde de görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun kabulü sonrasındaki süreçte insan hakları ile çok daha sıkı bir etkileşime girmiştir. Dolayısıyla gündelik hayatta bunun sonucunda Anayasa Mahkemesinin insan haklarını koruyucu işlevi bireysel başvuru incelemeleriyle ilgilenmeye başladıktan sonra kaçınılmaz biçimde daha fazla gelişmek durumunda kalmıştır.

2. Bireysel Başvurunun Dönüştürücü Etkisi

Kuşkusuz bireysel başvuru incelemeleri neticesinde verdiği kararlarda insan hakları boyutu ile eleştirilebilecek, sorunlu ve eksik yönleri olan Anayasa Mahkemesi kararları bulunmakla birlikte bireysel başvuru sonrasındaki dönemde genel çizgi olarak Anayasa Mahkemesinin daha özgürlükçü, kişilerin haklarını daha fazla korumayı hedefleyen bir yaklaşım sergilediği vurgulanmalıdır.

Bu yaklaşımın benimsenmesinde Mahkemenin oluşumunun belli ölçüde etkisi varsa da bu konudaki en temel faktör bireysel başvuru yolunun kabulüdür. Zira bireysel başvuru, kişilerin Anayasa'da güvence altına alınan bireysel başvuru kapsamındaki haklarından herhangi birisinin ihlali durumunda etkili iç hukuk yollarının tüketilmesi sonrasında ihlal iddiaları ile ilgili son sözü söyleme yetkisini Anayasa Mahkemesine vermektedir. Bu yönü ile bireysel başvuru sonrasında Anayasa Mahkemesi "insan hakları mahkemesi" konumuna daha fazla yaklaşmıştır.

Aslında insan hakları ile ilgili bir konu olduğunda norm denetimi sürecinde de Anayasa Mahkemesi insan hakları ile doğrudan ilgilenmektedir. Bununla birlikte bireysel başvuru incelemesinde norm denetimindekinden farklı olarak daha somut bir durum söz konusu olduğu içindir ki Mahkemenin insan hakları ile ilgilenmesi daha belirgin bir hâl almaktadır.

Bireysel başvurunun bu özelliğinden dolayıdır ki bu yolun benimsenmesiyle birlikte Anayasa Mahkemesi kaçınılmaz biçimde "insan hakları odaklı" bir yaklaşımın etkisiyle denetim görevine yerine getirmektedir. Bu sayede verilen kararlardaki özgürlükçü yaklaşım belirgin bir hâl almaktadır. Aksi bir yaklaşım ise bireysel başvurunun kendisinden beklenen sonucu vermemesi nedeniyle bu yolun ölü doğmasına sebebiyet verebilirdi.

Bugün gelinen aşama itibarıyla bireysel başvurunun ülke içerisinde etkili bir hak arama yolu olduğu ve her farklı toplumsal kesimden kişilerin bireysel

başvuru aracılığı ile uğramış olduğu hak ihlaline ilişkin iddialarını Anayasa Mahkemesine taşıdığını ve Mahkemenin bunlara yönelik ihlal kararları verdiğini gözlemlemek mümkündür.

Dolayısıyla bu gelişmelere binaen şu tespit rahatlıkla yapılabilmektedir: 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, yaşanan somut hak ihlalleri bağlamında etkili olağan iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra devreye sokulan bir hak arama yolu olarak Türkiye'de insan hakları ve hukukun gelişimine ve insan haklarına ilişkin anayasal normların kapsamının belirlenmesine ciddi katkılar sağlamaktadır.

Anayasa hukuku ve insan hakları alanında yaşanan bu olumlu gelişme bireysel başvurunun bizatihi kendisinden kaynaklanan "dönüştürücü etki"nin bir sonucu olarak görülmelidir. Önemle vurgulamak gerekir ki bireysel başvurunun dönüştürücü etkisi hususunda hukuk ve mahkemeler alanında önemli gelişmeler birbiriyle bağlantılı biçimde ortaya çıkmıştır.

Bu konuda ilk olarak ifade edilmesi gereken husus bireysel başvurunun önce Anayasa Mahkemesini dönüştürmeye başlamasıdır. Bireysel başvuru yolunun kabulü ile birlikte önceki dönemdeki yaklaşımına rağmen Anayasa Mahkemesi içtihadi dönüşüme uğramış ve bu dönüşüm dolayısıyla Mahkeme artık insan haklarının güvencesi olma misyonuna daha fazla yaklaşmaya başlamıştır. Daha net biçimde ifade etmek gerekirse bireysel başvuru Anayasa Mahkemesini insan haklarının gerçek anlamda güvencesi olmaya doğru dönüştürmeye başlamıştır.

Bireysel başvuru incelemelerinde özgürlükçü yaklaşımın benimsenmesi zorunluluğu nedeniyle Anayasa Mahkemesi bu dönüştürücü etkiyle ilk dönüşen aktör olmuştur. Bu dönüşüm gerçekleşmeseydi bugün gelinen noktada bireysel başvurunun hukuk düzeninde insan haklarını koruma noktasında kendisini ispat eden bir hak arama yolu olduğu tespitini yapabilmek de mümkün olamayacaktı. Bunun içindir ki bireysel başvurunun benimsenmesi ile birlikte Anayasa Mahkemesinin önceki döneme göre daha özgürlükçü bir içtihat sergilemesi zorunluydu.

Bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesini dönüştürücü etkisi, aşağıda ele alınacak olan din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili Anayasa Mahkemesi içtihadında da kendisini göstermektedir. Hatta daha somut biçimde bu dönüşümü din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili Mahkemenin iki farklı yöndeki içtihadında da imzası bulunan üyeler düzeyinde gözlemleyebilmek mümkündür. Örneğin açılan kapatma davasında AK Parti hakkında verilen davalı partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı olduğu için devlet yardımından kısmen yoksun bırakılması kararında[11] ve başörtüsü ile ilgili Anayasa değişikliğinin iptali ka-

11 AYM, E.2008/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.2008/2, 30/7/2008.

rarında[12] kısıtlayıcı din ve vicdan özgürlüğü anlayışı yönünde oy kullanan dört üyeden üçü bireysel başvurunun kabulü sonrasındaki *Tuğba Arslan*[13] kararında başörtülü avukat olmasından kaynaklı uğradığı muamele nedeniyle başvurucunun din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde oy kullanmıştır.

Bireysel başvurunun dönüştürücü etkisi ikinci olarak Mahkemenin verdiği kararlar sonucunda artık kaçınılmaz biçimde ülkedeki derece mahkemelerini de bir dönüşüme tabi tutmuştur. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve bununla bağlantılı olarak bireysel başvuru kararlarının subjektif ve objektif işlevi bu dönüşümün gerçekleşmesini sağlayan önemli araçlar olmuştur. Aslında bireysel başvuru şeklindeki bir hak arama yolunun kurgusunda zaten Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlardan hareketle derece mahkemelerinin benzer dosyaları ele alıp uyuşmazlıkları bu doğrultuda çözmeleri hedefi bulunmaktadır.

Nitekim bireysel başvuru sonucunda verilen kararların ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerince dikkatli şekilde takibi bireysel başvurunun uygulamada etkisini göstermekte olduğunun önemli bir kanıtıdır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarındaki yaklaşımı mahkemelerce benimsenmekte ve hatta verilen ihlal kararlarının takibi ile birlikte bireysel başvurunun objektif işlevinin bir gereği olarak adli ve idari yargıdaki içtihatlarda bu kararların önemli yansımaları görülebilmektedir.

Bireysel başvurunun objektif işlevi bağlamında Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarının diğer yargısal makamlarca benzer uyuşmazlıklarda emsal olarak alınması hem benzer konudaki hak ihlallerinin Anayasa Mahkemesinin önüne gelmeden ortadan kaldırılmasına hem de Anayasa Mahkemesinin daha önce incelemediği ve Anayasa'yı yorumlamadığı diğer sorunlara daha fazla odaklanmasına katkı sağlayacaktır[14].

Verdiği ihlal kararlarıyla Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamındaki haklarla ilgili önemli içtihat değişikliklerine, ihlale sebebiyet veren kuralların ayıklanmasına, yeni hukuk normlarının ihdasına ve bu sayede insan haklarını güvence altına alan kuralların hukuk düzenine daha fazla egemen olmasına katkı yapmaktadır. Bu da bireysel başvurunun dönüştürücü etkisi bağlamında vurgulanması gereken bir diğer husustur.

Sonuç olarak bireysel başvurunun dönüştürücü etkisi sayesinde hak ihlallerini mümkün olduğunca ortadan kaldıran, insan haklarını daha fazla koruyan bir yargısal içtihat ve hukuk ihdası gerçekleşmektedir. Şu hususu önemle

12 AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

13 *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.

14 Akçil, Y. (2022). "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., s. 26.

vurgulamak gerekir ki bireysel başvurunun objektif işlevinin yaygınlaşması sayesinde hukuk düzeni hak ihlallerini ortadan kaldırmaya daha uygun bir seviyeye kavuşacaktır.

3. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşım Farkı Bağlamında Laiklik, Din ve Vicdan Özgürlüğü ile İlgili İçtihadı

Çalışma boyunca ifade edilmeye çalışıldığı üzere Anayasa Mahkemesi 2010 öncesi ve sonrasında benzer konularda farklı yaklaşımlar sergileyebilmiştir. Bu farklı yaklaşım insan hakları ile ilgili konularda da görülebilmektedir. Verdiği kararlardaki bu yaklaşım farkını ortaya koymakla 2010 öncesi ve sonrası Mahkemenin demokratik hukuk devleti içerisindeki işlevi ve konumunu daha sağlıklı biçimde değerlendirmek mümkün olabilir.

Nitekim bu amaçla burada 2010 öncesi ve sonrasındaki laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili kararlarından hareketle Anayasa Mahkemesinin hak ve özgürlüklerin güvencesi olup olmadığı noktasında daha isabetli bir değerlendirme yapılabilecektir.

Anayasa hükümleri içerisinde din ve vicdan özgürlüğü ve yine bununla bağlantılı olarak Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan laiklik ilkesi kuruluşundan bu yana yoğun biçimde Anayasa Mahkemesinin gündemini meşgul etmiştir. Bu bağlamda karşımıza 1982 Anayasası'nın 24. maddesindeki din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili hükümler yanında Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyet'in nitelikleri arasında yer alan laik devlet ilkesi ve yine bununla bağlantılı biçimde 2. maddenin göndermede bulunduğu Anayasa'nın Başlangıç metnindeki hükümler çıkmaktadır. Siyasi partilerin uyacakları esaslar bağlamında Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasındaki laik Cumhuriyet ilkesi de bu kapsamda görülmektedir.

a. 2010 Öncesi ve Sonrasında Konu ile İlgili Önemli Anayasa Mahkemesi Kararları

2010 öncesi dönemdeki laiklik ilkesi ve din ve vicdan özgürlüğünü otoriter/kısıtlayıcı biçimde kabul eden Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ağırlıklı biçimde üniversitelerdeki başörtüsü yasağı üzerine verdiği kararlarda karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında din dersinin mecburi olması ve çocukların Kur'an öğrenmeleri ile ilgili talepler konusunda da Anayasa Mahkemesi din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili içtihadını ortaya koyma imkânı bulmuştur. Bu konular hem norm denetimi kararlarında hem de siyasi parti kapatma davalarında Mahkemenin önüne gelmiştir[15].

15 Esasında 2010 öncesinde Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihadı genel eğilim olarak kısıtlayıcı olmakla birlikte bazı kararlarında din ve vicdan özgürlüğü lehine açılımlara da rastlamak mümkündür. Ancak bu kararlar istisnai niteliktedir. Örneğin Mahkeme eski Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ve semavi dinlerden birine ait dini işlerin yahut ibadet ve

Burada Anayasa Mahkemesinin din ve vicdan özgürlüğünü kısıtlayan ve laiklik ilkesini otoriter bir yaklaşımla ortaya koyan içtihadında ilk olarak Mahkemenin 1971 yılında verdiği Millî Nizam Partisi kararını zikretmek gerekir. Bu kararda davalı partinin Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinin kaldırılmasını savunması, din derslerinin mecburi olmasını talep etmesi ve cuma tatili üzerinde ısrarla durması Anayasa Mahkemesince siyasi partilerin tüzük, program ve faaliyetlerinin demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine uyması zorunluluğunu öngören Anayasa kuralına aykırılık olarak görülmüştür[16].

1961 Anayasası döneminde Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinin dördüncü fıkrasındaki *"lâikliğe aykırı olarak, Devletin içtimaî veya iktisadî veya siyasî veya hukukî temel nizamlarını kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amaciyle ...propaganda yapmayı veya telkinde bulunmayı"* cezalandıran hükmün Anayasa'nın 2. maddesindeki laiklik ilkesine ve 20. maddesindeki ifade özgürlüğüne aykırı olmadığına karar vermiştir[17].

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi bağlamında üniversitelerde uygulanmakta olan başörtüsü yasağını kaldırmayı amaçlayan kanun hükümleri ile ilgili 1989 ve 1991 yıllarındaki kararları bu konuya ilişkin olarak Mahkemenin yaklaşımını ortaya koymaktadır. 1989 yılındaki kararda Anayasa Mahkemesi 2547 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 16'daki *"Yükseköğretim kurumlarında, dershane, laboratuar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir."* hükmünü Anayasa'nın Başlangıç kısmı, 2., 10., 24. ve 174. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir[18].

---

ayinin yapılmasını men veya ihlal (madde 175) ve semavi dinlerden birini tahkir maksadı ile bu dinlerce kutsal sayılan mabedleri, mezarları, buna benzer yerleri veya bu yerlerdeki eşyayı yıkma, bozma veya diğer bir suretle zarar vermeyi (madde 176) suç sayan kuralları eşitlik ve laiklik ilkelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz.: AYM, E.1986/11, K.1986/26, 4/11/1986. Bir diğer kararda ise Mahkeme 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 61. maddesinde yer alan ve tanık olanlara dininin de sorulmasını öngören dava konusu ibarede kişinin kendi isteği dışında bu inancını açıklaması sonucunun ortaya çıkmakta olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 24. maddesine aykırılık bulunduğunu belirtmiştir. Bkz.: AYM, E.1995/25, K.1996/5, 2/2/1996. Bununla birlikte aksi yönde bir yaklaşımla Mahkeme benzer bir kural olarak 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. maddesinde kişinin hal bilgileri olarak nüfus cüzdanında "din" hanesinin bulunmasına ilişkin iki başvuruda da Anayasa'nın 24. maddesindeki hükme aykırılık olmadığını belirtmiştir. Bkz.: AYM, E.1979/9, K.1979/44, 27/11/1979; AYM, E.1995/17, K.1995/16, 21/6/1995.

16 Bkz.: AYM, E.1971/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1971/1, 20/5/1971.

17 Bkz.: AYM, E.1980/19, K.1980/48, 3/7/1980. Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde laiklikle ilgili başka kararları da bulunmakla birlikte bu iki karar Mahkemenin görüşünü yansıtmada yeterli görüldüğünden diğerlerine yer verilmemiştir. 1982 Anayasası öncesi dönemde Mahkemenin laiklik ilkesi bağlamında görülebilecek kararları ve bunların değerlendirilmesi konusunda detaylı bir inceleme için bkz.: Vural Dinçkol, B. (1992). *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul: Kazancı Yay., s. 171-193.

18 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

Bu iptal kararı üzerine aynı Kanun'a eklenen *"Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."* (ek madde 17) şeklindeki hükme ilişkin açılan yeni iptal davasında Anayasa Mahkemesi kuralı iptal etmemekle birlikte kararın hüküm fıkrasında *"2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen ve içeriği bakımından dini inanç ve gereklere dayalı bulunmayan, Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 günlü, E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararına aykırı olmayan ve Yükseköğretim Kurumlarında, çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen"* şeklinde bir açıklamaya dayalı biçimde yorumlu ret kararı vererek üniversitelerdeki başörtüsü yasağının devamından yana bir görüş ortaya koymuştur[19].

Akabinde 1998 ve 2001 yıllarında Refah Partisi ve Fazilet Partisi hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca açılan davalarda bu partilerin kapatılmasına karar vermiştir. Refah Partisi kararında Parti Genel Başkanı'nın üniversite öğrencilerinin başörtüsü kullanmalarını destekleyen, çok hukuklu sistemi savunan beyanları ile Başbakan'ın kimi tarikat liderlerine Başbakanlık Konutu'nda iftar yemeği vermesine ilişkin davranışları Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen ve Cumhuriyet'in temel niteliklerinden olan "laiklik ilkesi"ne aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle kapatma kararına dayanak yapılmıştır[20].

Fazilet Partisi kararında da Anayasa Mahkemesi benzer yaklaşımla 18 Nisan 1999 tarihinde yapılan milletvekili seçimlerinden sonra TBMM'deki yemin töreninde bir milletvekilinin başörtülü olarak yemin etmeye çalışması ve bir diğer milletvekilinin onu desteklemesini ve bazı milletvekillerinin resmî daire ve okullarda türban veya başörtüsü takılmasını desteklemelerini Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen laik Cumhuriyet ilkesine aykırı görmüştür[21].

2008 yılında açılan kapatma davasında ise Adalet ve Kalkınma Partisi hakkında uygulanan devlet yardımından kısmen yoksun bırakma yaptırımı ile ilgili kararda Anayasa Mahkemesi üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı, Kur'an kurslarına yönelik yaş kısıtlaması ve imam hatip lisesi mezunlarına üniversiteye giriş sınavlarında uygulanan katsayı sınırlamasının kaldırılması başlıkları altında toplanan birçok eylemi davalı partinin demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin odağı hâline geldiği tespitinde delil olarak kullanmıştır[22].

O yıllarda uygulanmakta olan üniversitelerdeki başörtüsü yasağını kaldırmak amacıyla 2008 yılında Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde gerçekleş-

19 Bkz.: AYM, E.1990/36, K.1991/8, 9/4/1991.
20 Bkz.: AYM, E.1997/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1998/1, 16/1/1998.
21 Bkz.: AYM, E.1999/2, (Siyasi Parti Kapatma) K.2001/2, 22/6/2001.
22 Bkz.: AYM, E.2008/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.2008/2, 30/7/2008.

tirilen Anayasa değişikliğine ilişkin açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimi yetkisi olmamasına rağmen bu Anayasa değişikliklerini Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırılık gerekçesiyle iptal etmiştir[23]. Bahse konu Anayasa değişiklikleriyle Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına *"bütün işlemlerinde"* ibaresinden sonra gelmek üzere *"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"* ibaresi eklenmiş, Anayasa'nın 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere *"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."* fıkrasına yer verilmişti. Üniversitelerdeki başörtüsü yasağını serbest kılmayı amaçlayan Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerindeki değişiklikleri denetleyip iptal ettiği bu karar Anayasa Mahkemesinin otoriter laiklik konusunda hukuki sınırları ne derece zorladığını göstermesi yönü ile önemlidir.

Mahkemenin bir kısmı siyasi parti kapatma davalarında, bir kısmı norm denetiminde ve birisi de Anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili yukarıda zikredilen kararlarındaki ortak özellik din ve vicdan özgürlüğü bağlamında müstakar bir biçimde otoriter bir yaklaşım sergileyerek kişilerin demokratik talepleri olarak görülmesi gereken üniversitelerdeki başörtüsü serbestisi gibi konularda fevkalade katı bir tutum sergilemesidir.

Öyle ki Mahkeme anayasa yargısının sınırlarını aşan biçimde bir yandan verdiği kararların gerekçelerinde yaptığı nitelemeleri yeterli görmeyip kararın hüküm fıkrasına bile başörtüsü ile ilgili olarak *"çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık ve kıyafet"* şeklinde bir açıklamaya yer verirken[24], diğer taraftan başörtüsü serbestisini amaçlayan Anayasa değişikliğini Anayasa'da Anayasa değişikliklerinin şekil yönünden denetiminin bile sınırlı sebeplerle yapılması öngörülmüş olduğu hâlde bu değişiklikleri esas yönüyle denetleyip iptal etmiştir.

Demokratik hukuk devletlerinde anayasa mahkemelerinin varlık nedeni siyasi iktidarların özgürlükleri sınırlayan keyfî eylemleri karşısında kişilerin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Dolayısıyla bu mahkemeleri meşrulaştıran, çoğunluk yönetiminin temel hak ve özgürlükleri keyfî şekilde sınırlama girişimlerini engellemeleridir. Bununla birlikte Türkiye'de ise Anayasa Mahkemesi 2010 yılına kadar laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü bağlamında tam tersi bir işlev görerek iktidarın temel haklara yönelik yasak ve sınırlamaları kaldırma amacını güden eylemlerini etkisiz kılmaktadır. Bu da kaçınılmaz olarak Anayasa Mahkemesinin meşruiyetini tartışmalı hâle getirmektedir[25].

23 Bkz.: AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

24 Bkz.: AYM, E.1990/36, K.1991/8, 9/4/1991.

25 Arslan, Z. (2009). "Başörtüsü, Ak Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe", *SETA Analiz, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı (SETA)*, S. 2., s. 1-28.

Bu nedenledir ki Anayasa Mahkemesinin özgürlüklerin güvencesi olduğu şeklindeki temel argüman Mahkemenin kararlarındaki otoriter yaklaşım nedeniyle boşta kalmıştır. Bu nitelikteki kararlar nedeniyle Anayasa Mahkemesi "insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti" niteliklerinin bulunduğu bir hukuk düzenindeki içtihadı nedeniyle daha fazla eleştirilere konu olmuştur. Oysa Turhan'ın da isabetle vurguladığı üzere toplumsal yaşam durağan olmadığından Anayasa'daki temel ilkeleri değişen koşullar çerçevesinde kapsam, anlam, sınır ve amaç bakımlarından yeniden belirleme zorunluluğunun ortaya çıkacağını kabul etmek gerekmektedir[26].

Nitekim 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında Anayasa Mahkemesinin insan hakları yaklaşımı ve bunun içerisinde din ve vicdan özgürlüğü ve laiklik ilkesi ile ilgili yorumu bireysel başvuru hakkının benimsenmesiyle birlikte özgürlükçü bir çizgiye doğru evrilmeye başlamıştır. Bu süreçle birlikte Anayasa Mahkemesinin özgürlükçü yaklaşımı hem bireysel başvuru kararlarında hem de norm denetimi kararlarında kendisini göstermektedir. Konumuzla ilgili olarak din ve vicdan özgürlüğü ve aynı zamanda laiklik ilkesi ile ilişkilendirilebilecek kararlarda Mahkemenin 2010 öncesindeki otoriter yaklaşımı nasıl terk ettiğini ve özgürlükçü bir yaklaşıma doğru evrilmeye başladığını görmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesinin 2010 sonrası dönemdeki din ve vicdan özgürlüğünü özgürlükçü biçimde yorumlamaya çalışan içtihadı sadece üniversitelerdeki başörtüsü sorunu bağlamında değil birbirinden oldukça farklı konulara ilişkin yaptığı değerlendirmelerle oluşmuştur. Anayasa Mahkemesi avukatın duruşmaya başörtülü olarak katılmasının engellenmesi, başörtüsü yasağından dolayı üniversiteden ilişiği kesilen öğrencinin almış olduğu bursları iade etmek zorunda bırakılması, Türkiye'deki Ermeni cemaatinin patriklik seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesi ve ortaöğretimde öğrencinin din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muafiyet imkânı bulunmaması gibi ihlal iddiaları üzerine yapılan bireysel başvurularda din ve vicdan özgürlüğü ve laiklik ile ilgili değerlendirmelerde bulunmuştur. Norm denetiminde ise ortaokul ve liselerde Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin hayatının isteğe bağlı ders olarak okutulması, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu görev ve yetkisi verilmesi ile ilgili kuralları denetlediği kararlarda laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğü konusu ele alınmıştır.

Anayasa Mahkemesinin kısıtlayıcı din ve vicdan özgürlüğü ve otoriter laiklik içtihadını terk ettiği 2012 yılındaki kararda "Kur'an-ı Kerim" ve "Hz. Peygamberimizin Hayatı" derslerinin ortaokul ve liselerde isteğe bağlı, seçmeli ders olarak okutulmasını öngören 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle

26 Turhan, M. (2007). s. 390.

değiştirilen 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 25. maddesinin mülga birinci fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 10., 24. ve 174. maddelerine aykırı olmadığına hükmedilmiştir[27].

Yeni içtihadın ikinci kararı olarak zikredilebilecek *Tuğba Arslan* kararında ise baroya bağlı avukat olarak çalışan başvurucunun bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesi şeklinde gerçekleşen müdahaleyi denetlemiştir. Anayasa Mahkemesi bu müdahalenin din ve vicdan özgürlüğüne yönelik sınırlamadaki kanunilik şartını sağlamadığına ve başvurucunun başörtüsü ile duruşmalara katılmasının engellenmesinde makul ve nesnel bir temel gösterilmediği gibi başvurucunun taktığı başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerinden yararlanmalarına engel ve toplumsal çatışma ve gerilimlerin kaynağı olduğu yönünde hiçbir veri ortaya konulamamış olmasından hareketle başvurucunun duruşmalara girmesinin engellenmesi suretiyle başörtüsü takmayanlara göre dezavantajlı duruma düşürülmesi nedeniyle Anayasa'nın 24. maddesiyle birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir[28].

Sara Akgül kararında ise başörtüsü yasağından dolayı üniversiteden ilişiği kesilen öğrencinin almış olduğu bursları iade etmek zorunda kalmasının din özgürlüğünü ve eğitim hakkını ihlal ettiği iddialarına ilişkin yaptığı inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi ilk olarak Anayasa'nın 24. maddesi bağlamında başvurucunun başörtüsü kullanması nedeniyle üniversiteye devam etmesini engelleme şeklinde gerçekleşen müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığından hareketle din özgürlüğünün ihlal edildiğine, ikinci olarak da eğitim hakkının belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişimin sağlanmasını güvence altına aldığı gözetildiğinde başvurucunun başörtüsü yasağı nedeniyle üniversiteye devam edememiş olmasının eğitim hakkına yönelik bir müdahale olduğuna ve eğitim hakkına yönelik müdahale konusunda din özgürlüğü bağlamındaki şikâyetler bakımından müdahalenin kanunilik koşulunun sağlanmaması nedeniyle hak ihlali sonucuna varıldığı dikkate alınarak başvurucunun ayrıca Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının da ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır[29].

Mahkemenin 2018 yılı sonlarında norm denetimi bağlamında 19/10/2017 tarihli ve 7039 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesiyle 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 22. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen

27 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.
28 *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.
29 *Sara Akgül* [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018.

"*…il ve ilçe müftülüklerine…*" ibaresinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği konumuzla ilgili kararda ise İçişleri Bakanlığının dava konusu kural uyarınca il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebilmesinin Anayasa'nın 2., 10., 24. ve 136. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir[30].

Ertesi yıl verilen *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* kararında ise Türkiye'deki Ermeni cemaatine mensup başvuruculaların Türkiye Ermenileri Patrikliği seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesi nedeniyle din özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır[31].

Bir öğrencinin din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muafiyet imkânı bulunmaması nedeniyle ebeveynlerin eğitim ve öğretimde dinî ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiği iddiasının incelendiği *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* kararında Anayasa Mahkemesi bu bireysel başvurudaki değerlendirmelerin konusu olan 2018-2019 eğitim ve öğretim yılına kadar olan dönemdeki din kültürü ve ahlak bilgisi dersi müfredatı, içerik olarak dinler hakkında yansız ve tanıtıcı bilgiler vermek amacıyla zorunlu olması öngörülen din kültürü öğretimi kapsamında değil din kültürü öğretimini aşan, İslam dininin ve onun belirli bir yorumunun eğitim ve öğretimi kapsamında değerlendirilmesinden hareketle anılan dersi kızının almasını istemeyen başvurucu için uygun alternatifler sunulmamasının ebeveynlerin eğitim ve öğretimde dinî ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir[32].

---

30 Bkz.: AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018. Anayasa Mahkemesinin yine din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili sayılabilecek yeni yaklaşımına uygun bir kararda Mahkeme aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kişileri cezalandırmayı öngören Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasa'nın 13., 20. ve 24. maddelerine aykırılık gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Bkz.: AYM, E.2014/36, K.2015/51, 27/5/2015.

31 *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* [GK], B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

32 *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* [GK], B. No: 2014/15345, 7/4/2022. Yukarıda yer ver verilenler dışında da Anayasa Mahkemesinin 2010 sonrasında din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili kararlarına rastlamak mümkündür. Somut olarak bireysel başvuruya konu ihlal iddiası bağlamında ve konuya ilişkin esaslı değerlendirmelerin çok fazla yer almadığı bu kararlarda da Mahkeme başvuruculaın din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Birkaç örnek sıralamak gerekirse, dinî inanç gereği başörtüsü kullanılması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılmanın din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin *B.S.* (B. No: 2015/8491, 18/7/2018) kararında kanunilik sorunu görülmüş ve ağırlıklı olarak *Tuğba Arslan* ve *Esra Nur Özbey* kararlarına atıfla ihlal sonucuna ulaşılmıştır. *Furkan Aktaş*, (B. No: 2017/27587, 11/12/2019), *Ahmet Sil*, (B. No: 2017/24331, 9/5/2018) ve *Ahmet Ünver*, (B. No: 2018/20787, 19/10/2022) kararlarında ise cezaevinde ücreti karşılanmak suretiyle kendisine kurum idaresi aracılığıyla Kur'an-ı Kerim temin edilmesi taleplerinin reddedilmesi nedeniyle başvuruculaın din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. *Murat*

b. Mahkemenin Laikliğe, Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Yaklaşımında Yaşanan Değişim

Anayasa Mahkemesinin otoriter laiklik ve kısıtlayıcı din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili içtihadını ortaya koyan kararları arasında 1989 yılında başörtüsü ile ilgili verdiği karar detaylı değerlendirmeleri bünyesinde barındırmaktadır. Buna karşılık Mahkemenin 2010 sonrasındaki ilk kararı olan 2012 yılındaki norm denetimi kararı Mahkemenin önceki içtihadını terk edip özgürlükçü bir yaklaşımı benimsediğini ortaya koyan aynı yoğunluktaki değerlendirmeleri bünyesinde barındırmaktadır. 2010 öncesi ve sonrasındaki konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadını karşılaştırmalı biçimde değerlendirirken ağırlıklı olarak bu iki karardan ve yeri geldiğinde yukarıda zikredilen diğer kararlardan faydalanılacaktır.

Anayasa Mahkemesi 1989 yılındaki kararında laikliği, Orta Çağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimi olarak tanımlamıştır. Aynı kararda laikliğin dar anlamda devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımı yapılsa da gerçekte laikliğin toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşüne vurgu yapılmaktadır. Mahkemeye göre laik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır ve gerçek saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır[33].

Anayasa Mahkemesine göre bireyin manevi yaşamına ilişkin olan dinî inanç bölümünde sınırsız bir özgürlük tanınarak -aralarında ayrım gözetilmeksizin -dinler anayasal güvence altına alınmakla birlikte, dinin bireyin manevi yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılmakta ve dinin kötüye kullanılması ve sömürülmesi yasaklanmaktadır[34].

Mahkemeye göre Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz ve tüm hak ve özgürlükler de laiklik ilkesi temel alınarak değerlendirilmek durumundadır. Bu yaklaşımdan hareketle Mahkeme yükseköğretim kurumlarında giysilerin, başörtüsü ve türbanın dinsel inanca dayandırılmasının çağın gereklerine aykırı olduğuna, dini çağ dışı ve güne ters düşen bir kurum olarak tanıtan, başörtüsü kullanımında belli biçim ve zorunluluğun vicdan ve dinsel inanç özgürlükleriyle uyuşmadığına hükmetmiştir[35].

Aydın (2) (B. No: 2020/24924, 3/5/2023) başvurusunda ise pasaportuna konulan tahdidin kaldırılmaması nedeniyle başvurucunun hac ibadetini yerine getirememesini Anayasa Mahkemesi din özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

33 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

34 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

35 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

Bu değerlendirmelerden sonra Mahkeme daha ileri bir yorum yaparak kişilerin "giysi durumu" ile ilgili değerlendirme aşamasına geçmiş, oradan hareketle laiklik ilkesi bağlamında "çağdaşlık ve giysi ilişkisi" çerçevesinde anayasa yargısının denetim yetkisi kapsamını aşan tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme giysinin salt bir biçimsel görünüm konusu olmadığını, kişinin iç ve dış dünyasıyla, duygu ve düşünceleriyle, beden ve ruh yapısıyla bir bütün olduğunu, giysinin kişiliği yansıtan bir araç olduğunu ve dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı, devrim kanunlarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysilerin uygun karşılanamayacağını ve dinsel nitelikteki giysilerin ayrıca laiklik ilkesine ters düştüğünden "daha yoğun bir aykırılık" oluşturduğunu belirtmiştir[36]. Bu kararda benimsediği otoriter laiklik yaklaşımı Mahkemenin din ve devletin kurumsal olarak ayrılığı yanında adeta toplumun da laik olması gerektiğini ileri sürdüğü şeklinde yorumların yapılmasına sebebiyet vermiştir[37].

Hatta Mahkeme bunun da ötesine geçerek başörtülü öğrencilerin başkaları için ne derece bir ciddi sorun, bir ayrım aracı teşkil ettiğini şu şekilde ifade etmektedir: *"Çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayrım aracı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır"*[38].

2008 yılındaki kararında bu katı nitelemeyi biraz daha hafifleterek başörtüsünü "bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı" olarak nitelese de Mahkeme önceki karardaki yaklaşımıyla hareket ederek kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuvar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmakta olduğuna işaret etmektedir[39].

Esasında otoriter ya da militan laiklik şeklinde ifade edilebilecek olan Mahkemenin bu dönemdeki laiklik anlayışını açıklayan Mahkeme kararlarında görüldüğü üzere devletin dinsel özgürlükler üzerinde kontrolü ve kısıtlayıcı özelliği ön plana çıkmaktadır[40]. 2010 öncesindeki bu otoriter/militan laiklik yaklaşımın sonucu olarak Anayasa Mahkemesi laiklik ile din ve vicdan özgürlüğü ilişkisini ve özelde de üniversite öğrencilerinin başörtüsü takmasının laiklik ilkesi bağlamında din ve vicdan özgürlüğü kapsamında görülemeye-

36 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.
37 Bkz.: Eren, A. (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 403.
38 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.
39 Bkz.: AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.
40 Bu konuda bkz.: Hakyemez, Y.Ş. (2000). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara: Seçkin Yay., s. 210-211.

ceğini şu otoriter yorumla ortaya koymaktadır: *"Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır"*[41]. Anayasa Mahkemesinin "ideoloji eksenli" paradigmayı besleyen bir yaklaşımla[42] sergilediği âdeta "rejimin muhafızlığı rolü"[43] mümkün olduğunca dinsel özgürlükleri kısıtlayıcı bir yorumu sürdürmeyi gerektirmektedir.

2010 öncesi dönemde Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesinin özgürlüklere kıydırılamayacağını ifade özgürlüğü örneği üzerinde de Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinin dördüncü fıkrasının iptal istemini reddettiği kararda şu şekilde ortaya koymaktaydı: *"Anayasal düzenimiz bakımından önemine yukarıda değinilen lâikliği koruyup sürdürmek için düşünce özgürlüğünün sınırlanması, bizzat Anayasa'nın uygun bulduğu bir düzenlemedir. Anayasa Koyucunun zorunlu gördüğü bu düzenlemenin de düşünce özgürlüğüne aykırı bir yanı bulunduğu ileri sürülemez"*[44]. Benzer yaklaşımla Mahkeme başörtüsü ile ilgili ilk kararında laiklik karşısında özgürlüklerin durumu ile ilgili şu katı tespiti yapmıştır: *"Özelde korunması gerekli görülen lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz"*[45].

2010 öncesi kararlardaki Mahkemenin katı laiklik yorumunda kullandığı ifadeler Özbudun'un da vurguladığı üzere sosyolojik gerçeklikle bağdaştırılamayacak niteliktedirler. Zira laikliğin "bir uygar yaşam biçimi" olarak "siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi" olarak nitelendirilmesi şeklindeki muğlak ama sorunlu ifadeden kastedilen dinin ancak bireysel vicdanlarda yeri olabileceği ise bunun her türlü sosyal ve kültürel tezahürlerin yasaklanabileceği şeklinde anlaşılması mümkündür[46]. Kararlardaki vurguda laikliğin Türkiye'nin yaşam felsefesi olduğu ve laikliğin özgürlüklere kıydırılamayacağı şeklindeki tespitlere bakıldığında laiklik ilkesi "hak ve özgürlüklerin de nihai sınırı" şeklinde görülmektedir[47].

Bununla birlikte 2010 sonrasında bu konuya ilişkin içtihat değişikliğinin ilk görüldüğü kararında Anayasa Mahkemesi, laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğuna, bunlardan katı laiklik anlayışına göre dinin bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çı-

41 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.
42 Arslan, Z. (2008). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yay., s. 244.
43 Evliyaoğlu, S. A. (2023). "Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin Laik Devlet Niteliğine İlişkin Yorumu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 40., S. 1., s. 152.
44 Bkz.: AYM, E.1980/19, K.1980/48, 3/7/1980.
45 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.
46 Özbudun, E. (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Yetkin Yay., s. 85.
47 Arslan, Z. (2008). s.244.

karak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgu olduğuna; laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumunda ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkarak bu laiklik anlayışının dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemesine, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmesine, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımakta olduğuna işaret etmiştir[48].

Bu yeni yaklaşıma göre laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. Mahkemeye göre laiklik artık devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilke olarak görülmelidir. Din ve inanç yönünden toplumların çeşitlilik arz ettiği, toplumda farklı dinlerin, inançların ya da inançsızlıkların bulunduğu da tarihsel ve sosyolojik bir gerçeklik olmasından hareketle demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir[49].

Anayasa Mahkemesi bu içtihat değişikliğine giderken Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde yapılan *"Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir."* biçimindeki tanıma atıf yapmış, devletin din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorunda olduğuna ve bunun bir gereği olarak farklı dinî inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanların laik devletin koruması altında bulunduğuna vurgu yapmıştır[50].

Laiklikle ilgili içtihat değişikliğinin ortaya konulduğu kararda Anayasa Mahkemesi özgürlükçü yaklaşımın gereği olarak laikliğin devlete negatif ve pozitif yükümlülük yüklediğini ve negatif yükümlülük olarak devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesinin ve bireylerin din ve vicdan özgürlüğüne zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesinin, pozitif yükümlülük olarak ise devletin, din ve vicdan özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırmasının, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlamasının devletin bir görevi olduğu ifade edilmiştir[51].

48 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.
49 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.
50 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.
51 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

Özgürlükçü laiklik yaklaşımında Anayasa Mahkemesi dinler karşısında tarafsız olmakla birlikte laik devletin toplumun dinî ihtiyaçlarının karşılanması konusunda kayıtsız olmadığını, bu bağlamda dava konusu yapılan Kur'an-ı Kerim ve Peygamberin hayatıyla ilgili bilgileri içeren derslerin isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasının devletin din eğitimi konusunda üstlendiği pozitif yükümlülüğün bir gereği olduğunu ifade etmiştir[52].

Anayasa Mahkemesinin bu yeni yaklaşımına göre kişilere din ve vicdan özgürlüğü alanında seçenekler sunan, toplumu oluşturan bireylerin bu alandaki yaygın ve müşterek ihtiyaçlarının karşılanmasını kolaylaştıran tedbir ve uygulamalar laiklik ilkesine aykırı olarak görülemez. Zira hemen her ülkenin din eğitim ve öğretimi, hâkim dine belli bir ağırlık vermekte ve diğer dinler karşısında çoğunluk dininin mensuplarına bazı öncelikler tanımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kabul ettiği üzere objektif ve gerekli olduğu takdirde bu farklı muamele Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyecektir[53].

Bireysel başvurunun kabulü sonrasında laiklik içtihadının değişmesinin akabinde verilen *Tuğba Arslan* kararında Anayasa Mahkemesi şu ilkesel yaklaşımı ortaya koyarak somut bireysel başvuruya konu hak ihlali iddialarını değerlendirmiştir:

"Anayasa'nın 24. maddesinin koruduğu hakkın vazgeçilmez olması, din ve vicdan özgürlüğünün, hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olması nedeniyledir. Öte yandan din ve vicdan özgürlüğü ancak tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı ile temellendirilen bir demokraside korunabilir.

Din özgürlüğü bağlamında 'tanıma', devlet-birey ilişkilerinde devletin, tüm din veya inanç guruplarının varlıklarını eşit şekilde kabul etmesini gerektirir. Devletin çoğulcu bir tanıma siyaseti, bir yandan devleti toplumda herkese karşı eşit mesafede durmaya zorlarken öte yandan, devletin herhangi bir dini ya da ideolojiyi resmen benimsemesine izin vermez. Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı ve tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini 'yanlış' kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça, farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir. Din ve vicdan özgürlüğünü koruyan üçüncü anlayış ise bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasının teminatı olan laiklikten doğan tarafsızlıktır"[54].

52 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.
53 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.
54 Bkz.: *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, §§ 53-54.

Anayasa Mahkemesi eski dönem içtihadında ifade ettiği başörtülü olanların diğerleri üzerinde baskı oluşturacağı argümanına yönelik olarak da şu değerlendirmede bulunmuştur:

"Bir dini sembolün onu kullanan din mensuplarınca zorunlu bir dini vazife olarak telakki edilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Denetlenmesi gereken mesele, dini bir sembolün zorunlu olarak algılanmasının başkaları üzerinde oluşturduğu etkidir. İster bir dinden isterse seküler bir dünya görüşünden kaynaklansın her sembol, ona karşı olanlar üzerinde psikolojik bir baskı oluşturabilir. Bu etkiler farklı inanç ve düşüncelere sahip insanların yaşadığı çoğulcu toplumlarda kaçınılmazdır. Çoğunluğun belirli bir dine mensup olduğu toplumlarda azınlıkta kalanların kendilerini böyle bir baskı altında hissetmeleri ise daha kolaydır. Bu durumda Devletin görevi, varsayımlara dayanarak inançların sembollerini yasaklamak, başka bir deyişle hak ve özgürlükleri kısıtlamak değil (benzer bir yaklaşım için bkz. Şerif/ Yunanistan, B. No. 38178/97, 14/12/1999, § 53); hem çoğunluğun din ve vicdan özgürlüğünü yerine getirmesine engel olmayacak, hem de çoğunluk karşısında azınlığın ezilmesine engel olacak ve bireylerin karşılıklı tanıma ve tahammül içerisinde yaşamasını sağlayacak tedbirleri almaktır.

(…)

Bu bağlamda, demokratik toplumun ideallerinin ve değerlerinin kişilerin karşılıklı ödün vermelerini gerektirecek bir diyaloğa ve uzlaşma ruhuna dayanması gerektiği hatırlanmalıdır. Bundan sonra demokratik devletin görevi, ortaya çıkabilecek baskı kurma, zorlama ve şiddete başvurma gibi suç oluşturacak davranışlar karşısında gerekli tedbirleri almaktır. Çoğulculuğun ve siyasal tarafsızlığın bu gerekliliği yerine, toplumda gerilim konusu oluşturabilecek unsurları yasaklamaya kalkışmak, baskıcı, totaliter ve homojenleştirmeyi hedef alan bir rejim ortaya çıkartma potansiyeli taşır (benzer değerlendirmeler için bkz. Leyla Şahin/Türkiye, B. No. 44774/98, 29/6/2004, Tulkens'in muhalefet şerhi, § 1). Çoğulculuk, kimlikleri bastırılmış, özgürlükleri kısıtlanmış bireylerin bir arada yaşamasını ifade eden bir kavram değildir. Çoğulculuk, kişilerin kimlikleriyle ortak mekânlara katılabilmesini gerektirir.

Bazı dinsel davranışların 'azınlıktakileri koruma' amacıyla sınırlandırılabileceği argümanının (bkz, Leyla Şahin/Türkiye, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 99) geçerli olabilmesi, olasılıklara dayanarak değil ancak mevcut olayın şartlarının değerlendirilmesine dayanan olgusal durumun analiz edilmesiyle mümkün olabilir. Başörtülü kadınların çoğunlukta oldukları gösterilse bile başörtülü avukatların hangi surette kendileri gibi görünmeyenler üzerinde baskı oluşturduklarının somut olgulara dayanarak gösterilmesi gerekir. Doğru yargılama ilkesi de bunu gerektirir. Ancak Türkiye'de başörtüsünün hangi surette başkaları üzerinde baskı oluşturduğu yönünde herhangi bir iddia ve somut olgulara dayalı veri ortaya konulabilmiş değildir"[55].

55 Bkz.: *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, §§ 127, 129-130.

2010 öncesi ve sonrasındaki laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili yaklaşım farkındaki gerekçelere bakıldığında 2010 sonrası içtihadı ile birlikte Anayasa Mahkemesinin artık insan haklarının güvencesi olma şeklindeki misyonuna daha fazla yaklaştığı ve aynı zamanda bu yeni yaklaşımla birlikte laiklik ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğünü çağın gereklerine daha uygun biçimde yorumlayabildiğini görmek mümkün olmuştur.

2010 öncesi dönemdeki yaklaşımın insan hakları yönü ile sorunlu olmasının nedenini Mahkemenin konuyu kendi varlık nedeni olan insan haklarının güvencesi olma misyonuyla hareket etme gayreti içinde olmamasında aramak gerekir. Bunun içindir ki Anayasa Mahkemesi yeri geldiğinde bahse konu kararlarda başörtüsünü hukukilik denetiminin ötesine geçerek ve toplumsal gerçeklikten de uzak bir şekilde "çağ dışı kıyafet" olarak niteleyebilmiş ve hatta kararın hüküm kısmında *"çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen"*[56] ibaresine yer vermiştir. Yine Mahkeme laikliği koruyucu refleksle hareket ederek Anayasa değişikliğini dahi yetkisi olmadığı hâlde esas yönünden denetleyerek kendi anlayışına uygun görmediği başörtüsü serbestisini engelleme gayretini ortaya koymaktan kaçınmamıştır.

Sonuç olarak 2010 öncesinde "özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımayan"[57] nitelikte kabul edilen laiklik ilkesi yerine Anayasa Mahkemesi artık yeni laiklik yorumunda "dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı"nı devletin koruması altında kabul etmektedir[58]. Daha farklı biçimde ifade etmek gerekirse önceden laikliği özgürlüklere kıydırılamayacak bir ilke olarak gören Anayasa Mahkemesi artık laikliği din ve vicdan özgürlüğünün bir güvencesi olarak kabul etmektedir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yasama çoğunluklarının hukuki tasarrufları olan kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek ve anayasal hak ve özgürlükleri korumak amacıyla oluşturulan anayasa mahkemelerinin anayasal demokrasilerde önemli bir güvence olarak kabul gördüğü aşikârdır. Bu amaçla Türkiye'de de 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi kurulmuş olmasına rağmen özellikle 2010 yılına kadar olan dönemde Mahkemenin müstakar biçimde insan haklarını koruyucu işleve uygun bir yaklaşım sergileyebildiğini söyleyebilmek zordur. Elbette ki o dönemde Anayasa Mahkemesinin insan haklarını koruyucu nitelikteki kararlarına rastlanabilmektedir. Bununla birlikte 2010 yılına kadar olan dönemde Anayasa Mahkemesinin siyasi iktidarların tasarrufları ile ilgi-

56 Bkz.: AYM, E.1990/36, K.1991/8, 9/4/1991.
57 Bkz.: AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.
58 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

li konularda daha aktivist; hak ve özgürlüklerle ilgili konularda ise sıklıkla kendisinden beklenen "hak ve özgürlüklerin güvencesi" olma biçimindeki işlevin gerisinde kalan ve hatta bazı konularda oldukça kısıtlayıcı ve otoriter bir yaklaşım sergilediği göze çarpmaktadır[59].

Aradan geçen on üç yıllık dönemdeki kararlarına bakıldığında 2010 Anayasa değişiklikleri ile birlikte Anayasa Mahkemesinin insan hakları yaklaşımının önceki döneme göre daha özgürlükçü ve Mahkemenin gerçek işlevine daha uygun bir sürece doğru evrildiğini gözlemlemek mümkündür. Bu dönüşümün sağlanmasındaki en önemli faktörün bireysel başvuru inceleme yetkisinin kabulü olduğunu söylemek gerekir.

Zira Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kişilerin uğradığı hak ihlallerinin ülke içerisinde giderilmesini amaçlayan bir hak arama yolu olarak hukuk sistemine dâhil edilmiştir. Bireysel başvuru yolunun kendisinden beklenen katkıyı verebilmesi için Anayasa Mahkemesinin de ister istemez özgürlükçü ya da daha farklı şekilde ifade etmek gerekirse "hak eksenli"[60] yaklaşımı benimsemesi gerekmektedir.

Bunun içindir ki Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemeleri ile birlikte genel olarak daha özgürlükçü kararlara imza atmış, 2010 Anayasa değişikliklerinin üzerinden geçen on üç yılın sonunda ortaya çıkan tabloda Mahkemenin insan hakları ile ilgili içtihadında önceki döneme nazaran daha olumlu bir çizgiye doğru dönüşüm yaşanmaya başlanmıştır.

Yaşanan bu değişimi ve dönüşümü bu çalışmada bir örnek olarak ele alınan din ve vicdan özgürlüğü konusunda net bir biçimde görmek mümkün olmuştur. Bu yönü ile bireysel başvuru Anayasa Mahkemesinin gerçek işlevine kavuşması noktasında önemli katkılar sağlamıştır. Bireysel başvurunun kabulü sonrasında Anayasa Mahkemesinin genel olarak önceki döneme göre daha özgürlükçü çizgiye geçmemesi Mahkemeyi çok fazla eleştirilir bir kurum hâline getirecekti. Bu nedenledir ki on bir yıllık bireysel başvuru istatistiklerine bakıldığında görüleceği üzere bireysel başvuru Anayasa Mahkemesinin anayasa yargısının kuruluş amacına uygun bir çizgiye ulaşmasına katkı sağlayan ve böylece Mahkemenin kendisini de dönüştürdüğü bir hak arama yolu olarak hukuk sisteminde yerini almıştır.

Gelinen noktada Anayasa Mahkemesi hem bireysel başvuru kararlarında genel olarak daha özgürlükçü bir içtihat ortaya koymaya çalışmakta hem de bireysel başvurudaki yaklaşımına paralel biçimde norm denetimindeki içtihadını bu çizgide sürdürmeye gayret göstermektedir. Nitekim bu çalışma-

59 Bu iki alana ilişkin Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ve örnek kararlar hakkında geniş bir inceleme için bkz.: Hakyemez, Y. Ş. (2009). s. 63-370.

60 Bu konuda bkz.: Arslan, Z. (2008). s. 234-235.

da örnek olarak ele alınan laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 2010 sonrasındaki içtihadında bu paralelliğin norm denetimi ve bireysel başvuru kararları bağlamında gerçekleşmekte olduğunu görmek mümkündür.

Çalışmada zikredilen somut kararlarda görüleceği üzere Anayasa Mahkemesinin kısıtlayıcı din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili 2010 öncesi içtihadı norm denetimi ve siyasi parti kapatma davalarına konu edilen üniversitelerdeki başörtüsü yasağının kaldırılması, çocukların din öğrenimi ve imam hatip lisesi mezunlarının üniversitelere girişindeki katsayı mağduriyetinin giderilmesi gibi daha ziyade toplumdaki çoğunluğun bazı taleplerine ilişkin konuların incelenmesi sürecinde oluşturulmuştur. Bununla birlikte 2010 sonrasındaki din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin içtihadı oluşturulurken daha geniş bir konu yelpazesindeki talepler söz konusudur.

Mahkeme bu yeni dönemde bir yandan toplumdaki Müslüman çoğunluğunun hakları ile ilgili olarak üniversite öğrencileri, kamu görevlileri ve avukatlara uygulanan başörtüsü yasağı, seçimlik ders niteliğindeki Hz. Peygamberin hayatı ve Kur'an dersinin ortaöğretim müfredatına konulması, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memuru yetkisi verilmesi gibi konuların yer aldığı bireysel başvuru ve norm denetimi kararlarında bu içtihadı oluşturmuştur. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi bu yeni içtihadında artık kişilere din ve vicdan özgürlüğü alanında seçenekler sunan, toplumu oluşturan bireylerin bu alandaki yaygın ve müşterek ihtiyaçlarının karşılanmasını kolaylaştıran tedbir ve uygulamaların laiklik ilkesine aykırı olarak görülemeyeceğini ifade etmekte ve hemen her ülkenin hâkim dine belli bir ağırlık vermekte ve diğer dinler karşısında çoğunluk dininin mensuplarına bazı öncelikler tanımakta olduğuna vurgu yapmaktadır[61].

Öte yandan Mahkeme bu yeni içtihadında din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili aynı özgürlükçü yaklaşımı Ermeni Patrikliği seçimi gibi Hristiyanlık dinine mensup olanlara ilişkin bir bireysel başvuruda ve yine ortaöğretimde çocuğuna okutulan din kültürü ve ahlak bilgisi dersinde müfredatın din kültürü öğretimini aşıp İslam dininin ve onun belirli bir yorumunun zorunlu biçimde okutulması nedeniyle bu dersi çocuğunun almasını istemeyen ateist bir ebeveynin başvurusunda da sergilemiştir.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi 2010 yılından bugüne değin laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili özgürlükçü yaklaşımı bu konu ile ilgili önüne gelen değişik başvurularda istikrarlı biçimde uygulamıştır. Esasında laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili içtihatta yaşanan bu dönüşümün olağan dışı olmadığı, çağın gereklerine uygun olan yaklaşımın bir gereği ol-

61 Bkz.: AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

duğu da aşikârdır[62]. Öte yandan bireysel başvurunun kabulü ile birlikte artık temel hakları koruyucu yönde bir yaklaşım sergilenmesi zorunluluğu dikkate alındığında Mahkemenin eski içtihadının sürdürülebilir olduğunu kabul etmek zaten mümkün değildir[63].

Anayasa Mahkemesinin bu yeni ve özgürlükçü yaklaşımı olumlu bir gelişme olmakla birlikte bunun diğer haklarla ilgili ve geleceğe yönelik olarak süreklilik arz edecek biçimde uygulanması da en azından bu dönüşüm kadar önemli ve gereklidir. Zira hukukun üstünlüğünü esas alan bir yaklaşım konjonktürel[64] bir gelişim olarak tecelli ettiğinde hak ve özgürlüklerin korunmasına ve daha ileriye doğru taşınmasına sadece sınırlı bir etki yapabilir ki böyle bir durumda zaten hukuki istikrardan bahsedilmesi mümkün olamaz.

Sonuç olarak önemle vurgulamak gerekir ki insan haklarını esas alan demokratik bir hukuk devletinde Anayasa'nın üstünlüğünün etkili bir şekilde sağlanması ile hak ve özgürlüklerin korunması sürekli biçimde temel amaç olarak görülmeli ve bu amaca uygun olan yaklaşımın Anayasa Mahkemesince geliştirilerek istikrarlı biçimde uygulanması gerekmektedir.

62 Evliyaoğlu, S. A. (2023). s.151.

63 Benzer değerlendirme için bkz.: Vural, H. S. (2015). "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 32., s. 349.

64 Doktrinde Mahkemenin aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimsenin cezalandırılmasını öngören hükümle ilgili 2015 yılındaki kararı dinsel özgürlük alanına ilişkin konjonktürel bir duyarlılık olarak görülmüştür. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul: Beta Yay., s. 112. Oysa bugüne kadar olan süreçteki tüm kararların aynı doğrultuda verildiği dikkate alındığında bahse konu kararın da Mahkemenin bu yeni yaklaşımına uygun bir karar olduğu ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

AKÇİL, Yılmaz (2022). "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif Ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., ss. 1-45.

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

ARSLAN, Zühtü (2008). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yay.

ARSLAN, Zühtü (2009). "Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe", *SETA Analiz, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı (SETA)*, S. 2.

EREN, Abdurrahman (2023). *Anayasa Hukuku Dersleri,* 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yay.

EVLİYAOĞLU, Selçuk Abdullah (2023). "Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin Laik Devlet Niteliğine İlişkin Yorumu", *Anayasa Yargısı Dergisi,* C. 40., S. 1., ss. 105-157.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2000). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara: Seçkin Yay.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı,* Ankara: Yetkin Yay.

KABOĞLU, İbrahim Özden (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, İstanbul: Legal Yay.

KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yay.

ÖZBUDUN, Ergun (2005). "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", içinde Ergül, Ozan (Ed.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 1-16), Ankara: TBB Yayınları.

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

ÖZBUDUN, Ergun (2020). *Türk Anayasa Hukuku,* 20. Baskı, Ankara: Yetkin Yay.

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul: Beta Yay.

TURHAN, Mehmet (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* C. 62., S. 3., ss. 379-404.

VURAL DİNÇKOL, Bihterin (1992). *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik,* İstanbul: Kazancı Yay.

VURAL, Hasan Sayim (2015). "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı Dergisi,* C. 32., ss. 343-353.

Yıldız SEFERİNOĞLU
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI BAĞLAMINDA YASAMA İŞLEMLERİNİN ANAYASALLIK DENETİMİ

GİRİŞ

Anayasa'nın 6. maddesinde, egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olduğu ifade edildikten sonra Türk milletinin, egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağı belirtilmiş; egemenliğin kullanılmasının hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı vurgulanmış ve ayrıca hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Buna göre Anayasa'mızın öngördüğü devlet düzenin temelinde millî egemenliğin ve hukukun üstünlüğünün bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında; Anayasa'nın Başlangıç kısmında yer verilen ilkeler, 2. maddesinde sayılan devletin nitelikleri, 6. maddesinde düzenlenen egemenliğin aidiyeti ve kullanılma şekli ile Anayasa'nın sistematiği birlikte değerlendirildiğinde "*egemenlik*", "*egemenliğin kullanılış şekli*", "*milletin iradesi*", "*demokrasi*", "*hukuk devleti*" ve "*insan hakları*" arasında birbirleriyle ayrılmaz bir bağ kurulduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkemeye göre tüm medenî toplumlarda olduğu gibi egemenliğin kaynağı millet olacak, egemenlik -doğrudan veya dolaylı olarak- milletin iradesiyle yetkilendirilen organlar eliyle kullanılacak, milletin iradesi demokratik bir düzende ortaya çıkacak, egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanımı hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere demokrasinin ilkelerine uygun ve insan haklarına saygı gösterilerek gerçekleştirilecektir[1].

Anayasa koyucu, devlet yetkileri içinde ilk olarak yasama yetkisini düzenlemiştir. Anayasa'nın 7. maddesinde "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilerek devlet yetkisi kullanacak ilk organ olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) öne çıkarılmıştır. TBMM demokratik toplum düzeninin temel kurumlarından biri ve millet iradesinin doğrudan tecelli ettiği anayasal bir organdır. Esasen yasama fonksiyonu, egemenliğin en başta gelen görünüş biçimlerinden biri hatta birincisidir. Zira insanların bir arada yaşadığı sosyal hayatta toplumsal bir düzen inşa edilebilmesi için her şeyden önce toplum yaşamının kurallarının

1 *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 218-219.

belirlenmesi ve kişilerin davranışlarıyla ilgili sınırların çizilmesi, sonrasında bu kuralların hayata geçirilmesi (tatbik edilmesi) ve nihayetinde de kurallara aykırılıkların giderilmesi ve yaptırıma tabi tutulması gerekmektedir. Bütün bu düzeni inşa edecek ve işletecek mekanizma olarak devlet aygıtına ihtiyaç duyulmuştur. Buna göre devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını kullanan bir organizasyon olarak ortaya çıktığı söylenebilir.

Toplumsal yaşamın tesisi ve devamı için gerekli olan kuralları vazetme, bir başka ifadeyle hukuk kurallarını tesis etme görevi yasama fonksiyonunu ifade etmektedir. Bu fonksiyon, modern toplumlarda ve devletlerde milletin temsilcilerinden oluşan meclisler (parlamentolar) tarafından yerine getirilmektedir. Yasama fonksiyonunun halkın temsilcileri tarafından yerine getirilmesi, vazedilen kurallara demokratik meşruiyet sağlamanın en başta gelen koşuludur. Öyleyse devlet idaresinin demokratik bir niteliğe sahip olması bakımından her şeyden önce halkın seçtiği temsilcilerden oluşan bir yasama organının (parlamentonun) bulunması gereklidir.

Özünde demokratik bir toplumda tüm kamusal erkler meşruiyetini halktan alır. Millet iradesi en önemli güçtür. Bu bağlamda yasama organı millet adına kurallar koyan ve kanunlar yapan bir işlev görür. Yürütme organı yine milletin verdiği yetkiyle ve yasamanın kabul ettiği kanunlar çerçevesinde kamu hizmetlerini yerine getirir. Yargı organları ise hukuka uygunluk denetimi yaparken veya önlerine gelen uyuşmazlıkları çözerken millet adına karar verir.

Anayasa, yasama yetkisini kullanacak organ olarak belirlediği TBMM'ye ilişkin kapsamlı hükümler ihtiva etmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın 75. maddesine göre TBMM, genel oyla seçilen altı yüz milletvekilinden oluşan bir organdır ve 76. madde uyarınca -seçilme engeli bulunmaması koşuluyla- on sekiz yaşını dolduran her Türk, milletvekili seçilebilir. Anayasa koyucu, seçilen vekillerin milleti temsili bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. Anayasa'nın 80. maddesine göre "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.*"

TBMM'nin "*görev ve yetkileri*" genel olarak Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlemiştir. Bu kapsamda Meclise verilen ilk görev ve yetki; kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmaktır. Maddede ayrıca "bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek", "para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek", "milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak", "genel ve özel af ilânına karar vermek" de TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Ancak TBMM'nin görev ve yetkileri bunlarla sınırlı değildir. Zira Anayasa'nın başka birçok hükmünde TBMM tarafından kullanılması gereken yetki ve görevlere yer verilmiştir. Nitekim 87. maddenin sonunda bu hususa değinilmiştir.

TBMM, Anayasa ile kendisine verilen görevleri yasama işlemleri aracılığıyla yerine getirmektedir. Yasama işlemleri en genel anlamıyla TBMM'nin yasama görev ve yetkileriyle ilgili olarak belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları şeklinde tanımlanabilir. Bu irade açıklamaları, kullanılan yetki ve görevin niteliğine göre *kanun* ya da *parlamento kararı* şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan 12/9/2010 tarihinde yapılan halk oylaması ile Anayasa'da yapılan değişiklik sonucunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma imkânı getirilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklik ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevi verilmiştir. Maddeye eklenen üçüncü fıkra uyarınca "*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.*"

Bireysel başvuru olarak ifade edilen bu hak arama yolu Türk hukuk tarihinde yapılan en önemli reformlardan biridir. Bu sayede temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından ulusal ölçekteki en etkili hak arama yolu hayata geçirilmiştir. İdari ve yargısal tüm başvuru yollarını tüketmelerine rağmen haklarına erişemediği inancında olan kişilere temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma imkânının tanınması, bir yönden bu tür şikâyetlerin başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) olmak üzere uluslararası yargı mercilerinin önüne taşınmasına önemli ölçüde engel olmuş, diğer taraftan ise başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm yargı organlarının temel hak ve özgürlükleri koruma ve geliştirme fonksiyonunu geliştirmiş ve güçlendirmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında da ifade edildiği üzere bireysel başvurunun konusu esas itibarıyla kamu gücü işlem, eylem ve ihmalleridir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruda, *kamu gücü* olarak kullanılan bir yetkinin, bir başka anlatımla devlet yetkisinin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal edip etmediğini inceleyecektir. Bu bağlamda -yukarıda değinildiği üzere- yasama fonksiyonunun da bir devlet yetkisi kullanımı olması karşısında, bu fonksiyonun yerine getiriliş biçimi olan kanun ve parlamento kararlarının birer kamu gücü işlemi olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda bir an için yasama işlemlerinin de bireysel başvurunun kapsamında olduğu akla gelebilir.

Ancak Anayasa koyucu, yasama tasarrufları olan kanunların ve bazı parlamento kararlarının anayasallık denetiminin bireysel başvuru yoluyla değil, başka birtakım mekanizmalar aracılığıyla yapılmasını öngörmüştür. Bu kapsamda Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine verilen ilk görev; kanunların ve yine TBMM İçtüzüğü'nün şekil ve esas bakımından

Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 85. maddesi uyarınca TBMM Genel Kurulu tarafından bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine dair verilen kararlara karşı Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulması mümkündür. Anayasa, bunların dışında bir parlamento kararının Anayasa Mahkemesi veya bir başka organ tarafından hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasına izin vermemektedir.

Dahası 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (6216 sayılı Kanun) 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası, bireysel başvuruya konu olamayacak işlemleri açıkça düzenlemiştir. Buna göre "*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*"

Anılan kanun hükmü, iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Dava dilekçesinde; Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvuru konusu olamayacağının belirtildiği ancak Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında kamu gücü kullanılan işlemler açısından herhangi bir ayrımın yapılmadığı, kanun koyucunun Anayasa'da öngörülmeyen bir sınırlamayı, kendi takdiri ile belirlemek suretiyle bazı sınırlamalar getirdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2, 36 ve 148. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ilk olarak yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamamasının tamamen bireysel başvuru hakkının niteliğiyle ilgili olduğu tespitinde bulunmuştur. Mahkemeye göre bu işlemler uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmamaktadır. Yasama işlemleri soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğu gibi uygulanmaları bir hak ihlaline yol açmış ise bu işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi Anayasa Mahkemesine başvuru imkânına sahiptir. Diğer bir ifadeyle başvurucuya somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun veya düzenleyici idari işlemin sadece hukuk düzeninde var olmasının -kural olarak- bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır[2].

2 AYM, E.2011/59, K.2012/34, 1/3/2012.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi önüne getirilen bazı bireysel başvurularda kimi yasama işlemlerinin ihlal iddialarının dayanağı olarak ileri sürüldüğü ve Mahkemenin bunlarla ilgili değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi önüne taşınan bu iddiaların bir kısmı süreç içinde AİHM'e yapılan bireysel başvurularda da inceleme konusu yapılmış, AİHM birtakım yasama işlemleriyle ilgili ihlal iddialarını esas bakımından incelemiş ve bazılarında ihlal sonucuna ulaşmıştır. Eldeki bu çalışmada genel olarak konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları incelenecek, yeri geldikçe ilgili AİHM kararlarına da değinilecektir.

I. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Anayasa'nın 11. maddesi, Anayasa hükümlerini "yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları" olarak tanımlamıştır. Anayasa, hukuk dünyasındaki en üst norm niteliğindedir. Anayasa'nın üstünlüğü olarak ifade dilebilecek bu durum sebebiyle Anayasa koyucu, Anayasa hükümlerinin değiştirilmesini ve yargısal denetimini kanunlardan ayrı bir usule bağlamıştır[3]. Ancak bu durum, Anayasa değişikliklerinin de kanunla yapıldığı gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri sayılırken "*Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunar*." ifadesine yer verilerek Anayasa değişikliklerinin de birer kanun olduğu ifade edilmiştir.

Esasen bir yasama tasarrufu olan Anayasa değişikliğinin soyut bir işlem olarak bireysel başvuruya konu edilmesi yukarıda da ifade edildiği üzere mümkün değildir. Ancak Anayasa'nın geçici 20. maddesi ve bu maddenin uygulanış şekli Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvurulara konu edilmiştir.

Anılan başvurular temelde yasama dokunulmazlığına ilişkindir. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin Meclisin kararı olmadıkça tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddeyle bu maddenin TBMM'ce kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, TBMM Baş-

3 Konuya ilişkin Anayasa'nın 175. maddesinde Anayasa değişikliğinin teklif yeter sayısı, teklifin görüşülme ve oylama yöntemi ve karar yeter sayısı gibi konularda kanunlara göre farklılık içeren düzenlemeler bulunmaktadır. Yine Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Bu denetim teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.

kanlığına 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.

Bunun üzerine yetmiş milletvekili tarafından söz konusu Anayasa hükmünün *"dokunulmazlıkların kaldırılmasına dair TBMM kararı niteliğinde olduğu"* ileri sürülerek anılan düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'nın 85. maddesi kapsamında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin bir karar olmadığı, Anayasa değişikliği niteliğinde bulunduğu sonucuna ulaşmış; Anayasa değişikliklerinin iptali istemine dair usule uyulmadığından talebin reddine karar vermiştir[4].

Öte yandan bu düzenleme ile yasama dokunulmazlığına getirilen istisna sonrasında çok sayıda milletvekili hakkında yakalama, gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulanmıştır. Bu tedbirler sebebiyle temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri süren milletvekili başvurucular, yasama dokunulmazlığından yararlanmalarına rağmen tutuklandıklarını ileri sürmüştür. Bu bağlamda şikâyetlerin incelendiği ilk başvuruda Anayasa Mahkemesi, yapılan Anayasa değişikliği ile belirli aşamalardaki dosyalarla ilgili olarak yasama dokunulmazlığı yönünden bir istisna getirildiğini, başvurucu hakkındaki tutuklama kararına konu suçların bu istisna kapsamında olduğunu belirterek tutuklamanın önünde bu bakımdan anayasal bir engel olmadığı sonucuna ulaşmıştır[5].

Bu başvurulardan birinde ise başvurucu milletvekili yasama dokunulmazlığına istisna getiren Anayasa hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra yapılan genel seçimlerde yeniden milletvekili seçilmiştir. Tutukluyken yeniden milletvekili seçilen başvurucu, bu nedenle yasama dokunulmazlığından yararlanması gerektiği iddiasıyla tahliyesini talep etmiş, isteminin kabul edilmemesi üzerine de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın geçici 20. maddesiyle getirilen istisna hükmünün yeniden milletvekili seçilen başvurucu hakkında uygulanmasının mümkün olmadığını, aksi yöndeki kabulün Anayasa'nın sözüyle çeliştiğini belirterek başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[6].

Anayasa'nın geçici 20. maddesiyle yapılan düzenleme AİHM'e yapılan bi-

4 AYM, E.2016/54, K.2016/117, 3/6/2016, §§ 4-15.

5 *Gülser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 130-132; aynı yöndeki diğer bazı kararlar için bkz. *Selahattin Demirtaş* [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017; *Ayhan Bilgen* [GK], B. No: 2017/5974, 21/12/2017; *Burcu Özkan* [GK], B. No: 2017/28895, 25/10/2018.

6 *Kadri Enis Berberoğlu (2)* [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

reysel başvurularda da incelemeye konu olmuştur. Bu başvuruların birinde milletvekili olan başvurucu, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasının siyasi görüşlerine dayandırıldığını belirterek ifade özgürlüğü ve toplantı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM, Anayasa'nın geçici 20. maddesinde yer alan düzenleme sebebiyle yasama dokunulmazlığından yararlanamayan başvurucunun -hakkındaki ceza davası derdest olsa da- *mağdur* statüsünün bulunduğunu kabul etmiştir. AİHM ayrıca Anayasa Mahkemesinin yasama işlemlerine karşı yapılan bireysel başvuruları inceleyemediğini belirterek başvurucunun Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmamasının somut olay bağlamında önemli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. AİHM esas bakımından yaptığı incelemede ise -daha önce verdiği bir başka kararda yaptığı değerlendirmelere atıfla- yasama dokunulmazlığına belirtilen şekilde Anayasa hükmü ile istisna tanınmasının öngörülebilirlik şartını sağlamadığını ifade ederek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir[7].

AİHM'in anılan kararında yer alan değerlendirmelere katılmak mümkün değildir. İlk olarak milletvekillerinin yasama dokunulmazlığından yararlanmaları Anayasa koyucunun takdiriyle benimsenmiş bir durumdur. Türkiye veya Avrupa Konseyine üye devletler, parlamenterleri için imtiyazlı bir dokunulmazlık düzenlemesi yapma hususunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile yükümlü kılınmış değildir. Daha da önemlisi Avrupa Konseyine üye devletlerin tümü parlamenterlerine dokunulmazlık tanıyan düzenlemeler getirmemiştir. Türkiye Cumhuriyeti devleti de Anayasa'nın 83. maddesiyle getirmiş olduğu yasama dokunulmazlığını yapılacak bir anayasa değişikliğiyle tümüyle kaldırma, değiştirme veya yeni istisnai hükümler belirleme bakımından uluslararası hukuktan kaynaklanan bir sınırlamaya tabi değildir.

AİHM tarafından, Anayasa'nın bir hükmüyle milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığı güvencesine yine Anayasa'nın bir başka hükmüyle getirilen istisnanın öngörülemez olduğunun kabul edilmesi, dahası böyle bir düzenlemenin -yasama dokunulmazlığının TBMM kararı ile kaldırılması şeklindeki- önceki uygulamalara göre farklılık içerdiğinden bahisle AİHS'in ihlal edildiği sonucuna ulaşılması; bu sözleşmeye uygunluk yönünden yapılan bir denetimden ziyade Türk Anayasa koyucunun iradesinin yerinde olup olmadığının irdelenmesi anlamına gelmektedir. Sonuç olarak AİHM'in anılan karardaki yaklaşımının AİHS ile kendisine verilen denetim yetki ve görev alanının dışına taşan bir niteliği haiz olduğu söylenebilir.

Son olarak Anayasa Mahkemesi yasama dokunulmazlığı bağlamında yapılan bazı bireysel başvurularda yasama dokunulmazlığının istisnalarından biri olarak Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesinde-*

7 *Kerestecioğlu Demir/Türkiye*, B. No: 68136/16, 4/5/2021.

ki durumlar" hâli bakımından da değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme çoğunluğu bu çerçevede, anılan hükümde yer alan "*durumlar*" ibaresinin kapsamına hangi suçların girdiği konusunda kanun koyucunun düzenlemesi dışında yargı organlarınca yapılan yorumlarla belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır[8]. Kişisel olarak bu görüşe katılmamız mümkün bulunmadığından söz konusu kararlarda, tarafımızca farklı gerekçe veya karşıoy yazıları kaleme alınmıştır[9].

II. KANUN HÜKÜMLERİ

Yasama fonksiyonunun temel görümü olarak kanunlar ön plana çıkmaktadır. Kanunlar toplumsal hayatı düzenleyen en önemli hukuk metinleridir. Anayasa da TBMM'nin görev ve yetkilerini sayarken ilk olarak kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisini zikretmiştir. Anayasa Mahkemesine göre bir yasama işlemi olarak kanun, TBMM'nin iradesinin ürünüdür. Kanun, parlamento kararı dışında kalan ve Anayasa'nın yetki verdiği TBMM tarafından, Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*" kuralı, bir ayrım yapmadan kanunun maddi ve şeklî anlamlarını kapsamaktadır[10].

8 *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.

9 *Leyla Güven* kararında yer alan karşıoy yazımızda da ifade edildiği üzere "*Anayasanın 14 ncü maddesindeki durumlar*" ibaresi değerlendirilirken bu düzenlemenin mahiyeti dikkate alınmalıdır. Düzenleme, milletvekili dokunulmazlığının etkisiz kılınması, bir başka ifadeyle dokunulmazlığın istisna alanının belirlenmesi bağlamında bir değerlendirme ihtiva ettiğinden "*durumlar*" tabirinin bu bağlamda suçlara tekabül ettiğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Madde muhtevası da birtakım suçları önceleyen bilgiler ihtiva etmektedir. Bu suçların "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozan ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler*" vasfında olduğu aşikârdır. Buna göre Anayasa'nın 14. maddesinin uygulanması açısından yasamanın konuya müdahil olmasının mutlak bir gereklilik olmadığı, konunun yargı kararlarıyla da belirginleştirmeye müsait olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Çoğunluğun kabul ettiği aksi yöndeki yaklaşım Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların ne olduğunu öngören bir kanun hükmü yürürlükte olmadığı sürece, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanabilmesini hiçbir şekilde mümkün kılmamaktadır. Başka bir ifade ile yasama organı herhangi bir sebeple bu yönde bir kanun çıkarmazsa, söz konusu Anayasa hükmü fiilen yürürlükten kaldırılmış olacaktır. Oysa Anayasa Mahkemesinin varlık sebebi Anayasa maddesinin bir kısmını uygulanamaz kılmak değil bilakis Anayasa'nın bütün hükümlerini uygulanabilir kılmaktır. Anayasa'nın somut uyuşmazlıklarda uygulanabilir nitelikte kurallar içeren maddelerinin uygulanabilmesini kanun koyucunun Anayasa'dan daha alt düzeyde bir kural işlem (Kanun) ihdas etmesi koşuluna bağlamak Anayasa'nın üstünlüğü ve normlar hiyerarşisi prensibi ile bağdaşmamaktadır.

10 *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 85; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019, § 36.

Anayasa'nın 150. maddesi uyarınca; kanunların veya bir kanunun belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilme hakkı; Cumhurbaşkanı'na, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. Bu dava açma hakkı Anayasa'nın 151. maddesi gereğince kanunun Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşmektedir. Anayasa'nın 152. maddesinde ise bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla Anayasa, kanunların, Anayasa'ya uygunluk denetimini özel olarak düzenleme altına almış ve bu denetimin bireysel başvurular yoluyla değil iptal veya itiraz davaları yoluyla yapılmasını öngörmüştür.

Anayasa Mahkemesi de kanun hükümlerinin iptali istemiyle yapılan bireysel başvuruları 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, yasama işlemlerine karşı soyut olarak başvuru yapılamayacağı gerekçesiyle *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır[11]. Mahkemeye göre bir yasama işleminin (veya düzenleyici işlemin), temel hak ve özgürlüğünün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan o işleme karşı değil ancak o işlemin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir[12].

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin devlet yardımından yararlanmaları için milletvekili genel seçimlerinde %3 oranında oy alma şartının aranması bağlamında yapılan bir başvuruyu esas bakımından incelemiştir. Başvuruya konu olayda başvurucu siyasi partiler, 2011 Milletvekili Genel Seçimi sonuçlarına bakarak 2015 Milletvekili Genel Seçimnde %3'lük devlet yardımı için gerekli oy oranına ulaşamama ihtimali üzerine bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu kapsamda başvurucular kendilerine uygulanması muhtemel bir yasama işleminin hak ihlaline yol açacağını ileri sürmüştür. Mahkeme bu olgudan hareketle başvurucuların -başvuru tarihi iti-

11 *Gökhan Ünal*, B. No: 2012/30, 5/3/2013; *Büyük Birlik Partisi ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/8842, 6/1/2015.

Büyük Birlik Partisi ve diğerleri kararında karşıoy kullanan üyeler söz konusu dönemde uygulanan %10'luk seçim barajına ilişkin kanun hükmünün iptali isteminin konu bakımından yetki kapsamında olduğunu ileri sürmüşlerdir. Söz konusu kanun hükmü ile getirilen seçim barajı AİHM önündeki bir bireysel başvuruda da inceleme konusu olmuştur. AİHM Büyük Dairesi, *Yumak ve Sadak/Türkiye* (B. No: 10226/03, 8/7/2008) kararında; esas bakımından yaptığı kapsamlı bir inceleme sonucunda -bu oranı yüksek bulmakla birlikte- söz konusu barajın milletvekili adayı olan fakat üyesi oldukları partileri seçim barajına ulaşan oy alamadığı için seçilemeyen başvurucuların seçilme haklarının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

12 *Süleyman Erte*, B. No. 2013/469, 16/4/2013, § 17; aynı yönde değerlendirmeler içeren bir başka karar için bkz. *Serkan Acar*, B. No.: 2013/1613, 2/10/2013, § 37.

barıyla- *mağdur* statülerinin bulunmadığını kabul etmiştir. Ancak Mahkeme başvuru incelenirken 2015 yılında yapılan iki ayrı milletvekili genel seçiminde başvurucu siyasi partilerin %3 oy oranına ulaşamadığını belirterek, sözü edilen kanun hükmünün başvurucular aleyhine sonuç doğurduğunu ve bu nedenle başvurucu siyasi partilerin devlet yardımından yararlanamayacaklarını vurgulamış; bu nedenle -başvurunun incelendiği tarih itibarıyla- başvurucu partilerin *mağdur* statüsüne sahip olduklarını kabul etmiştir. Öte yandan -doğrudan soyut bir yasama işlemi bireysel başvuruda hak ihlali iddiasına konu edildiği halde- Mahkemece *konu bakımından yetkiye* ilişkin bir inceleme yapılmamış ve başvuru kabul edilebilir bulunmuştur. Mahkeme esas bakımından yaptığı incelemede ise bu düzenlemenin seçilme hakkının etkinliğini kaybetmesine neden olacak şekilde bir sınırlama içermediği ve devlet yardımına ilişkin uygulanan yöntemlerin ölçülü olduğu sonucuna ulaşmış; seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir[13].

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde bazı kararlarda ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı yönünde tespitlerde bulunmuştur. Bu bağlamda verdiği bir kararda Anayasa Mahkemesi, evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine[14] rağmen bu kanun hükmü dolayısıyla başvurucu kadının manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[15]. Mahkeme, derece mahkemelerinin AİHS ile çatışan bu kanun hükmünü değil başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiğini belirterek ihlalin giderimi için yeniden yargılama yapılmasına hükmetmiştir[16].

Mahkeme ihlalin kanundan kaynakladığını tespit ettiği bazı kararlarda ise kararı yasama organına göndermiş, bir anlamda kanuni bir düzenleme yapılması için çağrıda bulunmuştur. Mahkemenin ihlalin giderilmesi için kararın TBMM'ye gönderilmesine karar verdiği ilk karar, sınır dışı etme işlemlerine ilişkin bir başvuru hakkındadır. Anayasa Mahkemesi, sınır dışı edilmesine karar verilen bir kişinin buna karşı açtığı dava görülürken kararın uygulanma (ve kişinin sınır dışı edilme) ihtimalinin söz konusu olduğuna dikkat çekmiş

13 *Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi* [GK], B. No: 2014/8843, 10/12/2015; AİHM de devlet yardımından yararlanma için oy barajının %7 olarak uygulandığı dönemde yapılan bir başvuruda, konuya ilişkin aynı yönde değerlendirmeler yaparak seçilme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (bkz. *Özgürlük ve Dayanışma Partisi/Türkiye*, B. No: 7819/03, 10/5/2012).

14 Karar tarihinde yürürlükte bulunan kanun metninde "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*" hükmü yer almaktadır.

15 *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

16 *Sevim Akat Eşki*, §§ 40-47.

ve bu durumun 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'ndaki (6458 sayılı Kanun) bir hükümden kaynaklandığını belirleyerek kararı TBMM'ye göndermiştir[17]. Anayasa Mahkemesinin bu bildirimi sonrasında TBMM tarafından ihlal kararında işaret edilen şekilde yasal bir düzenleme yapılmıştır[18].

Daha sonra verilen bir kararda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (5237 sayılı Kanun) 220. maddesinin (6) numaralı fıkrasında düzenlenen *terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme* suçuna ilişkin düzenlemenin[19] toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale bakımından *kanunilik* koşulunu sağlamadığı tespit edilmiş ve karar TBMM'ye gönderilmiştir[20]. Pilot karar yönteminin tercih edildiği bu kararda, mevcut diğer başvuruların incelenmesi -konunun yasal düzenlemeyle çözüme kavuşturulması amacıyla- bir süreliğine geri bırakılmış; ancak bu bildirim sonrasında TBMM tarafından yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun üzerine Mahkemece incelenen bir başka başvuruda; bu durumun Anayasa Mahkemesinin pilot kararının gereklerinin yerine getirilmemesine yol açtığı belirtilerek; incelenmesi ertelenen başvurularda başvurucuların ifade özgürlükleri ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarına yönelik kanuni olmayan müdahalelere devam edildiği ifade edilmiştir[21] .

Mahkeme bir başka kararında ise ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı bağlamında yapılan bir başvuruda hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumunu incelemiştir. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (5271 sayılı Kanun) 231. maddesinde düzenlenen bu müesseseyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesince *"…HAGB kurumunu oluşturan mevzuatın başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel*

17 *Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019; Kararda "*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*." ifadelerine yer verilmiştir (*Y.T.*, § 76).

18 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesi şöyledir:

"6458 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının 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."

19 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

"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."

20 *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021; AİHM'in aynı yönde tespit ve değerlendirmeler içeren kararı için bkz. *Işıkırık/Türkiye* (B. No: 41226/09, 14/11/2017.

21 *Deniz Yavuncu ve diğerleri* [GK], B. NO: 2018/5126, 23/2/2023.

hak ve özgürlüklerin sürekli ihlallerine yol açan yapısal sorunlar ihtiva ettiği ve söz konusu sorunları kanun koyucunun düzenlemesi dışında bir yolla söz gelimi yargı organlarınca yapılan yorumlarla ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır." Mahkeme bu nedenle ihlalin kanundan kaynaklandığını belirterek yeni bir düzenleme yapılması için kararı yasama organına göndermiştir[22]. Kararda ayrıca TBMM tarafından yapılacak yasal düzenlemeyle ilgili bir dizi öneri de dile getirilmiştir[23]. Ancak Mahkeme, bu karardan kısa bir süre sonra, önüne gelen bir itiraz davasında HAGB kurumunu düzenleyen 5271 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin iptaline karar vermiştir[24].

Bu çerçevede dikkat çeken başvurulardan biri de Basın İlan Kurumu (BİK) tarafından verilen resmî ilan ve reklamların kesilmesi kararlarına ilişkindir. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, BİK tarafından uygulanan bu yaptırımla ilgili uygulamada yaşanan sorunlara dikkat çekmiş ve sonuç olarak *kanunilik* yönünden ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir[25]. Anılan kararda ulaşılan ihlal sonucunun kanundan değil kanun hükümlerinin uygulanmasından kaynaklandığı görüşünde olduğumuzdan karara katılmamız mümkün değildir. Bu husus tarafımızca karşıoy yazısında da etraflıca ortaya konulmuştur[26].

Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin kanundan kaynaklandığının tespit edilmesi ve kararın TBMM'ye gönderilmesi üzerine yasama organın tutumunda farklılıklar olduğu gözlemlenmektedir. TBMM, Anayasa Mahkemesince yapılan bu bildirimlerden birinde kısa süre içinde ihlal kararında işaret edilen hususta yasal bir düzenleme yapmayı tercih etmiş; diğerlerinde ise he-

22 *Atilla Yazar ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022; ihlalin kanundan kaynaklanması nedeniyle TBMM'ye bildirimde bulunulan diğer bazı kararlar için bkz. *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021; *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

23 Öneriler için bkz. *Atilla Yazar ve diğerleri*, § 177.

24 AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023.

25 *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022.

26 Karardaki karşıoy yazımızın "*Sonuç*" kısmımda "*… somut olaylarda resmî ilan ve reklam kesme yaptırımı şeklindeki müdahalelere dayanak teşkil eden 195 sayılı Kanun'un 49. maddesinin ilgili bölümü öngörülemez ve belirsiz değildir. Resmî ilan ve reklam kesme yaptırımına karşı öngörülen itiraz yolu ise uyuşmazlığın esasını incelemeyi ve çelişmeli yargılama ilkesinin güvencelerini sağlamayı dışlamamaktadır. Dolayısıyla her iki yönden -Mahkememiz içtihatları ile uyumlu olmayan bir yaklaşımla ve yetersiz hukuki ve maddi olgusal temellerden hareketle- kanundan kaynaklanan bir yapısal sorun tespitiyle dosyalardaki olayların esasına girilmeden -kategorik olarak- BİK resmî ilan ve reklam kesme kararlarının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği sonucuna varan çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir. Başvuru konusu somut olaylarda BİK ve hâkimlikler Mahkememizin geliştirdiği ilkelere uygun olarak ifade ve basın özgürlüklerine müdahaleyi demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük yönünden haklı kılacak ilgili ve yeterli gerekçe göstermemiş olabilirler. Ancak bu durumun -Mahkememizin yerleşik uygulamasına uygun olarak- her bir başvuru yönünden ayrı inceleme yapılarak değerlendirilmesi gerekirdi. Bu usulle başvuruya konu bazı BİK kararları yönünden ihlal sonucuna varılması da mümkün olabilirdi. Çoğunluk bu usulü benimseyip somut başvurulara konu BİK kararlarını kendi koşulları içinde değerlendirmek yerine kategorik bir yaklaşımla ihlal sonucuna varmıştır*." açıklamalarına yer verilmiştir.

nüz bu yönde bir eğilim göstermemiştir. Anayasa Mahkemesinin kanundan kaynaklandığını değerlendirdiği bazı ihlal kararlarını yasama organının bilgisine sunmasının kamuoyunda bazı tartışmalara sebebiyet verdiği bilinmektedir. Bu bağlamda parlamentoların, halkın temsilcilerinden oluşan yasama organları olduğu hatırda tutulmalıdır. Ülkedeki her bir ferdin talep ve isteklerini kendisi adına kural koymaya muktedir olan yasama organına iletmesi ve kendisini temsilen orada bulunan vekilleriyle düşünce ve kanaatlerini paylaşması katılımcı demokrasinin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere yargı organlarının uygulamada karşılaştıkları ve kanunlardan kaynaklandığını değerlendirdikleri sorunları yasama organının dikkatine sunmaları da demokrasinin ve hukukun gelişimi bakımından işlevsel bir tutumdur. Esasen kanunların nihai amacı toplumsal adaleti sağlamaktır. Bu çerçevede adaletin tecellisinde görev alan mahkemelerin adil olmayan sonuçlar doğurduğunu belirledikleri kanun hükümlerinin varlığını bu kanunları kaldırma veya değiştirme konusunda yegâne muktedir organ olan TBMM'nin bilgisine sunmaları görevlerinin bir parçası olarak da yorumlanabilir.

III. PARLAMENTO KARARLARI

Parlamento kararları TBMM'nin kanun dışındaki diğer yasama işlemleri olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda parlamento kararlarının yasama organı olan TBMM Genel Kurulu tarafından oylama sonucunda alınan ve hukuki sonuç doğurma kabiliyetini haiz irade açıklamaları olduğunu ifade etmek gerekir. Parlamento kararları, hukuki sonuç doğurma bakımından başka bir mercinin onayına sunulmazlar. Ayrıca bu kararlar genellikle yasama organının iç işleyişine yönelik olmakla birlikte Anayasa veya kanunlarda belirli işlemlerin parlamento kararıyla tesis edilmesi de öngörülmüş olabilir.

Anayasa koyucu, parlamento kararlarının hangilerinin yargı denetimine tabi olduğunu ve bu denetimi yapacak olan yargı merciini bizzat belirme yoluna gitmiştir. Buna göre TBMM İçtüzüğü değişikliğine ilişkin kararlar, milletvekilliğinin düşmesine ilişkin kararlar ve yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararlar Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Bunu dışındaki parlamento kararları yönünden ise bireysel başvuru da dâhil olmak üzere yargısal bir denetim söz konusu değildir. Burada, anılan parlamento kararlarıyla ilgili Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ve diğer parlamento kararları ve işlemleriyle ilgili hukuksal durumun ayrı başlıklar altında incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

A. TBMM İÇTÜZÜĞÜ

Anayasa'nın 95. maddesinin birinci fıkrasında "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütür.*" hükmüne yer

verilmiştir. Yine Anayasa'nın 88. maddesinin ikinci fıkrasında, kanun tekliflerinin TBMM'de görüşülme usul ve esaslarının İçtüzükle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

TBMM İçtüzüğü 5/3/1973 tarihinde kabul edilmiş ve 13/4/1973 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 7/11/1982 tarihinde halk oylaması sonucu kabul edilmiştir. Anayasa'nın geçici 6. maddesinde "*Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplantı ve çalışmaları için kendi içtüzükleri yapılıncaya kadar, Millet Meclisinin 12 Eylül 1980 tarihinden önce yürürlükte olan İçtüzüğünün, Anayasaya aykırı olmayan hükümleri uygulanır.*" denilmiştir. Ancak Anayasa'nın kabulünden sonra yeni bir İçtüzük yapılmadığından halen 5/3/1973 tarihinde kabul edilmiş TBMM İçtüzüğü hukuki varlığını sürdürmektedir.

TBMM İçtüzüğü diğer parlamento kararlarının aksine birel işlem değil kural işlem niteliğine haizdir. İçtüzük, parlamentonun çalışma usulünü düzenleyen hukuk kurallarıdır. Anayasa koyucu bu nedenle TBMM İçtüzüğü'nde yapılacak değişiklikleri Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine tabi kılmıştır. Anayasa'nın 148. maddesi, Anayasa Mahkemesine TBMM İçtüzüğü'nde yapılacak değişiklilerin hem şekil hem de esas bakımından Anayasa'ya uygunluğu konusunda denetim yetkisi vermiştir. Anayasa'nın 150. maddesine göre de TBMM İçtüzüğü'nde yapılacak bir değişikliğin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanı'na, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.

Anayasa Mahkemesi TBMM İçtüzüğü'nde yapılan değişikliklerle ilgili iptal davalarını incelediği birçok karar vermiştir[27]. Mahkeme ayrıca bazı TBMM kararlarının şekli olarak İçtüzük değişikliği niteliğinde olmasa da eylemli olarak İçtüzük'te değişiklik yapıldığı yönündeki değerlendirmeyle bu kararların da Anayasa'ya uygunluğu yönünden denetim yapma yetkisinde olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre bir yasama metnine verilen ad, o metnin anayasal yargı denetimine tabi olup olamayacağı konusunda tek ve yeterli ölçüt değildir. Yasama metninin içeriğinin ve özünün de göz önünde bulundurulması zorunludur. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında benimsendiği gibi, Yasama Meclisince Anayasa'da öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı olup olmadığı saptanırken, uygulanan yöntem kadar o metin veya belgenin içeriğinin niteliği üzerinde de durulup değer ve etkisinin belirlenmesi gerekir. Bu açıdan yapılan değerlendirme, söz konusu metin veya belgenin, Anayasa tarafından denetime bağlı tutulan işlemlerle

27 Bu kararlardan biri için bkz. AYM, E.2005/74, K.2005/73, 26/10/2005; yakın dönemde verilen bir başka karar için bkz. AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018.

eş değerde ve etkinlikte olduğunu ortaya koyuyorsa, onun da denetime bağlı tutulması gerekir[28].

Bu bağlamda Mahkemenin değerlendirmesine göre İçtüzük'te yer alan bir kuralın uygulanması yeni bir İçtüzük düzenlemesi ya da değişikliği niteliğinde değildir. İçtüzük'ün bir kuralının değiştirilmesi ya da İçtüzük'e yeni bir kural konulması niteliğinde olan TBMM Genel Kurulu kararları ise yeni bir İçtüzük kuralı sayılır. Bu tür kararların belirli bir olaya ilişkin olarak alındığı, süreklilik kazanan bir İçtüzük kuralı olmadığı, bu nedenle İçtüzük düzenlemesi niteliğinde görülemeyeceği ileri sürülemez[29]. Mahkeme bu bağlamdaki bir kararında, seçimlerin yenilenmesine ilişkin önergenin Anayasa Komisyonunda görüşülmeden gündeme alınmasına ilişkin Genel Kurul kararının yeni İçtüzük kuralı niteliğinde olduğunu kabul ederek söz konusu kararın iptaline hükmetmiştir[30].

Anayasa Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararda, TBMM Başkanlık Divanının kuruluşuna ve üyelerinin görev yerlerinin dağılımının belirlenmesine dair bir Genel Kurul kararının iptali istemini incelemiştir. Mahkeme ilk olarak söz konusu kararı denetim yetki ve görevinin olup olmadığını değerlendirme konusu yapmıştır. Bu bağlamda anılan TBMM kararının Başkanlık Divanındaki görev yeri sayısına Meclis Başkanı'nın dâhil edilmemesini düzenlediğine ve böylece görev yerlerinin siyasi parti gruplarına dağıtılmasındaki oransal hesaplamaya etki etmekte olduğuna vurgu yapmış; Başkanlık Divanının oluşumunun bir İçtüzük konusu olduğu dikkate alındığında kararın İçtüzük niteliğinde bir düzenleme olduğu sonucuna varmış ve iptal istemi esas bakımından incelemiştir[31].

Mahkemenin bu yaklaşımına katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Anılan kararda yer alan karşıoy yazımızda da ifade edildiği üzere; Anayasa Mahkemesi ancak kendisine verilen yetki dâhilinde Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmakla görevli ve yetkili bir yargı organıdır. Kuşkusuz bir hukuk devletinde bir Meclis kararının Anayasa'ya aykırı olması durumunda Anayasa Mahkemesince denetlenmesi ve bu aykırılığın giderilmesi Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığının kaçınılmaz bir gereği olarak görülmelidir. Bununla birlikte bu biçimdeki denetimin, denetim yetkisini Anayasa'dan alan Anayasa Mahkemesi gibi bir yargı organı tarafından gerçekleştirilmesi ise ancak açık bir pozitif hukuk kuralı ile yetkilendirildiğinde mümkün hâle gelebilir. Anayasa Mahkemesi denetim yetkisi ve kapsamını Anayasa kurallarından alan ve anayasal hükümler çerçevesinde denetim yapan ve bu çerçeve dâhilinde aynı

28 AYM, E.2001/424, K.2021/354, 22/11/2001.
29 AYM, E.1999/37, K.1999/49, 28/12/1999.
30 AYM, E.1999/14, K.1999/6, 26/3/1999.
31 AYM, E.2023/113, K.2023/127, 26/7/2023, §§ 1-22.

zamanda TBMM kararlarını denetleyebilen bir yargı organıdır. Bu nedenledir ki Anayasa Mahkemesinin, yüzlerce TBMM kararı içerisinden adı TBMM İçtüzüğü olmamakla birlikte TBMM'nin işleyişi ve çalışma düzeni ile ilgili olan Meclis kararlarını da İçtüzük niteliğinde bir düzenleme veya eylemli İçtüzük değişikliği niteliğinde görüp inceleme yetkisi ile hareket etmesi, anayasal hükümlere bakıldığında mümkün gözükmemektedir[32].

B. YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ KALDIRILMASI

Demokratik temsil değerlerinin hayata geçirilebilmesi bakımından oldukça önemli güvenceler olan yasama bağışıklıkları yüzyıllar süren anayasal mücadeleler sonucunda elde edilmiş anayasal kazanımlardır[33]. Anayasa'nın 83. maddesinde hükme bağlanmış olan yasama dokunulmazlığı, parlamento üyelerinin zamansız ceza kovuşturmaları ile yasama çalışmalarından alıkonulabilmesinin önüne geçmeyi amaçlayan ve milletvekilliğinin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden yitirilen geçici bir güvence olarak kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre yasama dokunulmazlığı ile ilgili kuralların varlığı her şeyden önce temsilî demokrasi ilkesini koruma ihtiyacına dayanmaktadır. Bu türden bir dokunulmazlık, özellikle Mecliste azınlıkta kalan ve muhalif milletvekillerinin halkın seçilmiş temsilcileri olarak gereksiz müdahale kaygısı taşımaksızın demokratik işlevlerini fiilen yerine getirebilmelerini sağlar[34].

Buna karşılık Anayasa'da yasama dokunulmazlığı mutlak olarak düzenlenmemiş, Anayasa'nın 83. maddesinde yasama dokunulmazlığına bazı istisna ve sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre dokunulmazlık kural olarak milletvekilliği süresiyle sınırlıdır. Yine bu süre içinde seçimden önce veya sonra herhangi bir suç işlediği iddiasıyla bir milletvekilinin dokunulmazlığının Meclis kararıyla kaldırılabilmesi mümkündür. Öte yandan ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinin bulunması durumu yasama dokunulmazlığının istisnalarından bir başkasıdır. Son olarak Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında "*seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" da dokunulmazlık kapsamı dışında tutulmuştur[35].

---

32 Karşıoy yazısında ayrıca *"Bu durumda önemli bir sakınca olarak akla adı İçtüzük kuralı olarak zikredilmemekle birlikte Anayasa'ya aykırı biçimde tesis edilen Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü hükümlerinin aşılması gibi bir sakınca gelebilir. Bu sakınca tabii ki bir hukuk devletinde fevkalade önemlidir. Ancak bu konuda Anayasa Mahkemesinin yetkisinin ancak "verilmiş bir yetki" olduğunu, bu yetkinin yorum yolu ile elde edilemeyeceğini ve yine yorum yolu ile genişletilemeyeceğini ifade etmek gerekir./ Dolayısıyla böyle bir durumda Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılamayacağı birçok Türkiye Büyük Millet Meclisi kararının ortaya çıkması her ne kadar Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile ilgili ciddi bir sorun teşkil etse de bu kapsamdaki bir sorunun Anayasa Mahkemesinden değil Anayasa koyucunun iradesinden kaynaklanmakta olduğu aşikardır."* değerlendirmelerine yer verilmiştir.

33 AYM, E.2017/124, K.2018/9, 14/2/2018.

34 *Kadri Enis Berberoğlu*, § 74.

35 *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 81.

Yasama dokunulmazlığının kaldırılması usulü Anayasa'da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TBMM İçtüzüğü'nde konuya ilişkin etraflı hükümler mevcuttur[36]. Buna göre özetle dokunulmazlığın kaldırılması istemleri Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyona havale edilmektedir. Dokunulmazlığın kaldırılması yönündeki nihai karar ise TBMM Genel Kurulu tarafından verilmektedir. Anayasa'nın 85. maddesi uyarınca; yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilmiş olması halinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasa'ya, kanuna veya İçtüzük'e aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini on beş gün içerisinde kesin karara bağlar.

Anılan hükümde belirtilen şekilde yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilen çok sayıda milletvekiliyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesine Anayasa'nın 85. maddesine göre kararın iptali istemiyle başvuruda bulunulmuştur. Mahkeme bu başvurularda kararın Anayasa, kanun ve TBMM İçtüzüğü'ne şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemektedir.

Bu kapsamda yakın tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi, bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına dair TBMM Kararına ilişkin olarak *şekil bakımından* yaptığı incelemede; Hazırlık Komisyonunun kuruluşu ve faaliyetleri, Karma Komisyonun kuruluşu ve faaliyetleri, Karma Komisyonun ve Genel Kurulun konuyu öncelikle ele alması ve toplantı ve karar yetersayısı yönünden ayrı ayrı inceleme yapmıştır. *Esas bakımından* ise ilk olarak yasama sorumsuzluğu kapsamında bir durum olmadığı belirlenmiş, devamında da isnadın ciddi olduğu tespitinde bulunmuştur. Son olarak yasama dokunulmazlığı kaldırılırken salt siyasi saiklerle hareket edilip edilmediği yönünden de bir inceleme yapılmış; nihayetinde "*yasama dokunulmazlığının kaldırılması talebinden dava konusu kararların kabulüne kadar gerçekleştirilen davranışlar, dokunulmazlığın kaldırılmasına karar veren çoğunluğun tutumu, komisyonlar ve Genel Kuruldaki görüşmeler, dokunulmazlığın kaldırılmasına yol açan isnadın ağırlığı ve ciddiliği yönünden ileri sürülen gerekçeler ve ortaya konulan deliller ile kararların alınmasındaki usul ve süreç incelendiğinde dokunulmazlığın kaldırılmasının Anayasa'ya, kanuna ve TBMM İçtüzüğüne aykırı olmadığı*" kanaatine ulaşılmıştır[37].

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararları incelendiğinde, başvuruların çoğunda iptal istemlerinin reddine karar verildiği görülmektedir. Bu kapsamda bir milletvekili yönünden yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptaline karar verilen bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, ilgili mil-

36 TBMM İçtüzüğü 131-134 maddeleri.
37 AYM, E.2022/27, K.2022/23, 22/3/2022.

letvekiline yöneltilen suçlamanın yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını gerektirecek ölçüde ciddi olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kararda suçlamanın yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını gerektirecek ciddilikte olup olmadığı konusunda bir sonuca varmak için suçlamanın dayanaklarına inilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiş; bu konuda yapılacak incelemenin ise delillerin takdiri niteliğinde olmadığı vurgulanmıştır. Kararın, suçlamanın ciddiyetinin neye göre test edildiğini ortaya koyma bakımından yeterli bir gerekçe içerdiğini söylemek zordur. Kararda yalnızca fezlekedeki suçlamanın özeti yapılmış, sonra da bu suçlamaların yeterli ciddiyette olmadığı soyut bir şekilde belirtilmekle yetinilmiştir[38].

Diğer yandan yasama dokunulmazlığının kaldırılması üzerine doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvuru bulunmamaktadır. Esasen Anayasa koyucu, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararlarının Anayasa'ya uygunluğunun bireysel başvuru yoluyla değil Anayasa'nın 85. maddesinde öngörülen iptal başvurusu yoluyla denetlenmesini öngörmüştür.

Ancak yasama dokunulmazlığından yararlanmak istemeyen ve dokunulmazlığının kaldırılması isteminde bulunan bir milletvekilinin bu konudaki talebinin TBMM tarafından kabul görmemesi üzerine AİHM'e yaptığı bir bireysel başvuru bulunmaktadır. AİHM İkinci Dairesi; konuya ilişkin kararında ilk olarak AİHS'e taraf olan devletlerin tamamı değilse de çoğunun, yasama organları üyelerine, yöntemleri bir ülkeden diğerine değişiklik gösteren bir çeşit dokunulmazlık sunduğunu ifade etmiştir. Kararda ayrıca Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi üyelerine ve Avrupa Parlamentosu üyelerine de ayrıcalık ve dokunulmazlıklar tanındığı vurgulanmıştır. Ancak AİHM'in tespitine göre Türk parlamenterlere tanınan dokunulmazlık, birçok açıdan, diğer sözleşmeci ülkelerinin parlamento üyelerine, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi üyelerine ve Avrupa Parlamentosu üyelerine tanınan dokunulmazlıklara göre daha geniştir. Daire, başvurucu milletvekili bakımından yaptığı değerlendirmede ise başvuranın mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğuna karar vermiştir[39].

Anılan Daire kararına Türkiye tarafından itiraz edilmesi üzerine AİHM Büyük Dairesi ülkemizde uygulanan yasama dokunulmazlığına dair kapsamlı bir incelemede bulunmuştur. Büyük Daire kararında dokunulmazlığın kaldırılması prosedürünün AİHS'te güvence altına alınan haklarla uyuşup uyuşmadığının AİHM tarafından denetlemesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Büyük Daire, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasıyla ilgili kararların doğası gereği hukuki kararlar değil politik kararlar olduğunu; gerekçelendirme

38 AYM, E.1994/18, K.1994/37, 21/3/1994.
39 *Kart/Türkiye*, B. No: 8917/05, 8/7/2008.

konusunda onlardan hukuki kararlara uygulanan şartları yerine getirmelerinin beklenemeyeceğini de belirtmiştir. Somut olay bağlamında ise başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılması isteminin kabul görmemesi sonucunda adaletin isleyişinin sadece ertelendiğini ancak yargılamaya müdahil olunmasının veya yargılamanın sonucu üzerinde bir etkide bulunulmasının söz konusu olmadığnıı ifade etmiştir. Büyük Daire, dokunulmazlığın kaldırılması prosedürünün başvurucunun davasının bir mahkeme tarafından görülmesi hakkı üzerinde -hakkın kullanılmasını ertelemek suretiyle- bir etkide bulunduğu, buna mukabil somut olayda bu prosedürün anılan hakkın özüne halel getirmediği değerlendirmesinde bulunmuştur. Sonuç olarak taraflar aleyhine telafisi olanaksız temel bir sonuç ortaya çıkmadığı durumda, cezai alanda yöneltilen suçlamalar konusunda bir karar verilmesi hakkının kesin bir hak olmadığına dikkat çekerek; başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılmamasının mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahale olmadığını belirtmiş ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir[40].

C. MİLLETVEKİLLİĞİNİN DÜŞMESİ

Anayasa'nın 84. maddesinde milletvekilliğinin düşmesi için birden fazla nedene yer verilmiştir. Buna göre ilk olarak istifa eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi, istifanın geçerli olduğunun TBMM Başkanlık Divanınca tespit edilmesinden sonra TBMM Genel Kurulunca kararlaştırılır. İkincisi ise millet vekillinin kesin hüküm giymesi veya kısıtlanması hâlinde söz konusudur ve bu durumlarda TBMM Genel Kurulu bir karar almamaktadır. Mahkûmiyete veya kısıtlamaya dair kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle milletvekilliği düşmektedir.

Milletvekilliğinin düştüğü üçüncü hâl Anayasa'nın 82. maddesine göre milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar edilmesidir. Bu durumda da milletvekilliğinin düşmesine, yetkili komisyonun durumu tespit eden raporu üzerine Genel Kurul tarafından gizli oyla karar verilmektedir. Son olarak devamsızlık nedeniyle milletvekilliğinin düşmesi mümkündür. Buna göre Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, durumun Meclis Başkanlık Divanınca tespit edilmesi üzerine, Genel Kurulca üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyuyla karar verilebilir.

Dolayısıyla istifa, milletvekilliğiyle bağdaşmayan görev veya hizmette ısrar veya devamsızlık hâllerinde milletvekilliğinin düşmesi bir parlamento kararıyla vuku bulmaktadır. Anılan hâllerde TBMM Genel Kurulu oylama

40 *Kart/Türkiye* [BD], B. No: 8917/05, 3/12/2009.

suretiyle hukuki sonuç doğuran (milletvekilliğini düşüren) bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Bu nedenle Anayasa koyucu 85. maddede, anılan hâllerde milletvekilliğinin düşmesine dair kararların şekil ve esas bakımından Anayasa, kanun ve TBMM İçtüzüğü'ne uygunluğunun denetlenmesine imkân tanımaktadır.

TBMM Genel Kurulu tarafından verilen milletvekilliğinin düşmesi kararlarına ilişkin Anayasa'nın 85. maddesine göre Anayasa Mahkemesine yapılan iptal başvuruları olmuştur. Mahkemenin bu konudaki kararları incelendiğinde şekil ve esas bakımından kapsamlı bir denetim yapıldığı görülmektedir[41].

Diğer taraftan milletvekilliğinin düşmesinin kesin hüküm veya kısıtlanma nedeniyle gerçekleştiği durumlarda TBMM Genel Kurulunun bu konuda bir karar vermesi söz konusu değildir. Bu duruma ilişkin kesinleşmiş mahkeme hükmünün Genel Kurulun bilgisine sunulması milletvekilliğinin düşmesi için yeterlidir. Milletvekilliğinin bu şekilde düştüğü durumlarda ortada TBMM'nin bir irade beyanı (parlamento kararı) bulunmadığından bu tür düşme işlemleri Anayasa'nın 85. maddesi kapsamında iptal başvurusuna konu edilememektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında "*…istifa, milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar etme ve devamsızlık hâllerinden biri sebebiyle milletvekilliğinin düşmesi için Meclis Genel Kurulu tarafından bu hususta bir karar alınması gerekmekte iken kesin hüküm giyme veya kısıtlanma hâli söz konusu olduğunda milletvekilliğinin düşmesi için Genel Kurul tarafından karar alınması koşulu aranmamakta, sadece ilgili milletvekili hakkındaki kesin hükmün Genel Kurula bildirilmesi biçimindeki usulün yerine getirilmesi yeterli olmaktadır*." tespitinde bulunmuştur[42].

Mahkeme kesin hüküm nedeniyle milletvekilliği düşen bir milletvekiline ilişkin başvuruda, Anayasa'nın 84. maddesinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma sebebiyle milletvekilliğinin düşmesini düzenleyen ikinci fıkrası yönünden Anayasa'nın 85. maddesi kapsamında Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı tanınmadığını belirlemiş; bu itibarla iptal talebi, Anayasa Mahkemesinin inceleme yetkisinin bulunmadığı bir düşme sebebine ilişkin olduğundan talebin *yetkisizlik* nedeniyle reddine karar vermiştir[43].

Bununla birlikte milletvekilliğinin düşmesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesine yapılmış bireysel başvuru olmamıştır. Milletvekilliğinin düşmesiyle ilgili TBMM kararlarının hukukilik denetimi -tıpkı yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına dair kararlarda olduğu gibi- Anayasa'nın 85. maddesine göre yapılan iptal başvurusuyla mümkündür. Buna karşılık milletvekilliği

41 Bu kapsamda yakın tarihte verilen bir karar için bkz. AYM, E.2022/160, K.2023/5, 10/1/2023.
42 AYM, E.2020/49, K.2020/36, 25/6/2020, § 5.
43 AYM, E.2020/50, K.2020/37, 25/6/2020; aynı yöndeki bir başka karar için bkz. AYM, E.2020/49, K.2020/36, 25/6/2020.

kesin hüküm nedeniyle düşen iki milletvekili tarafından yapılan bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi, milletvekilliğinin düşmesine neden olan mahkûmiyet kararlarıyla ilgili olarak -başvurucu milletvekillerinin yasama dokunulmazlığından yararlanmaları gerektiği gerekçesiyle- hak ihlaline hükmetmiş; giderim olarak da yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir[44]. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları üzerine ilk derece mahkemelerince yeniden yargılama yapılması üzerine, bu durum ve söz konusu kararlar TBMM Başkanlığınca Genel Kurulun bilgisine sunulmuş ve bu kişiler yeniden milletvekili statüsü kazanmışlardır.

D. GENEL KURUL DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

TBMM İçtüzüğü'nde yapılan bir değişikliğin yargısal denetimi yukarıda da ifade edildiği üzere ancak iptal davası yoluyla mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda TBMM İçtüzüğü değişikliğinin bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün olmamakla birlikte İçtüzük'ün uygulanması suretiyle tesis edilen bazı işlemler Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda hak ihlali iddialarının dayanağını oluşturmuştur.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu önüne gelen bir bireysel başvuru, milletvekili olan başvurucunun yasama faaliyeti esnasındaki sözleri nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Başvuruya konu olayda başvurucu milletvekilinin, TBMM Genel Kurulunda yaptığı bir konuşmada kullandığı kimi ifadeler nedeniyle TBMM İçtüzüğü'nün -olay tarihinde yürürlükte bulunan- 161. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde yer alan "*...Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasında Anayasada düzenlenen idari yapısına aykırı tanımlamalar yapmak...*" hükmü uyarınca TBMM Başkanvekili, başvurucu hakkında Meclisten geçici çıkarma cezası verilmesini teklif etmiştir. Başvurucu hakkında teklif edilen disiplin cezası TBMM Genel Kurulunca kabul edilmiş; başvurucunun Meclisten iki birleşim geçici çıkarılmasına ve bunun sonucu olarak da TBMM İçtüzüğü'nün 163. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte ikisinin kesilmesine karar verilmiştir. Başvurucu, teklifin karar altına alınmasının ardından Genel Kurul salonunu terk etmiş; maaş kesintisine ilişkin ceza da bilahare sonraki maaşlarına yansıtılmıştır[45].

Anayasa Mahkemesi söz konusu disiplin cezasının oturum başkanının teklifi üzerine Genel Kurul tarafından oylama sonucunda verilmesine dikkat çekerek bunun bir *parlamento kararı* olduğu tespitinde bulunmuştur. Mahkeme başvuru konusu disiplin cezasının Anayasa'nın yargısal denetimini müm-

44 *Kadri Enis Berberoğlu,* §§ 132-140; *Ömer Faruk Gergerlioğlu,* §§ 190-196.
45 *Osman Baydemir (2)* [GK], B. No: 2018/1878, 27/10/2022, §§ 7-10.

kün kıldığı parlamento kararlarından olmadığını, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu yapılamayacağını belirterek başvurunun *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir[46].

Başvurucu aynı iddiayla AİHM'e de bireysel başvuruda bulunmuştur. AİHM bakımından yasama işlemlerine yönelik başvurular için konu yönünden bir sınırlama söz konusu olmadığından başvurunun kabul edilebilir olduğu sonucuna ulaşılmıştır. AİHM esas bakımından yaptığı incelemede ise Anayasa Mahkemesinin -olay tarihinden sonra- söz konusu İçtüzük hükmünün iptaline ilişkin verdiği karara[47] atıf yapmıştır. AİHM bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararında yaptığı değerlendirmeleri aynen kabul ederek İçtüzük'ün söz konusu hükmünün başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin *kanunilik* koşulunu sağlamadığına karar vermiştir[48].

Anayasa Mahkemesinin söz konusu disiplin cezasıyla ilgili yapılan bireysel başvuruyu esas bakımından incelememesi, Anayasa koyucunun bu tür parlamento kararlarının iç hukukta denetiminin yapılmasına izin vermemesinden kaynaklanmaktadır. Daha da önemlisi kanun koyucu bu tür kararların bireysel başvuru yoluyla denetlenebileceği yönünde bir tartışmanın yapılmasını istememiş ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla yasama işlemlerinin bireysel başvuruya konu edilemeyeceğini açıkça hüküm altına almıştır. Bu şekilde yasama organının iç işleyişine dair karar veya uygulamaların Anayasa Mahkemesi önünde uyuşmazlık konusu yapılması önlenmek istenmiş; siyasal takdir alanlarının iç hukukun yargısal değerlendirmelerine tabi tutulmasına izin verilmemiştir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi kararında yer alan karşıoy yazılarında ifade edilen *bireysel sonuç doğuran yasama işlemlerinin bireysel başvuru yoluyla inceleme konusu yapabileceği* yönündeki görüşlerin; Anayasa Mahkemesinin kendisine Anayasa veya ka-

46 *Osman Baydemir (2)*, §§ 24-27.

47 AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018. Anayasa Mahkemesi anılan kararda -başvurucuya verilen disiplin cezasının dayanağını teşkil eden-milletvekilinin bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte ikisinin kesilmesini Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasında Anayasada düzenlenen idari yapısına aykırı tanımlamalar yapmak biçimindeki eyleme bağlayan İçtüzük hükmünün Meclis çalışmalarının belirli bir düzen içinde yapılmasının sağlanmasıyla ilgisi olmadığını, yaptırımı belirsiz, soyut ve öngörülemez nitelikteki bir nedene dayandırdığını ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu kuralla milletvekilinin ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bir içeriğe sahip olması aranmaksızın, belirsiz ve öngörülemez bir tanımlamada bulunmaktan ibaret eyleminin, ödenek ve yolluğundan kesinti yapılma sebebi olarak öngörüldüğü değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkemeye göre kural bu yönüyle düşünce açıklaması niteliğindeki beyanları nedeniyle milletvekillerinin her an cezalandırılma tehdidi altında kalmalarına neden olmaktadır.

48 *Baydemir/Türkiye*, B. No: 23445/18, 13/6/2023.

nunlar tarafından verilmemiş olan bir yetkiyi yorum yoluyla kullanması anlamına geleceğini ve bu durumun Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*." hükmüyle bağdaşmayacağını vurgulamak gerekir.

Öte yandan TBMM Genel Kurulunda yaptığı bir konuşma nedeniyle disiplin yaptırımına tabi tutulan ve sözlerinin tutanaklardan çıkarılmasına karar verilen bir başka milletvekili, ilk olarak bu kararın Anayasa'nın 85. maddesi uyarınca iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme; Anayasa'nın 85. maddesi uyarınca inceleme yapılabilmesi için iptali talep edilen parlamento kararının yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine ilişkin olması gerektiğini, iptali talep edilen parlamento kararının ise bir milletvekili hakkında *disiplin cezası verilmesine* ve cezaya konu *sözlerinin tutanaktan çıkarılmasına* ilişkin olduğunu tespit ederek başvuru konusu TBMM kararının, Anayasa'nın 85. maddesi çerçevesinde denetlenebilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmış ve talebinin reddine karar vermiştir[49].

Aynı milletvekili daha sonra bu disiplin yaptırımının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme bu başvuru bağlamında yaptığı değerlendirmede ise yasama organı tarafından verilen disiplin yaptırımlarına ilişkin Anayasa'nın 85. maddesi uyarınca iptal davası açmanın etkili bir başvuru yolu olmadığını ifade ederek, başvurucunun disiplin yaptırımını öğrendiği tarihten itibaren süresinde bireysel başvuru yapmadığı sonucuna ulaşmış ve bu nedenle kabul edilemezlik kararı vermiştir[50].

E. DİĞER KARAR VE İŞLEMLER

Yukarıda da değinildiği üzere 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca yasama işlemleri, bireysel başvurunun konusu kapsamında değildir. Yasama organının görev ve yetkisi kapsamında olup da hukuki sonuç doğuran irade açıklaması niteliğindeki birçok karar Anayasa koyucu tarafından hukuki bir denetime tabi tutulmamış; ayrıca yasama işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunulmasının mümkün olmadığı kanun koyucu tarafından açık bir hükümle ifade edilmiştir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesine açılan bir iptal davasında TBMM Danışma Kurulunun toplantıya çağırılması ve bu çağırıya ilişkin Genel Kurul gündeminin belirlenmesi hakkındaki Başkanlık işlemleri ile genel görüşme ön görüşmeleri yapılmadan bir parti grubu önerisinin Genel Kurulda oylanması, Genel Kurulun bu birleşiminin uzatılması ve yasama faaliyetlerinin sürdürül-

49 AYM, E.2017/13, K.2017/21, 9/2/2017.
50 *Garo Paylan*, B. No: 2017/19699, 13/10/2020.

mesi konularındaki Meclis kararlarının, bir İçtüzük değişikliği ya da yeni bir İçtüzük kuralı niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme ilk olarak dava dilekçesinde, yüz on altı milletvekilinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan başvurusu üzerine TBMM Başkanı'nın Genel Kurulu olağanüstü toplantıya çağırması ve bu toplantıdan önce Danışma Kurulunu toplaması işlemlerinin, İçtüzük kuralı ihdası veya değişikliği niteliğindeki TBMM kararlarından olmadığını belirterek Başkanlık işlemlerine ilişkin iptal isteminin *görevsizlik* nedeniyle reddine karar vermiştir. Başvuruya konu edilen Genel Kurul karar ve işlemleri ise İçtüzük ihdası veya değişikliği niteliğinde görülmediğinden bunların iptal istemi de *görevsizlik* nedeniyle reddedilmiştir[51].

Anayasa Mahkemesi, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına ilişkin Hükûmete izin verilmesine dair TBMM kararlarının iptal başvurusuna konu edildiği bir diğer kararında; Anayasa'nın 85. maddesindeki yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düşmesine ilişkin ayrık kural dışında, Anayasa'da, TBMM'nin *karar* niteliğindeki işlemlerini anayasal yargı denetimine tabi tutan, dolayısıyla Anayasa Mahkemesine bu alanda da görev veren açık bir düzenleme olmadığına dikkat çekmiş ve anılan kararların iptal istemini reddetmiştir[52].

Diğer yandan Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvuruda milletvekili olan başvurucu; yasama Meclisindeki çalışma saatlerinin uzunluğu nedeniyle zorla çalıştırma yasağının, yasama çalışmalarında maruz kalınan şiddet hareketleri ve sözlü saldırılar nedeniyle de işkence yasağı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme başvurucunun, TBMM çalışmaları bağlamında çalışma saatlerinin uzunluğu nedeniyle yaşlı ve hasta milletvekillerinin işkence ve kötü muameleye maruz kaldığını ileri sürdüğünü, ancak kendisinin hasta ya da yaşlı olduğuna dair bir iddiasının bulunmadığını, bu nedenle başvurucunun ihlale neden olduğunu ileri sürdüğü kamusal işlem veya eylemden kişisel olarak etkilenmediği belirterek bu iddia bakımından *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Başvurucunun dile getirdiği zorla çalıştırma yasağı yönünden ise başvurucunun milletvekilliği görevini yapmasının iradesi dışında, bir tehdit veya baskı sonucu gerçekleştiğine dair bir iddiası bulunmadığına vurgu yapmış ve bu konudaki şikâyeti *açıkça dayanaktan yoksunluk* sebebiyle kabul edilemez bulmuştur[53].

Son olarak Anayasa Mahkemesi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeliği seçiminde alınan parlamento kararının eylemli İçtüzük niteliğinde olduğu id-

51 AYM, E.1999/12, K.1999/5, 25/3/1999.

52 AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/9/1990; aynı yöndeki bir başka karar için bkz. AYM, E.2001/424, K.2001/354, 22/11/2001.

53 *Hasip Kaplan (3)*, B. No: 2015/4085, 29/11/2018.

diasıyla yapılan iptal başvurusunda, dava konusu kararın İçtüzük değişikliği niteliğinde olmadığı, mevcut sorunla sınırlı ve bu sorunu çözmeye yönelik münferit bir parlamento kararı olduğu değerlendirmesinde bulunarak görevsizlik nedeniyle iptal talebinin reddine karar vermiştir[54].

SONUÇ

Anayasalar toplum iradesinin ortak tezahürü olarak ortaya çıkan ve devlet aygıtının temel esaslarını belirleyen hukuk metinleridir. Bu bağlamda devlet yetkisi kullanan tüm organların bağlı oldukları ve kullandıkları kamusal gücün hukuki meşruiyetini dayandırdıkları anayasalar, aynı zamanda kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin güvencesi olma özelliğine de sahiptirler.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6. maddesinde de her türlü devlet yetkisinin dayanağının ve kaynağının Anayasa olduğu kesin bir dille ifade edilmiştir. Anayasa'nın öngördüğü siyasal sistem temelde millî irade ve hukukun üstünlüğü esaslarına dayanmaktadır. Bu nedenledir ki Anayasa, halk adına kural ihdas etme (yasama) yetki ve görevini milletin temsilcilerinden oluşan TBMM'ye vermiştir. Anayasa'mız aynı zamanda kamu gücü kullanımının hukuka uygun olması için yasama ve yürütme işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleme hususunda yargı makamlarına geniş yetkiler tanımış; bu denetimin etkili olabilmesi bakımından da yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayan önemli güvenceler benimsemiştir.

Anayasa'da çoğu yasama işleminin hukuka uygunluğunu denetleme bakımından Anayasa Mahkemesine çeşitli başvuru mekanizmaları öngörülmüştür. Bu bağlamda Anayasa değişiklilerinin şekil yönünden, kanunların ve TBMM İçtüzüğü'nün ise şekil ve esas yönünden Anayasa'ya uygunluğunu denetlenmesi bakımından Cumhurbaşkanı'na ve belirli sayıdaki milletvekiline veya önde gelen siyasi parti gruplarına iptal davası açma imkânı getirilmiştir. Bunun yanı sıra mahkemelere de önlerindeki davada uygulama konusu olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasını itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşıma yetkisi verilmiştir. Ayrıca yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesi yönündeki TBMM kararlarının Anayasa'ya, kanuna ve TBMM İçtüzüğü'ne uygun olup olmadığının incelenmesi bakımından Anayasa Mahkemesine başvuruyla ilgili özel bir usul belirlenmiştir.

Bununla birlikte Anayasa koyucu, burada sayılanların dışındaki yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğu konusunda bir denetim yapılmasını öngörmemiştir. Anayasa Mahkemesi de denetim yetkisi kapsamından olma-

54 AYM, E. 2015/71, K. 2015/79, 3/9/2015.

yan parlamento kararlarının iptali istemiyle yapılan başvurularda -başvuru TBMM İçtüzüğü'nde yeni bir kural ihdas eden veya mevcut kuralı değiştiren bir yasama işlemi niteliğinde değilse- görevsizlik nedeniyle ret kararları vermektedir.

Diğer taraftan 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesine -diğer görevlerine ilaveten- bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevi verilmiştir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi, sadece belirli yasama işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyen bir yargı mercii olmanın ötesinde kamu gücü işlemleri sebebiyle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini de denetleyen bir anayasal organ niteliğine dönüşmüştür. Bununla birlikte Anayasa ve 6216 sayılı Kanun, yasama işlemlerini bireysel başvurunun konu bakımından denetim alanı içinde kabul etmemiştir. Anayasa Mahkemesi de yasama işlemleriyle ilgili bireysel başvurularda genel olarak *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemezlik kararları vermektedir.

Ancak bazı Anayasa hükümlerinin kişiler hakkındaki yargılama süreçlerinde uygulanması veya bizatihi kanun hükmünün somut bir hak ihlaline neden olması gibi durumlar, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda inceleme konusu yapılmıştır. Mahkeme, başvuruya konu temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleyi öngören ya da düzenleyen bir kanun hükmünün bulunmaması veya ihlalin bizatihi kanunlarda yer alan bir kuraldan kaynaklandığının anlaşılması hâllerinde, ihlalin giderilmesi için kararını yasama organının bilgisine sunmaktadır. Ancak bu bildirimlerin önemli bir kısmının TBMM tarafından karşılık bulduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Parlamento kararlarıyla ilgili olarak yapılan bireysel başvurularda ise Anayasa Mahkemesi, bu kararların -kişisel sonuç doğurma özelliği olsa dahi- konu bakımından yetki kapsamında olmadığını -oyçokluğuyla- kabul etmiştir. Mahkeme böylelikle Anayasa'nın ve 6216 sayılı Kanun'un kendisine vermediği bir yetkiyi kullanma eğiliminde olmadığını ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın öngördüğü siyasal sistem içinde yasama organı tarafından kullanılan devlet yetkisinin hukuka uygunluğunu denetleme bakımından belirli sınırlar içinde yetkilendirilmiş; dahası -diğer görevlerine ilave olarak- bireysel başvuru yoluyla temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin inceleme yapma görevini haiz anayasal bir organdır. Mahkeme, hukuk sistemimiz içindeki bu müstesna konumuna rağmen denetim yetki ve görevini -diğer anayasal organlar gibi- Anayasa'dan ve ilgili kanunlardan almaktadır. Bu anlamla farklı tür ve nitelikteki yasama işlemleri iptal davası, itiraz davası, iptal başvurusu veya bireysel başvuru gibi farklı mekanizmalar yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelebilmekte; Anayasa Mahkemesi de bu istemlerle ilgili yine Anayasa'nın ve kanunların çizdiği sınırlar içinde denetim yaparak kararlar vermektedir.

Ülkemizde on yılı aşkın bir süredir başarıyla uygulanan Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun gün geçtikçe daha fazla bilinen ve müracaat edilen bir hak arama yolu olması, Mahkemeye yapılan başvuru sayısını istikrarlı bir şekilde artırmaktadır. Bu başvurular vesilesiyle yeni hukuki uygulamalar, yorumlar ve uyuşmazlıklar Anayasa Mahkemesi önüne taşınmakta; Mahkemenin içtihadı sürekli olarak gelişmektedir. Bu kapsamda bireysel başvuruya konu edilen yasama işlemleri de söz konusu olabilmektedir. Bu başvurularda Anayasa Mahkemesinin genel tutumu Anayasa ve kanunlarla kendisine verilen görev ve yetki sınırlarının dışına çıkmama ve yasama işlemleriyle ilgili başvuruları konu bakımından yetki alanında görmeme yönündedir. Bu eğilimin sürdürülmesi ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa ve kanunların verdiği yetkiler çerçevesinde denetim yapması; kararlarının hukuki ve demokratik meşruiyetini daha güçlendirecek, aynı zamanda kamu gücü kullanan diğer tüm organların ve daha da önemlisi milletimizin, Mahkemenin kararlarını içtenlikle benimsemesine katkı sağlayacaktır.

Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.1990/31, K.1990/24, 24/9/1990.
AYM, E.1994/18, K.1994/37, 21/3/1994.
AYM, E.1999/12, K.1999/5, 25/3/1999.
AYM, E.1999/14, K.1999/6, 26/3/1999.
AYM, E.1999/37, K.1999/49, 28/12/1999.
AYM, E.2001/424, K.2021/354, 22/11/2001.
AYM, E.2005/74, K.2005/73, 26/10/2005
AYM, E.2011/59, K.2012/34, 1/3/2012.
AYM, E.2015/71, K. 2015/79, 3/9/2015.
AYM, E.2016/54, K.2016/117, 3/6/2016.
AYM, E.2017/13, K.2017/21, 9/2/2017.
AYM, E.2017/124, K.2018/9, 14/2/2018.
AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018.
AYM, E.2020/49, K.2020/36, 25/6/2020.
AYM, E.2020/50, K.2020/37, 25/6/2020
AYM, E.2022/160, K.2023/5, 10/1/2023.
AYM, E.2022/27, K.2022/23, 22/3/2022.
AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023.
AYM, E.2023/113, K.2023/127, 26/7/2023.

Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.
Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017.
Ayhan Bilgen [GK], B. No: 2017/5974, 21/12/2017.
Burcu Özkan [GK], B. No: 2017/28895, 25/10/2018.
Büyük Birlik Partisi ve diğerleri [GK], B. No: 2014/8842, 6/1/2015.
Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi [GK], B. No: 2014/8843, 10/12/2015.
Deniz Yavuncu ve diğerleri [GK], B. NO: 2018/5126, 23/2/2023.
Garo Paylan, B. No: 2017/19699, 13/10/2020.
Gökhan Ünal, B. No: 2012/30, 5/3/2013.

Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017.

Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019.

Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.

Hasip Kaplan (3), B. No: 2015/4085, 29/11/2018.

Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021.

Leyla Güven [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022.

Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

Osman Baydemir (2) [GK], B. No: 2018/1878, 27/10/2022.

Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021.

Selahattin Demirtaş [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017.

Serkan Acar, B. No.: 2013/1613, 2/10/2013.

Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

Süleyman Erte, B. No. 2013/469, 16/4/2013.

Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.

Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Baydemir/Türkiye, B. No: 23445/18, 13/6/2023.

Işıkırık/Türkiye (B. No: 41226/09, 14/11/2017.

Kart/Türkiye, B. No: 8917/05, 8/7/2008.

Kart/Türkiye [BD], B. No: 8917/05, 3/12/2009.

Kerestecioğlu Demir/Türkiye, B. No: 68136/16, 4/5/2021.

Özgürlük ve Dayanışma Partisi/Türkiye, B. No: 7819/03, 10/5/2012.

Yumak ve Sadak/Türkiye, B. No: 10226/03, 8/7/2008.

Selahaddin MENTEŞ
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

Dr. Akif TÖGEL
(Hâkim)

"BİLGİSİZLİK PERDESİ" ANAYASA MAHKEMESİNDE KARŞIOYLARI NASIL ETKİLER? BAŞKAN ZÜHTÜ ARSLAN'IN BAZI KARŞIOYLARI EKSENİNDE BİR DEĞERLENDİRME*

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan günümüze yaklaşık altmış iki yılı geride bırakırken, son on bir yılda bireysel başvuru yoluyla önüne gelen başvuruları da incelemektedir. Özellikle bireysel başvuru yolunun açılması ile adalet arayışı içerisinde olan bireylerin Anayasa Mahkemesinden beklentileri her geçen yıl artmaktadır. Bu çalışmada, oldukça yoğun iş yükü olan Anayasa Mahkemesinin soyut ve somut norm denetimi ile bireysel başvuru kararlarındaki karşıoylar incelenmekte ve Amerikalı filozof-siyaset felsefecisi John Rawls'un bir varsayım olarak ileri sürdüğü bilgisizlik/cehalet perdesinden (*veil of ignorance*) mülhem bir çalışma metodu önerilmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde genel olarak karşıoyların yargısal faaliyet içerisindeki yeri ile bilgisizlik perdesi ilişkisi ele alınmıştır. Bu kapsamda John Rawls'un adalet teorisini oluştururken kullandığı bilgisizlik perdesi varsayımı esas alınarak bu varsayımın mahkemelerdeki karar alma süreçleri ile karşıoylara etkisi değerlendirilmektedir. Yine bu bölümde, heyet hâlinde çalışan mahkemelerin kararlarındaki karşıoyların bilgisizlik perdesi varsayımı kurallarından nasıl etkileneceği incelenmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise Anayasa Mahkemesinde karşıoy eğilimi ve Başkan Zühtü Arslan'ın norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarındaki bazı karşıoylarından örnekler verilerek, bilgisizlik perdesi ilişkisi analiz edilmektedir. Ayrıca bu çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesi için bir çalışma metodu olarak, Mahkemenin karar vereceği başvuru konusunun geneli üzerinde ön bir toplantı yapması önerilmekte, somut olaydan bağımsız hukuki görüşlerin üyelerce tartışılmasının nihai karara ve olası karşıoylara yansıması tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Karşıoy kavramı, Anayasa Mahkemesinde karşıoy eğilimi, bilgisizlik perdesi, bireysel başvuru, norm denetimi.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

HOW DOES THE "VEIL OF IGNORANCE" AFFECT DISSENTING OPINIONS AT THE CONSTITUTIONAL COURT? AN ASSESSMENT BASED ON SOME DISSENTING OPINIONS OF PRESIDENT ZÜHTÜ ARSLAN

ABSTRACT

While the Turkish Constitutional Court has been in existence for sixty-two years, for the past eleven years it has also been examining the applications submitted by individuals. Especially with the beginning of the individual application procedure, the expectations of individuals seeking justice from the Constitutional Court have increased every passing year. This study analyzes the the dissenting opinions in the decisions regarding abstract and concrete review of constitutionality as well as in the individual application decisions, which have been rendered by the Constitutional Court having a heavy workload, and proposes a method of study inspired by the veil of ignorance introduced as an assumption by the American political philosopher John Rawls.

In the first part of this study, the place of dissenting opinions in judicial activity and the relationship to the veil of ignorance are discussed in general. In this context, the assumption of the veil of ignorance used by John Rawls in his theory of justice is taken as a baseline and the effect of this assumption on the decision-making processes in courts and dissenting opinions is evaluated. This part of the study also analyzes how the dissenting opinions in the decisions of the courts convening in committees are affected by the rules of the veil of ignorance assumption. In the second part of the study, the tendency of dissenting opinions in the Constitutional Court and the relationship with the veil of ignorance are analyzed by giving examples of some dissenting opinions submitted by President Zühtü Arslan in decisions in terms of constitutionality review and individual application. In addition, this study suggests a working method for the Constitutional Court to hold a preliminary meeting on the general subject of the application to be decided by the Court, and discusses the reflection of the discussion of legal opinions independently from the concrete case by the members on the final decision and possible dissenting opinions.

Key Words: Concept of Dissenting Opinions, Tendency of Dissenting Opinions in the Constitutional Court, Veil of Ignorance, Individual Application, Constitutionality Review.

GİRİŞ

Bir görüşe ya da tutuma karşı olmak manasına gelen "muhalif" kelimesi, heyet hâlinde çalışan mahkemelerde azınlıktaki üyenin-üyelerin görüşlerini ifade eden karşıoy (muhalif oy) kavramına karşılık gelmektedir. Oybirliği ile alınamayan nihai mahkeme kararı, esasında mahkeme heyetinin çoğunluğunun görüşünü yansıtır. Uyuşmazlığın tarafları ise gerekçeli karar ile çoğunluğun görüşüne vasıl olabilirler. Çoğunluğun görüşüne muhalif, farklı saiklere sahip bir üye ise yine gerekçesini belirtmek suretiyle iradesini karşıoy yazısı ile dış dünyaya yansıtabilir.

Adil yargılanma hakkını anlamlı hâle getiren alt bileşenlerden birinin de gerekçeli karar hakkı olduğu düşünüldüğünde, nihai karar gerekçesi kadar karşıoy gerekçelerinin de inceleme konusu yapılmasının önemi ortaya çıkar. Esasında ulusal literatürümüzde karşıoy (muhalif oy) kavramı bazı çalışmalarda[1] etraflıca ele alınmıştır. Yabancı literatürde de Amerikan Yüksek Mahkemesindeki karşıoyları inceleyen çalışmalar[2], Yüksek Mahkeme Hâkimlerinin şahıs olarak karşıoylarını ya da görüşlerini ele alan incelemeler[3], bazı Avrupa ülkelerinin Anayasa Mahkemelerindeki karşıoyları karşılaştırmalı olarak analiz eden araştırmalar[4] bulunmaktadır. Ancak bu çalışmada, uygulandığında karşıoyları daha anlamlı hâle getirmesi öngörülen bir çalışma metodu etrafında konu ele alınacaktır.

Şüphesiz Anayasa Mahkemesinin ("Mahkeme" ya da "AYM") kuruluş ve işleyişine dair kanun ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Mahkemenin karar alma süreçlerine dair birçok düzenleme içermektedir. Bireysel başvuru dosyaları özelinde, gün geçtikçe iş yükü artan Mahkemenin İçtüzüğünde bazı değişiklikler de gündeme gelebilir. Bu çalışmada ise Mahkemenin çalışma metotlarına resmi olmayan ve tatbik edildikçe geliştirilmeye müsait bir öneri getirilmektedir.

Kuruluşundan günümüze kadar, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında birçok karşıoy gerekçesi yazılmıştır. Bu gerekçelerdeki istikrar, gerekçelerin tasnifi ve Mahkemenin gelişimine etkisi daha kapsamlı bir çalışmayı gerektirmektedir. Ancak biz bu çalışmayı 2012 yılının Nisan ayında Mahkeme üyesi olan ve 2015 yılının Şubat ayından iti-

1 Gönül, M. (1995). "Türk Anayasa Yargısında Karşıoy", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 28., S. 2., s. 11-27; Uran Murphy, P. (2019). "Anayasa Yargısında Karşıoyun Rolü ve Önemi Üzerine Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17., S. 195., s. 1173-1200; Yolcu, S. (2021). *Yargıçların Görüş Ayrılığı Sorunu: Anayasa Hukukunda Karşıoy*, Ankara: Seçkin Yayınları.

2 Kelsh, J. P. (1999). "The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court 1790-1945", *Washington University Law Quarterly*, C. 77., S. 1.

3 Bickel, A. M. (1957). *The Unpublished Opinions of Mr.Justice Brandeis*, Cambridge: Harvard University Press.

4 Kelemen, K. (2018). *Judicial Dissent in European Constitutional Courts: A Comparative and Legal Perspective*, New York: Routledge.

baren Mahkeme başkanlığını yürüten Sayın Zühtü Arslan'a armağan olarak sayın Başkan'ın norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarındaki bazı karşıoylarını da incelemek suretiyle kaleme aldık.

Bu kapsamda bu çalışmanın temel amacı, Başkan Zühtü Arslan'ın bazı karşıoylarına yer vermek suretiyle heyet hâlinde çalışan mahkemelerde kullanılan karşıoyların önemine dikkat çekmek ve bilgisizlik perdesi metaforu dikkate alındığında mahkemelerin objektif karar alma ve karşıoy yazma süreçlerinin nasıl etkileceğine dair değerlendirme yapmaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde; karşıoyların yargı faaliyeti içerisindeki yeri ve bilgisizlik perdesi ile olan ilişkisi ele alınmış, bu kapsamda bilgisizlik perdesi kullanılarak verilen kararların olumlu yanları, olası riskleri, hukuki güvenlik ilkesi ve yargı bağımsızlığına etkileri değerlendirilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise Türk Anayasa Mahkemesindeki karşıoy eğilimi incelenerek Başkan Zühtü Arslan'ın norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarına katılmamak suretiyle karşıoy kullandığı bazı kararlardaki gerekçelerine yer verilmiştir. Özellikle Sayın Arslan'ın karşıoylarının kendi içerisindeki tutarlılığı ile bilgisizlik perdesi metaforundan etkilenip etkilenmediği hususları incelenmiştir.

I KARŞIOYLARIN YARGI FAALİYETİ İÇERİSİNDEKİ YERİ VE BİLGİSİZLİK PERDESİ

A. GENEL OLARAK KARŞIOY KAVRAMI

Üzerinde tartışma bulunan bir hususta karara varmak her zaman kolay olmayabilir. Bireysel karar almanın çeşitli yöntemleri olduğu gibi, birden fazla insanın bulunduğu topluluklarda/heyetlerde karar vermeyi sağlayan yöntemlerden biri de oylamadır. Oylama, tartışma konusuna dair çeşitli seçenekler arasından bir tercihte bulunma veya fikir beyan etme olarak tanımlanabilir. Oylama eylemi neticesinde oybirliği ile karar alınabileceği gibi, oy çokluğu ile de bir sonuca varılabilir. Bu çalışmanın özünde yer alan "karşıoy" kavramı ise genel olarak azınlıkta kalan oyları-görüşleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır[5].

Heyet hâlinde çalışan mahkemelerde karar alma süreçleri, kararın niteliğine göre kolaylık ya da zorluk gösterebilmektedir. Ülkemizde müzakere usulü olarak; idare, asliye ticaret ve ağır ceza mahkemelerinde uyuşmazlık hakkında en kıdemsiz üyeden başlanarak görüşler belirtilmekte ve nihayetinde mahkeme başkanının da görüşü ile birlikte nihai karar alınmaktadır. Somut olaya ve Mahkeme heyetinin görüş dağılımına göre karşıoylar yazıla-

5 Bilimsel eserlerde ve mahkeme kararlarında karşıoy kavramı ile eş değer ve belki de daha isabetli olarak muhalefet oyu terimi de kullanılmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararlarında "karşıoy" ifadesi tercih edildiğinden biz de çalışmamızda bu ifadeyi kullanacağız.

bilmektedir. Benzer şekilde, ilk derece mahkemelerinin kararlarının hukuken denetlendiği İstinaf, Yargıtay ve Danıştayda da müzakereler heyet hâlinde gerçekleşmekte, üyelerin görüşleri doğrultusunda kararlar şekillenmektedir. Norm denetimi yapan ve bireysel başvuruları inceleyen Anayasa Mahkemesinin çalışma ve karar alma süreci de benzer şekildedir.

Mahkemelerde karar alma kültürü açısından karşı (muhalif) oy kullanma, esasında yeni bir kavram değildir. Anayasa yargısı bağlamında bu kültürün yasal dayanağı, ilk defa 1961 Anayasası döneminde cari olan 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da karşımıza çıkar[6]. Kanun'un 39. maddesinin gerekçesi karşıoy kültürünün evveliyatına da atıf yapmaktadır[7].

Heyet hâlinde çalışan mahkemelerde, oybirliği ile alınamayan kararlarda üyeler arasında fikrî bir ayrışmanın-tartışmanın olduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır. O hâlde mahkemelerdeki oylamayı basit bir kabul edenler-etmeyenler eylemine indirgememek gerekir. Hukuk ve ceza davalarında uyuşmazlık konusu mahkeme heyeti için siyah-beyaz ayrımı kadar net olmayabilir. Bu nedenle de üyelerin görüşlerindeki gerekçelendirmeye[8] göre diğer üyelerin de görüşlerinde değişim ortaya çıkabilir. Mahkemenin ulaştığı nihai kararın gerekçesinde çoğunluğun görüşünü okuyanlar, karşıoy gerekçelerinde de azınlığın konu hakkındaki düşüncesini öğrenebilirler. Hatta bazen bu karşıoy gerekçelerinde yer alan hukuki tartışma, çoğunluğun karar gerekçesinden daha uzun olabilir[9].

Öte yandan, karşıoy kavramının adil yargılanma hakkının bütünleyici parçalarından biri olan gerekçeli karar hakkı ve yargı bağımsızlığının kurucu unsurlarından biri olan yargısal ifade özgürlüğü ile doğrudan ilgili olduğunu da belirtmek gerekir. Ancak yargılamaya konu esaslı bir iddianın karşıoy gerekçesinde belirtilmesi, çoğunluk kararının gerekçesinde o iddianın karşılandığı anlamında yorumlanamayacaktır[10]. Bu nedenle karşıoy gerekçesi, çoğunluk kararının gerekçesinin ancak bütünleyici parçası olabilir.

---

6 Gönül, M. (1995). s. 17.

7 "*Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı tabiidir. Ancak, karara muhalif kalanların mucip sebepli muhalefet şerhlerinin kararda belirtilip belirtilmemesinde muhtelif sistemler mevcut bulunmaktadır. Memleketimizde bu konuda bir ittırat* (düzenli sıralanma) *yoktur. Nitekim Yargıtay'da muhalefet şerhini havi kararların taraflara tebliğ edilen nüshalarında muhalefet şerhleri yazılmamakta olmasına mukabil, Danıştay ve ilk derece adalet mahkemelerinde tatbikat tamamen aksinedir*." (a.g.e. s. 18.)

8 Yabancı literatürde "Legal Reasoning" olarak belirtilen, tümdengelime dayalı muhakeme ve olay bazlı akıl yürütme olarak inceleme konusu yapılan gerekçelendirme hususunda bkz: Ellsworth, P. C. (2005). Legal Reasoning, içinde Holyoak, K. J. ve Morrison, R. G. (Eds.), *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, New York: Cambridge University Press.

9 *Naif Şaşma*, B. No: 2015/3782, 9/1/2019.

10 Yıldırım, A. (2022). "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkı", *AÜHFD*, C. 71., S. 4., s. 1713-1714.

Karşıoyları destekleyen teorik argümanlar, çok sayıda görüşe ve makul bir anlaşmazlığa yer veren analitik bir felsefeye dayanabilir. Makul anlaşmazlık, rasyonel, iyi bilgilendirilmiş ve tartışılan değerlerin farkında olan insanların belirli bir konuda hemfikir olmadığı ve bu anlaşmazlığın çok kapsamlı temel tartışmalara dayandığı anlamına gelir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") yargıcı Šimáčková'ya göre; karşıoyların felsefi olarak gerekçelendirilmesi tartışması, bu görüşlerin lehinde ve aleyhinde temel argümanlar içermektedir. Öyle ki karşıoy meselesini eleştirenler, diğer bazı hususların yanı sıra, farklı görüşlerin mahkemenin birliğini tehlikeye atmasından ve otoritesini zayıflatmasından şikâyet etmektedir[11]. Öte yandan, karşıoyun gerekliliği fikrini savunanlar ise karşıoyların yargıyı daha şeffaf hâle getirerek demokratikleştirdiğini, yargının otoritesini ve güvenilirliğini güçlendirdiğini savunmaktadır[12]. Karşıoy savunucularına göre, herhangi bir mahkemenin meşruiyeti, kararlarının oybirliği ile alınmasına bağlı değildir. Esasen karşıoylar, kararların kalitesini artırabilecek potansiyeldedir. Nitekim karşıoy savunucuları da bunların kamusal, akademik ve siyasi tartışmaları zenginleştirdiğini öne sürmektedir. Ayrıca, karşıoylar hukukun gelecekteki gelişiminde önemli bir rol oynayabilir. Çünkü sağlam temelli karşı bir oy, gelecekte bir gün çoğunluk görüşü hâline gelebilir. Öte yandan karşıoy/lar, bir yargıcın ifade özgürlüğünün ve diğer yargıçlardan bağımsızlığının da bir ifadesidir[13].

Karşıoy ya da karşıoylar kamuoyuna açıklandığında, mahkemenin oybirliği ile karara varamadığı da izhar olmaktadır. Bu nedenle karşıoyların yayınlanmasına karşı çıkanlar da bulunabilir. Bu kişilere göre, karşıoyun alenileşmesi, hükmü zayıflatır ve emsal olarak değerini azaltır. Öte yandan karşıoy savunucuları, görüşlerin çoğulluğunun hukukun meşruiyetini desteklediğini ve gelişmesini sağladığını iddia etmektedirler[14]. Onlara göre karşıoylar, gelecek kuşakların hukuk inşa ederken faydalanmaları için günümüzden gönderilen mesajlardır[15].

Karşıoylar yalnızca son çare olarak kullanılırsa ve çoğunluk görüşüne göre hazırlanırsa, bazı risklerden kaçınılabilir. Bu kapsamda karşı bir oy, "reddedilmeye karşı meydan okuyan" bir tepki olmamalıdır. Bu görüşlerin rolleri, belirli alternatif hukuki görüşleri teşvik ederek hukukun gelişimine katkıda

11 Šimáčková, K. (2021). Dissenting Opinions in Constitutional Courts:A Means of Protecting Judicial Independence and Legitimising Decisions, içinde *The Rule of Law in Europe-Vision and Challenges*, Strasbourg, s. 2.
12 a.g.e. s. 3.
13 L'Heureux-Dubé, C. (2000). "The Dissenting Opinion: Voice of the Future?", *Osgoode Hall Law Journal*, C. 38., S. 3., s. 496.
14 a.g.e. s. 497.
15 Yıldırım, A. (2022). s. 1699, dpn. 40.

bulunmak olmalıdır[16]. Karşıoyların savunucuları bile, muhalefetin kendi başına bir değeri olmadığını ve yargıçlar arasındaki meslektaş dayanışmasına ve bir mahkemenin güvenilirliğine zarar verebileceğini kabul etmektedir. Yine de önemli bir anlaşmazlığın olduğu durumlarda, mahkeme üyelerinin bunu dile getirme konusunda sorumluluğu vardır[17].

Öte yandan Venedik Komisyonu, karşı görüşlerle ilgili hazırladığı bir raporda şu temel ilkelere yer vermiştir:[18]

-İlk olarak; muhalif oylara ilişkin yasal düzenleme, karşıoyları yargıçların görevi olarak değil, hakları olarak ele almalıdır[19].

-İkinci olarak karşıoylar, konunun farklı ve belki daha iyi bir şekilde ele alınabileceğini, ancak çoğunluğun seçtiği çözümün kalitesiz olmadığını açıklamaya odaklanmalıdır. Başka bir deyişle, karşıoylar mahkemeye ve onun kurumsal rolüne sadık kalmalıdır.

-Üçüncü ilke, karşıoyun gerçekleşen hukuki tartışmaya nihai bir çözüm olma potansiyeline sahip olmasına ilişkindir. Bu nedenle, hâkimlerin karşıoy yazmayı seçmeden önce aralarında konuyu etraflıca tartışması ve çoğunluğun görüşünü etkilemeye çalışması çok önemlidir.

-Dördüncüsü, çoğunluğun yazılı karşı bir oya tepki-yanıt verebilmesi ve gerekirse çoğunluğun bulgularını veya gerekçesini değiştirebilmesi önemlidir.

-Beşincisi, yargıçların davranış ve etik kuralları, bireysel olarak yargıcın bağımsızlığını engellemeden, farklı görüşler ele alınmalı ve karşıoy metinleri yazılırken hangi çizgilerin aşılmaması gerektiği de teamül olarak belirlenmelidir.

-Altıncı olarak, karşıoylar, kararın bir parçasını oluşturur ve bu nedenle, yalnızca onları formüle eden yargıçların talebi üzerine değil, her kararda çoğunluk görüşüyle birlikte ve re'sen yayınlanmalıdır.

Yargı bağımsızlığını koruması gereken karşıoyların, yargı etiği ilkelerine uymamaları hâlinde aslında yargı bağımsızlığını baltalayabileceği de açıktır. Ne de olsa yargı müzakerelerinin gizliliği, aynı zamanda yargı bağımsızlığını korumanın ve yargı kararlarını meşrulaştırmanın bir yoludur[20].

16 Belleau, M. C. ve Johnson, R. (2017). "Focus Feature: Dissent: Ten theses on dissent", *University of Toronto Law Journal,* C. 67., S. 2., s. 156.

17 a.g.e. s. 157.

18 Report of the Venice Commission on Separate Opinions of Constitutional Courts, CDL-AD (2018) 030, para. 124.

19 Muhalif oy gerekçesi yazma işinin yargıçlar için bir görev olduğunu savunanlar da vardır. Bu görüş taraftarlarına göre, müzakere sırasındaki tartışmaların kamuoyuna aktarılması adına gerekirse bir üyenin çoğunluk görüşüne katılsa dahi, karşıoy yazması gerektiği ileri sürülmektedir. (Bkz. Dipn. 16).

20 Šimáčková, K. (2021). s. 5.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi yargıcı Carter'a göre, muhalif görüşler, bir mahkemenin sağlıklı kalabilmesi için adeta birer reçetedir. Bu nedenle, karşıoy öyle bir haktır ki kullanılması hâlinde yargısal rehavetin önünde etkin bir garanti işlevi görür[21]. Kararı oluşturan çoğunluk görüşü kollektif ve içeriği düzenlenmişken, karşıoy gerekçesini yazan yargıç genellikle tek başınadır ve kendi kişiliğini, felsefesini ve sansürlenmemiş kanaatini yansıtabilir[22]. Karşıoy kullanan hâkimlerin sayısı arttıkça, farklı nüanslarla karşıoy çeşitlenebilir. Heyet hâlinde çoğunluk görüşünün veya muhalif görüşün gündeme geldiği durumlarda ise farklı oylamalarda aynı heyet üyelerinin aynı yönde oy kullanma eğiliminde olabileceği de dikkate alınmalıdır.

Öte yandan, heyet hâlinde çalışan mahkemelerin karar sürecinde yapılan oylamada en kıdemsiz üyeden başlanarak görüşlerin alınması da oldukça önemli bir teamüldür. Bu teamülün uygulanmaması, hem çoğunluk kararını hem de muhalif oyları kritik sonuçları olacak şekilde etkileyebilir[23].

B. BİLGİSİZLİK PERDESİ VE KARŞIOY İLİŞKİSİ

1. Bilgisizlik Perdesi Teorisi

Bilgisizlik perdesi teorisi, Amerikalı filozof John Rawls'un, 1971 yılında siyaset felsefesi alanında yazdığı "*Bir Adalet Teorisi*" isimli kitapta gündeme getirdiği, bireylerin belirli türde özel olguları bilmedikleri bir varsayım hâlidir[24]. Her şeyden önce bu varsayımda, kimse toplumdaki kendi yerini, sınıfsal konumunu ya da sosyal statüsünü bilmemekte; doğal varlıkların ve yeteneklerin dağılımındaki servetini, zekâsını, gücünü ve benzeri özelliklerini de bilmemektedir. Yine, hiç kimse "iyi" kavramının çerçevesini, rasyonel yaşam planının ayrıntılarını ve hatta riskten hoşlanmama, iyimserlik ya da karamsarlığa yatkınlığı gibi psikoloji kaynaklı özellikleri bile bilmemektedir.

Rawsl'a göre; mümkün olduğu ölçüde, bireylerin bildiği yegâne gerçek, toplumların adalet koşullarına tabi olduğudur. Bununla birlikte, bu kişilerin toplum hakkındaki genel gerçekleri bildikleri kabul edilir. Ayrıca bu kişiler, siyasi meseleleri ve ekonomik teorinin ilkelerini anlarlar; toplumsal örgütlenmenin temellerini ve insan psikolojisinin yasalarını bilirler. Teoriye göre

21 Carter, J. W. (1953). "Dissenting Opinions", *Hastings Law Journal*, C. 4., S. 2., s. 118.

22 a.g.e. s. 119.

23 Bir Ağır Ceza Mahkemesi Reisinin karar müzakeresine dair anısını nakleden Erem, müzakere teamülünün sonuçlarından şöyle bahsetmektedir: "..olayda iki sanık vardı. Suçu birbirlerine atıyorlardı. Suç ağırdı, suçlu olan asılacaktı. Deliller pek karışıktı.Kıdemli üye bir sanığın, başkan diğer sanığın suçlu olduğuna inanmıştı. O tarihte kıdemsiz üyeydi. Kimin oyuna katılırsa sanıklardan biri veya diğeri asılacaktı. Bir türlü karar veremiyordu. Şöyle düşündü: Başkan daha tecrübeliydi, daha doğru düşünürdü, Başkana katıldı. Sanığın biri beraat etti, öbürü asıldı." Erem, F. (1996). *Bir Ceza Avukatının Anıları*, Ankara: Çark Kitabevi Yayınları, s. 15.

24 Teori, temel olarak siyasal adalet anlayışına dayalı olarak, Rousseau ve Locke ekolü tarafından savunulan toplumsal sözleşme varsayımını geliştirmeye yönelmiştir.

başlangıç olarak, taraflar arasındaki farklar bilinmediğinden ve herkes eşit derecede rasyonel olduğundan ve benzer şekilde konumlandığından, her biri getirilen önerilere ikna olacaktır. Hiç kimse toplumdaki durumunu veya doğal varlıklarını bilmediğinden, hiç kimse ilkeleri kendi avantajına göre uyarlayacak durumda değildir. Bu varsayımda bilgisizlik perdesi, belirli bir adalet anlayışının oybirliğiyle seçilmesini mümkün kılar[25]. Rawls, bilgisizlik perdesinin var olduğu ve kanaatlere yönelik seçimlerin yapıldığı varsayımsal zaman dilimini "başlangıç durumu" olarak nitelendirir. Teoriye göre, başlangıç durumunda rasyonel düşünen insanlar ne isterlerse istesin makul olanı, yani birincil (görece ilk akla gelen) iyiyi isteyeceklerdir[26].

Rawls'a göre; bu varsayım kullanılarak oluşturulan metin ya da karar, eğer kabul edilirse, başlangıç durumunda bireylerin üzerinde anlaşmaya vardıkları ilkelerle tutarlı bir şekilde işleyen bir mekanizma kurulacaktır. Teoriye göre; "…gerekli kısıtlama ve sağlam muhakeme…" ile kullanıldığında, başlangıç durumunda geliştirilen muhakeme araçları "…adil kurumları korumaya ve güçlendirmeye…" yardımcı olur[27].

Bilgisizlik perdesi teorisi Rawls tarafından ortaya atıldıktan sonra, teorinin bazı kısımlarına ciddi eleştiriler de yöneltilmiştir. Bu kapsamda Nozick 1974 yılında kaleme aldığı, "*Anarşi-Devlet-Ütopya*" adlı eserinde, Rawls'un sosyal adaletin toplumsal işbirliği ile sağlanacağı ve kaynakların dağıtımı, kurumların düzenlenmesi gibi tercihlerin başlangıç durumunda kabul edilen ilkelere göre yapılması tezine karşı çıkmış, bireyler arasında işbirliği olmadığı örneklemlerde adil dağılım sorununu çözmek için Rawls'ın teorisinin yetersiz kalacağına dikkat çekmiştir[28]. Teoriye karşı Habermas'ın eleştirisi ise başlangıç durumuna odaklanmıştır. Habermas'a göre; bilgisizlik perdesi başlangıç durumundaki tarafların öz bilinçleri ve dünya görüşlerindeki farklılıklara rağmen, üzerinde uzlaşabilecekleri ilkeler hakkında tartışmaları, esasında tarafların tüm farklılıklardan soyutlandıklarına dair bir ispat zorluğunu barındırır. Bu varsayım içerisinde, bilgisizlik perdesi bir şekilde aralanmış olur[29]. Rawls, teorisine getirilen eleştirilere 1993 yılında yazdığı "*Siyasal Liberalizm*" isimli eserde bazı cevaplar vermiş, "başlangıç durumu" tasvirinin bir olasılığı canlandırmak üzere analitik bir araç olduğunu ileri sürmüştür[30].

25 Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge: Harvard University Press, s. 119.

26 Wolff, J. (1996). *An Introduction to Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, s. 173.

27 Rawls, J. (1999). s. 120-122.

28 Nozick, R. (2015). *Anarşi Devlet ve Ütopya*, Oktay, A. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 20-24.

29 Habermas, J. (2009). Aklın Kamusal ve Aleni Kullanım Yoluyla Uzlaşma: John Rawls'ın Siyasal Liberalizm Üzerine Düşünceler, içinde Ozbank, M. (Der.), *Rawls-Habermas Tartışması:Neden Demokrasi? Nasıl İstikrar?*, Istanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 42-49.

30 Rawls, J. (2007). *Siyasal Liberalizm*, Bilgin, M. F. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 397.

Bilgisizlik perdesi varsayımı, esasen siyaset felsefesi tartışmalarına yönelik olduğundan kural yapıcıların/kanun koyucuların daha adil kurallar vazedebilmeleri için tasarlanmış görünmektedir. Kural koyma süreci bu varsayımdan etkilenebilirse, kanaatimizce kuralların somut olay adaletine yansıtıldığı mahkeme karar alma süreçlerinde de bu varsayımdan istifade edilebilir. Özellikle heyet hâlinde karar alan mahkemelerde, yargıçların kuralları yorumlarken başvurabileceği dayanak noktalarından biri bilgisizlik perdesi olabilir. Bu dayanak noktası etrafında şekillenecek hukuki yorum da yargıcın heyet içerisinde ulaştığı nihai fikri etkileyerek karşıoy kullanma eğilimini azaltabilir.

Rawls'un teorisi, bir yönüyle siyasi iktidara karşı toplumsal sözleşme olarak halk tarafından kabul edilen anayasanın nihai yorumunu yapan Anayasa Mahkemesi için de önemlidir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin hem norm denetimi yaparken hem de bireysel başvurularda temel hakları yorumlayarak sınırlarını çizerken anayasal adalet dağıttığını söylemek mümkündür. Bu nedenle hem çoğunluk görüşü şekillenirken hem de karşıoylar/görüşler gerekçelendirilirken, Rawls'un bilgisizlik perdesi varsayımı önemli işlevler görebilir. Varsayımsal olsa da bu tasarımdan hareketle karar alma süreçlerinin daha adaletli sonuçlar ortaya çıkarmasına yönelik teorik tartışmalara olan ihtiyaç hâlen canlıdır.

2. Bilgisizlik Perdesinin Mahkemelerdeki Karşıoylara Etkisi

Bilgisizlik perdesi, tek yargıcın görev yaptığı mahkemelerde ve özellikle heyet hâlinde çalışan mahkemelerde önemli işlevler görebilir. Hukuk kuralları yazılırken, çeşitli ekollerden ve bakış açılarından beslenerek kanun koyucu bakış açısını kurallara yansıtır. Ancak hukuk kurallarını uygulayan, uygularken de yorumlayan yargıçların mekanik bir yorumlama yaptığı söylenemez. Mahkeme heyeti içerisinde karşılıklı görüş etkileşimi kaçınılmazdır. Bu nedenle yargıçların somut olaydan bağımsız inşa edeceği "bilgisizlik perdesi" ardındaki tasavvurun hem daha adil hem de daha uzlaşmacı kararları beraberinde getireceği düşünülebilir.

Abramowicz'e göre; yargıçlar, kararlarının istinaf ya da temyiz aşamasında kimler tarafından denetleneceğini bilmezlerse daha isabetli kararlar verebilirler[31]. Benzer şekilde Vermeule'e göre, Amerika Birleşik Devletleri'nde jüri havuzlarındaki çeşitlilik ve üyelerin rastgele seçimi de karar alma mekanizmasındakilerin "perde etkisiyle" daha adil seçimler yapabilmesini sağlamaya yarayabilir[32].

31 Abramowicz, M. (2000). "En Banc Revisited", *Columbia Law Review*, C. 100., S. 6., s. 1600-1603.
32 Vermeule, A. (2001). "Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law", *The Yale Law Journal*, C. 111., S. 2., s. 425.

Bilgisizlik perdesinden istifade etmek için bu çalışma kapsamında önerdiğimiz model, daha çok ikiden fazla üyeye sahip olan ve heyet hâlinde oylama suretiyle karar alan mahkemelere yöneliktir. Uygulanageldiği üzere, mevcut yargı sistemimizde heyetli mahkemelerde dosyaların tevzii mahkeme başkanı tarafından yapılmaktadır. Dosya kendisine tevzi edilen üye, olay ve olguları etraflıca incelemekte, heyet müzakeresinde de dosya sunumu bu üye (Anayasa Mahkemesinde ise dosya raportörü) tarafından yapılmaktadır. Sunum nihayete erdiğinde en kıdemsiz üyeden başlayarak, yargıçlar görüşlerini serdetmekte ve son olarak heyet başkanının görüşünün de ifade edilmesi akabinde, heyet içerisinde hukuki tartışma yapılarak nihayetinde karara yönelik bir oylama ile süreç neticelendirilmektedir. Müzakere sırasında pek tabii, üyelerin görüşlerinde değişme olabilir. Hatta bazen üyeler, karşıoy yazmanın beraberinde getireceği iş yükü ile çoğunluk görüşüne katılma kolaylığı arasında bir tercihte de bulunabilirler.

Hüküm kurmanın ve muhakemenin birçok yöntemi vardır. Adaletin tecelli etmesi için var olan ve heyet hâlinde çalışan mahkemelerde, daha özelde ise Anayasa Mahkemesinde bu çalışmada önerdiğimiz yöntem şu şekilde işleyebilir:

Mahkemede müzakereler imkân bulunduğu ölçüde aynı hukuki uyuşmazlık konularını ilgilendiren dosyaların yakın tarihlerde görüşüleceği şekilde planlanabilir. Nitekim Ulusal Yargı Ağı (UYAP) ekranlarında bu tasnif zaten yapılmış durumdadır. Karar aşamasına gelen ve müzakere edilecek durumda olan dosyaların sistem üzerinden filtre edilmesi ile bu süreç kolaylaşabilir. Benzer dosya konuları karara bağlanacağı için, müzakere edilen dosyanın/ların tevzi edildiği üye hâkim ya da raportör dosya konusunun irtibatlı olduğu normu ya da başka mevzuat hükümlerini, konu ile ilgili doktrinde ortaya konan görüşleri içeren etraflı bir sunum yapar. Bu sunum, zaten hukuki bilgiye sahip üyelerin, konu ile ilgili güncel tartışmaları, ulusal ya da uluslararası içtihatları tekrar anımsamasına vesile olur. Sunum sonrasında, yine müzakere konusu edilecek somut dosyadan bağımsız olarak heyet üyeleri arasında konu ile ilgili fikir alışverişinin gerçekleşeceği bir müzakere ortamı sağlanır. Bu esnada, somut olayın kendine özgü ayrıntılarından bağımsız olarak ve "somut dosya bilgisizliği perdesi" ardında hukuki tartışma yapılarak, benzer hukuki bakış açıları etrafında ortak görüşe varma şansı ortaya çıkabilir. Rawls'dan ilham ile bu tartışma ortamında somut uyuşmazlıktan bağımsız olarak hukuki tartışmanın yürütülmesi daha adil bir bakış açısı geliştirebilir. Heyetin görüşleri tahkim edildikten sonra ise artık somut uyuşmazlık ekseninde yeni bir müzakere aşamasına geçilecektir. Bu yöntem neticesinde, genel müzakerede fikirleri şekillenen/olgunlaşan üyelerin ilk görüşlerini somut olaya uygun düştüğü ölçüde koruma eğiliminde olmaları ve tutarlı bir şekilde sürdürmeleri beklenebilir.

3. Bilgisizlik Perdesinin Riskleri, Hukuki Güvenlik İlkesi ve Yargı Bağımsızlığı ile İlişkisi

Heyet hâlinde çalışan mahkemelerde bu çalışmada önerilen ya da buna benzer bir yöntem uygulanıyor olabilir. Bu yöntemin tatbiki hem derece mahkemeleri, hem yüksek mahkemeler, hem de Anayasa Mahkemesi için çeşitli riskler de barındırmaktadır.

Öncelikle, malum olduğu üzere ülkemizde yargının her derecesinde yoğun bir iş yükü bulunmaktadır. Bu yoğunluk içerisinde, önerilen yöntemin "benzer dosyaların aynı dönemde tartışılarak karara bağlanması" aşamasının sağlıklı işletilmesi mümkün olmayabilir. Her ne kadar somut olaydan bağımsız, içtihat ve hukuki görüşlerin tartışıldığı serbest bir müzakere ortamı her üye için bir çok fayda getirse de üyeler serbest müzakerede tercih ettiği bakış açısı ile somut olayın müzakeresinde kendilerini önceden bağlamak istemeyebilir.

Müzakere sırasında bir üyenin hukuki görüşüne dair irade açıklaması, yargı bağımsızlığı ile ilgili olduğu kadar hukuki istikrar ilkesi ile de ilişkilidir. Yargıçların hukuki iradelerini ve bakış açılarını serbestçe kararlarına yansıtabilmeleri yargı bağımsızlığını daha anlamlı hâle getirir. Ancak bu bağımsızlığın dengeleyicisi olarak hukuki istikrar ilkesini de gözden kaçırmamakta fayda vardır. Dolayısı ile somut olay benzerliği bulunan dosyalarda, yargıçların daha önce katıldığı görüşte istikrarlı olmaları ya da çalışmamızda bazı somut norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında yer verildiği gibi daha önce yazılan karşıoya atıf vermeleri hukuka ve mahkemelere güveni artıracaktır.

Heyet hâlinde çalışan mahkemelerin üyelerinin hukuki görüşlerinin her zaman sabit olması da beklenemez. Doğal olarak yargıçlar, görüşlerindeki değişiklikleri kararlarına yansıtabilir, benzer konuda daha önce farklı düşünürken daha sonra çok farklı bir yorum ortaya koyabilirler. Aslında, hukuki gelişimin içtihatların şekillenmesinin en önemli birleşeni de bu değişimdir.

Yargı bağımsızlığını daha anlamlı hâle getirmek için konu yargıçların ifade özgürlüğü eksenli ele alındığında, karşıoyların aslında ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Çoğunluk görüşüne karşı hukuki bir argümana sahip olan yargıç, bunu en etkili şekilde karşıoy gerekçesinde yazarak, hem uyuşmazlığın taraflarına hem de kamuoyuna aktarmış olmaktadır. Bu kapsamda dikkat çekilmesi gereken bir nokta da karşıoy gerekçesi içeriğinin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin içeriğinde mündemiç, "tarafsız görünüm" ilkesi ile de ters düşmeyecek ifadelerle kaleme alınmış olmasıdır. O hâlde karşıoy gerekçesi, tarafsız görünüm ile denge gözetildiğinde gerçek objektif etkisini doğurabilir.

Karşıoy ve yargıçların ifade özgürlükleri dengesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Wille v. Lihtenştayn* başvurusunda[33] dikkat çektiği, Avrupa

33 *Wille/Liechtenstein*, B. No: 28396/95, 28/10/1999, § 64.

İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki "görev ve sorumluluklar"[34] dikkate alınmalıdır. Söz konusu dengenin sağlanmasında yargıçlar kendilerini sınırlamak durumunda kalabilir. Bu sınırlama, hukuki görüşler açısından olmasa da, kullanılan dil açısından gündeme gelebilir. Yargıçların, ifade özgürlüklerini daha çok müzakere sırasında gerçekleşen hukuki tartışmada kullanmaları beklenir. Ancak doğal olarak karşıoy gerekçesi yazarken de yargıçlar geniş bir ifade özgürlüğüne sahiptir.

Venedik Komisyonunun karşıoy ile ilgili raporuna göre, Romanya Anayasa Mahkemesi üyelerinden bir üyenin karşıoy gerekçesi, mahkeme çoğunluğuna karşı kullandığı suçlayıcı ifadeler nedeniyle mahkeme başkanı tarafından reddedilerek yayımlanmamıştır. Komisyon raporunda, karşıoy gerekçelerinin yayımı konusunda mahkeme başkanına genel bir gözden geçirme yetkisi verilebileceği belirtilmektedir[35].

Hukuki öngörülebilirlik ve istikrar ilkesi açısından da karşıoylardaki istikrar, kararlarda çoğunluk görüşündeki istikrarla eşdeğer olarak algılanabilir. Söz gelimi, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruda bulunmayı düşünen bir başvurucu, benzer konuda mahkemenin genel içtihadını ve hatta mahkeme üyelerinden bazılarının karşıoy gerekçelerini bilerek yaptığı başvurudan öngördüğü sonucu alabilmelidir.

Bilgisizlik perdesi varsayımı, siyaset felsefesi alanında ileri sürülen bir kavram olsa da, bu varsayım, karar alma sürecinde uygulanırsa heyet hâlinde çalışan mahkemelerde, üyelerin görüşlerini birleştirici bir etki ortaya çıkarabilir. Bu etki, somut olaydan habersiz olarak müzakere edilen uyuşmazlık konusunda, üyelerin daha kolay karar verilebilmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu yönüyle, perde etkisi ile karşıoy sayısının azalacağını öngörmek mümkündür.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NDE KARŞIOY EĞİLİMİ ve BAŞKAN ZÜHTÜ ARSLAN'IN BAZI KARŞIOYLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanunların anayasaya uygunluğunu merkezi bir yargı organı eliyle denetleyen Anayasa Mahkemeleri, doktrinde bazı yazarlarca "Anayasa'nın bekçisi" olarak konumlandırılmaktadır[36]. Bu görevlerini ifa ederken, güçlü bir

34 AİHS 10/2: "Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu (ifade) özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

35 CDL-AD (2018) 030, para. 124. (Bkz. Dipn. 16)

36 Gören, Z. (2020) *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 274; Bazı ülkelerde insan haklarının bekçisi olarak nitelendiği yönünde bkz. Erdoğan, M. (2005). "Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi", *AÜHFD*, C. 54., S. 3., s. 4.

mekanizmanın var olduğuna dair algı, bazı ülkelerde Anayasa Mahkemesi üyelerinin fikir birliği hâlinde hareket ederek karara vardığını düşündürebilir. Nitekim, Anayasa yargısının oldukça önemli bir işlev gördüğü Almanya Federal Anayasa Mahkemesinde karşıoy kavramının gelişimine atıf yapan Gönül'ün[37] aktardığına göre; Alman Anayasa Mahkemesinde kararların "oybirliği" ile çıkması çok önemliydi. Mahkemede oybirliğini temin etmek üzere çeşitli mekanizmalar vardı. Bunlardan biri, karşıoy kullanmanın etik açıdan bir hâkime yakışmayacağı algısıydı. Bu algı nedeniyle ancak 1970'li yıllardan sonra Alman Anayasa Mahkemesinde karşıoy yazmak mümkün olabilmiştir[38].

Gönül ayrıca, 1982 yılında Alman Federal Anayasa Mahkemesi üyesi olan Mahrenholz'den şu ifadeleri aktarmaktadır: "*Karşıoyları, sadece hukuk politikası açısından önemli kararlarda, sapma gösteren durumlarda yazdım. Çünkü bir karşıoyda, kamuya şu hususları açıklama amaçlanmaktadır. Anayasa Mahkemesinde gelişigüzel değil, mücadele yapılarak karar verilir. Karşıoy herşeyden önce, üzerinde uzlaşmaya varılamayan ve gelecekte de tartışılması gereken güç sorunlarda daima daha çok görüşleri ortaya koyabilir. Bir karşıoy, gelecekte tartışmanın hangi yönde gidebileceğini gösterir. Karşıoylar öyle kaleme alınmalıdır ki, daha sonraki bilimsel tartışmalara da somut katkılar sağlayarak hukuk sorunlarını üstlensin*"[39].

Türk Anayasa Mahkemesinde karşıoyun gelişimine bakıldığında ise yukarıda da yer verdiğimiz üzere, Mahkemenin kuruluşu sürecinde 1962 yılında çıkarılan 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun oldukça açık bir biçimde konuyu ele almıştır. Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesi kurulmadan evvel üst yargı organlarında, heyetler karar alırken muhalif görüşte kalma ve gerekçe yazma kültürünün var olduğuna bir karinedir.

Türk Anayasa Mahkemesi kurulduktan sonra da muhalif oy kullanma ve bu oyu (görüşü) temellendiren hukuki gerekçeyi yazma ve izhar etme geleneği devam etmiştir. Ancak bu geleneğin bir durağanlığı ifade etmediğini, Mahkeme üyelerinin kompozisyonu ve Mahkemenin görevleri geliştikçe karşıoy kültürünün de değiştiğini söylemek mümkündür.

Biz bu çalışmayı kaleme alırken Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve bireysel başvuru veri tabanından arama yaptığımızda 4.966 norm denetimi kararı içerisinde 1.735 karşıoy kullanılan kararın olduğunu, 12.357 bireysel başvuru kararı içerisinde 886 kararda karşıoy gerekçesinin yazıldığını tespit ettik[40]. Veritabanından ya da arama yönteminden kaynaklı bir istatistik hata-

37 Mustafa Gönül, 1985-1994 yılları arasında Anayasa Mahkemesi üyesi olarak vazife yapmıştır.
38 Gönül, M. (1995). s. 20.
39 a.g.e. s. 21.
40 31 Ekim 2023 tarihi itibarı ile bu sonuca ulaşırken norm denetimi ekranında karşıoy kullanan üyeye göre ayrıca arama/filtreleme yolunu, bireysel başvuru veritabanında ise "karşıoy" ya da "karşıoy" kelimelerini aratma yöntemini kullandık.

sı bulunmadığı kabul edilirse, bu sayılara göre norm denetimi kararlarında Anayasa Mahkemesi üyelerinin karşıoy kullanma eğilimi, bireysel başvuru kararlarındaki orana göre oldukça yüksektir. Pek tabii bu oranı değerlendirirken, kuruluşundan günümüze Anayasa Mahkemesinin 61 yıldır norm denetimi ve 11 yıldır bireysel başvuru incelemesi yaptığını hatırda tutmakta fayda vardır.

Çalışmanın konusu, öz itibarı ile bilgisizlik perdesinin karşıoylar ile irtibatı olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin tüm norm denetimi kararlarındaki karşıoylarının incelenmesi çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Bu nedenle güncel tespit yapabilmek adına Mahkeme başkanı Sayın Zühtü Arslan'ın norm denetimindeki ve bireysel başvuru kararlarındaki bazı karşıoylarından örnekler vererek Mahkeme kararlarının şekillenmesine etkisini incelemekle iktifa edeceğiz.

A. NORM DENETİMİ KARARLARINDAKİ BAZI KARŞIOYLARI

Anayasa Mahkemesi, 1962 yılından itibaren yaptığı norm denetiminde Anayasa yargısının doğası gereği dönem dönem farklı bakış açıları benimsemiştir. Şüphesiz bu bakış açısında, Anayasa ile Mahkemeye tanınan hareket alanı ve Anayasayı nihai olarak yorumlama tekelinin etkisi kadar, Mahkeme üyelerinin kompozisyonu ve geldikleri hukuk ekolünün etkisi büyüktür. Bu alanda yazılan araştırmalarda Mahkeme üyeleri kimi zaman yargısal aktivizmle suçlanırken[41], kimi zaman da Mahkeme üyelerinin yargısal açıdan kendi kendini sınırlandırdıkları[42] eleştirileri gündeme gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi başkanı Arslan'a göre ise "*Anayasa Mahkemesi, bilhassa 10. yılını kutladığımız bireysel başvuruyla birlikte, yaşama hakkından ifade özgürlüğüne, adil yargılanma hakkından örgütlenme özgürlüğüne kadar tüm anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik önemli kararlar vermiş, demokratik hukuk düzeninin yanında olmuş, temel hak ve özgürlükleri korumak için yoğun bir uğraş vermiştir. Bunu yaparken de ne yargısal aktivizme ne de kendini sınırlama yoluna tevessül etmiştir*"[43]. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin hem norm denetimi alanında hem de bireysel başvuru alanındaki ilk kararlarından itibaren, Mahkeme üyelerinin çekinmeden farklı düşüncelerini karşıoy gerekçesinde kaleme aldıkları görülmektedir[44].

Anayasa Mahkemesi üyeleri açısından aktivizm-sınırlama dengesi, ço-

41 Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 257-268.

42 Korucu, S. (2014). *Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 54-57.

43 Arslan, Z. (2022). *17 Ekim 2022 tarihli Anayasa Mahkemesi üyesi Muhterem İnce'nin Yemin Töreni Konuşması*, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-muhterem-ince-nin-and-icme-toreni-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 2/11/2023)

44 Yolcu, S. (2021). s. 159.

ğunluk görüşünün ve muhalif görüşün şekillenmesinde doğrudan etkilidir. Esasında yargısal aktivizm-yargısal sınırlama adli ve idari yargıda derece mahkemelerinde de görülmekle birlikte, çoğunlukla anayasa yargısındaki görünümü ile Anayasa Mahkemesi hakkındaki tartışmalarda gündeme gelmektedir[45]. Bu kapsamda da Anayasa Mahkemesinin norm denetimine ilişkin kararlarında, çoğunluk kararı kadar muhalif görüşlerin de tartışılabilmesi, hatta karar eleştirileri gibi muhalif görüş eleştirilerinin de yapılabilmesi gerekir.

1. 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'na Eklenen 15/A Maddesinin Bazı Fıkralarının İptal İstemi[46]

Arslan'ın norm denetimi kapsamındaki tespit edebildiğimiz ilk karşıoyu, üye olarak yer aldığı Anayasa Mahkemesinin 14 Ocak 2015 tarihli kararındadır.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'na eklenen 15/A maddesi ile; görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları ile Jandarma Genel Komutanı hakkında idari işlem niteliğindeki soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararlarına karşı itiraz mercii olarak Cumhurbaşkanlığı makamının belirlenmesinin yetki gaspı niteliği taşıdığı, Cumhurbaşkanınca itiraz mercii olarak verilen kararların kesin olmasının, Cumhurbaşkanının soruşturma izni vermesi üzerine kurulacak soruşturma komisyonunun soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili merciye sunması sonrasında, izin vermeye yetkili mercinin kovuşturma yapılmasına yer olmadığına kesin olarak karar vermesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iptal davası yoluyla iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre; "…*Cumhurbaşkanı'nın Devletin başı olması nedeniyle en üst düzey komutanların soruşturmalarıyla ilgili verilen kararlara karşı itiraz mercii olarak belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur*." 12 üyeye karşı 6 üyenin oy çokluğu ile verilen kararın bu kısmında Arslan çoğunluk içerisinde yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı'nın itiraz makamı olarak verdiği kararlara karşı yargı yolunu kapatılmasını ise; "…*ilgililer yönünden yargı yolunu kapatarak mahkemeye erişim hakkını engelleyen dava konusu kural hak arama özgürlüğüne de aykırıdır*…" gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Zühtü Arslan'ın da içinde bulunduğu 6 üye, kararın bu kısmına muhalif kalmıştır. Kararın devamında Mahkeme, soruşturma izni verilmesi hâlinde soruşturma kurulunun yaptığı soruşturma sonucunu izin vermeye yetkili merciye sun-

45 Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 34.

46 AYM, E.2014/89, K.2015/3, 14/1/2015.

ması ve yetkili merciin kovuşturmaya yer olmadığına dair verdiği kararın kesin olmasınına ilişkin kuralı da "*..izin vermeye yetkili merciin kamu davasının açılmasına gerek görmemesi durumunda verdiği kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, yargı denetimine tâbi olduğu..söz konusu kararı yargı denetimi dışına çıkaran dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu…*" gerekçesi ile iptal etmiştir. Zühtü Arslan'ın da içinde bulunduğu 6 üye kararın bu kısmına da muhalif kalmıştır.

Altı üyenin bir araya gelmesiyle, tek bir karşıoy gerekçesi yazılan kararda "*…Genelkurmay Başkanı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları hakkında Başbakanın, Jandarma Komutanı hakkında ise İçişleri Bakanının soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ve soruşturmanın emniyeti için bu kişilerin geçici süre ile görevden uzaklaştırılmalarına ilişkin kararlarına karşı Cumhurbaşkanlığına itiraz edilebileceğine dair kuralın Anayasa'ya uygun bulunmasından sonra, Cumhurbaşkanının kararlarına karşı yargı yoluna gidilemeyeceğine dair cümlenin iptali çelişkili bir durum yarattığı*[na], *…Cumhurbaşkanının itiraz üzerine verdiği kararların Anayasa gereği zaten kesin olacağı*" hususuna dikkat çekilmiştir. Muhalafet gerekçesinde ayrıca, Cumhurbaşkanının iptali istenen kural kapsamında verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararının da Anayasa'nın 105 ve 125. maddeleri kapsamında karşı imza kuralına tabi olmadığı, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı bu işleme karşı yargı yolunun kapalı olmasının Anayasa ile belirlendiği ifade edilmiştir. Karşıoy kullanan üyeler, "*Hak arama hürriyetine bir anlamda istisna getiren bu düzenlemelerden bağımsız olarak bir sonuca ulaşmanın, sistematik Anayasa yorumu bakımından yanlış*" olacağını belirtmişlerdir.

2. Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Bazı Fıkralarının İptal İstemi[47]

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, 2/3/2005 tarihli ve 5307 sayılı Kanun'un, 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "*Aşağıdaki hâllerde sorumlulara beşyüzbin Türk Lirası idarî para cezası verilir:*" ibaresinin bendin "*Lisans almaksızın lisansa tâbi faaliyetlerin yapılması*" şeklindeki (1) numaralı alt bendi yönünden iptalini talep etmiştir. Ayrıca; aynı başvuru kapsamında itiraz konusu kuralda LPG otogaz istasyonlarında LPG tüpü satışı yapılması hâlinde ve LPG otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurulması, yetkili personel çalıştırılmasına ilişkin yükümlülüklerin ihlali hâlinde sorumluların belirtilen maktu idari para cezası ile cezalandırılacağının düzenlendiği, bu şekilde, ücra bir yerde tek pompa ile faaliyet gösteren bir LPG otogaz istasyonu ile şehir merkezinde bulunan büyük ölçekli bir LPG otogaz istasyonunu için aynı cezanın uygulanacağı, regülatif cezalar olarak nitelendirilen bu tür

47 AYM, E.2015/73, K.2016/161, 12/10/2016.

cezaların genellikle çok ağır sonuçları olması nedeniyle nispi olarak ya da alt ve üst sınır belirtilmek suretiyle maktu olarak belirlenmesi gerektiği, fiilin haksızlık içeriği, işletmelerin kusur durumu dikkate alınmadan, ekonomik büyüklüklerine ve sınıflarına göre adil bir denge gözetilmeden her ihlal için aynı miktarda para cezası öngörülmesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yaptığı inceleme neticesinde, "..*Kanunla yapılan düzenlemelerin etkili bir şekilde hayata geçirilebilmesi bakımından, öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve yasaklanan fiillerin işlenmesini önlemek için hangi tür ve ölçekte idarî yaptırım uygulanacağı kanun koyucunun takdir yetkisinde"* olduğuna dikkat çekmiştir. AYM; *"Maktu olarak belirlenen idarî para cezaları, cezayı gerektiren fiili işleyenlerin üzerinde, ekonomik durumlarına göre farklı etkiler doğurabilirse de bu durumun adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık oluşturduğu söylenemez.*" gerekçesine dayalı olarak iptal istemini beş üyenin karşıoyu ile reddetmiştir. Başkan Zühtü Arslan da karşıoy kullanan üyeler arasındadır.

Mahkeme kararına muhalif kalan üyelerden üçü, Başkan Zühtü Arslanla birlikte yazdıkları muhalafet gerekçesinde; "…*Mahkememiz, önceki bazı kararlarında failin ekonomik durumunu dikkate almayan para cezalarının adil ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabileceğine dikkat çekmiştir…Anayasa Mahkemesine göre, idari para cezasının alt sınırı küçük çaplı bir işletmenin ölçülü olmayacak şekilde cezalandırılabilmesine imkan tanımaktadır. Bu nedenle ‹işletmelerin, ekonomik büyüklüğü ve sınıfına göre adil bir denge gözetilmeden, itiraz konusu kuralla ölçülü ve makul olmayan idari para cezası ile cezalandırılmaları, hukuk devletinin gereği olan ‹adalet' ve ‹hakkaniyet' ilkeleriyle bağdaşmamaktadır…*" gerekçesine dayalı olarak redde yönelik çoğunluk görüşüne katılmamışlardır.

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinin iptal isteminde de Anayasa Mahkemesi, kuralın belirlilik ilkesine aykırı olmadığı kanaati ile ret kararı vermiştir[48]. Başkan Zühtü Arslan ise karşıoy gerekçesinde EPDK'nın yapacağı inceleme sonucunda vereceği kararın yargıya açık olmasının "belirlilik konusundaki eksikliği" gidermeyeceğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, önüne itiraz yolu ile gelen 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 28/3/2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun'un 44. maddesiyle değiştirilen 19. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna dair başvuruda[49] da benzer gerekçeler ile ret kararı vermiştir. Başkan Zühtü Arslan bu kararda da karşıoy kullanmış ve gerekçesinde daha önce benzer kararlarda dayandığı argümanlardan uzaklaşmayı gerektiren bir durum olmadığının altını çizmiştir.

48 AYM, E.2017/103, K.2017/108, 31/5/2017.
49 AYM, E.2017/97, K.2017/148, 1/11/2017.

3. 7070 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun'un Bazı Fıkralarının İptal İstemi[50]

Kanun'un 188. maddesinin 1. fıkrası bağlamında, Kanun'a eklenen "*Müdafiin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir*" cümlesinin iptali talep edilmiştir. Buna göre, zorunlu müdafiin duruşmada hazır bulunmasının çelişmeli yargılama ve muhakemenin kolektifliği ilkesinin tabii bir sonucu olduğu, dava konusu kuralla müdafi olmadan duruşmaya devam edilmesine imkân tanınmasının adil yargılama hakkının unsurları olan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede; "*..dava konusu kuralla zorunlu müdafiin yokluğunda duruşmaya devam edilebilmesine imkân verilmekle birlikte bu durumun ancak müdafiin herhangi bir mazereti olmaksızın duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi hâlinde mümkün olabileceği, Kanun'un diğer hükümlerinde yer alan güvencelerin, söz konusu iznin yargılamanın sonucuna etkili olan esaslı işlemlerin yapıldığı duruşmada uygulama alanı bulmasına engel olduğu, buna göre yargılamanın adil bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla bazı durumlarda sanığa zorunlu müdafi atanması ve sanığın müdafi yardımından yararlandırılmasına ilişkin yükümlülük ile davaların makul sürede bitirilmesi yükümlülüğü arasındaki makul dengenin gözetildiği*" sonucuna ulaşmış, iptali istenen kuralda Anayasa'nın 36. maddesini ihlal eden bir yön bulunmadığına karar vermiştir.

Mahkeme çoğunluğunun bu görüşüne Başkan Zühtü Arslan ile birlikte 5 üye katılmamıştır. Arslan'ın tek başına kaleme aldığı karşıoy gerekçesi şu şekildedir: "*..yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması amacıyla müdafi yardımından yararlanma hakkını sınırlayan dava konusu kural bir bütün olarak yargılamayı adil olmaktan çıkarma riskini taşımaktadır. Zira kural, kendisine zorunlu müdafi tayin edilen sanığın hiçbir kusuru olmadığı halde müdafiin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi durumunda kendisini savunma imkânını ölçüsüz bir şekilde sınırlandırmaktadır…sanığın duruşmaya katılımının zorunlu olmadığı da dikkate alındığında, sanığın ve müdafiin bulunmadığı bir duruşmada yargılamaya devam edilmesi mümkündür. Bu şekilde tek taraflı bir yargılamanın hakkaniyete uygun bir yargılamayı imkânsız hale getireceği açıktır*". Bu nedenle "*yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarabilecek bu düzenleme kişilerin savunma hakkına, dolayısıyla adil yargılanma hakkına ölçüsüz bir sınırlama*" getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi önüne norm denetimi kapsamında gelen, son birkaç senenin en önemli konularından biri de Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Kararnamelerin Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen kısımlarını inceleyen

50 AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019.

Mahkeme üyeleri arasında, bu yeni kurumun sınırları ve hukuki tavsifi hususunda bir fikir birliği olduğunu söylemek güçtür. Bu kapsamda bir kaç kararı incelemekte fayda vardır.

4. (8) Numaralı Yüksek Askerî Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. Maddesinde Yer Alan "*...belirlenecek merci*..." İbaresinin İptal İstemi[51]

İptal talebinde, Yüksek Askerî Şûranın (YAŞ) sekretarya hizmetlerinin yürütülmesine yönelik temel ilkeler belirlenmeden, anılan hizmetleri yürütecek mercinin belirlenmesi konusunda Cumhurbaşkanı'nın yetkili kılınmasının belirtilen hizmetlerin yürütülmesinin tahmin edilebilir ve öngörülebilir olma imkânını ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, konu ile ilgili ilk kararı olması hasebiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) ile ilgili genel bazı belirlemeler yaptıktan sonra, iptali istenen kuralın konu bakımından yetki yönünden incelemesine geçmiştir. Anayasa Mahkemesine göre; iptali istenen kuralla herhangi bir idari yapının kurulması ya da görev ve yetkilerinin düzenlenmesi söz konusu olmayıp YAŞ'ın sekretarya hizmetlerini yürütecek mercinin belirlenmesi konusunda Cumhurbaşkanı'na yetki verilmektedir. Kurala göre Cumhurbaşkanı, mevcut idari yapılanma içinde faaliyet gösteren bir birimi YAŞ'ın sekretarya hizmetlerini yürütmesi amacıyla görevlendirecektir. Dolayısıyla YAŞ'ın sekretarya hizmetlerini yürütecek mercinin belirlenmesi, Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*" hükmü kapsamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan değildir. YAŞ'ın sekretarya hizmetlerini yürütecek merci bakımından herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. YAŞ'ın kuruluş ve görevlerini düzenleyen 1612 sayılı Kanun'un 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırıldığı gözetildiğinde YAŞ'ın sekretarya hizmetlerini yürütecek mercinin CBK'yla belirlenmesinde bir engel bulunmamaktadır. Mahkeme, bu nedenlerle oyçokluğu (Başkan Zühtü Arslan ve dört üyenin karşıoyu) ile iptal talebinin reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi ayrıca içerik yönünden yaptığı incelemede, CBK'nın 4. maddesinin 1.fıkrasında YAŞ'ın yılda en az bir kez toplanması öngörüldüğü, Cumhurbaşkanı'nın da gerektiğinde YAŞ'ı toplayabileceği belirtilmiştir. YAŞ'ın bu niteliği gözetildiğinde Kurulun sekretarya hizmetlerini yerine getirmek üzere daimî bir sekretarya kurulmasına gerek görülmediği, dava konusu kuralla bu hizmetlerin Cumhurbaşkanınca belirlenecek bir merci tarafından yerine getirilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Anayasa Mah-

51 AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020.

kemesine göre, bu çerçevede kuralda belirsizlik bulunmamaktadır.

Başkan Zühtü Arslan'a göre; "*...Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. Kararda da vurgulandığı üzere anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, 'münhasıran', 'sadece', 'yalnızca' gibi ibarelerin olup olmadığına bakılmaksızın Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların münhasır kanun alanını oluşturduğu, dolayısıyla bu konularda CBK çıkarılamayacağı anlaşılmaktadır…İdarenin kanuniliği, ilke olarak CBK'lar için de geçerlidir. Eğer idarenin kuruluşuna ilişkin bir CBK kuralı, Anayasa'nın CBK'larla düzenlenebileceğini özel olarak öngördüğü konulara ilişkin değilse, Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olacaktır…YAŞ'ın sekretarya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi idarenin kuruluş ve görevlerine ilişkin bir husus olup Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmelidir. Hiç kuşkusuz YAŞ'ın sekretarya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir. Ancak idarenin kanuniliği ilkesi bunun CBK ile değil, konuya ilişkin genel esasları ve çerçeveyi belirleyecek şekilde kanunla yapılmasını*" gerektirmektedir. Dolayısıyla "*...belirlenecek merci...*" ibaresi Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*" hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından CBK'ların denetiminde izlenen yöntem, ilk önce Kararnamelerin konu bakımından yetki kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesi ve eğer ilk aşamada, yani yetki konusunda hukuka aykırılık bulunmuyorsa içerik bakımından hukuka uygunluğunun değerlendirilmesidir. Mahkeme, ilk aşamada hukuka aykırılık saptadığında ikinci aşama denetimini yapma gereği duymamaktadır[52]. Nitekim Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle ilgili ikinci kararda[53], bütçe dışı nakit avans ile ilgili kural, Anayasa'nın 104. maddesi 17. fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı bulunmuş ve içerik yönünden incelenmesine gerek görülmeden dava konusu kural iptal edilmiştir.

5. (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne Eklenen 4/A Maddesinin İkinci Cümlesi ile Üçüncü Cümlesinin "*...Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir*" Bölümünün İptal İstemi

İptal istemi kapsamında, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu (Kurul) üyelerinin mali haklarının Anayasa gereği kanunla belirlenmesi gerektiği, bu konuda Cumhurbaşkanı'na doğrudan belirleme ve düzenleme yapma

52 Sevgili Gençay, F. D. (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 151., s. 6.

53 AYM, E.2019/31 K.2020/5, 23/1/2020.

yetkisi veren bir kanun hükmünün bulunmadığı, 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) ek 30. maddesinde CBK'larla unvan itibarıyla ilk kez ihdas edilen kadro veya pozisyonların özlük hakları konusunun açıkça düzenlendiği, bu itibarla dava konusu CBK kuralının Kanun'da açıkça düzenlenen konuyu hükme bağladığı belirtilerek kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesine göre, *"..dava konusu kuraldan memur ve diğer kamu görevlisi niteliği taşımayan Kurul üyeliğinin mevcut veya ihdas edilen bir kadro ve pozisyona bağlı bir görev olarak düzenlenmediği*" anlaşılmaktadır. 375 sayılı KHK'nın ek 30. maddesinde ise CBK'larla unvan itibarıyla ilk kez ihdas edilen kadro veya pozisyonlara ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Dolayısıyla "*anılan hüküm bir kadro ve pozisyona bağlı olmayan Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler bakımından uygulanabilecek bir kural niteliğinde değildir. Bu itibarla dava konusu kuralın kanunun açıkça düzenlediği bir konuya ilişkin olmadığının anlaşıldığı*" gerekçesi ile (Başkan Zühtü Arslan'ın da içinde bulunduğu 5 üyenin karşıoyu ile) iptal talebi reddedilmiştir.

Başkan Zühtü Arslan'a göre; Kurulda görev yapacak kişilerin kamu görevlisi olma zorunluluğu olmamakla birlikte, "*kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın bu kişilere yapılacak ödemelerin bu kişiler açısından 'mülk' teşkil ettiği*" kuşkusuzdur. Dolayısıyla kurul üyelerine verdikleri hizmet karşılığında yapılacak ödemeler "mülkiyet hakkı" kapsamındadır. Arslan'a göre; kurul üyelerine yapılacak ödemeleri belirleme yetkisi, bu ödemelerin artırılması veya azaltılmasını da kapsamaktadır. Bu çerçevede sözgelimi ödemelerin azaltılması durumunda bunun mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlandırma olacağı da açıktır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme mahiyetindedir. Bu durumda iptali istenen CBK hükmü, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde sınırları çizilen "*yasak alanı*" ihlal ettiği için Anayasa'ya aykırıdır.

6. (53) Numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. Maddesi ile Geçici 1. Maddesinin (1) ve (4) Numaralı Fıkralarının İptali İstemi

İptali istenen kurallar ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığında yer alan 'Personel Dairesi Başkanı' kadrosunun iptalinin, yeni kadroların ihdasının, kadrosu iptal edilen personelin görevinin sona erdirilerek (3) numaralı CBK uyarınca işlem tesis edilmesinin ve iptal edilen kadro hariç olmak üzere kapatılan birimdeki kadroların mevcutlu olarak anılan Bakanlığın merkez teşkilatı bünyesinde yer alan diğer birimlere dağıtılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde, iptal istemini Başkan Zühtü Arslan'ın da dahil olduğu altı üyenin karşıoyu ile reddetmiştir. Mahkemeye göre; iptali istenen kurallarla "*Bakanlık Merkez Teşkilatında yer alan bir birimin kapatılıp yeni bir birimin kurulması suretiyle Bakanlığın teşkilat yapısında değişikliğe*" gidilmektedir. Bu çerçevede kurallarda kapatılacak olan birim, bu *birimin yerine hangi birimlerin kurulacağı, kapatılan birimde görevli olan personel dairesi başkanı ve diğer personeller hakkında hangi kurallara göre nasıl işlem tesis edileceği hususları açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir bir şekilde düzenlendiğinden* kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

Başkan Zühtü Arslan karşıoy gerekçesinde; kamu görevlilerine ilişkin "*kadroların ihdası ve iptalinin, bütçe hakkıyla ilgili olduğunu"* ileri sürerek *"yasama yetkisi kapsamında bulunduğuna*" dair daha önceki bir iptal isteminin[54] incelenmesi sırasındaki karşıoyuna atıf yapmıştır. Arslan'a göre; Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca "*yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği öngörülen CBK ile kadro ihdası ve iptali*" yapılamaz. Ayrıca, kadro ihdası ve iptaline ilişkin düzenlemeler, kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerini doğrudan etkilediği için, mülkiyet hakkı kapsamında yer alırlar. Bu kapsamda, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca *CBK ile mülkiyet hakkına yönelik bir düzenleme yapılamaz*. Öte yandan Arslan, Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'nın 104. maddesinde geçen "*üst kademe kamu yöneticileri kavramını, CBK koyucunun nitelemesinden bağımsız olarak, özerk şekilde ele almak durumunda olduğunu*" da karşıoy gerekçesinde ileri sürmüştür. Arslan devamla; Anayasa'da CBK ile düzenlenmesi özel olarak belirtilmeyen konunun, kamu görevlilerinin "*atanmaları"nın kanunla düzenleneceğini*" öngören Anayasa'nın 128. maddesi gereğince "kanunla" düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hûkümet sistemine geçildikten sonra, sistemin işleyişine yönelik seri bir biçimde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri çıkarılmıştır. Kadro iptali ve yeni kadro ihdasına dair bir başka CBK[55] incelemesi sonucunda Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddetmiş, Başkan Zühtü Arslan daha önce dikkat çektiği hususları yineleyen karşıoylar yazmaya devam etmiştir.

7. 7329 Sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Bazı Kurallarının İptal İstemi

İptali istenen kural şöyledir; "*Millî Savunma Bakanlığının müfettiş kadrolarına askerî kaynaktan atama yapılabilir. Askerî kaynaktan stajyer müfettiş alımı, müfettişliğe giriş sınavı ile yapılır. Giriş sınavına başvurabilmek için; kuvvet komutanlıklarında üst subay (binbaşı, yarbay, albay) rütbesinde bulunmak ve yönetmelikte*

54 AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/6/2020, Karşıoy Gerekçesi, §§ 14- 24.
55 AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/9/2022; AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022.

öngörülen şartları taşımak gerekir. Giriş sınavı, yönetmelikte belirlenen konulardan yazılı ve/veya mülakat şeklinde yapılır. Giriş sınavı ile ilgili olarak yönetmelikte yer alan hususlar dışında herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz. Giriş sınavında başarı gösterenler stajyer müfettiş olarak görevlendirilir."

Anayasa Mahkemesi iptal istemini incelemiş ve giriş sınavına ilişkin hususların kaydedilmesi neticesinde, bu sınavın usulüne uygun olarak yapılması, sınavın hukuka uygunluğunun tespit edilmesi ve keyfiliğin önlenmesi amacını taşıdığını tespit ederek talebi reddetmiştir. Mahkemeye göre; "… *tutulacak kayıtların yönetmelik ile belirlenmesinin amacı, aleniliği ve eşitliği sağlamaktır. Ayrıca veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için yapıldığı dikkate alındığında demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacı da karşılamaktadır…Kuralda öngörülen sınırlamanın ölçülülük ölçütü kapsamında yukarıda belirtilen amaca ulaşma bakımından elverişli olmadığı ve -kanun koyucunun takdir yetkisi de dikkate alındığında- amaca ulaşmak için en hafif tedbiri öngörmediği, dolayısıyla gerekli olmadığı, kişilere yüklenen külfet ile elde edilen kamusal yarar arasında bir orantısızlık bulunduğu da söylenemez*."

Anayasa Mahkemesinin iptal istemi ret kararına Başkan Zühtü Arslan ile birlikte beş üye muhalif kalmıştır. Arslan'a göre; "*kamu hizmetlerine giriş sınavlarının kayda alınması liyakat ve sınavların etkin denetimi ilkelerinin hayata geçirilmesi bakımından gerekli görülebilir. Ancak bu yapılırken, anayasal ilkelere uyulması ve özellikle sınava girenlerin başta kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerinin korunması gerekmektedir…kaydedilecek bilgilere dair hususların kişisel verilerin korunması hakkıyla doğrudan bağlantılı olduğu için, kanunla düzenlenmesi gerekir. Halbuki kuralda bu hususa ilişkin hiçbir ilke, esas, şart ve güvence belirlenmemiş, konunun düzenlenmesi tamamen yönetmeliğe*" bırakılmıştır.

C. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDAKİ BAZI KARŞIOYLARI

Anayasa Mahkemesi, yaklaşık 62 yıllık norm denetimi tecrübesine ek olarak, 2012 yılından itibaren bireysel başvuru ile önüne gelen şikâyetleri de incelemektedir. Bireysel başvuru yolunun uygulama şansı bulduğu ilk yıllarda, Anayasa Mahkemesine verilen bu yeni görevin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki başvuruların azaltılmasına yönelik olduğuna dair görüşler[56] dile getirilse de, 11 yıllık tecrübe ve oluşan içtihatlar ışığında Mahkemenin oldukça önemli bir konumda olduğunu söylemek mümkündür. Mahkeme, yaptığı filtraj sonrasında bu başvuruların bir kısmının Komisyonlarda, bir kısmının Bölümlerde karara bağlanmasını sağlarken, bazı başvurular da konusu ve etki alanı nedeniyle Genel Kurul tarafından karara bağlanmaktadır.

56 Bahadır, A. (2018). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Etkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 35., S. 1., s. 145.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'ne göre, bireysel başvuruları incelemek üzere, Başkan haricindeki üyelerden iki Bölüm kurulur. Her Bölüm, bir Başkanvekili ile altı üyeden oluşmaktadır. İçtüzüğe göre, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemelerini yapmak üzere Bölümlere bağlı olarak görev yapan üçer Komisyon oluşturulur. Bunlar bağlı bulundukları Bölümle birlikte numaralandırılmak suretiyle isimlendirilirler. Bölüm Başkanı, Komisyonlarda görev almaz. Komisyonlara kıdemli üye başkanlık eder.

İçtüzük'ün Komisyonlara ilişkin hükümlerine göre, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi iki üyeden oluşan Komisyonlar tarafından yapılmaktadır. Bu durumda kabul edilebilirlik ya da kabul edilmezlik kararı için oybirliği şarttır. İki üye arasında ihtilaf çıkarsa, başvuru Bölüme gönderilmekte ve bu gönderilmenin nedenine dair gerekçe muhalif üye tarafından yazılmaktadır. Ancak bireysel başvuruların Komisyonlardan Bölüme sevk kararları incelendiğinde, sevk gerekçesinin net bir şekilde yazıldığını söylemek mümkün değildir.

Bireysel başvuru kararlarından karşıoy içerenler ise altı üyeden oluşan, bir Başkanvekili'nin başkanlığında ve dört üyenin katılımı ile toplanan Bölümlere ait kararlardır. Bu kararlarda, Bölüm çoğunluğunun kararına katılmayan üye ya da üyeler, karşıoy gerekçelerini yazmakta ve kararlar bu hâli ile yayınlanmaktadır. Genel olarak bireysel başvuru kararlarına yazılan karşıoylar, üyelerin ilgili konuya somut başvuru eksenli bakış açılarını yansıtması nedeniyle oldukça kıymetlidir.

Şüphesiz Mahkeme üyeleri, temel hak ve hürriyetleri aynı pencereden yorumlamayabilirler. Ancak özellikle kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında Mahkeme üyelerinin büyük oranda mutabık olmaları beklense dahi, birçok kararda bu iki aşamada da karşıoy kullanıldığı görülmektedir. Yukarıda değinildiği üzere, bireysel başvurularda bazı kararların karşıoy gerekçeleri karar gerekçesinden fazla hacme sahip olabilmektedir.

Bireysel başvuru kararları açısından bu tespitler ışığında şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür. Öncelikle, bireysel başvuru mekanizması ülkemiz için hâlâ yeni bir kurumdur. Temel hak grupları bakımından bazı konularda Mahkeme içtihadı şekillenmiş ve istikrar kazanmış olsa da, bazı kararlarda Mahkeme üyelerinin benzer konuda daha önceki yorumlarından farklı sonuçlara ulaştığı görülebilmektedir. İkinci olarak, bireysel başvuruların somut olay adaletini ilgilendiren subjektif boyutunun Mahkeme üyeleri tarafından dikkate alındığı söylenebilir. Tam bu noktada, çalışmamızın temel araştırma soruları arasında yer alan bilgisizlik perdesi teorisinin olası etkilerine burada kısaca dikkat çekmekte fayda görüyoruz.

Bireysel başvuru kararlarını ve bu kararlardaki karşıoyları, Sayın Başkan Zühtü Arslan açısından filtrelediğimizde ise karşımıza şu sonuçlar çıkmaktadır.

İlk olarak Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi üyeliği görevine 2012 yılının Nisan ayında başladığını hatırda tutmakta fayda vardır. Şubat 2015'te Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından başkan seçildiğinden, Bölüm Kararlarında Sayın Arslan'ın karşıoyu oldukça azdır. 2015 yılından itibaren ise Bölümler tarafından karara bağlanamayarak Genel Kurula sevk edilen bireysel başvurularda Zühtü Arslan'ın karşıoy gerekçelerini okumak mümkündür. Çeşitli hak gruplarından seçtiğimiz bazı bireysel başvuru kararlarına ve Sayın Arslan'ın karşıoylarına aşağıda yer veriyoruz.

1. Kamil Koç Başvurusu[57] (Adil Yargılanma Hakkı)

Geçirdiği kaza sonucu uzun süre tedavi gören başvurucu, tedavisi devam ederken başka bir ilde bulunan göreve atanması işleminin iptali istemiyle (kapatılan) Askerî Yüksek İdare Mahkemesine açtığı davada, dava açma süresinin, işlemin kendisine tebliğinden başlamasına ve süresi içinde davasını açmasına rağmen davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verildiğini, yargılama sırasında bazı bilgi ve belgelerin kendisine tebliğ edilmediğini belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan (adil yargılanma) haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, açtığı iptal davasının reddedildiği kararda aleyhine vekâlet ücreti hükmedilmesinin hak arama özgürlüğünü kısıtladığını ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü, başvurucunun adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının, dava açma süresine ilişkin açık usul kurallarının önceden öngörülmeyecek şekilde olağanın dışında yorumlanması suretiyle ihlal edildiğine karar vermiş, başvurucunun aleyhe vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin iddiasını ise kabul edilemez bulmuştur. Başvuru kapsamındaki kararın, başvurucu aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmına Zühtü Arslan muhalif kalmıştır.

Zühtü Arslan; başvurucu aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesinin her durumda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale olduğunu, bu müdahalenin bir ihlale yol açıp açmadığının ise öngörülen miktar, başvurucunun aylık geliri, genel ekonomik durumu, kısaca ödeme gücü ve davanın özel şartları gibi hususlar dikkate alınarak yapılacak bir orantılılık incelemesinin sonunda belirlenebileceğini ileri sürmüştür. Bu gerekçelerle Arslan, çoğunluğun orantılılık testi yapmaksızın, başvurucu aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğinde olmadı-

57 *Kamil Koç*, B. No: 2012/660, 7/11/2013.

ğı ve başvurunun "açıkça dayanaktan yoksun" olduğu yönündeki kararına katılmamıştır[58].

2. Hüseyin Şahin Başvurusu [GK][59] (Adil Yargılanma Hakkı-Masumiyet Karinesi)

Başvurucu, uzman erbaş sözleşmesinin feshedilmesine yönelik işlem hakkında açtığı davanın reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesinin ihlal edildiğini, aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesinin ise Anayasa'nın 36. ve 91. maddeleriyle 13. maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesi neticesinde; AYİM kararında, başvurucu hakkında üzerine atılı suçlar nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği ve bu nedenle de başvurucunun anılan suçları işlediğinin tespit edildiğinin belirtildiği, diğer yandan yalnızca bu karar yeterli görülmeyerek özlük dosyasında yer alan diğer belgeler de birlikte değerlendirilmek suretiyle başvurucunun aşırı borçlanmayı alışkanlık hâline getirmesi nedeniyle sözleşmenin feshi işleminin hukuka uygun olduğu yönünde hüküm kurulduğu tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu edilen AYİM kararında masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Zühtü Arslan'ın da dahil olduğu beş üye karara muhalif kalmıştır.

Zühtü Arslan'a göre; başvurucunun sözleşmesinin feshine ilişkin gerek idari işlem gerekse AYİM kararı tamamen HAGB kararına dayandırılmıştır. Her ne kadar AYİM kararında başvurucunun "özlük dosyasındaki diğer belgeler"den de bahsedilmekteyse de, bunların bir anlamda destekleyici gerekçeler olduğu, asıl gerekçenin HAGB kararı olduğu açıktır. İdarenin ve AYİM'in feshe ilişkin kararlarında kullandığı dil, başvurucunun masumiyet karinesini ihlal edici mahiyettedir. Kullanılan bu dil, kişilerin damgalanmasını engellemeyi amaçlayan HAGB kurumunu işlevsiz hâle getirebilecek niteliktedir.

3. Bayram Özkaptanoğlu Başvurusu [GK][60] (Adil Yargılanma Hakkı-Gerekçeli Karar)

Başvurucu, iş akdinin feshedilmesi üzerine feshin geçersizliği ve işe iade istemiyle İzmir 10. İş Mahkemesinde açtığı dava sonunda verilen hükmün, Yargıtay 22. Hukuk Dairesince ortadan kaldırılarak davanın reddine karar verildiğini, işyerine aynı görevde başka işçilerin alındığını, Yargıtayın, İlk De-

58 Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün aynı tarihte karara bağladığı benzer nitelikteki (*Ramazan Tosun*, B. No: 2012/998, 7/11/2013) başvurusunda da Zühtü Arslan aynı gerekçelerle muhalif kalmıştır.

59 *Hüseyin Şahin* [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014.

60 *Bayram Özkaptanoğlu* [GK], B. No: 2013/1015, 8/4/2015.

rece Mahkemesinin yerine geçerek nihai karar vermesi nedeniyle adil yargılanma hakkının, davanın reddine karar vermesi nedeniyle çalışma ve sosyal güvenlik haklarının, benzer konularda davanın kabulüne karar verildiği hâlde açtığı davanın reddedilmesi nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş, tazminat talebinde bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesi neticesinde; davalı işverenin temyizi üzerine Yargıtay tarafından, başka bir araştırma yapılmadan ve dosyadaki aynı deliller değerlendirilmek suretiyle, İş Mahkemesince verilen kararın ortadan kaldırılarak davanın reddine karar verildiğini tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre; *"…davalı işverenin mali durumunu gösteren bilirkişi raporunun hangi gerekçeyle dikkate alınmadığı, başvurucunun iş akdine son verilmesinden sonra işyerine yeni işçi alınıp alınmadığı konusunda bilirkişi raporundaki verilerin değerlendirilmediği, Mahkemece dinlenen tanık H.G.nin beyanlarının tartışılmadığı…"* anlaşılmıştır. Bu durum, başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Başkan Zühtü Arslan'ın da dâhil olduğu yedi üye, bu karara muhalif kalmıştır.

Zühtü Arslan ve dört üyenin ortak karşıoy gerekçesine göre; *"…başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu ve Yargıtayın gerekçesinin de yeterli olduğu…"* anlaşıldığından başvurunun "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

4. İzzettin Alpergin Başvurusu [GK][61] (Adil Yargılanma Hakkı-Makul Sürede Yargılanma)

Başvuru, tutuklama kararının hukuki şartlarının oluşmadığı, tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçesiz olduğu, dosyaya ilişkin gizlilik kararı bulunması nedeniyle etkin bir savunma yapılamadığı ve isnat edilen suç hakkında geç bilgilendirilme ve müdafiden yararlandırılmama nedenleriyle kişi özgürlüğü ve güvenliği ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesine göre; tutukluluk süresinin makul olmadığı dışındaki şikâyetler açıkça dayanaktan yoksundur. Başvurucunun tutukluluk süresine dair iddiası açısından ise başvurucuya isnat edilen suçun niteliği, hakkında soruşturma yürütülen kişi sayısı, soruşturma konusunun kapsamı, tutukluluk sürecinin sadece soruşturma evresinde ve davanın ilk duruşmasına kadar devam etmesi ile isnat edilen suçla ilgili şüphenin varlığını objektif olarak ortaya koyan deliller ve tutukluluğun devam ettiği süreler dikkate alınarak Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Zühtü Arslan ve üç üye bu görüşe katılmamıştır.

61 *İzzettin Alpergin* [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015.

Zühtü Arslan ve Engin Yıldırım'a göre; başvurucunun 9 ay 15 gün süre ile tutuklu kalmasının kendisini sendikal faaliyetlerden alıkoyduğu ve bu kadar uzun süren tutukluluğun kişiler açısından sendikal faaliyetler üzerindeki olası caydırıcı etkisi de dikkate alındığında, tahliye talebinin reddine ilişkin gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olduğu, dolayısıyla tutukluluk süresinin makul olduğu söylenemez.

5. Kadri Ceyhan Başvurusu [GK][62] (Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı-Yaşam Hakkı)

Başvuru, askerî tatbikat sonrasında arazide terk edilen mühimmatın patlaması sonucunda, hayati tehlike geçirecek şekilde bir yaralanmanın meydana gelmesi ve bu olayla ilgili olarak etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi; "…*başvurucunun iddiaları bakımından erişilebilir* [olan] *tazminat yolunun etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğünü karşılayarak olayı çevreleyen koşullar ile olaydaki her türlü -objektif ve subjektif- sorumluluğu belirleme (ihlali tespit etme) ve başvurucunun uğradığını ileri sürüp Anayasa Mahkemesinden talep ettiği maddi ve manevi zararlarını uygun bir şekilde tazmin etme (ihlali giderme) kapasitesini haiz olduğu*" sonucuna varmıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvurunun reddine karar vermiştir. Zühtü Arslan ve dört üye bu görüşe katılmamıştır.

Başkan Zühtü Arslan ve diğer muhalif üyelerin ortak karşıoy gerekçesine göre; "…*Anayasa'nın 17. maddesi, ölüm olayı ya da somut başvuruda olduğu gibi ölümcül yaralanmalar sonrasında yürütülen soruşturma/kovuşturmanın yeterince hızlı olmasını da gerektirmektedir. Somut olayda açılan soruşturmanın uzun süre sürüncemede kalması, ardından da açılan davanın yıllarca sürmesi ve on yılı aşan süreye rağmen halen sonuçlanmamış olması, yaşama hakkının usul boyutunun ihlal edildiğini göstermektedir.*"

6. Mehmet Murat Sabuncu Başvurusu [GK][63] (Kişi Hürriyeti-İfade ve Basın Özgürlüğü)

Başvuru; uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmaması ve soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, tutuklamaya konu suçlamaların ifade özgürlüğü ve basın hürriyeti kapsamındaki eylemlere ilişkin olması nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesine göre; "…*terör suçlarının soruşturulması kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve*

62 *Kadri Ceyhan* [GK], B. No: 2014/1924, 17/5/2018.
63 *Mehmet Murat Sabuncu* [GK], B. No: 2016/50969, 2/5/2019.

güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde" yorumlanmamalıdır. Mahkemeye göre, "*..İsnat edilen suç için öngörülen cezanın miktarını, işin niteliğini ve önemini de göz önünde tutarak başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfî ve temelsiz olduğu söylenemez.*" Başkan Zühtü Arslan ve beş üye bu görüşe katılmamıştır.

Zühtü Arslan'a göre; "*soruşturma makamlarınca bu paylaşımların ifade özgürlüğü kapsamı dışında kaldığı, dolayısıyla tutuklama için suç şüphesini gösteren kuvvetli belirti oluşturduğu ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konabilmiş değildir. Dolayısıyla başvurucunun tutuklanması, hukukilik şartını sağlamamaktadır.*" Arslan'a göre, "*suç şüphesini gösteren kuvvetli belirtinin varlığı, olağanüstü halin ilan edildiği dönemde de tutuklamanın ön şartı olmaya devam ettiği için, somut olayda başvurucunun tutuklanması Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında değerlendirildiğinde de anılan hakkın ihlaline sebep olmaktadır. Başvurucu esas itibariyle genel yayın yönetmeni olduğu gazetede farklı tarihlerde yayınlanan yazı ve haberlerden dolayı tutuklanmıştır. Hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukukilik şartını sağlamadığı tespiti ışığında, tutuklama gibi ağır bir tedbirin ifade ve basın hürriyetleri bakımından demokratik toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilmesi mümkün değildir.*" Başkan Zühtü Arslan, aynı tarihte karara bağlanan benzer konulardaki *Akın Atalay* ve *Önder Çelik* vd. başvurularında da aynı yöndeki muhalefet gerekçesini sürdürmüştür.

7. Erol Kesgin Başvurusu [GK][64] (Mülkiyet Hakkı)

Başvuru, temsil yetkisini haiz olmamasına rağmen yönetim kurulu üyesi olduğu şirketin kamuya olan borçlarından dolayı başvurucunun sorumlu tutulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

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 ve bu suretle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozmadığı*" kanaatine varmıştır. Başkan Zühtü Arslan ve diğer iki üye bu karara muhalif kalmıştır.

Başkan Zühtü Arslan'a göre; "*başvurucunun ortağı olduğu şirket, kanunla sınırlı sorumluluğu olan bir anonim şirkettir. Şirkette 500 TL değerinde bir hisseye sahip olan ve kanuni temsilci sıfatı bulunmayan başvurucunun şirkete ait 8.841 TL'lik sosyal güvenlik prim borcunu ödemekle sorumlu tutulması, mülkiyet hakkına yönelik*

64 *Erol Kesgin* [GK], B. No: 2015/11192, 30/5/2019.

orantılı olmayan bir müdahale teşkil etmektedir." Arslan'a göre; *"..orantılılık ilkesi, kamu makamları tarafından kamu alacağı tahsil edilirken kamu yararı ile kişinin mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin kurulmasını zorunlu kılar*."

8. Mohamed Kashet ve Diğerleri Başvurusu [GK][65] (Mülkiyet Hakkı)

Başvuru izin alınmaksızın yurt içine nakit döviz sokulmaya teşebbüs edilmesi kabahatine dayalı olarak idari para cezası verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesine göre; "*başvurucular müdahaleye kendi kusurlarıyla yol açmış ve fiilin sonuçları öngörülebilir olsa dahi somut olayda başvuruculara uygulanan idari para cezalarının toplam miktarı bildirime konu edilebilecek paranın çok üzerinde bir miktardır. Hâlbuki bu fiilin koruduğu hukuki menfaat yalnızca bildirim ve izin yükümlülüğünü sağlamaktan ibarettir. Buna göre verilen idari para cezası, -somut olayın koşulları altında- yaptırımın koruduğu hukuki ve maddi menfaat birlikte değerlendirildiğinde başvurucular yönünden şahsi olarak aşırı bir külfete yol açmaktadır. Sonuç olarak başvuruculara yurt içine izinsiz döviz getirilmesine teşebbüs edilmesi nedeniyle idari para cezaları verilmesi şeklindeki mülkiyet haklarına yapılan müdahalenin, içerdiği kamu yararı amacı ve kamu makamlarının bu alandaki geniş takdir yetkisine rağmen başvuruculara aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği*" kanaatine ulaşılmıştır.

Zühtü Arslan'ın da dâhil olduğu Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğu, bu başvuru kapsamında "mülkiyet hakkının" ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucuların tazminat talepleri yönünden ise yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlalin sonuçları bakımından yeterli bir giderim oluşturduğundan başvurucuların tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir. Zühtü Arslan ve iki üye bu görüşe katılmamıştır.

Başkan Zühtü Arslan'a göre; "*eldeki başvuruda ihlal yargısal mercilerin açık bir kanun hükmünü uygulamalarından, başka bir ifadeyle doğrudan bir yasama işlemi olan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda da yapılması gereken yeniden yargılama değil, ihlalin tüm sonuçlarının giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale sebep olan kanun hükmünün değiştirilmesidir. Bu amaçla ihlal kararının bir örneğinin yasama organına gönderilmesi gerekmektedir*."

9. Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. Başvurusu (2) [GK][66] (İfade ve Basın Ögürlüğü)

Başvuru, tanınmış bir siyasetçi ve eşi hakkında yapılan haberler nedeniyle başvurucu aleyhine tazminata hükmedilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

65 *Mohamed Kashet ve diğerleri* [GK], B. No: 2015/17659, 20/6/2019.

66 *Ugurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. Başvurusu (2)* [GK], B. No: 2016/12313, 26/12/2019.

Anayasa Mahkemesi kararında; *"..herhangi bir delille desteklenmeyen ve suç isnadı teşkil eden olgu isnadında ifade özgürlüğünden bahsedilemeyeceğini...doğrulanmamış ve/veya yanlış bilgilerin yayılmasının kamuoyunun haber alma hakkı bulunduğu gerekçesiyle haklı çıkarılamayacağını"* belirtmiştir. AYM; *"…doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde hareket etmek için çabaladığını ortaya koyamayan başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği ve ilk derece mahkemesinin ve Yargıtay'ın farklı çıkarları dengelerken sahip oldukları takdir paylarını aşmadıkları"* sonucuna ulaşmıştır. Başkan Zühtü Arslan ve iki üye bu görüşe katılmamıştır.

Zühtü Arslan'a göre; "*başvuruya konu haber, başka bir ulusal gazetede ileri sürülen genel başkanın eşine pahalı bir hediye verildiği yönündeki iddianın yeniden gündeme getirilmesinden ibarettir. Daha önceki haberde olduğu gibi başvurucunun hediye iddiasına ilişkin haberinde de verildiği iddia edilen hediyenin kim tarafından kime verildiği, türü, hangi kuyumcudan alındığı ve değerinin ne olduğu gibi somut bilgilere yer verilmiştir. Sonuç olarak kulis bilgisine dayalı bir isnadın haberleştirilmesi nedeniyle başvurucunun yaptırıma maruz bırakılması, başvurucunun ifade ve basın özgürlükleri ile hakkında haber yapılanların şeref ve itibar hakkı arasındaki dengenin birincisi aleyhine bozulduğunu göstermektedir.*"

10. Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu [GK][67] (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı)

Başvuru, kamu görevlisi olan başvurucular hakkında "Gezi Parkı olayları" olarak anılan süreçte yaşanan gelişmelerin protesto edildiği ve kanuna aykırı olduğu değerlendirilen toplantılara katılmaları nedeniyle disiplin cezasına hükmedilmesinin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi; "*…gerek başvuruculaların katıldığı toplantılar, gerekse ülke genelinde aynı amaçla gerçekleştirilen eylemler dikkate alındığında şiddet olaylarının süregelen bir şekilde devam ettiği istisnai bir biçimde açıkça öngörülebilir olmasına rağmen kamu görevlisi statülerinden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı bir görüntü ortaya çıkmaması adına toplantıyı terk etmek şeklinde veya başka şekillerde imkânları dâhilinde hareket ettiklerine dair bir açıklama yapmadıklarını*" not etmiştir. AYM kararında; *"...ilgili mevzuatta öngörülen en hafif disiplin cezası olan uyarma şeklindeki müdahalenin kamu düzeninin korunması meşru amacına ulaşılması yönünden başvuruculaların toplantı haklarına adil olmayan bir külfet yüklediği ve orantısız olduğundan da bahsedilemeyeceği"* değerlendirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, "*yetkili otoritelerin başvuruculaların toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakları ile kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan gereklilikler arasında adil bir denge kurdukları, bu nedenle, başvuru-*

67 *Gülistan Atasoy ve Diğerleri* [GK], B. No: 2017/15845, 21/1/2021.

cular hakkında verilen disiplin cezasının demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı" sonucuna ulaşmıştır. Başkan Zühtü Arslan ve diğer beş üye bu görüşe katılmamıştır.

Zühtü Arslan'a göre; "*barışçıl bir toplantıya katılan kamu görevlilerinin somut olgulara dayanılmaksızın genel, soyut ve kategorik ifadelerle cezalandırılması demokratik bir toplumda kabul edilemez.*" Öte yandan Arslan'a göre "*bu karar Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarıyla da uyumlu değildir.*" Karşıoy gerekçesinde alıntılanan Anayasa Mahkemesi kararlarına göre "*barışçıl toplantıya katılan ve yasaklanmış davranışlarda bulunduğuna dair hakkında bir tespit bulunmayan kişilerin hafif de olsa herhangi bir cezaya muhatap olmaması gerekir.*" Bu gerekçelerle Arslan'a göre, başvuruculaların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları ihlal edilmiştir.

11. Yağmur Erşan Başvurusu [GK][68] (Özel Hayata Saygı Hakkı)

Başvuru, pasaport iptali nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesine göre; "*başvurucu hakkında FETÖ/PDY'ye üye olma suçundan soruşturma yürütüldüğü, ceza soruşturmasındaki konumu ve soruşturma sürecindeki tutumu dikkate alındığında başvurucunun yurt dışına kaçmasının engellenmesine yönelik olarak alınan tedbirlerin OHAL koşullarında meşru kabul edilmesi*" gerekir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi; "*pasaportun iptal edilmesi ve pasaport talebinin reddine ilişkin idari işlemlerin OHAL sürecinde aynı nedene ve aynı mevzuata bağlı olarak gerçekleştirildiğini*", derece Mahkemelerinin de "*ilgili mevzuatı, idarenin cevabındaki tespitleri, OHAL şartlarını ve anılan tedbirin terör örgütleriyle mücadele bağlamında kamu düzeni ve güvenliğini sağlamada elverişli bir yol olduğu hususlarını gözeterek bir sonuca ulaştığını*", bu itibarla "*başvurucunun pasaportunun iptal edilmesinin OHAL koşullarında durumun gerektirdiği ölçüde bir tedbir olduğunu"* değerlendirmiştir. Başkan Zühtü Arslan ve üç üye bu görüşe katılmamıştır.

Zühtü Arslan'a göre "*başvurucunun pasaportunun iptal edilerek muhafaza altına alınması, yeni pasaport verilmesine dair taleplerinin reddi şeklindeki idari işlemler, bu işlemlere karşı açılan iptal davasında yeterli bir gerekçe sunulmadan verilen red kararı ve nihayet yeniden değerlendirme yapılmadan alınan tedbirin belirsiz bir süre uzatılması şeklinde tecelli eden idari ve yargısal işlemler/kararlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, başvurucunun özel hayatına saygı hakkına yönelik müdahale, Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında durumun gerektirdiği ölçüde*" değildir. Bu nedenlerle, başvurucunun özel hayata saygı hakkı ihlal edilmiştir.

68 *Yağmur Erşan* [GK], B. No: 2018/36451, 27/10/2021.

12. Fuat Fettahoğlu Başvurusu [GK][69] (Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi)

Başvuru; biyokimya güvenliği mevzuatına aykırı davranıştan mahkûmiyet hükmü kurulması nedeniyle suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin, delillerin ve hukuk kurallarının hatalı değerlendirilmesi nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, genetiği değiştirilmiş organizma bulaşan ürünün müsadere edilmesi nedeniyle de mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesine göre; *"..başvurucunun yönetim kurulu başkanı olduğu şirketçe ithal edilen çeltik ürününün, genetiği değiştirilmiş organizma bulaşan niteliğinde olduğu kabul edilmesi..kanuni düzenlemenin özünden uzaklaşan, genişletici ve öngörülemez bir yorum*" dur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Başkan Zühtü Arslan ve diğer dört üye bu görüşe katılmamıştır.

Zühtü Arslan'a göre; "*bir kanun hükmünün farklı bir biçimde yorumlanma ihtimalinin bulunması tek başına yargı merciinin benimsediği yorumun genişletici olduğunu göstermez. Anayasa Mahkemesinin kanunilik incelemesi bağlamındaki görevi kanunun nasıl daha iyi yorumlanacağını söylemek değil, yargı mercilerinin yorumunun bariz takdir hatası veya keyfilik içerip içermediğini incelemekten ibarettir*." Arslan'a göre, başvuruda suçta ve cezada kanunilik ilkesi ihlal edilmemiştir.

13. Eyyüp Güneş Başvurusu [GK][70] (Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı)

Başvuru, haksız olarak gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulmasına rağmen açılan tazminat davasının reddedilmesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi, başvuru kapsamındaki kararında kanun koyucunun suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanan yakalama, gözaltı ya da tutuklama tedbirleriyle ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (e) bentlerinde iki ayrı tazminat talep nedeni öngördüğünü, fıkranın (a) bendinde yakalama veya tutuklama tedbirinin *"kanunlarda belirtilen koşullar dışında"* olmasının, (e) bendinde ise *"kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra"* kişiler hakkında *"kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesinin"* tazminat nedeni olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun yakalama veya tutuklama tedbirlerinin hukuka aykırılığı söz konusu olduğunda (a) bendi uyarınca bu tedbirler hukuka uygun olsa da sonuçta kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi durumunda ise (e) bendi uyarınca tazminata hükmedilmesi gerektiği şeklinde bir ayrıma gittiğini ifade etmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine

69 *Fuat Fettahoğlu* [GK], B. No: 2019/33972, 17/5/2023.
70 *Eyyüp Güneş* [GK], B. No: 2017/28308, 21/10/2021.

yönelik iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Başkan Zühtü Arslan ve Başkanvekili Hasan Tahsin Gökcan bu görüşe katılmamıştır.

Zühtü Arslan'a göre; "*…uygulamada tazminat davalarının sıklıkla CMK'nın 141. maddesinin herhangi bir fıkrasına ya da bendine atıf yapılmadan, genel anlamda "haksız yere" hürriyetlerinden mahrum bırakıldıkları gerekçesiyle davaların açıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle yapılması gereken, kategorik bir değerlendirmeyle hüküm kapsamındaki davaların Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında olmadığı sonucuna ulaşmak değil, başvurunun esasını incelemek ve bu bağlamda ilgili kanun hükmünden (CMK, m. 144/1-d) kaynaklanan bir ihlal olup olmadığını değerlendirmek olmalıydı…*"

Anayasa Mahkemesi bu kararından takriben bir buçuk yıl sonra *Gülseren Çıtak* kararıyla[71] içtihad değişikliğine gitmiş, bu defa Başkan Zühtü Arslan'ın karşıoy kullandığı *Eyyüp Güneş* başvurusundaki görüşleri Mahkeme çoğunluğu tarafından kabul görmüştür. Anayasa Mahkemesi son tahlilde, haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilenlerin CMK'nın 141. maddesinde öngörülen tazminat yolunu tükettikten sonra yakalama, gözaltı veya tutuklamanın hukuki olmadığı ve ödenen tazminatın yetersiz olduğu iddiasıyla yaptıkları bireysel başvurularda başvuru yollarının tüketilmiş kabul edilebilmesi için yalnızca CMK'nın 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi kapsamında bir tazminat davasının açılmasının yeterli olacağı sonucuna varmıştır. Zira bu hükümle yakalama, gözaltı ve tutuklamanın daha sonra verilen kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararıyla hukuka aykırı hâle geldiğinin kabul edildiği, dolayısıyla 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi uyarınca açılan tazminat davalarının Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında olduğu değerlendirilmişitir.

D. ZÜHTÜ ARSLAN'IN BAZI KARŞIOYLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Zühtü Arslan, 2012 yılı Nisan ayından 2015 yılı Şubat ayına kadar Anayasa Mahkemesi üyeliği, daha sonra da Mahkeme başkanlığı vazifesini yapmıştır. 12 yıllık bu süreçte, bazen çoğunluk içerisinde yer alarak karar gerekçesine katkı sağlamış, bazen de muhalif görüş beyan ederek bu görüşünü karşıoy gerekçesinde belirtmiştir. Çalışmamız kapsamında bazı karşıoylarını incelediğimizde, norm denetimi kararlarında Zühtü Arslan'ın özellikle yürütme erki için yasama tarafından tayin edilen yetki alanını adil yargılanma hakkı, belirlilik ve ölçülülük ilkeleri ekseninde yorumladığı söylenebilir. Benzer şekilde, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin denetiminde de kanunla düzenlenmesi gereken alanı maddi kanun anlayışına uygun olarak vasıflandırdığı, Anayasa'da "sadece-münhasıran-yalnızca" gibi ibarelere bakılmadan mülki-

71 *Gülseren Çıtak* [GK], B. No: 2020/1554, 27/4/2023.

yet hakkı, özel hayatın gizliliği gibi haklarla bağlantılı olarak yasama organı tarafından kanun çerçevesinin çizilmesi gerektiği görüşünde olduğunu belirtebiliriz.

Arslan, bireysel başvuru kapsamındaki Mahkeme kararlarında yazdığı karşıoylarda da idare tarafından tayin edilen disiplin cezalarında kullanılan dilin masumiyet karinesini ihlal etmemesi gereğine, bazı hakların yarışması durumunda orantılılık testinin önemine, bazı mahkeme kararlarının ilgili ve yeterli gerekçe içermemesinin adil yargılanma hakkını zedelediğine, makul sürede yargılanma hakkı kapsamında hızlı sonuçlanmayan soruşturmaların bazen yaşam hakkının usul boyutunu ihlal edebileceğine dikkat çekmiştir. Öte yandan, Zühtü Arslan'ın akademik geçmişinde odaklandığı ifade özgürlüğü ile bağlantılı bireysel başvurulardan karşıoy yazdığı bazı kararlarda, basında yer alan haber ve yazılarda delille desteklenen olgu isnadı kapsamında yer alması durumunda basın özgürlüğünü geniş yorumladığı görülmektedir. Arslan'a göre bazı kamu müdahalelerinin demokratik toplumda gerekli olup olmadığının sorgulanması, gerekli olduğu kanaati hasıl olursa da müdahalenin ölçülülük ilkesi ile uyumlu olması gerekir. Ayrıca, karşıoylarında bazı ihlal kararları sonrasında ihlalin temel kaynağının kanun düzenlemesi olması hâlinde etkili bir giderim sağlanabilmesi amacıyla karar örneğinin yasama organına bildirilmesi gerektiğini ileri süren Zühtü Arslan, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesindeki temel görevinin dördüncü derece yargılama mercii olmadığını, derece mahkemelerinin yorumunun bariz takdir hatası içerip içermediği ile sınırlı olduğunu vurgulamıştır.

SONUÇ

Hukuk alanında görüş birliktelikleri olabileceği gibi, farklı bakış açıları ya da yorum farklılıklarından kaynaklı görüş ayrılıkları da olabilir. Sosyolojik açıdan genel kabul gören görüşü savunanların dayandıkları saikler kadar, muhalif görüşü savunanların saikleri de incelemeye değerdir.

Heyet hâlinde çalışan mahkemelerde, ihtilaf vuku bulduğunda muhalif kalan hâkim/lerin görüş ayrılıklarının özünü açıkladıkları muhalefet şerhi geleneği ülkemiz açısından oldukça köklü bir geçmişe sahiptir.

Karşıoyların varlığı, hukuk sisteminin terakkisi için oldukça önemli olduğu kadar mahkemelerde yargıçların ifade özgürlüklerinin temini için de çok kıymetlidir. Karşıoy geleneği, yargıçların ifade hürriyetlerinin daha üst düzeyde sağlanabilmesi adına önemli olduğu kadar mahkemelerin hukuki açıdan görüş değiştirmelerine de kapı aralamaktadır. İyi temellendirilmiş karşıoylar, ilerleyen süreçlerde diğer mahkeme üyelerini de etkileyebilir ve mahkemenin kabul gören kararı hâline gelebilir. Ancak karşıoyların gerekçe-

sinin mahkemelerin gelişimine katkı sağlayacak düzeyde daha nitelikli hâle gelebilmesi için sistemsel bir düzenlemeye de ihtiyaç bulunmaktadır.

Özellikle ilk derece mahkemesi düzeyinde heyet hâlinde çalışan mahkemeler için en önemli sorun "aşırı iş yükü"dür. Mahkeme üyeleri, bu iş yükü baskısı altında isabetli, hakkaniyetli kararlar verebilmek için çok yoğun mesai harcamaktadır. Ancak bu iş yükü, alınan kararların müzakere süreçlerini olumsuz etkilediğinden, bazı durumlarda yargıçlar karşıoy yazmak yerine çoğunluk görüşüne katılabilmektedir. Bu durum önemli bir sorundur ve çözümü için ilk derece mahkemelerinde gerektiğinde karşıoyda kalıp gerekçe yazabilmeyi teşvik eden düzenlemeler yapılmasında fayda vardır.

İlk derece mahkemesi kararlarının istinaf ve temyiz incelemelerinin yapıldığı yüksek mahkemelerde, Anayasa'ya aykırılık iddiasının norm denetimi yoluyla, bireysel başvuruların da bireysel başvuru yoluyla incelendiği Anayasa Mahkemesinde ise karşıoylar, mahkemelerin içtihadının gelişimi için kıymet taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesinin norm denetiminde ve bireysel başvurularda verdiği kararların şekillenmesinde Başkan Zühtü Arslan'ın da önemli rol üstlendiğini belirtmek gerekir. Bu çalışma kapsamında yer verdiğimiz karşıoy gerekçeleri değerlendirildiğinde, hukuki görüş olarak istikrarlı biçimde benzer hususlara dikkat çektiğini tespit etmek mümkündür. Örneğin mülkiyet hakkı ile ilgili ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kapsam ve içerik alanı ile ilgili Başkan Zühtü Arslan öncü karşıoy gerekçesi yazdıktan sonra, bu gerekçelere atıf yapmakla iktifa etmektedir. Yukarıda detaylı bir şekilde ele aldığımız üzere, bu istikrar hukuki güvenlik ilkesi bakımından olumlu yorumlanabilir.

Çalışmada yer verilen kararlarda da görüleceği üzere Sayın Arslan, akademik birikimini gerek kendisinin çoğunluk arasında yer aldığı Mahkemenin karar gerekçelerine, gerekse azınlıkta kaldığı ve karşıoy gerekçesi yazdığı kararlarına güçlü bir şekilde yansıtmıştır. Kararlardaki ve karşıoy gerekçelerindeki hukuki görüşler, Mahkemenin içtihadi birikiminin zenginleşmesine yol açmış ve Mahkemenin gelecekteki kararlarına da ışık tutmuştur.

Bu çalışmada, özellikle yüksek yargı ve Anayasa Mahkemesi için yeni bir çalışma metodu olarak John Rawls'ın "bilgisizlik perdesi" varsayımından esinlenerek bazı önerilerde bulunduk. Bu kapsamda, heyetli çalışan mahkemelerin benzer nitelikteki dosyaları değerlendirmeye almadan önce, somut olaydan bağımsız bir müzakere atmosferine başvurulabileceğine, müzakere esnasında güncel doktriner tartışmaların, ulusal ve uluslararası içtihadî yeniliklerin gündeme getirilerek konu hakkında etraflıca tartışma yapılmasının önemine değindik. Bu kapsamda, nihai olarak Başkan Zühtü Arslan'ın da ge-

rek norm denetimi gerekse bireysel başvuru kararlarında "bilgisizlik perdesinin" olumlu etkilerini gözlemlediğimizi belirtmek isteriz.

Şüphesiz, ilk derece mahkemeleri için geçerli olan iş yükü, günümüzde yüksek yargı ve Anayasa Mahkemesi için de geçerliliğini korumaktadır. Ancak uygulanabilir koşullar altında bu çalışmada önerilen müzakere yöntemi ile mahkeme kararlarının daha adil, karşıoyların da daha ufuk açıcı içeriklere kavuşacağını öngörmekteyiz.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

ABRAMOWICZ, Michael (2000). "En Banc Revisited", *Columbia Law Review,* C. 100., S. 6., ss. 1600-1603.

ARSLAN, Zühtü (2022). *17 Ekim 2022 tarihli Anayasa Mahkemesi üyesi Muhterem İnce'nin Yemin Töreni Konuşması*, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-muhterem-ince-nin-and-ic-me-toreni-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 2/11/2023)

BAHADIR, Ali (2018). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Etkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 35., S. 1., ss. 135-145.

BELLEAU, Marie Claire ve JOHNSON, Rebecca (2017). "Focus Feature: Dissent: Ten theses on dissent", *University of Toronto Law Journal,* C. 67., S. 2., ss. 156-174.

BICKEL, Alexander M. (1957). *The Unpublished Opinions of Mr.Justice Brandeis*, Cambridge: Harvard University Press.

CARTER, Jesse W. (1953). "Dissenting Opinions", *Hastings Law Journal*, C. 4., S. 2., ss. 118-123.

EREM, Faruk (1996). *Bir Ceza Avukatının Anıları*, Ankara: Çark Kitabevi Yayınları.

ERDOĞAN, Mustafa (2005) "Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi", *AÜHFD*, C. 54., S. 3., ss. 58-79.

GÖNÜL, Mustafa (1995). "Türk Anayasa Yargısında Karşıoy", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 28., S. 2., ss. 11-27.

GÖREN, Zafer (2020). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

HABERMAS, Jürgen (2009). Aklın Kamusal ve Aleni Kullanım Yoluyla Uzlaşma: John Rawls'ın Siyasal Liberalizm Üzerine Düşünceler, içinde Özbank, Murat (Der.), *Rawls-Habermas Tartışması:Neden Demokrasi? Nasıl İstikrar?* (ss. 43-75), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı,* Ankara: Yetkin Yayınları.

KELEMEN, Katalin (2018). *Judicial Dissent in European Constitutional Courts: A Comparative and Legal Perspective*, New York: Routledge.

KELSH, John P. (1999). "The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court 1790-1945", *Washington University Law Quarterly*, C. 77., S. 1., ss. 137-181.

KORUCU, Serdar (2014). *Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayınları.

L'HEUREUX-DUBÉ, Claire (2000). "The Dissenting Opinion: Voice of the Future?", *Osgoode Hall Law Journal*, C. 38., S. 3., ss. 495-517.

NOZICK, Robert (2015). *Anarşi Devlet ve Ütopya*, Oktay, Alişan (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

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

RAWLS, John (1999). *A Theory of Justice,* Revised Edition, Cambridge: Harvard University Press.

RAWLS, John (2007). *Siyasal Liberalizm*, Bilgin, Mehmet Fevzi (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* S. 151., ss. 1-27.

ŠIMÁČKOVÁ, Kateřina (2021). Dissenting Opinions in Constitutional Courts:A Means of Protecting Judicial Independence and Legitimising Decisions, içinde *The Rule of Law in Europe-Vision and Challenges*, Strasbourg.

URAN MURPHY, Peri (2019). "Anayasa Yargısında Karşıoyun Rolü ve Önemi Üzerine Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17., S. 195., ss. 1173-1201.

VERMEULE, Adrian (2001). "Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law", *The Yale Law Journal,* C. 111., S. 2., ss. 399-433.

WOLFF, Jonathan (1996). *An Introduction to Political Philosophy,* Oxford: Oxford University Press.

YILDIRIM, Akif (2022). "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkı", *AÜHFD*, C. 71., S. 4., ss. 1691-1748.

YOLCU, Serkan (2021). *Yargıçların Görüş Ayrılığı Sorunu: Anayasa Hukukunda Karşıoy*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Bireysel Başvuru ve Norm Denetimi Kararları:

Fuat Fettahoğlu [GK], B. No: 2019/33972, 17/5/2023.

Yağmur Erşan [GK], B. No: 2018/36451, 27/10/2021.

Gülistan Atasoy ve diğerleri [GK], B. No: 2017/15845, 21/1/2021.

Mohamed Kashet ve diğerleri [GK], B. No: 2015/17659, 20/6/2019.

Uğurlu Gazetecilik Ltd. Şti. Başvurusu (2) [GK], B. No: 2016/12313, 26/12/2019.

Erol Kesgin [GK], B. No: 2015/11192, 30/5/2019.

Kadri Ceyhan [GK], B. No: 2014/1924, 17/5/2018.

Mehmet Murat Sabuncu [GK], B. No: 2016/50969, 2/5/2019.

İzzettin Alpergin [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015.

Hüseyin Şahin [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014.

Bayram Özkaptanoğlu [GK], B. No: 2013/1015, 8/4/2015.

Kamil Koç, B. No: 2012/660, 7/11/2013.

Eyyüp Güneş [GK], B. No: 2017/28308, 21/10/2021.

Gülseren Çıtak [GK], B. No: 2020/1554, 27/4/2023.

AYM, E.2014/89, K.2015/3, 14/1/2015.

AYM, E.2017/103, K.2017/108, 31/5/2017.

AYM, E.2017/97, K.2017/148, 1/11/2017.

AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019.

AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020.

AYM, E.2018/119, K.2020/25, 11/6/2020.

AYM, E.2019/31 K.2020/5, 23/1/2020.

AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022.

AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/9/2022.

Basri BAĞCI
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ OBJEKTİF İŞLEVİ (ETKİSİ)

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru dosyalarında verdiği bir kısım ihlal kararlarının gereklerinin ilk derece mahkemeleri tarafından açık bir dille yerine getirilmeyeceğinin ifade edildiğini görünce konuya yabancı bir insanın aklına bu kararların bağlayıcı olup olmadığına dair tereddütlerin gelmesi gayet doğaldır.

İlgili olduğu somut olayda dahi bağlayıcılığı konusunda tereddütler yaşanan bir ihlal kararının benzer durumlara teşmil edilerek onlar açısından da bağlayıcı olacağını iddia etmek bu bakış açısıyla çok zor gözükmektedir.

Dahası kararların subjektif bağlayıcılığını dahi sorgulanır kılan bu yaklaşım insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla ihdas edilmiş bireysel başvuru kurumunu öngörülenin aksine etkin olmaktan çıkartıp dekoratif bir düzeye indirgemektedir.

Neyse ki gerek pozitif hukuktaki düzenlemeler gerekse on yılı aşkın bir süredir hukuk aleminde edindiği yer, bireysel başvuru kurumunun genel olarak olması gereken istikamette geliştiğini, kararlarının subjektif bağlayıcılığıyla ilgili yaşanan tartışmaların istisnai nitelik arz etiğini göstermektedir.

Bu çalışmada bireysel başvurularda verilen ihlal kararlarının bağlayıcılığı, işlevi ve etkileri üzerine bir değerlendirme yapılacaktır. Özellikle kararların objektif bağlayıcılığı, işlevi ve etkileri üzerinde durularak öncelikle terminoloji ve anlamlandırma konusu ele alınacaktır. Kararların subjektif ve objektif olarak bağlayıcılığı, işlevi ve etkileri değerlendirilirken bunların var olup olmadıklarına ve mahiyetlerine dair tartışma yapılacaktır.

Bireysel başvuru kurumunun genel anlamda fonksiyon icra edebilmesinin en önemli araçlarından olan kararların objektif işlevi özellikle irdelenerek bu fonksiyonun yerine getirilmesine hizmet eden kurum ve uygulamalar gözden geçirilecektir.

Çalışmanın son bölümünde ise ihlal kararlarının objektif işlevi noktasında yeni bir yaklaşımı ortaya koyan *İbrahim Er ve diğerleri*[1] kararına ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

A- Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Bağlayıcılığı İşlevi ve Etkisi

Anayasa Mahkemesinin (AYM) bireysel başvuruda verdiği kararların başvuruya konu somut olayda kamu gücünü kullanan merci açısından (inter partes) bağlayıcılığı[2] ve subjektif işlevinin (etkisinin) varlığı noktasında genel olarak bir tereddüt bulunmamaktadır[3]. Ancak konu kararın benzer olaylara uygulanmasına yani objektif işleve (erga omnes) geldiğinde tartışmalar gündeme gelmektedir[4].

Bu bağlamda kararların objektif işlevi ve bağlayıcılığı olduğunu çok net bir şekilde dile getirenlerin varlığı yanında, kararların sadece somut olayın ilgilileri açısından hüküm ifade ettiği, benzer diğer davalar açısından bağlayıcılığı ve işlevi olamayacağı fikrini savunanlar da bulunmaktadır[5]. Bu durum

1 *İbrahim Er ve diğerleri* [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023

2 Hamdemir, B. (2018a). "1982 Anayasası ve 6216 sayılı Kanun Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı: Bir Örnek Karar İncelemesi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10., S. 106., s. 14

3 Bugüne kadar AYM'nin bireysel başvuruda verdiği 4 kararın gerekleri muhatap mahkemeler tarafından açıkça yerine getirilmemiştir. İlk derece mahkemelerinin ihlal kararlarının gereklerini yerine getirmeme konusunda sunduğu gerekçeler "Gerekçeli ihlal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmadığı veya kendilerine tebliğ edilmediği, AYM'nin yetkisini aştığı, kendilerinin yerine geçerek yargılamanın esası ile ilgili karar verdiği, yerindelik denetimi yaptığı, delillerle ilgili takdir ve değerlendirmede bulunduğu, beraat kararı anlamını taşıyabilecek karar verdiği" şeklindedir. *Şahin Alpay (2)*, B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 18.

4 Akçil, Y. (2022). "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., s. 1.

5 Karan, U. (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, s. 58. Diğer taraftan objektif bağlayıcılığın bulunmadığını savunanlar (Çorum, İ. (2020). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 43; Hamdemir, B. (2018b). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, 2. B., Ankara: Seçkin Yayınları, s. 29) yanında objektif bağlayıcılığın bulunduğunu savunanlar da vardır (Özbey, Ö. (2013). *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, 2. B., Ankara: Adalet Yayınevi, s. 340-345). AYM kararlarının sadece subjektif etkilerinin bulunduğuna dair görüşlerin bulunduğu Yargıtay kararları: Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 21/4/2014 tarihli ve E.2013/23893, K.2014/9497 sayılı kararı (konuyla ilgili yorum karşı oy yazısında yer almaktadır); Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 18/12/2014 tarihli ve E.2014/17858, K.26028 sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12/1/2016 tarihli ve E.2015/24695, K.2016/361 sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 5/5/2016 tarihli ve E.2016/6766, K.2016/9249 sayılı kararı.
Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 5/5/2016 tarihli ve E.2016/6766, K.2016/9249 sayılı kararı ile bireysel başvurularda verilen kararların objektif etkisinin mantığını ortaya koyan bir yaklaşım sergilemiştir. "Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararları, soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak, sadece başvuruda bulunan

objektif işlevin ve bağlayıcılığın varlığı konusunda yaşanan tereddüdün bir yansımasıdır.

Mevzuatta bireysel başvuru düzenlemesinin ele alınış şeklinin de AYM'nin bu konuda vereceği kararların objektif etkisini (işlevini) kısıtlayıcı etki yapmasına neden olduğu ileri sürülmektedir. Buna örnek olarak da başvuru hakkının sadece kişisel hakkı doğrudan etkilenenlere tanınmış olması, Mahkemenin ihlale neden olan kararları bizzat kaldırma ve düzenleyici işlemleri doğrudan iptal yetkisinin verilmemiş olması gösterilmektedir[6].

Diğer taraftan verilen her kesin kararın hukuk aleminde ifa ettiği objektif (erga omnes) bir etkisi bulunmakta olup[7] bu kesin hüküm etkisinin doğal bir sonucu olduğundan inceleme konumuz dışında bulunmaktadır.

a) Terminoloji Sorunu

Konunun sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi açısından kullanılan terimlerin anlamlandırılmasında fayda bulunmaktadır. Çoğu zaman bireysel başvuru kararlarının "bağlayıcılığı", "işlevi" ve "etkisi" kavramlarının birbiriyle karıştırıldığı görülmektedir[8].

---

kişi ve başvuruya konu idari işlem ya da karar açısından geçerli ve bağlayıcıdır. 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. 5395 sayılı Yasanın 5. maddesinin (1.) fıkrasının (d) bendine dayanan benzer uygulamalarda, bireysel başvuru konusu yapılması hâlinde Yüksek Mahkemece, bundan sonra da hak ihlalinin tespit edileceği ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yolunun açılacağı da muhakkak gözükmektedir. Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye'nin taraf olduğu eki protokollerin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulması asıldır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ikincil nitelikte bir hak arama yoludur. O hâlde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılaması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu hususta bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında, hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması gerekmiştir".

6 Kaya, S. B. (2022). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Etkinleştirilmesi: Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 98-99.

7 Kanadoğlu, K. (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 274-277.

8 Akçil, Y. (2022). s. 1. Doktrinde ŞEKER, KAHRAMAN, ŞAHİN, AÇIKGÜL ve KAYA kararların "objektif etkisi" tabirini kullanırken (Şeker, G. (2021). "Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etkisinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29., S. 1.; Kahraman, M. ve Şahin, M. (2019). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 2.; Açıkgül, H. A. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33.; Kaya, S. B. (2022).), AYM Başkanı ARSLAN ve HAMDEMİR (Hamdemir, B. (2018b).) "objektif işlevi" terimini kullanmaktadır.

Kanaatimizce bireysel başvuruda verilen kararlarının (özellikle ihlal kararlarının) bağlayıcılığı ve bu kararların işlevlerinin (etkilerinin) birbirinden ayrılarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Verilen bir kararın bağlayıcılığı daha somut hukuki düzenlemelerin varlığını[9] ve kararın gereklerini yerine getirecek muhatapların net bir şekilde belirli olmasını zorunlu kılarken kararların işlevi (etkisi) net hukuki düzenlemeler olmaksızın hukuk düzeninde bir fonksiyon icra etmesi anlamına gelmektedir.

Kararların bağlayıcılığı ve işlevinin (etkisinin) birbirinden tamamen farklı olduğunun bilinmesinde fayda vardır. Bu iki kavramın subjektif ve objektif olarak ayrıma tabi tutulması konunun daha kolay anlaşılması ve değerlendirilmesine yardımcı olacaktır.

Bir kararın subjektif bağlayıcılığı denildiğinde bireysel başvuruya konu somut olay bağlamında verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmesinde, kendilerine doğrudan mükellefiyet yüklenen süjelerin durumları akla gelmektedir.

Objektif bağlayıcılık ise somut başvuruya konu olayın gelecekte benzerlerinin meydana gelmesi durumunda (veya meydana gelmemesi için) ihlal kararında belirtilen yükümlülüklerin bireysel başvuru konusu olmaksızın yerine getirmesini ifade etmektedir. Bu aşamada objektif bağlayıcılık noktasında yapılması gerekenler ile subjektif bağlayıcılık açısından yapılması gerekenler birbirinden farklılaşmaktadır.

Subjektif bağlayıcılığın yerine getirilmesi için yapılması gerekenler "şahsın serbest bırakılması", "tazminat ödenmesi" veya "yargılamanın yenilenmesi" gibi faaliyetler iken objektif bağlayıcılık açısından yapılması icap edenler; mevzuatın, içtihadın veya idari uygulamaların değiştirilmesi gibi daha genel nitelik arz eden faaliyetlerdir[10].

Kararların bağlayıcılığından farklı olarak bir de kararların subjektif ve objektif işlevi (etkisi) terimlerinin ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu bağlamda subjektif işlev (etki) başvuru konusu somut olayda ihlal kararının yerine getirdiği fonksiyon, objektif işlev (etki) ise başvuru konusuna benzer olaylara kararın etkisinin ne olduğu veya olacağı hususuyla ilgilidir[11].

"İşlevi" ve "etki" kavramlarından hangisinin kullanılmasının daha yerinde olacağı konusundaki tercihimiz "işlev" teriminden yana olacaktır. Zira kullanım amacı oluşturduğu tesirden ziyade yerine getirdiği fonksiyonu kastettiğinden "işlev" tabirinin daha yerinde olduğunu değerlendiriyoruz[12].

9 Açıkgül, H. A. (2016). s. 128.
10 Kaya, S. B. (2022). s. 97
11 *K.V.* [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, § 52; *F.N.G.*, B. No: 2014/11928, 21/6/2017, § 37.
12 Hamdemir, B. (2018b). Bireysel başvurunun biri subjektif biri de objektif olmak üzere iki

Bireysel başvurularda verilen ihlal kararlarının subjektif bağlayıcılığının ve subjektif işlevinin varlığı konusunda genel bir kabul vardır.

Bugüne kadar ilk derece mahkemeleri tarafından bir kısım başvurularda açıkça AYM kararlarına uyulmadığı gözlemlenmiştir[13]. Subjektif bağlayıcılığın açıkça ihlal edildiği bu kararların (yerine getirilmeme) gerekçeleri hukuki dayanaktan yoksun olmakla birlikte, bu durum ayrıca yeni bir ihlal sebebi de oluşturmaktadır[14].

Diğer taraftan yeniden yargılama kararı verilmesi durumunda muhatap mahkemelerin bunun gereğini yerine getirmek dışında tercih edebilecekleri ikinci bir yol da bulunmamaktadır[15].

Bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların yerine getirilmemesinde genel olarak üç farklı tavır takınıldığı gözlemlenmektedir. Bunlardan ilki "açıkça ret" ikincisi "icranın zamana yayılarak etkisizleştirilmesi", sonuncusu ise "kısmi icra edilerek" yerine getirmeme şeklindedir[16].

Diğer taraftan Anayasa'nın 153/son maddesinde yer alan "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar*" şeklindeki düzenleme karşısında subjektif bağlayıcılığa muhatap olan makamın kararın gereklerini yerine getirmek dışında başkaca bir tercihte bulunma imkânı bulunmamaktadır[17].

İhlale hükmedilen bireysel başvuru kararlarında, kararın gereklerinin yerine getirilmesi için seçilen muhatap mahkemenin hangisi olacağı kimi zaman tartışma konusu olabilmektedir[18]. *Kadri Enis Beberoğlu (2)*[19] başvurusunda ihlale neden olan karar Yargıtay 16. Ceza Dairesine ait olmasına ve süreç içerisinde istinaf dairesi de fonksiyon icra etmesine rağmen ihlalin giderilmesinde muhatap olarak İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin seçilmesi

---

işlevi vardır. Subjektif işlev, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilmesi objektif işlev ise Anayasa ile kurulan hukuk düzeninin korunmasıdır. (a.g.e. s. 395)

13 *Şahin Alpay* [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018; *Şahin Alpay (2)*; *Aligül Alkaya ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1138, 27/10/2015, *Kadri Enis Berberoğlu (2)* [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

14 *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019. Akçil, Y. (2022). s. 11. Bireysel başvuru kararlarının muhatap mahkemeler tarafından yerine getirilmemesi durumunda TCK. 257. maddesindeki suçun oluşabileceği ifade edilmektedir. (Kanadoğlu, K. (2005). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 264),

15 Karan, U. (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 121.

16 a.g.e. s. 242.

17 Göztepe Çelebi, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33., s. 96; Şeker, G. (2021). s. 671; Hamdemir, B. (2018b). s. 398.

18 Karan, U. (2018). s. 192.

19 *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 140.

eleştiri konusu olmuştur[20]. Hâlbuki AYM'nin bu konudaki tercihi çok basit ve pratik bir gerekliliğe dayanmaktaydı o da ihlale sebep olan vakıanın bir an önce giderilmesi için ihlal kararı verildiği anda dosyayı elinde bulunduran mahkemenin muhatap seçilmesidir. Somut olayda ihlal kararı verildiği anda dosya İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinde bulunuyordu ve bu mahkeme ihlalin giderilmesi konusunda yapılması gereken işlemleri yapma yetkisini de haizdi. Kaldı ki muhatap olarak seçilen makam bir sebeple dosya ile hukuki ve fiilî bağlantısını kesmiş bile olsa ihlal kararının gereğinin yapılması için talebi dosyayı elinde bulunduran merciye göndermesinde hukuki bir engel de bulunmamaktadır. Burada amaç sonu gelmez yetki tartışmalarına neden olmak değil ihlale neden olan durumun bir an önce giderilmesidir.

Diğer taraftan Anayasa'nın 153/son maddesinde yer alan hüküm bireysel başvuru kurumunun hukuk sistemimize dâhil olmasından önceki hâliyle ve özellikle norm denetimi sonucunda verilen kararlara yönelik olarak ihdas ve muhafaza edilmiş olsa da bireysel başvuru kararlarını da kapsadığında[21] ve mevcut hâliyle bireysel başvuru kararlarının subjektif bağlayıcılığa sahip olduğu konusunda da bir tereddüt bulunmamaktadır.

Sorun norm denetimleri neticesinde verilen kararların sahip olduğu objektif bağlayıcılık etkisinin bireysel başvuru kararları açısından da geçerli olup olmadığı noktasındadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında "Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi bireysel başvuruları inceleyen Bölüm kararları da yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır" derken[22], aksi yöndeki bir değerlendirmeyi de Yargıtay 2. Hukuk Dairesi "*Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararları, soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak, sadece başvuruda bulunan kişi ve başvuruya konu idari işlem ya da karar açısından geçerli ve bağlayıcıdır*"[23] denilmek suretiyle dile getirilmiştir.

Diğer taraftan doktrinde bireysel başvuruda verilen kararların norm denetiminde verilen kararlar gibi genel bağlayıcılık etkisine sahip olduğunu savunan görüşlerde bulunmaktadır[24].

Bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarının kesin hüküm oluşturduğu ve subjektif bağlayıcılığı konusunda norm denetiminde verilen kararlar ile aynı

20 Independent Türkçe. (2020). "Eski İstinaf Mahkemesi Başkanı Kaymaz: AYM, Enis Berberoğlu kararını yanlış mahkemeye gönderdi; yeniden yargılama başvurusu istinafa yapılmalıydı", 16 Ekim 2020, https://www.indyturk.com/node/258591/haber/eski-i%CC%87stinaf-mahkemesi-ba%C5%9Fkan%C4%B1-kaymaz-aym-enis-berbero%C4%9Flu-karar%C4%B1n%C4%B1-yanl%C4%B1%C5%9F (Erişim Tarihi: 26/9/2023)

21 Göztepe Çelebi, E. (2016); Şeker, G. (2021). s. 671.

22 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28/4/2015 tarihli ve E.2013/9-464, K.2015/132 sayılı kararı.

23 Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 5/5/2016 tarihli ve E.2016/6766, K.2016/9249 sayılı kararı.

24 Kahraman, M. ve Şahin, M. (2019). s. 47; Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 98.

düzeyde olduğunu kolaylıkla söylenebilirse de[25], benzer tespitin objektif bağlayıcılık açısından yapılması kolay değildir.

Öncelikle norm denetimi ve bireysel başvuru kurumlarının kendilerine özgü yapıları bu farklılığın temelini teşkil etmektedir. Norm denetiminde verilen bir iptal kararı normu ortadan kaldırdığından bu norma dayanarak işlem icra etmek doğal olarak imkânsız hâle gelecektir. İşlem icrası öncesi kontrol edilmesi gereken husus hukuki dayanak olarak normun var olup olmadığıdır. Var olmayan bir normun var gibi uygulanması ise açık bir hukuka aykırılığa sebebiyet verecektir. Bu ise idari, cezai ve hukuki sorumluluklara neden olabilecektir. Var olmayan bir normu uygulamak mümkün olamayacağından objektif etki kendiliğinden ve pratik bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Diğer taraftan bireysel başvuruda verilen kararların objektif bağlayıcılığının sağlanması konusunda hukuki ve fiilî birtakım engeller bulunmaktadır. Öncelikli olarak verilen bir ihlal kararının somut başvuru ile ilgisi bulunmayan kişi ve kurumlar açısından mutlak bir bağlayıcılığın hemen sağlamasını beklemek çok gerçekçi değildir. Bu bağlamda öncelikle muhataplık sorunu karşımıza çıkmaktadır[26].

Subjektif bağlayıcılık konusunda muhataplar bizzat AYM tarafından belirlenmekte ve yapmaları gereken hususlar doğrudan kendilerine iletilmektedir. Objektif bağlayıcılık noktasında ise muhatapların birey veya kurum olarak belirlenmesi çok kolay değildir. Anayasa'nın 153/son maddesinde zikredilen yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının, gerçek ve tüzelkişilerin tamamının yayımlanan tüm kararların muhatabı olduğu teorik olarak iddia edilebilirse de bundan kısa süre içerisinde kesin ve pratik bir çıktı beklemek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi *Sevim Akat Ekşi* kararında[27] kadının evlilik birliği içerisinde münhasıran kendi soyadını kullanma talebinin reddedilmesini Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olarak nitelendirip ihlalin ortadan kaldırılması için yeniden yargılama kararı vermek suretiyle ihlalin giderilmesini ilk derece mahkemesinden istemiştir.

İhlal Anayasaya uygun yorum yapma imkânı vermeyen Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmasına rağmen AYM bunun değiştirilmesi için yasama organına bir çağrıda bulunmamıştır. Mahkeme sonradan verdiği kararlarında da aynı tavrı takip ederek ihlal kararları vermeye devam etmiş ancak bütün kararlarında ilk derece mahkemelerinden yeniden yargılama yapmalarını istemiştir[28].

25 a.g.e. s. 98.
26 a.g.e. s. 97.
27 *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.
28 *Gülsüm Genç*, B. No: 2013/4439, 6/3/2014; *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.

Yargıtay, AİHM'nin[29] ve AYM'nin bu kararlarını gözetip içtihat değişikliğine giderek kadına evlilik birliği içerisinde kendi soyadını kullanma imkânı tanımıştır. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarında muhatap olarak ilk derece mahkemelerini seçmiş olmasına rağmen bu kararların objektif işlevi açısından yasama organına, Yargıtaya ve idari mercilere yönelik özel bir girişimde bulunmamıştır. Bunlardan sadece Yargıtay, AYM kararlarını gözeterek içtihadını değiştirmiştir[30]. Yasama organı TMK'nın 187. maddesine müdahale etmemiş, idare ise eski tavrını değiştirmemiştir. Nihayetinde İstanbul 8. Aile Mahkemesinin itiraz başvurusu sonucu TMK'nın 187. maddesi 22/02/2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından dokuz ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir[31].

Bu örnekten hareketle Anayasa Mahkemesinin kararların objektif işlevinin temin edilmesi noktasında daha aktif bir tutum takınması gerektiği söylenebilir[32].

Diğer taraftan AYM ile diğer yargı mercileri arasında spesifik bir konuda görüş ayrılıklarının oluşması ve bunun bir süre devam ettirilmesi karşılaşılan bir durumdur[33]. Bu gibi durumlarda kurumlar arası iletişim ve iş birliğinin önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerini önceden izin alma şartına bağlı tutan bir mülki amirin uygulamasına yönelik olarak verilen ihlal kararlarından sonra tüm mülki amirlerin bu uygulamadan hemen vazgeçmesini beklemek makul ancak gerçekçi bir beklenti olmayacaktır. Zira bu beklentinin gerçekleşmesi için AYM'nin tüm valilikleri muhatap alarak kararını bildirmesi ve onlardan uygulama değişikliğini hayata geçirmesini istemesi gerçekçi bir davranış şekli değildir.

Bu konuya ilişkin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasının hemen ardın-

29 *Ünal Tekeli/Türkiye*, B. No: 29865/96, 16/11/2004; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye*, B. No: 7971/07, 28/5/2013; *Tuncer Güneş/Türkiye*, B. No: 26268/08, 3/10/2013; *Tanbay Tüten/Türkiye*, B. No: 38249/09, 10/12/2013.

30 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30/9/2015 tarihli ve E.2014/889, K.2015/2011 sayılı kararı.

31 AYM, E.2022/155, K.2023/38, 22/2/2023.

32 Kaya, S. B. (2022). s. 232.

33 Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 104. "Almanya'da da AYM ile diğer mahkemeler arasında kronikleşen görüş farklılıkları bulunabilmektedir: Brokdorf kararı, FAYM ile derece mahkemeleri arasındaki gerilimli ilişkinin de bir örneğini oluşturmaktadır. Kuzey Ren Vestfalya eyaletindeki Münster Yüksek İdare Mahkemesi ile FAYM'nin 1. Komisyonu arasında uzun yıllardır süregelen ve hâlâ kesin çözüme bağlanamamış içtihat farklılığı, anayasa hukuku literatürünün klasik örneklerinden birisi hâline gelmiştir. Nazilerin gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasının anayasal dayanakları konusunda iki mahkeme arasındaki görüş farklılığı ve Yüksek İdare Mahkemesinin, kararlarını kaldıran 1. Komisyon kararlarına rağmen ısrarla aksi yönde kararlar vermeye devam etmesi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve icrası sorununun basit bir cevabı olmadığının güzel bir örneğini oluşturmaktadır."

dan, norm denetiminde verilen iptal kararlarının oluşturduğu gibi, uygulamayı hemen değiştiren bir etki ortaya çıkmayacaktır.

Bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra ihlale sebep olan davranış şeklini yine sergileyen bir mülki amirin hukuki durumu, subjektif bağlayıcılığa muhatap olan ve yükümlülüğünü yerine getirmeyeninki ile aynı düzeyde de olmayacaktır, zira objektif bağlayıcılığı net bir şekilde ortaya koyan ve ihlalini açıkça müeyyideye bağlayan hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır[34].

AYM'nin verdiği bireysel başvuru ihlal kararlarının genele şamil şekilde hayata geçirilmesi aslında kararların objektif bağlayıcılığının değil kararların objektif işlevinin konusudur. İşte tam bu noktada kararların istenen etkiyi ortaya koyabilmesi için aranacak gerekliliklere bir göz atılmalıdır. Kuruma duyulan güven, kararların tatmin edici gerekçeleri ihtiva etmesi ve mantık örgüsünün sağlamlığı, muhatap kurumlarla oluşturulacak iletişim ve iş birliği bu bağlamda büyük önem taşımaktadır[35]. Diğer taraftan uygulamayı değiştiren ve ilkesel öneme sahip kararlar öncelikle AYM tarafından tavsif edilmeli ve muhatap kurumlar ile bu bağlamda paylaşılmalıdır.

Bireysel başvuru kararlarının objektif işlevinin bulunup bulunmadığına dair bir tartışma kanaatimizce kararların subjektif bağlayıcılığının olup olmadığı tartışması kadar gereksizdir. Anayasa hükümleri ne kadar bağlayıcı ise somut olayda verilen karar ilgililerini de o derecede bağlar[36]. Bu tespit, kararların objektif işlevinin varlığına da delalet etmektedir. Zira verilen her bir kararın subjektif bir işlevi yanında bireysel başvuru kurumunun ihdas edilmesinden beklenen objektif bir işlevi de bulunmaktadır[37]. Kurumun ihdas edilmesindeki amaç Kanunun gerekçesinde "temel hak ve özgürlük ihlallerinin iç hukukta ortadan kaldırılması ve buna bağlı olarak Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sayısının azaltılması" olarak ifade edilmiştir[38].

Bu bağlamda objektif işlevini yerine getirmesi için ihdas edilen birçok hukuki düzenleme de bulunmaktadır. Bunlar arasında pilot karar usulü, yasam organına bildirimde bulunulması, feragate rağmen karar verilebilmesi, anayasal önem yokluğunda düşme kararı verilmesi, ihlal kararlarının Adalet Bakanlığına bildirilmesi, kararların Resmî Gazete'de ve Mahkeme internet

34 Baymuş, T. ve Acar, E. (2023). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı Üzerine Bir Değerlendirme", *Dumlupınar Üniversitesi İİBF Dergisi*, S. 11., s. 127.

35 Göztepe Çelebi, E. (2016) s. 96; Ruiz Almendral, V. (2016). "Bireysel Başvurulara ilişkin Kararların İnfazı: İspanya Tecrübesi", *Anayasa Yargısı*, C. 33., s. 67; Maidowski, U. (2016). "Anayasa Şikâyetlerine İlişkin Kararların İnfazı", *Anayasa Yargısı*, C. 33., s. 48.

36 Karan, U. (2018). s. 242.

37 Akçil, Y. (2022). s. 5

38 7/5/2010 Tarihli 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Gerekçesi. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c066/tbmm23066088ss0497.pdf (Erişim Tarihi: 9/10/2023)

sitesinde yayımlanması, ikincillik ilkesi gibi kurum ve uygulamalar sayılabilir. Bu sayılanlar objektif işlevin varlığına delalet eden kurumlar olarak değil onun hayata geçirilmesinin aparatları olarak değerlendirilmelidir.

Bireysel başvuru kararlarının verildiği olayla ilgili sınırları aşarak genel bir fonksiyon icra etmesi, ihdasında güdülen amaçlar nazara alındığında gayet doğal olmakla birlikte, bireysel başvuru kurumunun isminde yer alan "birey" vurgusundan olsa gerek kurumu tanımlayan hiçbir müellif kurumun objektif işlevine bir vurgu yapmamaktadır[39]. Hâlbuki hukukumuzda bireysel başvurunun ihdas edilme şekli itibarıyla objektif işlevi ön plana çıkartılmadan kendisinden beklenen faydanın hayata geçirilmesi ihtimal dâhilinde değildir.

on beş kişiden oluşan bir mahkemenin tek başına ülkede oluşacak hak ihlallerine engel olması bireysel başvuru kararlarının objektif işlevi olmadan mümkün değildir. Diğer yandan oluşan her bir ihlalin giderimi için bireysel başvuru yoluna müracaat zorunda kalınması işlevsel bir yaklaşım olmayacaktır[40].

AYM norm denetimindeki tekelciliğine rağmen bireysel başvuruda bu yetkisini diğer yargı organları ile paylaşmaktadır[41]. Bunun doğal sonucu olarak ihlale sebep olan konuların tekrar tekrar AYM önüne gelmesine gerek yoktur[42]. Diğer taraftan kamu gücü kullanan birimler tarafından ihlal ile sonuçlanacağını bilerek aynı hukuksuzluğun camdan geçmeye çalışan kelebek misali birçok kez yinelenmesi de mantıklı değildir.

Diğer taraftan ikincillik ilkesi AYM'nin bireysel başvurunun objektif işlevini yerine getirmesinde sigorta görevi de görmektedir. Nitekim geçici komisyonların kurulduğu dönemler haricinde "makul sürede yargılanma" şikâyetlerine ilk elden bakma çabasında olan Mahkeme bu yükün oluşturduğu ağırlığın diğer fonksiyonlarını olumsuz etkilediğini fark ederek konuya ilişkin tavrını değiştirme cihetine gitmiştir[43].

b) Mahkemenin Verdiği Kararları İcra Edecek Bir Birimin Olmaması

Mahkemenin etkinliğine dair yapılan değerlendirmelerin önemli bir başlığı da verilen kararların icrasından sorumlu bir organın yokluğunun oluşturduğu zafiyete ilişkindir[44]. Hâlihazırda Genel Sekreterlik Makamı verilen kararların takibini yapmakla birlikte bu takip yıllık rapor hazırlamak şeklinde edilgen bir nitelik arz etmektedir[45].

39 Hamdemir, B. (2018b). s. 23-24.
40 Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 100.
41 Kaya, S. B. (2022). s. 183-184.
42 Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 100.
43 *Keser Altıntaş* [GK], B. No. 2023/18536, 25/7/2023.
44 a.g.e. s. 106.
45 30/3/2011 Tarihli ve 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 23/3-d maddesi.

Bu konuya ilişkin bir infaz merciinin ihdas edilmesi şeklindeki beklenti verilen ihlal kararlarının subjektif bağlayıcılığına ve subjektif işlevine yönelik fonksiyon icra edecek niteliktedir. Mevcut infaz kanunlarına bakıldığında gerek 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda ve gerekse 5275 sayılı Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da yer alan mekanizmaların tamamen kararların subjektif bağlayıcılığı ve işleviyle ilgili fonksiyon icra ettiği görülmektedir.

İspanya örneğinde olduğu gibi kararların infaz edilmemesi durumunda muhataplarına para cezası verilmesi veya görevden uzaklaştırılması gibi uygulamalar kararların subjektif bağlayıcılığını sağlamaya yönelik yaptırım örneklerindendir[46].

AYM açısından ihdas edilecek bir infaz organının asli işlevi de öncelikli olarak subjektif bağlayıcılık noktasında olacaktır. İnfaz için bir kurumun ihdas edilmesi veya var olan bir birime bu görevin verilmesi durumunda, objektif etkinin tam olarak temini için, bu kurumun genel düzenleme yapma yetkisine sahip kurumlara tesir etmesi de gerekecektir.

Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde ayrı organa ihtiyaç duyulmaması gerektiği, tüm kamu makamlarının kararların yerine getirilmesinden sorumlu olduğu ifade edilmektedir[47].

Diğer yandan sayın Akçil'in de ifade ettiği gibi kararların objektif etkisi (işlevi) noktasında bir organa ihtiyaç da bulunmamaktadır. Zira diğer yüksek yargı organlarının da kanunlarında yer alan içtihat birliğini sağlama bağlamındaki görevlerini yerine getirmeleri için ihdas edilmiş özel bir infaz mercii bulunmamaktadır[48].

Bütün bu mekanizmaların yanı sıra objektif işlevin tam olarak yerine getirilmesinin en önemli gerekliliği hukuk devletine ve Anayasa'nın üstünlüğüne olan inançtır.

B- Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda Verdiği Kararların Objektif İşlevini Destekleyen Hukuki Kurum ve Uygulamalar

a) Pilot Karar Usulü

Başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığının, yaygın bir sorun teşkil ettiğinin ve gelecekte birçok bireysel başvuru yapılmasına neden olacağının tespit edilmesi hâlinde, AYM İçtüzüğü'nün 75. maddesinde düzenlenen "pilot karar" usulünü devreye sokabilmektedir. Bu müessese mahkeme kararlarının objektif işlevini takviye eden kurumlardandır.

46 Ruiz Almendral, V. (2016). s. 68.

47 Gürseler, İ. G. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33., s. 121.

48 Akçil, Y. (2022). s. 25.

Pilot karar uygulamasına Mahkeme resen karar verebileceği gibi, Adalet Bakanlığı veya başvurucunun istemi üzerine de karar verebilir (İçtüzük 75/2. mad.). Pilot karara konu olacak başvuru gündemin öncelikli işleri arasında sayılır (İçtüzük 75/3. mad.). Bu usulde Mahkeme yapısal soruna neden olan unsurun giderilmesi noktasında alınması gereken tedbirleri belirtir (İçtüzük 75/4. mad.). Çözüm üretilene kadar benzer başvuruları incelemeyi durdurabilir.

Pilot karar ile ilgili uygulamaya bakıldığında Mahkemenin tipik bir objektif işlevi görülmektedir. İnceleme konusu yapılan olayda tespit edilen yapısal sorunun ortadan kaldırılması noktasında bireysel giderime hükmedilirken dosyanın kendi sınırları dışına çıkılarak yapısal sorunun varlığı ile genele şamil çözüm üretilmesine de çalışılmaktadır.

Her ne kadar bugüne değin kullanılmamış olsa da Adalet Bakanlığının pilot karar alınması noktasında talepte bulunma hakkının bulunması, bireysel başvuru kararlarının objektif işlevini destekleyici diğer bir unsurdur.

Mahkeme yapısal sorun gördüğü bir konuda artık dosya bazlı subjektif değerlendirme yapma faaliyetini askıya almaktadır. Pilot karar uygulamasında diğer önemli bir nokta ise Mahkemenin tespit ettiği yapısal sorunun çözümü için yapılması gereken tedbirleri de belirleme yetkisine sahip olmasıdır. Hiç şüphe yok ki Mahkemenin burada sahip olduğu yetki 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 50/1. maddesinde yer alan *"İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir."* düzenlemesindeki yetkisinden daha kapsamlıdır[49]. 50/1. maddede bireysel olarak ihlal edilen hak nedeniyle ihlal öncesi duruma dönülmek amaçlanırken İçtüzük'ün 75/4. maddesinde geleceğe matuf ve genel olarak ihlale neden olan yapısal bir arazın giderilmesi amaçlanmaktadır.

Mahkeme Pilot karar usulüne ilk kez *Y.T.* kararı ile müracaat etmiş[50], 2021 ve 2022 yılları içerisinde ikişer kez olmak üzer toplam beş adet pilot karar vermiştir[51].

---

49 "Yapılması gerekenlere hükmetme tabirinin oldukça geniş yetkiler veren bir tabir olduğunu ifade edilmektedir."

Hamdemir, B. (2018a). s. 11; Kaya, S. B. (2022). s. 63.

50 *YT* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Raporu. (2022). s. 9: *"Kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasının incelendiği Y.T. kararında, başvuruya konu ihlalin idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Karara göre ihlal 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesinde 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklikten kaynaklanmıştır. Söz konusu değişiklikle hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş olanların dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurmaları hâlinde haklarındaki yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı işleminin icra edilememesi kuralına istisna getirilmiştir."*

51 *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021; *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve*

Bu kararların tamamında yasal düzenleme yapılması ihtiyacına vurgu yapılmak suretiyle TBMM'ye çağrıda bulunulmuştur.

Pilot karar usulünün önemli bir sonucu da konu bazlı bir nevi kesin hüküm etkisi oluşturmasıdır. Mahkemenin karara bağladığı bir konuda sonradan önüne gelen benzer olaylarda mahkemenin tavrı belli olduğu hâlde, Mahkeme konuyu tekrar tekrar inceleyerek dosya bazlı karar vermek durumunda olmasına rağmen pilot karar usulünün uygulandığı konularda müteakip ihlal iddialarını en azından belli bir süre boyunca incelemek durumunda kalmamaktadır.

Mahkemenin kesin olarak karara bağladığı bir konuda kesin hüküm etkisinin yine de subjektif düzeyde kaldığı, kesin hüküm gerekçesini öne sürerek tarafı farklı olan benzer konuda karar vermekten kaçınmasının genel olarak mümkün olmadığı söylenebilir[52].

b) Yasama Organına Çağrı Yapılması

Pilot Karar uygulaması olarak nitelendirilmemekle birlikte ihlale neden olan kanuni bir düzenlemenin varlığına bağlı olarak ortaya çıkan ve yapısal sorun niteliği oluşturan bazı durumlarda Mahkeme tarafından yasama organına gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması konusunda çağrıda bulunulmaktadır.

Burada sorun Anayasa'ya uygun yorum yapılmasını engelleyen kanuni bir düzenlemenin varlığından veya eksik bir düzenlemeden kaynaklanmaktadır[53].

Bu uygulamanın örneklerinden bir tanesi *Süleyman Başmeydan*[54] kararında yer almaktadır. Söz konusu kararda başvurucu hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilmesine rağmen kararda yer alan müsadere işleminin deneme süresinin hemen başında yerine getirilmesinin mülkiyet hakkı açısından değerlendirilmesi yapılarak ihlal bulunmuş ve ihlalin HAGB kararı verilmesi hâlinde müsadere kararının ne zaman ve hangi koşullarda yerine getirileceği hususuna dair kanuni düzenlemenin belirsiz olmasından kaynaklandığının tespiti üzerine yasama organına çağrıda bulunma kararı verilmiştir.

Bu kararları pilot karar uygulamasından ayıran en önemli farklılık giderim noktasında dayanılan hukuk normuna ilişkindir. Pilot Karar uygulamasında giderim İçtüzük'ün 75/4. maddesine dayanırken yasama organına çağrı uygulaması 6216 sayılı Kanun'un 50/1. maddesine dayanmaktadır.

---

diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021; *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022; *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

52 Akçil, Y. (2022). s. 25.

53 Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Raporu. (2022). s. 15.

54 *Süleyman Başmeydan* [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

Mahkeme yasama organına çağrıda bulunma uygulamasını *Sabri Uhrağ* [GK], B. No: 2017/34596, 29/12/2020, *Süleyman Kurtel* [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021, *Malaklar İnşaat Taahhüt Gıda Maden Sanayi ve Ticaret A.Ş.* (2), B. No: 2018/3296, 30/6/2021, *Atilla Yazar ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, *Tarık Yüksel [GK]*, B. No: 2019/1255, 10/11/2022 kararlarında da uygulamıştır.

Bu kararların ortak özelliği ihlale neden olan kanuni bir düzenlemenin varlığı veya var olan düzenlemede görülen eksikliktir. Söz konusu bireysel başvurularda yasama organı henüz kendisine yapılan bildirimin gereklerini yerine getirmemekle birlikte sorunun giderilmesi noktasında tek çare yasamanın aktif tutum takınması değildir. Aslında bireysel başvuru incelemeleri sırasında Mahkemenin ihlale neden olan ve Anayasa'ya aykırı olduğunu değerlendirdiği normları tespit etmesi hâlinde bunları iptal yetkisine haiz olabilir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru şikayetini incelerken bir normun anayasaya aykırı olduğunu tespit ederse bunu iptal etme yetkisine haiz bulunmaktadır[55].

İhlalin eksik veya Anayasa'ya uygun yorum yapma imkânı vermeyen bir kanundan kaynaklanması hâlinde yargı organları da konuyu itiraz davasına konu ederek somut norm denetimi yoluyla Mahkemenin gündemine taşıyabilirler.

Nitekim *Sabri Uhrağ* kararında bu durumun fiilî bir uygulaması gerçekleşmiştir.

"Somut olayda derece mahkemeleri başvurucunun Zonguldak Taşkömürü Havzası'nda kalan taşınmazında bölgede yürütülen maden faaliyetleri neticesinde oluşan zararların tazmini için açılan davada kategorik olarak kusurlu veya kusursuz sorumluluk ayrımı yapmaksızın hiçbir tazminat davası açılamayacağını düzenleyen 3303 sayılı Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun'un 3. maddesine dayanmışlardır. Bu sebeple gerek ilk derece mahkemesi gerek Yargıtay, zararın madencilik faaliyeti sırasında TTK'nın veya şirketin kusurlu davranışlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığını irdelememiştir.

3303 sayılı Kanun'un "Tazminat hakkı" kenar başlıklı ilgili 3. maddesi şöyledir:

'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.

Madenleri işleten kurum veya tahsis sahiplerinin arama ve işletme hakları aynen devam eder, iş ve emniyet sahaları ile bu sahaların uzantısı içinde mevcut her türlü yeraltı ve yerüstü tesisleri aynen muhafaza edilir. Bu Kanuna göre tespit ve tescil

55 Hamdemir, B. (2018b). s. 59.

edilen taşınmaz malların sahipleri, mülkiyet hakkına dayanarak bu konularda bir hak ve tazminat iddiasında bulunamazlar.

Bu hususlar tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilir.'

Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede devletin yer altı madenciliği gibi tehlike arz eden bir faaliyetin yürütüldüğü havzada yapılaşmaya izin vermesi ve sonrasında sırf bireylere ekonomik menfaat temin ettiği gerekçesiyle Anayasa'nın 5. ve 35. Maddelerindeki anayasal yükümlülüklerini yerine getirmemesinin sorunlu olduğuna işaret etmiştir. Buna istinaden mülkiyet hakkına yönelik ihlallerin giderilmesine olanak tanıyabilecek başvuru yollarının en baştan tıkayan yukarıdaki kanun hükmünün mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkını ihlal ettiği tespit edilmiştir.

Kararda yine Kanun hükmünün gözden geçirilmesi konusunda takdir yetkisinin yasama organına ait olduğu vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi benzeri ihlallerin de önüne geçilmesinin bireysel başvurunun amacı ve işlevine de uygun olacağını belirterek kararın bir örneğini bilgi ve takdiri için yasama organına gönderilmesi gerektiğine hükmetmiştir."[56]

Yasama organı konuya ilişkin herhangi bir müdahalede bulunmamıştır. Ancak Zonguldak 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 3303 sayılı Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun'un 3. maddesini itiraz yoluyla AYM'nin gündemine taşımış ve Mahkeme normun iptaline karar vermiştir[57].

Bu örnekten hareketle bireysel başvurularda ihlalin kaynağının var olan bir kanuni düzenleme veya eksik düzenlemeden kaynaklanması durumunda yargılama mercileri de sorunun hâlledilmesi için devreye girerek sorunu itiraz davasına konu edebilir.

Bu bağlamda bireysel başvurulardaki ihlalin kanuni bir düzenlemeden kaynaklanması durumunda bu tip kararların Mahkeme internet sitesinde, yargılama mercilerinin dikkatine sunulmak üzere özel bir bölümde yayımlanması uygun bir çözüm olabilir.

c) Feragate Rağmen Karar Verilebilmesi

Bireylerin kendi başvurularından vazgeçmelerine rağmen Mahkeme İçtüzüğü'nün 80/2. maddesi gereğince başvuru sahibi müracaatından vazgeçse bile Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde Mahkeme incelemeye devam edebilecektir. Feragate rağmen incelemeye devam edilebilmesi Mahkemenin bireysel başvuru konusundaki objektif işlevini destekleyen önemli bir uygulamadır.

56 Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Raporu. (2022). s. 17.
57 AYM, E.2023/117, K.2023/121, 13/7/2023.

Bu mekanizma ile konu bireysel olmaktan çıkartılarak Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde geneli etkileyecek kararlar verilmesine imkân tanınmaktadır.

d) Anayasal Önemi Olmayan Başvurular

Bu konuyla bağlantılı olarak mevzuatta yer alan ikinci bir düzenlemede 6216 sayılı Kanun'un 48/2. maddesinde yer alan "*Mahkeme, Anayasa'nın uygulanmasına ve yorumlanmasına veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir"* hükmüdür.

Uygulamadaki ismiyle "Anayasal önem taşımadığı" kanaatine ulaşması durumunda ve kişiler açısında da önemli bir zararın doğmaması hâlinde Mahkeme başvuruyu incelemeyebilecektir.

Bu uygulama da bireysel başvurunun negatif yönden objektif işlevine hizmet eden bir düzenleme olarak dikkate çarpmakta olup maddedeki anayasal önem ve bireylerin önemli bir zarara uğramaması unsurları arasındaki "ve" bağlacının "veya" olarak değiştirilmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir[58]. Böyle bir değişikliğin yapılması durumunda başvuruların, şahısların uğradığı zararların niteliğine bakılmaksızın, sırf anayasal önem yokluğundan Mahkeme tarafından elimine edilme imkânı olacak, bu da subjektiflikten objektifliğe yönelik bir kayma anlamına gelecektir.

e) İhlal Kararlarının Adalet Bakanlığına Bildirilmesi ve Bakanlığın Bireysel Başvurulardaki Rolü

6216 sayılı Kanun'un 50/3. maddesi gereğince *"Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir."* Tebliğ edilecek kararlar arasında nitelik farkı belirtilmediğinden uygulamada esas incelemesine tabi tutulan tüm kararlar Adalet Bakanlığına tebliğ edilmektedir.

Bu uygulamadan beklenen faydanın "sistematik sorunların ortadan kaldırılması" olduğu ifade edilmektedir[59].

Adalet Bakanlığının bireysel başvurulardan haberdar edilmesi ve dosyalara görüş sunmasının istenmesinin, onu taraf olmaktan ziyade kamu gücünü temsil eden konumuna getireceği[60] ifade edilmektedir.

58 Hamdemir, B. (2018b). s. 309.
59 Özbey, Ö. (2013). s. 381
60 Doğru, O. (2012). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 294.

Adalet Bakanlığı bireysel başvuru dosyalarında iki noktada fonksiyon icra etmektedir. İlki 6216 sayılı Kanun'un 49/2. maddesindeki *"Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye"* bildirilmesine ilişkin durum. İkincisi de yukarda aktarılan 50/3. maddesinde yer alan esas hakkındaki kararların bildirilmesi hâlidir.

Bakanlığın bireysel başvurularda taraf olmadığında bir tereddüt bizce de bulunmamaktadır. Gerek süreç içerisinde başvurulara ilişkin kendisine bilgi verilmesi gerekse süreç sonunda esasa ilişkin tüm kararların, ihlal ile sonuçlanıp sonuçlanmadığına bakılmaksızın, tebliğ edilmesi Bakanlığın bir nevi pivot rolü üstlenmesinden kaynaklanmaktadır.

Bakanlık karar öncesindeki aşamada yürütmenin diğer unsurlarından da bilgiler tedarik etmek suretiyle dosyaya sunmaktadır. Diğer taraftan AİHM'e taşınan başvurularda sürecin erken dönemlerinden itibaren bilgi sahibi olmasının bu mahkeme nezdinde ifa etiği fonksiyonu daha etkin bir şekilde yerine getirmesine hizmet ettiği düşünülebilir. Ancak asıl önemli olan konu özellikle ihlal kararlarının takip edilmesi suretiyle sistematik ihlal konularının hâlledilmesi noktasında aktif bir tavır takınmasıdır. Bakanlığın pilot karar usulünü harekete geçirme konusunda sahip olduğu ve bugüne kadar hiç kullanmadığı yetkisi tamamlayıcı bir unsur olarak bu noktada anlamlı bir işlev görebilir.

Diğer taraftan sistematik ihlal konularının ortadan kaldırılması için muhatap kamu birimlerini bilgilendirebilir. Almanya'da 1979 ve 1991 yılları arasında Adalet Bakanlığına Anayasa Mahkemesi Kararlarının izlenmesi ve gereklerinin yerine getirilmesi noktasında izleme ve koordinasyon görev verilmiştir[61]. Kanuni bir düzenleme olmasa dahi mevcut hükümler çerçevesinde Bakanlık bu fonksiyonu icra edebilir.

Bugüne kadarki ihlal kararlarının büyük çoğunluğunun Adil Yargılanma Hakkı konusunda olması[62], ayrıca adalet sistemi içerisinde Adalet Bakanlığının konumu dikkate alındığında, ihlal oranlarının düşürülmesi ve sistematik ihlale neden olan konuların ortadan kaldırılması konusunda Mahkemenin iş

61 Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 111. "Adalet Bakanlığına, yasama işlemini gerektiren FAYM kararlarının listelenmesi, konuyla ilgili ve yetkili bakanlıkların yasama faaliyeti için gerekli çalışmaları yapıp yapmadıklarının denetlenmesi ve koordinasyonu görevi verilmişti. İptal edilen ya da anayasa şikayetine konu ihlalin kaynağını oluşturan yasama işleminin düzenlediği alandan sorumlu bakanlığın yetkisinde olan izleme ve düzeltme yükümlülüğüne ek olarak, Adalet Bakanlığına koordinasyon görevinin verilmesi, konunun önemine işaret etmektedir."

62 30.6.2023 tarihli son istatistiklere göre 71.189 ihlal kararının 59.897 adedi Adil Yargılanma Hakkı ile ilgilidir (Rakamlara makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvurular dâhil edilmiştir). Bu toplam ihlal kararları arasında %84,2'lik bir orana tekabül etmektedir. (T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı. (2023). *Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012 - 30/6/2023)*, https://www.anayasa.gov.tr/media/8839/bb_2023_2_tr.pdf (Erişim Tarihi: 14/8/2023)

birliği yapacağı en uygun birim Adalet Bakanlığıdır. Artan iş birliği bireysel başvurunun objektif işlevine de olumlu katkı sağlayacaktır.

f) Kararların Resmî Gazete'de Yayımlanması

Anayasa'nın 153/son maddesi AYM kararlarının Resmî Gazete'de hemen yayımlanacağını amirdir. Anayasa'nın bu hükmünden hareketle ilk derece mahkemeleri bireysel başvuruda verilen kararların Resmî Gazete'de yayımlanmadan hüküm icra etmeyeceğini ileri sürmüşlerdir[63].

Bireysel başvuru kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanacağına ilişkin Anayasa'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer taraftan Anayasa'nın 148/5. maddesinde bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 50/3. maddesi ise hangi kararların Resmî Gazete'de yayımlanacağı konusunu İçtüzük'e havale etmiştir. İçtüzük'ün 81/5. maddesinde *"Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır"* denilmek suretiyle konuya netlik kazandırmıştır.

Meri hukuktaki bu düzenleme bireysel başvurunun objektif işlevi ile doğrudan ilgilidir. Bireysel başvuru kararlarının tümünün Resmî Gazete'de yayımlanması fiilen mümkün değildir. Hangilerinin yayımlanacağına dair mevzuatın verdiği cevap "pilot" ve "ilkesel öneme sahip" kararlar şeklindedir.

Kararların subjektif bağlayıcılığı ve işlevi açısından tercih edilen yöntem, 6216 sayılı Kanun'un 50/3. maddesindeki hüküm çerçevesinde, ilgililerine tebliğ edilme yöntemidir. Resmî Gazete'de yayımlama ise kararların umuma duyurulmasını amaçlayan bir usul olmasının yanı sıra yayımlanacak kararların seçiminde de geneli ilgilendiren kararları hedefleyen bir nitelik arz etmektedir.

Kararlardan hangilerinin Mahkemeye ait internet sitesinde yayımlanacağı sorusunun cevabı ise İçtüzük'ün 81/5. maddesinde *"Bölüm kararlarının tümü ile Komisyon kararlarından kabul edilebilirlik açısından ilkesel önem taşıyanları"* şeklinde yer almaktadır.

Objektif işlevin yerine getirilmesi açısından kararların Resmî Gazete'de veya Mahkeme internet sitesinde yayımlanması umuma bildirilme açısından bir imkân sunsa da bu uygulamadan mutlak bir sonuç beklemek mümkün değildir. Subjektif bağlayıcılık ve işlev açısından ise kanun koyucu ilgililerine tebliğ edilmeyi öngörmüştür (6216 sayılı Kanun, 50/3. mad.).

63 *Şahin Alpay (2)*, § 16

Her ne kadar kararların Resmî Gazete ve internet sitesinde yayımlanması ile ihlale neden olan uygulamaların değişme beklentisi makul görülse de objektif işlevin tam olarak yerine getirilmesi açısından kararların tavsif edilmek suretiyle muhatap kurumların dikkatine özel olarak sunulması, kendi iç hiyerarşileri dâhilinde daha alt birimlere iletilmesi daha etkili bir sonuç alma yöntemi olacaktır. Bu noktada kurumlar arası iş birliği ve diyaloğun önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır[64].

g) İkincillik İlkesi

Mevcut hukuk sistemimiz Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için Anayasa'nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun'un 45/2. maddeleri gereğince kanunlarda öngörülmüş olan olağan kanun yollarının tüketilmiş olmasını aramaktadır.

Mahkemenin bir konuya ilişkin vermiş olduğu ihlal kararından sonra aynı ihlal durumuyla karşılaşan bireyin bireysel başvuruda bulunmadan önce aynı idari ve yargısal başvuru yollarını tüketmiş olması gerekmektedir.

Bu durum ihlalin giderilmesi noktasında Mahkemeye gelmeden önce idari ve yargısal birimlere bir şans daha sunmaktadır. Dahası objektif işlevin doğal bir sonucu olarak kamu gücünü kullanan birimlerden ihlale neden olan davranışı sergilememeleri beklenir.

Evli kadının evlilik birliği içerisinde yalnız kendi soyadını kullanma isteği yargı makamları tarafından kabul edilmesine rağmen idari birimler bu konudaki tavırlarında bir değişikliğe gitmeyerek talepleri reddetmişlerdir[65]. Bunda Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesindeki hükmün yasama organı tarafından değiştirilmemesi etkili olmuştur.

İhlalin kaynağının Anayasa'ya uygun yorum yapma imkânı vermeyen kanuni bir düzenlemeden kaynaklanması hâlinde konuya ilişkin ve insan haklarıyla alakalı uluslararası bir sözleşmenin varlığı hâlinde Anayasa'nın 90. maddesi gereğince sözleşmenin uygulanması gerektiğinden ihlale neden olan kanuni düzenlemenin ihmal edilebileceği bir argüman olarak ileri sürülmektedir[66].

Diğer taraftan AYM tarafından temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında getirilen standartlar asgari standartlar olup idarenin ve diğer yargı makamlarının daha fazla hak sağlayıcı tavır takınmalarına engel değildir[67].

64 Ruiz Almendral, V. (2016). "Bireysel Başvurulara İlişkin Kararların İnfazı: İspanya Tecrübesi", *Anayasa Yargısı*, C. 33., s. 67; Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 106.

65 a.g.e. s. 100.

66 *Süleyman Başmeydan*, § 70.

67 Akçil, Y. (2022). Anayasa Mahkemesinin neredeyse tazminat miktarına ulaşan nispi vekalet ücreti tahsilinin hakkaniyete uygun oymadığı yönündeki kararı (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 66) Danıştay tarafından daha da genişletilerek kabul edilmiştir. (a.g.e. s. 32)

AYM *Özkan Şen* kararında başvurucunun ıslah imkânı bulunmayan bir dönemde idari yargıda açtığı tazminat davasında davaya konu olan miktarı zorunlu olarak yüksek tutuğunu, dava kısmen kabul kısmen ret ile sonuçlanmasına rağmen ıslah imkânı olmaması nedeniyle fazla talep edilen kısımdan yapılan feragatin vekalet ücreti hesaplamasında nazara alınmadığı, vekalet ücretinin maktu olarak değil nispi olarak hesaplanması sonucu kazanılan tazminatın anlamsızlaştığı ve bu durumun hak arama özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu değerlendirmiştir[68]. Söz konusu bu karar kısmen kabul ve ret kararlarıyla ilgili olmasına rağmen Danıştay AYM'nin bu içtihadındaki gerekçeyi tümü reddedilen davlara da şamil kılarak özgürlükler lehine daha geniş bir yoruma imza atmıştır[69].

ğ) Hâkim ve Savcıların İhlale Sebebiyet Verme Durumlarının Terfilerinde Gözetilmesi

İkincillik ilkesi gereğince başvuruların AYM önüne gelmeden bir yargı denetiminden geçmesi gerekliliği, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının bu konudaki performanslarını önemli kılmaktadır.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 15 Ocak 2020 tarih ve 31009 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve "Hâkim ve savcıların derece yükselmesi esaslarına ilişkin ilke kararına" eklenen 6/j bendi ile *"Hâkim ve savcıların, Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri temelinde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesince yapılan incelemelerde ihlal kararına sebebiyet verip vermedikleri, neden oldukları ihlalin niteliği ve ağırlığı ile ilgililerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile teminat altına alınan hakların korunması konusundaki gayretleri göz önünde bulundurularak yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verilir"* şeklindeki düzenleme de kararların objektif işlevinin yerine getirilmesine dair önemli bir düzenlemedir.

Özellikle yerleşik hâle gelmiş AYM içtihatlarının uygulamada gözetilerek ihlale sebebiyet vermeyecek şekilde karar verilmesi, bireysel başvuru konularının AYM önüne gelmeden hâlledilmesine imkân sağlayacaktır. Bu şekilde sorunlar AYM önüne taşınmadan hâlledilmiş olacaktır.

C- Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif İşlevi Konusunda Yeni Bir Boyut

Bireysel başvuru kararlarının objektif işlevinden beklenen, verilen bir ihlal kararından sonra gelecekte benzen konularda ihlal durumunun yinelenme-

Danıştay Onuncu Dairesinin birçok kararı arasından bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 26/5/2021 tarihli ve E.2016/2130, K.2021/2679 sayılı kararı ile 21/10/2020 tarihli ve E.2016/14028, K.2020/4071 sayılı kararı.

68 *Özkan Şen*, § 66.

69 Danıştay Onuncu Dairesinin birçok kararı arasından bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 26/5/2021 tarihli ve E.2016/2130, K.2021/2679 sayılı kararı ile 21/10/2020 tarihli ve E.2016/14028, K.2020/4071 sayılı kararı.

mesidir. Bu noktada gerek kamu gücünü kullanan makamların gerekse yargılama mercilerinin uygulama ve kararlarında Anayasa Mahkemesinin ihlal gerekçesini gözeterek yeniden ihlale sebebiyet verecek davranış sergilemekten kaçınmaları gerekir.

Kararların objektif işlevinin geleceğe yönelik olması gerektiği söylenebilir. Mahkeme *İbrahim Er ve diğerleri kararı*[70] ile bu konudaki tatbikatı farklı bir boyuta taşıyarak objektif işlevin geçmişe yönelikte uygulanması noktasında ayrı bir bakış açısı ortaya koymuştur.

Mahkeme *İbrahim Er ve diğerleri* kararının öncülü olan *Yılmaz Çelik*[71] kararında başvurucunun üyesi olduğu örgütün terör örgütü olmadığına dair savunmalarının yeterince değerlendirilip gerekçelendirilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle gerekçeli karar hakkından ihlal kararı vermiştir.

"56. Bununla birlikte yukarıda alıntılanan kararda "müstakar içtihatların" hangileri olduğu açıklanmadığı gibi örgüte yapılan operasyonda silah ele geçirildiği şeklindeki gerekçe de somutlaştırılabilmiş ve mevcut yargılamayla ilgisi kurulabilmiş değildir. Emniyet raporlarında 2009 yılında yapılan bir operasyonda bazı silahların ele geçirildiği bildirilmiş ise de söz konusu silahlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın akıbeti, silahların Hizb-ut Tahrir yargılamalarıyla bir ilgisinin olup olmadığı, ilgisi varsa söz konusu silahların örgütü bir terör örgütü olarak nitelendirmeye ve başvurucuyu terör örgütü üyesi olarak kabul etmeye elverişli olup olmadığı yönünden tartışılmamış; başka bir mahkeme kararında tartışılmış ise o karar da gösterilmemiştir.

57. Çağımızda terör eylemlerinin toplumları tehdit eden en önemli tehlikelerden biri olduğu kuşkusuzdur. Terör, bir azınlığın iradesini şiddet yolu ile halkın iradesine kabul ettirmek için başvurduğu bir yöntemdir. Elbette kurulu düzeni değiştirmek için terör denen her türden zor ve şiddet eylemlerinin, silahlı ayaklanma ve hükûmet darbesi gibi girişimlerin olağan ve meşru kabul edilmesi asla düşünülemez. Her konunun tartışılabildiği ve iktidarın meşru yollarla değiştirilebildiği bir demokratik düzende zora ve şiddete başvurmak gayrimeşrudur. Ancak terör örgütü olmaya bağlanan ağır hukuksal sonuçlar gözetildiğinde kamu makamlarının bu konudaki değerlendirmelerini daha özenli yapmaları beklenir.

58. Bir kez daha hatırlatmak gerekirse hiç kuşkusuz başvurucuya atfedilen söz ve eylemlerin hukuk sistemimizde bir suça tekabül edip etmediğinin takdir yetkisi derece mahkemelerine aittir. Ancak derece mahkemeleri bu konuda gerekçelerini ilgili ve yeterli şekilde ortaya koymalıdır (bkz. §§ 44, 47). Bu bağlamda ilk derece mahkemelerinin ve Yargıtayın Hizb-ut Tahrir örgütünün bir terör örgütü olup olmadığına yönelik hiç değilse bir kere değerlendirmede bulunması, gerekçelerini başvurucunun temel iddiaları ile mahkemelerin resen tespit edecekleri ve yargılamanın doğasının

70 *İbrahim Er ve Diğerleri*.
71 *Yılmaz Çelik* [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018.

gerektirdiği sorulara cevap verebilecek nitelikte hazırlaması gerekirken bunu yapmadıkları anlaşılmıştır.

59. Gerekçeli karar hakkının bir gereği olarak başvurucunun derece mahkemelerinde ileri sürdüğü hukuksal değerlendirmelerin dikkate alınmasını istemesi adil yargılanma hakkının bir yönüdür. Buna rağmen eldeki başvuruya ilişkin mahkeme kararlarında da önceki mahkeme kararlarında da Hizb-ut Tahrir'in bir terör örgütü olarak kabul edilmesine ilişkin olarak ilgili ve yeterli bir değerlendirme yapılmamıştır.

60. Başvurucu tarafından derece mahkemeleri önünde savunulan argümanların davanın sonucuna etkili olmadığı da söylenemez. Söz konusu argümanlar derece mahkemelerince ya cevapsız bırakılmış ya da bunlara ilgili ve yeterli bir yanıt verilmemiştir. Özünde bazı şablon cümlelerin tekrarı görünümünde olan kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtmeyen derece mahkemelerinin başvurucunun ileri sürdüğü ve tartışılması için mahkemelerin önüne getirdiği hukuki görüşleri makul bir ölçüde değerlendirmediği anlaşılmaktadır.

61. Eldeki başvuruda olduğu gibi ceza davasında ulaşılması amaçlanan temel hedefin maddi gerçeğin adil yargılanma hakkına uygun olarak ortaya çıkarılması olduğu tartışmasızdır. Fakat adil bir muhakeme bakımından asıl önemli hususlardan biri tarafların adaletin işleyişine olan güvenidir ki gerekçeli karar hakkı bu amacın gerçekleştirilmesinin en önemli unsurlarındandır.

62. Sonuç olarak somut olayda başvurucu tarafından ileri sürülen ve yargılamanın sonucunu değiştirme ihtimali bulunan iddiaların dikkate alınmaması ve gereği gibi değerlendirilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir[72]*."*

Mahkeme müteakiben benzer yönde kararlar da vermiştir[73].

Mahkemenin bu kararından sonra aynı örgütün üyesi olmaktan mahkûm edilmiş ve haklarındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen ancak bireysel başvuruda bulunmamış olan bir grup başvurucu, ilk derece mahkemelerine müracaat edip *Yılmaz Çelik* kararını gerekçe göstererek yargılanmanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur[74].

Anayasa Mahkemesinin yargılanmanın yenilenmesi talepleri konusundaki tavrı *Nihat Akbulak* kararıyla şekillenmiş olup konunun bir suç isnadına dayanan yargılama ile ilgili olmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkı kapsamında incelenemeyeceği yönündedir[75].

72 *Yılmaz Çelik*, §§ 50-61.
73 Bu yönde kararlar için bkz. *Adnan İzgi*, B. No: 2014/12920, 11/12/2018; *Mahmut Oğuz*, B. No: 2014/13516, 11/12/2018.
74 *İbrahim Er ve diğerleri* [GK], §§ 17-21.
75 Anayasa Mahkemesi *Nihat Akbulak* ([GK], B. No: 2015/10131, 7/6/2018) kararıyla birlikte

Mahkeme *İbrahim Er* kararı ile bu konudaki tavrını ayrı bir boyuta taşımıştır. Bu tavır değişikliğinin konunun ceza yargılaması ile ilgili olması ve mahkûmiyetin beraat kararına dönüşme veya az ceza alma ihtimalinin varlığına özellikle vurgu yapılmıştır.

"50. Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Bu hak, tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve demokratik bir toplumda kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir (Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31, 34). Gerekçeli karar hakkının amacı, kurulan hükmün dayanaklarını tatminkâr bir şekilde açıklamaktır. Bu hak, tarafların hükmün sonucunu değiştirebilecek iddialarının ayrı ve açık bir biçimde karşılanmasını gerektirmektedir. Mesele ceza davası olduğunda sanığın beraat etmesi veya daha az ceza alması sonucunu ortaya çıkarabilecek iddiaların cevaplanması zaruri hâle gelmektedir (Yılmaz Çelik, § 42).

51. Somut olayda başvurucular, Yılmaz Çelik ve devamında verilen aynı nitelikteki bazı Anayasa Mahkemesi kararlarına dayanarak Bursa 2. Ağır Ceza Mahkemesine yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. Bursa 2. Ağır Ceza Mahkemesi başvuruculaın aynı taleplerinin daha önce incelendiği gerekçesi ile başvuruculaın taleplerini reddetmiştir.

52. Anayasa Mahkemesinin Yılmaz Çelik kararında yaptığı değerlendirmelerin benzer durumda olanlar yönünden etki doğuracağı muhakkaktır. Nitekim Yılmaz Çelik kararı sonrasında birçok mahkemenin yargılamanın yenilenmesi taleplerini kabul ederek kişiler hakkında yeniden bir değerlendirme yaptığı ve beraat kararları verdiği anlaşılmıştır (bkz. 24). Oysa somut olayda ilk derece mahkemesi herhangi bir gerekçe ortaya koymaksızın başvuruculaın taleplerini Anayasa Mahkemesinin kararlarını da görmezden gelerek reddetmiştir.

53. Önemle belirtilmelidir ki Anayasa Mahkemesinin Yılmaz Çelik ve devamında verdiği aynı nitelikteki kararlardan sonra bugüne kadar Türk yargı sistemi içerisinde Hizb-ut Tahririn neden bir terör örgütü olarak kabul edildiğine ilişkin bir değerlendirmenin yapılmadığı, meselenin Anayasa Mahkemesince ortaya konan kriterler gözetilerek çözüme kavuşturulmadığı anlaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin derece mahkemelerince yerine getirilmeyerek başvuruculaın cezalarının infaz edilmeye devam edilmesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin Yılmaz Çelik

yargılamanın yenilenmesi talepleriyle ilgili yargısal süreçlerin adil yargılanma hakkı kapsamında olduğuna ilişkin içtihadında değişikliğe gitmiştir. Anılan kararla *yargılamanın yenilenmesine* karar verilmeden önceki aşamalarda başvuruculaın *suç isnadı altında* olmadığı, dolayısıyla bu aşamalarda verilen kararların adil yargılanma hakkı kapsamında incelenemeyeceği sonucuna varmıştır. (*Nihat Akbulak*, §§ 30-39)

ve devamında verdiği aynı nitelikteki ihlal kararlarının gereklerinin yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları incelemek de bireysel başvuruları incelemeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin görev alanına girer.

54. Somut olayda Bursa 2. Ağır Ceza Mahkemesi yeniden yargılama talebini başvurucuların aldıkları cezanın sonucunu değiştirebilecek iddialarına herhangi bir cevap vermeden reddetmiştir. Hizb-ut Tahririn bir terör örgütü olup olmadığına yönelik değerlendirme içermeyen her kararın adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlali sonucunu doğuracağı açıktır.

55. Sonuç olarak somut olayda başvurucular tarafından ileri sürülen ve yargılamanın sonucunu değiştirme ihtimali bulunan iddiaların dikkate alınmaması ve gereği gibi değerlendirilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

Bu karar ile Mahkeme; konuya ilişkin birçok yinelenen içtihadının gereklerinin benzer dosyalarda yerine getirilmemesine duyarsız kalamayacağını, somut olarak daha önce bireysel başvuru konusu yapılmamış olsa bile yargılanmanın yenilenmesi talebini reddeden ilk derece mahkemelerinin tavırlarının Mahkemenin kararının gereklerini yerine getirmemek şeklinde nitelendireceğini, daha önce verilen ve terör örgütü varlığına ilişkin değerlendirme içermeyen her kararın adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olacağını ifade etmiştir.

Bu kararın önemi; lehe sonuç doğurma ihtimali olan bir bireysel başvuru kararının *(Yılmaz Çelik kararı)* bireysel başvuru konusu yapılmamış olan dosyalara da uygulanması gerekliliğinin bariz bir şekilde ön plana çıkartılmasıdır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "yargılamanın yenilenmesi" kurumunu düzenleyen 311. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi pozitif hukuk açısından bir bireysel başvuru kararının bu şekilde fonksiyon icra etmesine dayanak teşkil etmemektedir.

Bu karar tamamen yargılamanın yinelenmesi durumunda konunun beraatle veya daha az bir ceza ile sonuçlanmasına hizmet edecek mahiyetteki bir ihlal kararının objektif işlevinin geçmişe yönelik fonksiyon icra ederek konuyu bireysel başvuruya taşıma imkânı ortadan kalkmış bulunan kişilere de tatbik edilmesi gerektiği mahiyetinde bir karardır.

AYM'nin buradaki uygulaması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 306. maddesinde düzenlenen "hükmün bozulmasının diğer sanıklara etkisi"ne benzer nitelik arz etse de diğer taraftan ceza hukukundaki "lehe kanun düzenlemesi"nin geriye yürütülmesine de benzetilebilir (Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddesi).

AYM'nin bu kararı, yargılamanın yenilenmesi talebine muhatap mahkemelere AYM kararını gerekçe göstererek talebi kabul etmeleri ve ihlal kararındaki gerekliliği yerine getirme mükellefiyeti yüklemektedir.

Normalde beklenen ilk derece mahkemelerinin bu şekildeki bir yargılamanın yenilenmesi talebinin CMK'nın 311. maddesinde sayılan konular arasında bulunmadığından reddetmesi, AYM'nin de yargılamanın yenilenmesi konu bakımından yetkisi dâhilinde olmadığından başvuruyu reddetmesidir.

Zira CMK'nın 311. maddenin konuya uygulanması en müsait hükmü birinci fıkranın "e" bendinde yer alan "*Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa*" düzenlemesi olup bireysel başvuruda verilen ihlal kararını madde metninde yer alan yeni bir olay veya delil mahiyetinde görmek mümkün değildir (Belki bu konuda maddeye bir ilave yapılmak suretiyle AYM'nin lehe sonuç doğuracak benzer ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesini gerektiren durumlar arasına alınabilir.).

Diğer taraftan AYM'nin yargılamanın yenilenmesi taleplerinin reddi konusundaki yerleşik tavrına uygun şekilde (*Nihat Akbulak* kararı çerçevesinde) başvurunun kabul edilmemesi yönünde olmasıydı. Fakat Mahkeme farklı bir yaklaşımla kişiler açısından lehe sonuç doğurması muhtemel bir ihlal kararının objektif işlevini ön plana çıkarmak suretiyle ihlal kararı vermeyi tercih etmiştir. Bu noktada benzer durumlar açısından etkili bir hak arama yolunun bulunmaması ihlal gerekçesi olabilir ise de Mahkemenin tercihi gerekçeli karar hakkının ihlali yönünden olmuştur.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemeleri sonucunda verdiği kararların bağlayıcılığı, etkisi ve işlevi birbirlerinden farklı konulardır ve birbirleriyle karıştırılmaması gerekmektedir. Bu kavramların subjektif ve objektif olarak karşılıklarının varlıkları da ayrı tartışma konusudur.

Kararların subjektif bağlayıcılığı ve işlevinin varlığı tartışmasızdır. Diğer taraftan objektif bağlayıcılığın varlığı teorik olarak iddia edilse bile bunun hayata geçirilmesi önünde hukuki ve fiilî birtakım engeller bulunmaktadır. Bu bağlamda objektif bağlayıcılığın hayata geçirilmesinde muhatapların belirlenmesi, kurumlar arası iletişimin artırılması ve kararların gereklerine uymayanlara uygulanacak yaptırımların belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira

bu üç unsur objektif bağlayıcılığın sağlanmasında fiilî ve hukuki eksikliklerin bulunduğu noktalardır.

Diğer taraftan kararların objektif işlevi ve objektif etkisi konusu terminolojik olarak ayrı ayrı tanımlanması gereken kavramlardır. Bu konuda bir kavramsal bir karışıklığın yaşandığı kanaatindeyiz. Zira her iki kavram birbirleri yerine kullanılmakta olup bu durum konunun anlaşılması ve aktarılmasında da zorluklara neden olmaktadır.

Terim olarak "objektif etki" tabirinin tercih edilmesi durumunda tartışma ve değerlendirmeler bunun var olup olmadığına odaklanmaktadır. "Objektif işlev" tabiri ise varlıksal bir tartışma konusu olmaktan uzak olup bunun ne olduğu hususu ön plana çıkmaktadır. Bireysel başvuru kurumunun işlevinin varlığı ve buna bağlı olarak kararlarının işlevinin olup olmadığı anlamlı bir tartışma değildir. Kurumun varlığı ile bunun objektif işlevinin yani genele şamil bir etkisinin olması birbiriyle organik bir bağlılık içerisindedir. Bu bağlamda bireysel başvuru kararlarının objektif işlevi vardır. Dahası bunun hayata geçirilmesi için ihdas edilmiş kurum ve uygulamalar da bulunmaktadır. Bunlar objektif işlevin varlık delili değil hayata geçirilme aparatları olarak değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda pilot karar usulü, yasama organına bildirimde bulunulması, feragate rağmen karar verilebilmesi, anayasal önem yokluğunda düşme kararı verilmesi, ihlal kararlarının Adalet Bakanlığına bildirilmesi, kararların Resmî Gazete'de ve Mahkeme internet sitesinde yayımlanması ve ikincillik ilkesi, objektif işlevin yerine getirilmesine hizmet eden kurum ve uygulamalardır.

Bu güne kadarki objektif işlevin hep gelecekte benzer konularda oluşabilecek ihlallerin engellenmesi konusunda fonksiyon icra edeceği algısı bulunmasına rağmen Anayasa Mahkemesi *İbrahim Er ve diğerleri* kararıyla ceza yargılamasında verdiği öncü bir kararın kişiler lehine hüküm icra etme ihtimalinin bulunması durumunda, geçmişte cezaları kesinleşen ve bireysel başvuru yoluna müracaat etmemiş olan kişilere uygulanmamasını ihlal olarak değerlendirerek kararlarının objektif işlevini geçmişe de teşmil etmiştir. Bu durum kanaatimizce kararların objektif etkisi noktasında yeni bir uygulama boyutunu oluşturmaktadır.

KAYNAKLAR

AÇIKGÜL, Hacı Ali (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33.

AKÇİL, Yılmaz (2022). "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1.

BAYMUŞ, Turgut ve ACAR, Eray (2023). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı Üzerine Bir Değerlendirme", *Dumlupınar Üniversitesi İİBF Dergisi*, S. 11.

ÇORUM, İbrahim (2020). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

DOĞRU, Osman (2012). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33.

GÜRSELER, İzzet Güneş (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33., s. 121.

HAMDEMİR, Berkan (2018a). "1982 Anayasası ve 6216 sayılı Kanun Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı: Bir Örnek Karar İncelemesi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10., S. 106.

HAMDEMİR, Berkan (2018b). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, 2. B., Ankara: Seçkin Yayınları.

INDEPENDENT TÜRKÇE. (2020). "Eski İstinaf Mahkemesi Başkanı Kaymaz: AYM, Enis Berberoğlu kararını yanlış mahkemeye gönderdi; yeniden yargılama başvurusu istinafa yapılmalıydı", 16 Ekim 2020, https://www.indyturk.com/node/258591/haber/eski-i%CC%87stinaf-mahkemesi-ba%C5%9Fkan%C4%B1-kaymaz-aym-enis-berbero%C4%9Flu-karar%C4%B1n%C4%B1-yanl%C4%B1%C5%9F (Erişim Tarihi: 26/9/2023)

KAHRAMAN, Mehmet ve ŞAHİN, Muhammed (2019). "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 2.

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

KANADOĞLU, Korkut (2005). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

KARAN, Ulaş (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını.

KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

KAYA, Semih Batur (2022). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Etkinleştirilmesi: Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası*, Ankara: Yetkin Yayınları.

MAIDOWSKI, Ulrich (2016). "Anayasa Şikâyetlerine İlişkin Kararların İnfazı", *Anayasa Yargısı*, C. 33.

ÖZBEY, Özcan (2013). *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, 2. B., Ankara: Adalet Yayınevi.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta (2016). "Bireysel Başvurulara ilişkin Kararların İnfazı: İspanya Tecrübesi", *Anayasa Yargısı*, C. 33.

ŞEKER, Gülseven (2021). "Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etkisinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29., S. 1.

T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı. (2023). *Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012 - 30/6/2023)*, https://www.anayasa.gov.tr/media/8839/bb_2023_2_tr.pdf (Erişim Tarihi: 14/8/2023)

AYM, E.2022/155, K.2023/38, 22/2/2023.

AYM, E.2023/117, K.2023/121, 13/7/2023.

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021.

Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022.

Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013.

Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

Gülsüm Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014.

Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.

Aligül Alkaya ve diğerleri [GK], B. No: 2013/1138, 27/10/2015.

K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016.

F.N.G., B. No: 2014/11928, 21/6/2017.

Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018.

Şahin Alpay (2), B. No: 2018/3007, 15/3/2018.

Nihat Akbulak [GK], B. No: 2015/10131, 7/6/2018.

Yılmaz Çelik [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018.

Adnan İzgi, B. No: 2014/12920, 11/12/2018.

Mahmut Oğuz, B. No: 2014/13516, 11/12/2018.

YT [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

Süleyman Başmeydan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.

Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.

Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

İbrahim Er ve diğerleri [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023.

Keser Altıntaş [GK], B. No. 2023/18536, 25/7/2023.

Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, B. No: 7971/07, 28/5/2013.

Tuncer Güneş/Türkiye, B. No: 26268/08, 3/10/2013.

Tanbay Tüten/Türkiye, B. No: 38249/09, 10/12/2013.

Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16/11/2004.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 21/4/2014 tarihli ve E.2013/23893, K.2014/9497 sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 18/12/2014 tarihli ve E.2014/17858, K.26028 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28/4/2015 tarihli ve E.2013/9-464, K.2015/132 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30/9/2015 tarihli ve E.2014/889, K.2015/2011 sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12/1/2016 tarihli ve E.2015/24695, K.2016/361 sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 5/5/2016 tarihli ve E.2016/6766, K.2016/9249 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 21/10/2020 tarihli ve E.2016/14028, K.2020/4071 sayılı kararı.

Danıştay Onuncu Dairesinin 26/5/2021 tarihli ve E.2016/2130, K.2021/2679 sayılı kararı.

Kenan YAŞAR
(Anayasa Mahkemesi Üyesi)

ÖZGÜRLÜKLER VE KAMU GÜVENLİĞİ DENGESİ: RUBİCON'U GEÇ(ME)MEK

Temel hak ve özgürlükler, demokratik bir toplumun olmazsa olmazı konumundadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde belirtildiği üzere tüm insanlar özgür ve eşit doğarlar. Her birey; yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, düşünce özgürlüğü, din ve vicdan hürriyeti, ifade özgürlüğü, mülkiyet özgürlüğü gibi insan olmanın gerektirdiği bütün hak ve özgürlüklere sahiptir.

Demokratik toplumlar, insan haklarını güvence altına almayı temel amaç edinirler. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler ile güvenlik arasında denge kurma çabası içindedirler. Bir yandan hak ve özgürlüklerin korunması diğer yandan kamu güvenliğinin sağlanması çabası ile özgürlüklere getirilen sınırlamalar bu dengenin sağlanmasını önemli kılmaktadır.

Dolayısıyla günümüzün özgürlükçü demokrasilerinde bireye tanınan bu hakların sınırsız olması düşünülemez. Aksi durum kamu güvenliğinin bozulma ihtimalini doğurur. Bunun içindir ki devletler bireylerin haklarını sınırlama gereği duyar.

Kamu güvenliği ise temel hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için gerekli zemini hazırlar. Terörizm, anarşi, suç ve diğer tehditleri ortadan kaldırmadan kamu düzenini sağlamak, güvenli bir ortamı oluşturmak mümkün olmaz. Ancak aşırı güvenlik kaygısı ile temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamalar özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu durum, temel haklara yapılacak sınırlandırmalarda keyfîliğe yol açmaması açısından, özgürlüklerin varlığı kadar, güvence altına alınmasının önemini ortaya koyar.

Özgürlüklerin güvence altına alınması, insan haklarını esas alan demokratik rejimlerde zorunludur. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma ve güvence altına alma sorumluluğu devletindir. Devlet, en başta kendini de bağlayacak hukuki mekanizmalar oluşturarak bireyleri her türlü keyfî müdahalelerden koruyacak güvenceli bir hukuki yapı oluşturur.

Temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan belgelerden biri de anayasalardır. Anayasalar, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvenceli bir biçimde düzenler ve sınırlarını belirler. Anayasa hükümleri, devletin yetkile-

rini sınırlayarak, güçler ayrılığı ilkesi gereği bireylerin özgürlüklerini devlet müdahalesinden korumayı hedefler.

Temel hak ve özgürlüklerin anayasa yerine normlar hiyerarşisinde anayasanın altında bulunan kanun, tüzük, yönetmelik ve genelge gibi kurallarla güvenceli bir duruma getirilmesi özgürlükleri yasama ve yürütme organlarının müdahalesine daha açık hâle getirmektedir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin tanınması, kullanılması ve sınırlandırılmasına dair çerçevenin anayasada belirtilmesi yersiz müdahaleleri engellemek açısından önemli bir güvencedir.

Özgürlükler ve kamu güvenliği ilişkisini bir tahterevalli gibi ya da son derece hassas bir terazinin iki kefesi gibi görmek mümkündür. Özgürlüklerin kısıtlandığı bir terazide kamu güvenliği kefesi baskıcı bir yönetime dönüşür. Kamu güvenliğinin hiçe sayılarak hafifletilmesi ise özgürlükler kefesini altüst eder ve anarşiyi ortaya çıkararak, özgürlükleri de kullanılamaz hâle getirir.

O hâlde bir kefesinde özgürlükler, bir kefesinde kamu güvenliği olan terazi nasıl dengede kalacak ve teraziyi kim tutacaktır?

Özgürlük ve güvenlik dengesine *"Ördek dedi padişahtan ferman var, bütün denizler serbest /Timsah dedi unutma benim için de serbest. (Muhammet İKBAL)"* şeklinde dizelerde vurgulanan şiir üzerinden bakacak olursak, bir yandan denizdeki canlıların tüm denizden yararlanması sağlanırken diğer yandan, özgürlük verilen kamu güvenliğinin tehdit unsuru olan timsahın saldırısının da bir şekilde bertaraf edilmesi sağlanacaktır.

İşte bu makalede, özgürlük ve güvenliğin önemi, özgürlüklerin güvence altına alınması, tarihsel süreçte özgürlük-güvenlik ilişkisinin gelişimi, uluslararası alanda insan haklarının korunması, güçlü devletlerin insan hakları istismarı, Osmanlı-Türk Anayasacılığında ve mevcut Anayasa'da ve anayasa yargısında özgürlük ve güvenlik dengesi konuları ele alınacaktır.

Tarihsel Süreçte Özgürlük ve Güvenlik İlişkisinin Gelişimi

Tarihsel süreçte, özgürlük ve güvenlik ilişkisi kaçınılmaz bir gerçeklik olarak çeşitli toplumlarda ve dönemlerde farklı dinamiklere tabi olarak şekillenmiştir.

Eski dönemlerde güvenlik, genellikle devletin otoritesi altında sağlanmış ve birey özgürlükleri sıkça devletin talepleri karşısında ikinci planda tutulmuştur. Orta Çağ'da bireyin güvenliği aile, kabile gibi aidiyet içinde olduğu küçük topluluklar tarafından sağlanıyordu. Fiziksel bir savunma dışında başkaca bir güvence içermeyen bu durumda birey, âdeta sahradaki bir ceylan ka-

dar her türlü saldırıya açık hâle geliyordu. Toplumdan topluma, dönemden döneme bir miktar değişiklik gösterse de bireyin içinde yaşadığı topluluğun ya da komşu toplulukların saldırıları, savaşlar; bireyin yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi haklarını ciddi şekilde tehdit ediyordu.

18. yüzyıla geldiğimizde insanların doğuştan gelen birtakım haklara sahip olduğu, bu hakların en önce tabi olduğu devlet tarafından tanınması gerektiği, devletin bireyler üzerindeki etkisinin sınırsız olamayacağı, birey-devlet arasındaki ilişkide sınırların belirlenmesi, bu ilişkinin yazılı hâle getirilmesi suretiyle bireyleri koruma anlayışı belirdi. Amerikan ve Fransız devrimleri, bu ideallerin uygulamaya geçirildiği tarihsel olaylardır.

Batı dünyasında baskıya dayalı yönetimleri sınırlamaya ilişkin yayımlanan 1215 tarihli "Magna Carta", 1776 tarihli "Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi", 1789 tarihli Fransız Devrimi'nden sonra "İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi", II. Dünya Savaşı'ndan sonra 10 Aralık 1948 tarihli "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" bireylere tanınan hak ve özgürlükleri güvence altına almaya çalışan önemli belgelerdir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, *"Bütün insanlar hür ve eşit doğarlar. Akıl ve vicdan sahibidirler; birbirlerine karşı kardeşçe davranmalıdırlar."* şeklinde başlar ve toplam 30 maddeden oluşur.

Buna karşılık İslam dünyasında temel haklar, "Medine Sözleşmesi" ya da "Medine Vesikası" adıyla anılan sözleşmede ilk defa yazılı hâle gelmiştir. Bu Sözleşme 622 yılında Yahudiler, Müslümanlar, Paganlar ve şehrin ileri gelen aileleri arasında imzalanmıştır ve 47 maddeden oluşmaktadır[1].

Bu sözleşme, Medine'de yaşayan faklı inançlara mensup toplulukların kendi dinlerine göre serbestçe yaşayabileceğini kayıt altına alır ve bugün modern devlet anayasalarında yer alan can ve mal güvenliği, din, dil, ırk ve renk farkı gözetilmeksizin herkesin eşit olduğu gibi temel hak ve özgürlükleri içeriğinde barındırır.

Batı ve İslam dünyasındaki inişli çıkışlı bu gelişmeler 20. yüzyılda yaşanan dünya savaşları ve soğuk savaş dönemi güvenlik endişelerini öne çıkarmıştır. Bu kaygı ise birey özgürlükleri üzerinde sınırlandırıcı bir etki yaratmış, totaliter rejimlerin yükselişi ve casusluk faaliyetleri, birey haklarına yönelik tehditleri artırmıştır.

Günümüzde bölgesel savaşlar ve çatışmalar, terörizm, siber güvenlik tehditleri ve küresel salgınlar gibi modern zorluklar özgürlük ve güvenlik dengesinde öncelikleri değişime uğratmaktadır. Kimi zaman güvenlik poli-

1 Özkan, M. (2019). "Medine Vesikası", https://islamansiklopedisi.org.tr/medine-vesikasi (Erişim Tarihi: 12/12/2023)

tikaları ön plana çıkarken kimi zaman da bireylerin temel haklarını koruma anlayışı hâkim olmaktadır.

Her insan topluluğu; büyüklüğüne, sahip olduğu değerlere, geçmişte yaşadığı sorun ve çözümlerden edinilen birikime göre toplumsal düzeni sağlayacak, topluluk bireylerinin uyacağı kuralları yazılı ya da sözlü olarak belirler.

Örneğin Robinson kamu güvenliğinin tam, özgürlüklerin sınırsız olduğu ıssız adasında tek başına yaşarken adadaki imkânlar nispetinde sınırsız bir özgürlüğe sahiptir. Günün birinde adaya birileri gelse Robinson, adada toplumsal düzeni sağlamak için mikro devlet oluşturmak zorunda kalacaktır.

Toplumsal kuralları belirleyecek olan Robinson'un önce *"Her şey yasak sadece benim 'serbest' dediklerimi yapabilirsiniz."* demesi mi yoksa yasakları belirleyip dışındakileri serbest ilan etmesi mi daha doğrudur? Bu soruya vereceğimiz cevap özgürlük ve güvenlik dengesini sağlamada bize rehberlik edecektir.

Yasakların genel kural, özgürlüklerin ise istisna kabul edilmesi daha baştan baskıcı bir anlayışı egemen kılar.

"19. yüzyılın bireycilik anlayışı, birey ile devleti birbirine düşman iki varlık olarak toplumsal yaşamda karşı karşıya getirmekteydi. Bu çağda devlet, bireysel özgürlükleri sınırlamak istediği zaman kamu düzeni, toplumsal hayatın gerekleri gibi soyut birtakım kavramları ileri sürüyordu."[2] Bu dönemlerde özgürlük ve güvenlik dengesi toplumdan topluma değişiklik arz etmişse de öncelenen daima güvenlik olmuştur. Bazen din, bazen ırk, bazen de ideoloji adına bireyler kamu düzenini bozan suçlu, hain, anarşist, sapkın olarak nitelenmiş ve katledilmiştir. Yaşadığımız dönemlere yaklaşıldığında toplumsal düzenin sadece kaba güçle sağlanamayacağı anlaşıldıkça durum değişmeye başlamıştır.

İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması

Toplumların gelişimi, herhangi bir toplumda oluşan kargaşanın diğer toplumlarda da kamu güvenliğini bozduğunu gösteren iki dünya savaşı sonrasındaki gelişmeler, güvenliğin ancak uluslararasında kurulacak bir hukuki düzen ile sağlanacağı anlayışını hâkim kılmıştır.

"*Öyle bir düzen kurulmalıydı ki orada büyük balıklar küçük balıkları yutamasın, küçük çöp büyük çöpten hakkını alabilsindi. Berlin'deki yargıçlar değirmencinin hakkını en güçlüye karşı bile koruyabilsindi."*[3] Hiç olmazsa teoride özgürlüklerin genel kural, yasakların istisna olduğu insan hakları bildirgeleri, hakları gü-

2 Gökpınar, M. (2016). *Anayasal Devlette Temel Hak ve Özgürlükler Düzeni*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 138.

3 Selçuk, S. (2023). *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s. 30.

venceye almaya gayret gösteren anayasalar, uluslararası metinler ve kurulan mahkemelerin temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına, korunmasına hizmet edeceği ileri sürülüyordu. Tüm bu uğraşların boşa olduğu söylenemese de tam olarak amaçlanan noktaya ulaşılamamıştır.

Günümüzde Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi gibi evrensel ve bölgesel örgütler, bünyelerinde yer verdikleri çeşitli kurumlarda ve oluşturdukları koruma mekanizmalarında gerçekleştirdikleri insan hakları alanındaki çalışmalarıyla önemli bir rol oynamaktadır.

Bu örgütlerden; Birleşmiş Milletler, evrensel olarak kabul edilen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve başta 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Haklar Sözleşmesi olmak üzere diğer insan hakları belgelerini geliştirmiş ve bu alanlarda koruma mekanizmaları oluşturmuştur.

Avrupa Konseyi, Avrupa ülkeleri arasında demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü korumayı amaçlayan bir uluslararası örgüttür. Avrupa Konseyi, üye ülkeler arasında insan hakları standardının korunması ve geliştirilmesi için çeşitli çalışmalara öncülük etmektedir.

Venedik Komisyonu, demokratik normlar, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkesini temel alarak, Avrupa'da anayasa hukuku konularında uzmanlık sağlayan ve danışmanlık hizmeti sunan bir kuruluş olarak önemli bir rol oynamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında bireylerin ve kuruluşların temel hak ve özgürlüklerinin ihlali durumlarını ele alan bir yargı organıdır. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler arasında bireylerin başvurabileceği bir mahkeme olarak işlev görür. AİHM, bu devletlerden gelen başvuruları ele alır ve Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair iddiaları inceler. İnsan hakları standartlarının korunması ve geliştirilmesine katkıda bulunan AİHM'nin kararları üye devletler açısından bağlayıcı niteliktedir.

Uluslararası Alanda Güçlü Devletlerin İnsan Hakları İstismarı

Uluslararası insan hakları örgütleri, insan haklarına evrensel veya bölgesel düzeyde önemli standartlar getirerek bu hakların korunması adına etkili bir çaba sarf etmektedirler. Ne var ki özgürlüklere yönelen yatay ve dikey ihlaller, bazen devletlerin kendi içinde hakları bir yerde verirken hemen ardından amalı fakatlı sınırlandırmalar ile geri alması, bazen uluslararası alandaki duyarsızlık, insan hakları konusunda çifte standartçı bir yaklaşımı ortaya çıkar-

maktadır. Bu durum ise özgürlük ve güvenlik dengesinin dünyada homojen bir şekilde oluşmasını engellemektedir.

Güçlü devletlerin insan hakları istismarı, bazen uluslararası toplumun tepkisiyle karşılaşsa da etkili bir şekilde engellenememiştir. Güçlü devletlerin ekonomik ve politik etkisi, bu tür ihlallerin kınanmasını zorlaştırmış, uluslararası toplumun, insan hakları ihlallerine karşı güçlü devletlere karşı tutarlı ve etkili bir duruş sergilemeleri mümkün olmamıştır.

Mandeville 1700'lü yıllarda yazdığı "Arılar Efsanesi" isimli yapıtında *"Erdemsizlikler olmasa toplum gelişmez."*[4] der.

Mandeville bu eserinde erdemsizlikle zengin olan bir arının, elindekilerin gideceğinden korkarak *"Erdem elden gidiyor, hâlimiz ne olacak."* diye haykırmasını ve o andan itibaren bütün arıların erdemli hâle gelmesi ile arı kovanının ıssız bir çöle dönmesini anlatır.

Bu örneği hatırda tutarak uluslararası alana bakacak olursak, ABD'nin 11 Eylül 2001 tarihinden sonra yaptıkları aslında, Mandeville'den farksızdır. İçinde yaşadığımız 2023'ün bu son günlerinde İsrail'in Gazze'de Filistinlilere karşı gerçekleştirdiği ve soykırıma kadar varan insani dramla ilgili başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere İngiltere ve Almanya gibi insan hakları hassasiyeti göstermesi gereken ülkelerin hak ihlallerine duyarsız yaklaşımını da eklemek gerekir.

Kıt'aya ilk gittiklerinde oradaki Kızılderililer için *"Bu adamlar kötülük bilmiyor."* diye günlüklerine yazan insanlar, her on Kızılderili'den dokuzunu katlederek kan ve vahşet üzerine bir devlet kuranlar, daha sonra devasa özgürlük heykeli dikmiş ve özgürlükler konusunda tek söz sahibi olma iddiasında bulunmuşlardır.

Ne var ki aynı ABD, 11 Eylül sonrasında erdemsizlikten zengin olup zenginliğini kaybetmek korkusuyla *"Ne olacak bu dünyanın hâli?"* diyen ve etrafındakilerin tümünü etkileyen Mandeville'nin arısı gibi, *"güvenlik, güvenlik"* nidalarıyla bütün dünyayı korku tüneline sokmuştur.

11 Eylül'den itibaren dünya genelinde güvenliğin merkeze konduğu bir anlayış hâkim olmuş, bu anlayış ile Irak, Libya gibi kimi ülkelere müdahalede bulunulmuş ve birçok insanın yaşamını yitirdiği, birçok insanın yerinden edildiği bir sonuç doğmuştur. Oluşturulan bu korku ile temel hak ve özgürlükler tamamen ihmal edilmiştir.

Başka devletlerin "kaşına, gözüne" karışan Avrupa başta olmak üzere hiçbir devlet ABD'ye *"Dur"* diyecek mecali kendinde bulamamıştır. Zira er-

4 Hançerlioğlu, O. (2019). *Düşünce Tarihi*, İstanbul: Remzi Kitabevi Yayınları, s. 253 ve devamı.

demsizlikten zengin olan arı, menfaati özgürlük ya da güvenlik şarkısından hangisini söylemesini gerekli kılıyorsa onu söylemeyi tercih etmektedir.

Çıkara dayalı hareket edenlerin ihmal ettiği özgürlüklerin ve kamu güvenliğinin aslında Siyamlı yapışık ikizler gibi olduğu; birine zarar vermenin veya birini diğerinden ayırmanın diğerini de öldüreceği gerçeğidir.

Osmanlı-Türk Anayasacılığındaki Gelişmeler

Özgürlük ve güvenlik dengesinde uluslararası alandaki bu gelgitleri farklı gerekçelerle de olsa kendi hukuk tarihimizde de yaşamaktayız.

Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyeti dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerdeki gelişmeler, zaman içindeki siyasi, sosyal ve hukuki değişimlere bağlı olarak farklılık göstermiştir.

Osmanlı'da, devlet otoritesi oldukça merkeziydi. İmparatorluk içinde farklı etnik ve dinî gruplar bulunsa da genel anlamda İslam hukuku temel alınarak yönetim oluşturulmuştur.

Tanzimat Fermanı (1839) ve Islahat Fermanı (1856) gibi belgelerle, Osmanlı toplumunda eşitlik ve adalet ilkeleri vurgulanmış; hukuki reformlarla birey hakları güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

1876'da Meşrutiyet'in ilanıyla anayasa hazırlıkları başlamış, 1876 ve 1909 Anayasalarıyla temel haklar ve özgürlükler tanımlanmış ve sınırlı devlet oluşturulmaya çalışılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasası olan 1924 Anayasası, Osmanlı'nın son dönemindeki anayasa geleneğini devralarak birey haklarına odaklanmıştır. Batı'dan alınan kanunlar yürürlüğe girmiş, çok partili sisteme geçilmesi ile bazı sivil özgürlüklerde gelişmeler yaşanmıştır.

1960, 1980 darbeleri ve 1971 muhtırasının yaşandığı ve sıkıyönetim ilan edilen bu dönemlerde, kişisel ve siyasi hak ve özgürlükler önemli ölçüde sınırlandırılabilmiştir.

Günümüzde ise 1982 Anayasası'nın kabulü ve sonrasında yapılan birtakım değişiklikler ile temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Bu anayasa üzerinde özellikle 1987, 1995, 2001 ve 2010 yıllarında yapılan kapsamlı değişikliklerle hem insan haklarının önündeki engellerin önemli bir kısmı kaldırılarak daha güvenceli bir şekilde bu haklar anayasalarda yer almaya devam etmiş hem de bireysel başvuru yolunun getirilmesi ile ülke içerisinde hak ihlallerine karşı koruyucu bir mekanizma oluşturulmuştur.

Bu genel çerçevede, Osmanlı İmparatorluğu'ndan günümüze Türkiye'de

temel hak ve özgürlüklerdeki gelişmeler, siyasi, hukuki ve toplumsal dinamiklere bağlı olarak farklılık göstermiştir.

Gerek bugüne kadar olan Anayasalarımız gerekse diğer düzenlemeler ile güvenceye alınan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında uygulamada yaşanan aksaklıklar kimi hakların kâğıt üzerinde kalmasına sebep olmuştur.

Cumhuriyet tarihi boyunca kamu güvenliğine yönelik endişe, bireyi değil devleti koruma önceliğine sonucunu doğurmuştur. "Devletin hukuku ile hukuk devleti arasındaki ilişki, büyük ölçüde siyasal mücadelenin taraflarını da ortaya koymaktadır. Bu mücadelede kimi zaman, 'devletin hukuku' kimi zaman da 'hukuk devleti' anlayışı egemen olmaktadır."[5] Özgürlük ve güvenlik dengesine siyasal bakış Anayasa'daki güvencelere rağmen kimi zaman irtica gerekçesi ile din ve vicdan hürriyetine müdahaleyi; kimi zaman bölünmez bütünlük gerekçesi ile ifade özgürlüğüne müdahaleyi doğurmuştur.

Oysa ki "Devletin dokunduğu her şey hukuka referansla biçimlenir. Öyle bir toplumda haklar ve özgürlükler geri alınmak üzere devletçe lütfedilmezler."[6]

Özgürlük ve güvenlik dengesinin sağlanması sorunu hukuk devleti ilkesinin içselleştirilmesi ve samimiyet sorunudur. TRT'nin tek kanal olduğu yıllarda trafik kuralları konusunda bilgilendirici çizgi filmdeki Ahmet Bey, öyle iyi bir insan ki tüm kurallara riayet eder, herkesin yardımına koşar, yaya iken karıncaları bile ezmez. Ama şoför olarak arabaya bindiğinde karşısına biri çıkmayadursun. Kırmızı ışıkta geçen, insanlara çarpan bir trafik canavarı oluyordu.

Aynı durum "yöneten-yönetilen" olma hâlinde de ortaya çıkıyor. Birey, yönetilen konumunda iken temel hak ve özgürlüklerin ateşli bir taraftarı iken yönetici olarak devlet erkinde yer aldığında kamu güvenliğinden yana tavır koyan ve kamu güvenliği adına zaman zaman hak ve özgürlükleri ortadan kaldıran biri hâline geliyor. Bu durumun sebebi görev bilinci değil kamu güvenliği konusunda aşırıya kaçan yersiz kaygıdır. Oysa ki kamu gücünü kullanan ya da kamuyu temsil eden bir kişinin kötü ve yanlış davranışı, total bir anlayışla muhatabı tarafından devletin yanlışı olarak algılanır.

Devletin bireye güvensizliği, bireyin de devlete güvensizliğini doğurur. Bu noktada oluşan kısır döngüyü kırmak devlet ve bireylerin birbirine tam olarak güvenmeleri, tarafların doğru yapma ve doğru algılanacak şekilde hareket etmeleri, hukuk devleti ilkesine sıkı sıkıya bağlılıkları ile mümkün olacaktır.

5 Arslan, Z. (2008). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 75.
6 Selçuk, S. (2023). s. 33.

Birey, temel hak ve özgürlükleri sadece kendisi için değil herkes için istemelidir. "Öteki"ni anlamayan, ötekine yaşama hakkı tanımayan bir anlayışın bulunduğu yerde özgürlük ve güvenlik dengesinin kurulması mümkün olmayacaktır.

"İnsanlar/Hangi dünyaya kulak kesilmişse öbürüne sağır"dır[7]. İnsan olmamız başkalarına yönelik yaklaşımımızla ortaya çıkar. Bize değmeyen yılan bin yıl yaşasın diyerek başkalarının uğradığı haksızlığa göz yumamayız.

Hukuk herkese lazımdır. Sadece ne zaman lazım olacağı belirsizdir. Yasal düzenlemelerin yapılmasında ve yasaların uygulanmasında hakların kime yarayacağı düşünülmemelidir. Bülent Ecevit'in iktidarında parti kapatmanın salt çoğunluktan nitelikli çoğunluğa dönüştürülmesine yönelik düzenleme, hakkında kapatma davası açılan bugünkü iktidar partisinin yararına olmuştur. 12 Eylül 2010 Anayasa değişikliğine karşı çıkan çok sayıda gazeteci ve milletvekili, söz konusu referandumla gelen bireysel başvuru ile özgürlüğüne kavuşmuştur.

Özgürlük ve güvenlik dengesinin sağlanmasında bir başka önemli unsur devlet ve sivil toplum iş birliğidir. Bu sayede tarafların birbirini en iyi şekilde tanımalarını ve birbirine güvenmelerini sağlar. Güvensiz bir ortamda demokrasi ve özgürlüklerden uzaklaşılır, bireylerin kaybedecek bir şeyi kalmaz. Kaybedecek bir şeyi olmayan insanların ise kuralları yoktur.

Özgürlük ve Güvenlik Dengesinde Anayasanın Önemi

Özgürlük ve güvenlik kavramları en çok devlet iktidarı ve sınırlarını birlikte düzenleyen anayasal düzlemde ve onun öngördüğü varsayılan "denge"-de somutlaşır.

Peki bu denge nasıl sağlanacaktır? Özgürlük ve güvenlik terazisini elde tutacak olan kimdir? "Temel haklara ilişkin özgürlükler devleti tüm varlığı ile ilgilendirdiği için, mahkemeler ve özel olarak anayasa mahkemeleri de dâhil olmak üzere, kamu gücünün tüm taşıyıcıları bu noktada bir iş bölümü dâhilinde yetkilidir."[8]

Modern devletlerin sınırlarını ortaya koyması beklenen anayasaların değeri özgürlük ve güvenlik arasında kurdukları makul denge üzerinden ölçülmektedir. Bu dengenin anayasaların öncülüğünde tüm hukuk alanına sirayet ettiği ortadadır. Ancak devletin en başından hassas olduğu konular ve daha önce karşılaşmadığı ekonomik ve siyasi "kriz" anları kurulan biçimsel denge-

7 Özel, İ. (2013). Erbain, İstanbul: Tiyo Yayınları, s. 197.

8 Kunig, P. (2017). "Özgürlük ve Güvenlik", Vardar, Ç. (Çev.), *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33., S. 1., s. 18.

nin korunmasını pratikte güçleştirmektedir. Ulusal ve uluslararası mecrada yaşanan terör olayları, ekonomik bunalımlar ve sağlık sorunları özgürlük ve güvenliğe ilişkin mevcut söylemleri kökten değiştirme veya benzer söylemleri farklı bir kılıfta yeniden üretme potansiyeline sahiptir.

Özgürlük ve güvenlik dengesinin başlangıç noktası temel hak ve özgürlükleri esas alan bir anayasanın varlığıdır. Toplumsal bir sözleşme olan anayasaya uygun bir hukuk düzeninin kurulması, bireylerin ve devlet erkini oluşturan yasama, yürütme ve yargının anayasaya bağlığı ile oluşacak hukuk devletinin tesisi terazinin dengede durmasına hizmet eder.

Gerek yasal düzenlemelerde gerekse yasaların idarece uygulanma ve yargı mercilerinde yorumlanma aşamasında "hak ve özgürlük" penceresinden bakılmalıdır. Zira hukuk, öncelikli olarak devleti korumak için değil, devlete karşı birey haklarını korumak ve bu hakları devlet iktidarı karşısında güvence altına almak için vardır.

Kamu güvenliği, zaman zaman özgürlüklerin kısıtlanmasını gerektirebilir. Hatta olağanüstü şartlar olağan dışı düzenlemeleri ve uygulamaları da zorunlu kılabilir. Bu durumda dahi tabi olunacak düzenlemeler olağanüstü dönem öncesinde yapılmış ve hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımalıdır. Temel haklara yönelik müdahaleler olağanüstülüğe sebep olan tehdit durumuyla sınırlı ve orantılı olmalıdır.

Hakların sınırlandırılması, ulusal ya da uluslararası hukuk kurallarına uygun bir hukuki temele dayandırılmalı, tehdidi ortadan kaldırmaya elverişli ve gerekli olmalıdır.

Hakların sınırlandırılmasına dair kararlar, bağımsız ve etkili bir yargısal denetime tabi olmalıdır. Bireyler, bu sınırlamalara karşı hukuki itirazda bulunma hakkına sahip olmalıdır.

Bir hak sınırlandırılırken diğer temel hakların ve özgürlüklerin de dikkate alınması önemlidir.

Bu perspektifle 1982 Anayasası'nda konumuzla ilgili düzenlemelere bakıldığında 1982 Anayasası'nın devletin temel niteliklerini belirleyen maddeler ile başladığı, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in konumuzla ilgili olarak insan haklarına saygılı, demokratik, hukuk devleti olduğuna yer verildiği, 10. maddede bireylerin kanun önünde eşit olduğu belirtilerek 12. maddede temel hak ve hürriyetlerin niteliğine yer verilmekte olduğu görülür. Ardından aynı maddenin ikinci fıkrası ile bu hakların bireye getirdiği ödev ve sorumlulukları belirtilir. 13. madde ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasındaki güvenceler, 14. madde ile hakların kötüye kullanılması yasağı, 15. madde ile olağanüstü yönetim usullerinin yürürlükte olduğu dönemlerde

hakların kullanılmasının durdurulması düzenlenmiştir. Gerek Anayasa'nın başlangıç maddesi ve 14. maddesi olmak üzere gerekse hakların düzenlendiği maddelerde yer verilen bazı özel sınırlama nedenlerine bakıldığında Anayasa metninde özgürlükler konusunda hâlen bir endişe hissedilmektedir.

Haklarımızın ne olduğunu ancak 17. maddeden sonra görmeye başlarız. Bu maddeden itibaren kişi hakları bölümünde, kişi dokunulmazlığı hakkı (mad. 17), zorla çalıştırılma yasağı (mad.18), kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı (mad. 19), özel hayatın gizliliği ve korunması (mad. 20), din ve vicdan hürriyeti (mad. 24), düşünce ve kanaat hürriyeti (mad. 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (mad. 26), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (mad. 34), mülkiyet hakkı (mad. 35), hak arama özgürlüğü (mad. 36) düzenlenmiştir.

Anayasa'yı yapanlardaki bu endişe kamu düzeninin bozulması suretiyle kamu güvenliğine yönelik oluşacak zafiyeti de ihmal etmemek gerektiğini ortaya koymaktadır. Kamu güvenliğinin bozulması elbette ki temel hak ve özgürlükleri kullanılamaz hâle getirebilecektir. Oysaki kamu güvenliği, temel hak ve özgürlükleri yok etmek için değil söz konusu hakların kullanılabilmesini sağlamak için vardır.

Özgürlük ve Güvenlik Dengesinde Anayasa Yargısının Önemi

Özgürlük ve güvenlik dengesi için iyi bir anayasa gerekli ise de yeterli bir şart değildir. "Temel hak ve özgürlükleri korumak için gücün dengelenmesi ve denetlenmesi arayışı toplum hâlinde yaşayan insanın hak ve özgürlüklerini güvenceye alma arayışıdır. İşte anayasa yargısı bu arayışın ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bugün neredeyse tüm demokratik ülkelerde temel hak ve hürriyetleri korumak için yasama ve yürütmenin işlemlerini denetleyen, gerektiğinde bunları iptal eden yüksek mahkemeler vardır."[9]

Hukukun üstünlüğü, özgürlüklerin ve güvenliğin korunmasında temel bir ilkedir. Hukukun üstünlüğü, adil bir yargı aracılığıyla korunabilir. Güçlü, bağımsız ve tarafsız bir yargı sistemi, demokratik bir toplumun varlığı ve devamı için vazgeçilmez bir öneme sahiptir.

Terazinin iki kefesine konulan somutlaşmış özgürlük ve güvenlik tercihlerinin hukuka uygunluğunu yargı ölçecektir. Anayasayı nihai yorum yetkisine sahip Anayasa Mahkemesi norm denetimi ile kuralların anayasaya uygunluğunu denetler. Bu denetim bir nevi tartıda kullanılacak olan ağırlıklar olan hukuk kurallarının doğruluğunun tespitidir.

9 Zühtü Arslan'ın Bireysel Başvurunun 8. Yılı Sempozyumu Açış Konuşması, 23/9/2020, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/bireysel-basvurunun-8-yili-sempozyumu-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 12/12/2023)

Yine Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru ile derece mahkemelerin yapmış olduğu yargılamalarda temel hak ve özgürlükler açısından terazinin nasıl tutulduğunu saptar.

Hukuk kurallarını yorumlama yetkisine sahip diğer derece mahkemeleri de yargılamalarda aynı yaklaşımı sürdürmelidir.

Anayasa mahkemelerinin insan hakları ve hukukun üstünlüğünün korunması ve genişletilmesi amacı taşıması ve anayasayı bu şekilde yorumlaması özgürlük ve güvenlik dengesi için bir başka önemli unsurdur.

Nihayetinde 1982 Anayasası'nın 153. maddesi uyarınca; *"Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. …Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."*

Anayasa Mahkemesine bu kadar önemli bir yetki verilmesinin sebebi Anayasa'nın üstünlüğünü tesis ederek özgürlüklerin hukuk yoluyla korunması şeklindeki görevinden kaynaklanmaktadır.

"Türk Anayasa Mahkemesi uzun yıllar birey özgürlüklerini çoğunluk karşısında güvence altına almaktan çok, devletin ideolojik önceliklerini koruma amacı etrafında yoğunlaşmaktadır."[10]

Anayasa Mahkemesi, on yıllarca laiklik ilkesini katı yorumlayarak parti kapatan, din ve vicdan özgürlüğünü engelleyen amaç eksenli yorumu benimsemiştir. "Bu yaklaşım, yargıcın toplumun ve devletin yüce amaçları için, bireysel hakları feda etmesini, kurulu düzenin devamı kaygısını öne çıkarmasını gerektirmektedir."[11] Anayasa Mahkemesi son dönemlerde bu ideolojik yaklaşımdan vazgeçmiş, hak eksenli yaklaşıma yönelmiştir.

Artık Anayasa Mahkemesine göre *"Laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir."*[12]

Roma tarihinde ordunun savaştan dönerken Rubicon Nehri'ni geçmemesi, geçerse idamla cezalandırılma kuralı vardır. Rubicon'u geçen kargaşaya, iç savaşa zemin hazırlamış olur. Bundan mülhem Anayasa Mahkemesi, 367 ka-

10 Metin, Y. (2012). "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., s. 97.

11 Arslan, Z. (2008). s. 235.

12 *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014; AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012.

rarı, başörtüsüne yönelik Anayasa değişikliğinin iptali gibi bazı kararlarıyla; diğer yargı mercileri bazı davalarda "hukuku asimetrik içtihatlarla kısa devre yaptırarak"[13] Rubicon'u geçmek suretiyle hukuk düzenini altüst etmişlerdir. Oysa bu durum kişilerin hukuka olan güveninin temelden zedelemektedir. Ayrıca bu nitelikteki asimetrik içtihatlar uzun vadede ülkedeki hukuk devletinin gelişiminde ciddi sapmalar olarak tarihteki yerini almaktadır.

SONUÇ

Özgürlük ve güvenlik arasındaki denge, demokratik toplumların temel bir zorluğunu oluşturur. Tarihsel süreçte bu denge, çeşitli dinamiklere tabi olarak evrim geçirmiş ve farklı toplumlarda farklı şekillerde ortaya çıkmıştır. Antik Roma'dan modern demokrasilere, Magna Carta'dan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne kadar, birey hakları ve güvenlik ilişkisini sağlamaya çalışan evrensel normlar belirlenmiştir.

Günümüzde, küresel tehditler ve bölgesel çatışmalar nedeniyle özgürlük ve güvenlik dengesi konusunda yapılan düzenlemeler, uygulamalar ve bu uygulamalara gösterilen refleksler samimiyet noktasında herkes için birer turnusol kâğıdı olmuştur.

İnsan haklarının uluslararası alanda korunmasına yönelik Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi örgütlerin çalışmaları devam etmektedir. Bu örgütler, evrensel veya bölgesel düzeyde insan hakları standartları belirleyerek temel hak ve özgürlüklerin korunması ve teşvik edilmesi için uğraş vermektedirler.

Ne var ki insan hakları konusunda II. Dünya Savaşı sonrasından bugüne kadar olan tüm gelişmeler güvenlik endişeleriyle şekillenen post-11 Eylül dünyasında, devletlerin özgürlükleri sınırlama eğilimine girmesi ile kesintiye uğramıştır. Bu durum, özellikle ABD'nin terörle mücadele bahanesiyle aldığı tedbirlerde görülmüş temel hak ve özgürlüklerin zedelendiği bir süreci başlatmıştır.

Güçlü devletlerin insan hakları hassasiyetleri, kendi çıkarları elverdiği ölçüde vardır. Menfaatleri elvermediğinde insan hakları istismarından çekinmemekte ve bunu saklama gereği de duymamaktadırlar. Şu an içinde yaşadığımız günlerde İsrail'in Gazze'de yaptığı vahşet bir soykırım hâlini almışken güçlü devletlerin sessizlik bir yana İsrail'e desteği uluslararası toplumun insan hakları konusundaki çifte standardının göstergesi olmuştur.

Ulusal alanda ise Osmanlı'dan günümüze temel hak ve özgürlüklerdeki değişimleri takiben özellikle 1982 Anayasası sonrasındaki dönemde, de-

13 Selçuk, S. (2023). s. 33.

mokratikleşme çabaları ve AB üyeliği hedefiyle reformlar gerçekleştirilmiştir. Cumhuriyetin kuruluşundan bugüne kadar insan hakları alanında atılan adımlar; darbeler, terör saldırıları gibi sebeplerle çekingenlik içermektedir.

Bu endişeye hak vermekle birlikte güvenlik için özgürlükleri feda etmenin beraberinde daha büyük güvenlik sorunlarına yol açabileceği ve bu yöntemin bizi kısır bir döngüye sokacağının da farkında olmalıyız. Nitekim siyasi tarihimiz bunun böyle sonuçlandığını bize tecrübe ettirmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması birey ve toplumun çabasının yanında, devleti oluşturan başta yasama, yürütme ve yargı olmak üzere topyekûn bir mücadele ile mümkün olacaktır.

Yasamanın yaptığı düzenlemelerde, yürütmenin kendi alanındaki tüm tasarruflarında insan hakları gözlüğünden bakması gerekir. Yine aynı şekilde, yargının hukuku yorumlarken temel hak ve özgürlükleri esas alması özgürlükleri kullanılabilir kılar. Nihayetinde son teraziyi tutan el olan Anayasa Mahkemesinin, temel hak ve özgürlükleri koruma amacı taşıması ve anayasayı hak eksenli yorumlaması özgürlük ile güvenlik arasındaki dengenin oluşmasında büyük katkı sağlayacaktır.

Son olarak vurgulamak gerekir ki özgürlük ve güvenlik dengesi ancak ve ancak yasama, yürütme, yargı organlarının ve idare makamlarının Anayasa'ya bağlı kalmaları ile mümkün olabilir. Nihayetinde Rubicon'u geçen kargaşaya zemin hazırlar.

Aydın ŞİMŞEK
(Yargıtay Üyesi, Anayasa Mahkemesi Eski Başraportörü)

Doç. Dr. Akif YILDIRIM
(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

ANAYASA MAHKEMESİ VE AİHM KARARLARI BAĞLAMINDA TÜRK HUKUKUNDA YARGI MENSUPLARININ TUTUKLANMASI

GİRİŞ

Anayasa'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Anayasa koyucu yargı yetkisini kullanacak olan mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin düzenlemeyi 138. maddede, bu yetkinin icrasında görev alacak hâkimler ve savcılarla ilgili teminatları 139. maddede, bu mesleklerle ilgili esasları ise 140. maddede hüküm altına almıştır.

Bu kapsamda hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği gibi tavsiye ve telkinde de bulunamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öte yandan yargı kararlarının diğer kamu otoriteleri olan yasama ve yürütme organları ile idare yönünden bağlayıcı olduğu, yargı kararlarının yürütme ve idare tarafından hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın öngördüğü devlet düzeninin işleyişinde ve toplum yaşamının sürdürülmesinde bu denli hayati bir fonksiyona sahip olan yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili olarak da yargı mensuplarıyla ilgili önemli bazı güvenceler bizzat Anayasa ile teminat altına alınmıştır. Bu kapsamda örneğin hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Anayasa koyucu, hâkim ve savcıların yargılanmasıyla ilgili özel bir güvenceyi anayasal bir hüküm olarak düzenlemeyi tercih etmemiş; Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, hâkim ve savcıların "görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi" ile ilgili olarak "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre" kanunla düzenleme yapılmasını benimsemiştir.

Buna karşılık Anayasa'nın 159. maddesinin dokuzuncu fıkrasında "hâkim ve savcıların görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerinin" ancak anayasal bir kurul olan Hâkimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) ilgili Dairesinin teklifi ve HSK Başkanı'nın (Adalet Bakanı) oluru ile Kurul müfettişleri tarafından yapılacağı ancak soruşturma ve inceleme işlemlerinin, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.

Buna göre Anayasa koyucu hâkim ve savcılar bakımından yargılamayla ilgili özel düzenlemeler yapmasa da bu kişilerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerinin araştırılmasını ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerinin yapılmasını HSK'nın ilgili Dairesinin teklifi, Kurul Başkanı olan Adalet Bakanı'nın olur vermesi ve incelemenin Kurul müfettişleri veya hakkında inceleme yapılandan daha kıdemli bir hâkim-savcı eliyle yapılması gibi özel bir prosedüre tabi kılmıştır.

Yargı mensupları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasıyla ilgili diğer usul ve esaslar -yukarıda değinilen Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca- kanun koyucu tarafından düzenleme altına alınmıştır. Ancak bu düzenlemeler, tek bir kanunda değil yargı mensuplarının farklı görev ve statüleri gözetilerek değişik kanunlarla gerçekleştirilmiştir. Bu anlamda 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 4/12/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, 6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu; yargı mensupları hakkında gerek görev suçları gerekse kişisel suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılmasıyla ilgili olarak kapsamlı düzenlemeler içeren kanunlar olarak ön plana çıkmaktadır.

Yargı mensuplarının tutuklanmaları özellikle 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında birden ve çok yoğun biçimde ülke gündemine oturmuştur. Bu sırada hem ilk derece mahkemelerinden hem de Yargıtay ve Danıştay ile Anayasa Mahkemesinden tutuklanan hâkim ve üyeler olmuştur. Bu konu bireysel başvuru hakkı kapsamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine ve daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne taşınmıştır. AİHM ile Anayasa Mahkemesi arasında bu konuda ciddi yaklaşım farklılıkları oluşmuştur.

Yargı mensuplarının tutuklanmalarıyla ilgili kanunlarda yer alan ve önemli ölçüde farklılıklar içeren düzenlemelerin tümünün etraflı bir incelemeye tabi tutulması bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bu çalışmada konunun yukarıda belirtilen yönü dikkate alınarak Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile diğer yargı mensuplarının durumuyla ilgili kanun hükümlerinden hareketle genel tespitlere yer verilecek ve sonrasında konuya ilişkin Anayasa

Mahkemesi ve AİHM kararları arasındaki yaklaşım farklılıkları değerlendirilecektir.

I. YARGI MENSUPLARININ TUTUKLANMASI

A. YÜKSEK MAHKEME ÜYELERİ

1. Anayasa Mahkemesi Üyeleri

6216 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ile kişisel suçları için soruşturma açılması Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun kararına bağlıdır. Buna karşılık anılan maddede ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturmanın genel hükümlere göre yürütüleceği düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 17. maddesinde ise -ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli dışında- Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında koruma tedbirlerine Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca karar verileceği, ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâllerinde ise soruşturmanın genel hükümlere göre yürütüleceği ifade edilmiştir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında kural olarak görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçların yanı sıra kişisel suçları bakımından da ceza soruşturması açılması, bu konuda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun karar almasına bağlıdır. Yine bu suçlar bakımından Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında tutuklama da dâhil olmak üzere koruma tedbirlerinin uygulanmasına karar verme görevi Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna aittir. Bununla birlikte *ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla* ilgili olarak *suçüstü hâlinin bulunması* durumunda soruşturma genel hükümlere göre yürütülecek ve bu soruşturmada tutuklama tedbirine genel yetkili yargı organı olarak sulh ceza hâkimliklerince karar verilebilecektir.

Anayasa Mahkemesi 15 Temmuz darbe teşebbüsünden hemen sonra tutuklanan iki (eski) üyesi tarafından yapılan bireysel başvurularda bu kişilerin -diğer iddialarının yanı sıra-Kanun'da öngörülen güvencelere aykırı olarak tutuklandıkları şikâyetlerini incelemiştir. Bu kapsamda Mahkemece, ilk olarak başvurucuların tutuklandıkları terör örgütü üyeliği suçunun *"ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suç"* olduğu tespitinde bulunulmuş, bundan sonra ise başvurucular bakımından *"suçüstü hâlinin"* mevcut olup olmadığı incelenmiştir[1].

1 *Alparslan Altan* [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018, § 123; *Erdal Tercan* [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018, § 140. Atıf yapılan Anayasa Mahkemesi kararlarının tümü Mahkemenin https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr adresindeki resmî internet sayfasından alınmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre suç işlenirken veya işlendikten sonra henüz izleri meydanda iken şüphelileri yakalama, Anayasa'nın 19. maddesi anlamında *suçüstü hâlini* ifade etmektedir[2].

Suçüstü kavramı, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde de tanımlanmıştır. Buna göre suçüstü *"işlenmekte olan suçu"* veya *"henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu"* ya da *"fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu"* ifade etmektedir. Dolayısıyla anılan hükümde söz edilen üç durumdan birinin bulunması hâlinde suçüstü hâlinin varlığı söz konusu olabilir.

Darbe teşebbüsü sonrasında tutuklanan Anayasa Mahkemesinin (eski) üyeleri tutuklanmalarının hukuki olmadığı gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi tutuklamanın kanuni olup olmadığını ve bu kapsamda başvurucuların 6216 sayılı Kanun'daki güvencelere aykırı bir şekilde tutuklanıp tutuklanmadığını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi somut olayda ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâlinin bulunduğunu tespit etmiş ve başvurucunun genel hükümlere göre tutuklanmasının kanuna uygun olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi suçüstü hâlinin mevcut olup olmadığı hususunda yaptığı değerlendirmede iki temel olguyu dikkate almıştır. Bunlardan ilki *suçun niteliği*, diğeri ise *işlendiği an*dır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi *ilk olarak* terör örgütü üyeliği suçunun temadi eden suçlardan olduğu ve -kural olarak- temadinin yakalanmayla kesileceği, dolayısıyla "terör örgütüne üye olma suçundan şüpheli konumunda bulunan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yakalandıkları anda ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlinin mevcut olduğu" yönündeki Yargıtay içtihadına vurgu yapmıştır. Mahkeme ayrıca bu kişilerin darbe teşebbüsünün henüz savuşturulmakta olduğu bir sırada gözaltına alınıp darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma/terör örgütü olan FETÖ/PDY'nin üyesi olma suçundan tutuklanmasına dikkat çekmiş ve iki olguyu birlikte dikkate alarak somut olaylarda suçüstü hâlinin bulunduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir[3].

Bu kişiler tarafından yapılan bireysel başvurular üzerine AİHM tarafından da konuya ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. AİHM bu incelemede başvurucular açısından suçüstü hâlinin mevcut olup olmadığına yoğunlaşmıştır. Bu çerçevede Yargıtayın "terör örgütü üyeliği suçunun temadi eden suç olmasından hareketle suçüstü hâlinin yakalanma anında mevcut olduğu" yönün-

2 AYM, E.2020/59, K.2023/53, 22/3/2023, § 145.
3 *Alparslan Altan*, §§ 124-129; *Erdal Tercan*, §§ 141-146.

deki yorumu AİHM kabul etmemiş; Yargıtayın temadi suçlara ilişkin yerleşik içtihatlarına dayanan suçüstü hâli ile ilgili yeni yorumunu başvurucuların tutuklanmasından çok sonra geliştirdiğini belirtmiştir. AİHM, Yargıtay içtihadıyla bir suç örgütüne üye olma yönünde şüphe olmasının tek başına suçüstü hâlinin varlığını ortaya koymak için yeterli olduğu sonucunu doğuran genişletici yorumunun, yargı mensuplarıyla ilgili usuli güvenceleri etkisiz hâle getirdiği değerlendirmesinde bulunmuştur. Dahası AİHM, ulusal mahkemelerin suçüstü hâli kavramını genişletmelerinin ve ulusal hukukun somut olaylara uygulama biçimlerinin belirsizliğe yol açtığını, suçüstü hâlinin bu denli geniş yorumlanmasının OHAL koşullarıyla da meşrulaştırılamayacağını belirtmiştir. Bu değerlendirmeler ışığında, tutuklamaların Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre gerekli olan yasa ile öngörülme şartını yerine getirmediği sonucuna varmıştır[4].

2. Yargıtay Üyeleri

2797 sayılı Kanun'un 46. maddesi gereğince, Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır. Birinci Başkanlık Kurulu, soruşturma açılmasını gerekli gördüğü takdirde, ilk soruşturma yapılması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı, sorgu hâkiminin yetkisini haiz olup bu kişinin vereceği tutuklama ve tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ait kararlar Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile tekemmül eder.

Buna karşılık anılan Kanun maddesinde, ağır cezayı gerektiren suçüstü hâllerinin hazırlık ve ilk soruşturmasının genel hükümlere tabi olduğu ifade edilmiştir. Kanun koyucu aynı maddede, ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili olarak suçüstü hâlinde genel hükümlere göre yürütülen soruşturma sonucunda dosyanın, düzenlenen fezlekeyle birlikte Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderileceğini hüküm altına almış ve sonrasında yapılacak işlemlere dair hükümlere yer vermiştir.

Bu itibarla Yargıtay üyeleri hakkında kural olarak görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçların yanı sıra kişisel suçları bakımından da ceza soruşturması açılması, bu konuda Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun karar almasına bağlıdır. Yine bu suçlar bakımından Yargıtay üyeleri hakkında tutuklama da dâhil olmak üzere koruma tedbirlerinin uygulanmasına karar verme görevi Birinci Başkanlık Kurulunca görev-

4 *Alparslan Altan/Türkiye*, B. No: 12778/17, 16/4/2019, §§ 104-119; *Tercan/Türkiye*, B. No: 6158/18, 29/6/2021, §§ 118-143. Atıf yapılan AİHM kararlarının tümü Mahkemenin https://hudoc.echr.coe.int adresindeki resmî internet sayfasından alınmıştır

lendirilen ceza dairesi başkanına ait olup bu kişinin vereceği kararlar Birinci Başkanlık Kurulunun onamasıyla tamamlanmış olur. Bununla birlikte ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili olarak suçüstü hâlinin bulunması durumunda soruşturma genel hükümlere göre yürütülecek ve bu soruşturma sonunda düzenlenen fezleke Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir. İlgili başsavcılıklar tarafından genel hükümlere göre soruşturma yapıldığı aşamada ise tutuklama tedbirine genel yetkili yargı organı olarak sulh ceza hâkimliklerince karar verilebilecektir.

Anayasa Mahkemesi, birçok kararında 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında tutuklanan Yargıtay üyeleri yönünden kanunda öngörülen usule ilişkin güvencelere riayet edip edilmediğini incelemiştir. Mahkeme -Anayasa Mahkemesi üyeleri yönünden yaptığı değerlendirmeleri bu kişiler bakımından da tekrarlamış ve tutuklamaya konu terör örgütü üyeliği suçunun temadi eden niteliği dolayısıyla yakalama anında suçüstü hâlinin mevcut olduğu yönündeki Yargıtay içtihadına ve bu kişilerin darbe teşebbüsünün savuşturulduğu aşamada yakalanıp tutuklanmalarına vurgu yapmıştır. Bu çerçevede verilen bir kararda, başvurucunun darbe teşebbüsünün savuşturulması sırasında gözaltına alınması ve hemen akabinde teşebbüsün arkasındaki yapılanma olan FETÖ/PDY'nin üyesi olma suçundan tutuklanması dolayısıyla -darbe teşebbüsünden kaynaklanan nedenlerle bağlantılı olarak- suçüstü hâlinin mevcut olduğuna yönelik değerlendirmelerin temelsiz olmadığı ifade edilmiştir[5].

AİHM ise darbe teşebbüsü sonrasında tutuklanan Yargıtay üyeleri tarafından yapılan bireysel başvurularda bu kişilerle ilgili kanundaki güvenceleri ayrıca incelediği bir karar vermemiştir. Aralarında Yargıtay üyelerinin olduğu birçok yargı mensubu tarafından yapılan başvuruları birleştirerek karara bağlayan AİHM, Yargıtay üyelerine ilişkin hükümleri düzenleyen -ve aynı zamanda Danıştay üyeleri için de uygulanabilir olan- 2797 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre; genel hükümlerin uygulanmasını gerektiren ve ağır ceza mahkemelerinin yargı yetkisi alanına giren suçüstü hâlinin bulunmaması durumunda, söz konusu Yüksek Mahkeme hâkimlerine karşı soruşturma başlatılmasının Başkanlık Kurulunun kararına bağlı olduğuna dikkat çekmiş ve -Anayasa Mahkemesi üyesiyle ilgili verdiği *Alparslan Altan/Türkiye* kararındaki değerlendirmesine atıfla- yargı makamlarının başvuranların suçüstü hâlde yakalandıklarına ilişkin tespitlerini kabul etmemiştir[6].

3. Danıştay Üyeleri

2575 sayılı Kanun'un 76. maddesinde; Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sı-

5 *A.B.* [GK], B. No: 2016/22702, 31/10/2019, §§ 81-95.
6 *Turan ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 75805/16 …, 23/11/2021, §§ 93-96.

rasında işlemiş bulundukları suçlardan dolayı, Danıştay Başkanının seçeceği bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından ilk soruşturmanın yapılacağı düzenlenmiştir. Kanun'un 82. maddesinde ise bu kişilerin şahsi suçlarının takibinde Yargıtay Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı ve üyelerinin şahsi suçlarının takibi ile ilgili hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Buna göre -tıpkı Yargıtay üyelerinde olduğu gibi ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili olarak suçüstü hâlinin bulunması durumunda soruşturma genel hükümlere göre yürütülecek; soruşturma aşamasında genel yetkili yargı organı olarak sulh ceza hâkimliklerince tutuklama kararı verilebilecektir.

Darbe teşebbüsü sonrasında tutuklanan Danıştay üyelerinden de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunanlar olmuş; Mahkeme, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay üyeleriyle ilgili verdiği kararda olduğu gibi bu kişiler yönünden de ağır cezalık suçüstü hâlinin mevcut olduğu sonucuna ulaşmıştır[7]. AİHM de bazı Danıştay üyeleri tarafından yapılan başvuruları diğer yargı mensuplarının başvurularıyla birleştirmiş ve Yargıtay üyeleriyle birlikte Danıştay üyeleri için de -*Alparslan Altan/Türkiye* kararındaki değerlendirmesine atıfla- suçüstüne ilişkin Türk yargı makamlarının yorumlarına katılmamıştır[8].

4. Konuya İlişkin Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararlarının Değerlendirilmesi

Yüksek Mahkeme üyeleri bakımından ilgili kanunlarda yer alan hükümlerin yorumlanmasında Anayasa Mahkemesinin içtihadı ile AİHM kararları arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM, bu kişilerin sadece ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinin bulunması durumunda özel bir soruşturma/izin prosedürüne gerek olmadan genel hükümlere göre soruşturulup tutuklanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi ile AİHM kararlarında ayrışma yaşanan husus, kararlara konu kişiler bakımından *ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinin* mevcut olup olmadığıdır. Bir anlamda her iki yargı mercii arasında başvurucuların tutukluluğunun kanuniliği bakımından önem arz eden ağır cezalık suçüstü hâlinin somut olaylara uygulanması noktasında değerlendirme farklılığı mevcuttur.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi darbe teşebbüsünden hemen sonra tutuklanan Yüksek Mahkeme üyeleri yönünden *ağır cezalık suçüstü hâlinin* bulunduğu yönündeki değerlendirmelerin temelsiz olmadığını kabul etmektedir. Mahkeme bu kişilerin doğrudan darbe teşebbüsüyle bağlantılı bir suçtan tutuklanmamış olsalar da tutuklamaya konu eylemin teşebbüsle ilgisine

7 *Hannan Yılbaşı*, B. No: 2016/37380, 17/7/2019, §§ 61-63.
8 *Turan ve diğerleri/Türkiye*, §§ 93-96.

ve tutuklama tedbirinin uygulandığı ana vurgu yapmaktadır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere Türk yargı makamları tarafından olgusal temellere dayalı olarak verilen çok sayıdaki kararda da ifade edildiği üzere FETÖ/PDY'nin darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu hatırlatılmaktadır. Mahkemeye göre darbe teşebbüsünün savuşturulmakta olduğu ve teşebbüs dolayısıyla devletin varlığı ve millî güvenlik üzerinde oluşan tehlikenin tüm ağırlığıyla devam ettiği bir dönemde teşebbüsün arkasındaki yapılanma ile örgütsel nitelikte ilişkide olduğu değerlendirilen kişilerle ilgili olarak suçüstü hâlinin bulunduğunun kabul edilebileceğini söylemek temelsiz bir yaklaşım değildir[9]. Mahkeme, bu duruma ilave olarak Yargıtayın tutuklamaya konu *terör örgütü üyeliği suçu bakımından suçun (temadi eden) niteliği dolayısıyla ağır cezalık suçüstü hâlinin bulunduğu* yönündeki içtihadına da ikincil bir gerekçe olarak değinmektedir.

AİHM ise terör örgütü üyeliği suçunun temadi eden niteliğinden hareketle ulaşılan suçüstüne ilişkin yorumu öngörülemez bulduğu gibi Anayasa Mahkemesinin darbe teşebbüsünün hemen akabinde FETÖ/PDY üyeliği suçundan tutuklanan kişilerle ilgili yaptığı "eylemin işlendiği an itibarıyla suçüstü hâlinin mevcut olduğu" yönündeki değerlendirmesini de kabul etmemektedir. Burada AİHM'in anılan yaklaşımının 15 Temmuz darbe teşebbüsünün oluşturduğu koşulları göz ardı ettiği söylenebilir. Şöyle ki soruşturma mercilerinden ve tutuklamaya karar veren yargı makamlarından; binlerce askerin katıldığı, uçak, helikopter ve tank gibi savaş araçlarının kullanıldığı, örgütün sivil yöneticileri (imamları) tarafından sevk ve idare edilen ve örgütün ülkedeki neredeyse her kurumda örgütlenmiş on binlerce mensubu tarafından doğrudan veya dolaylı olarak desteklenen bir darbe teşebbüsünün savuşturulduğu sırada yakalanan ve gözaltına alınıp tutuklamaya sevk edilen hangi örgüt mensubunun darbe teşebbüsüne bir şekilde katkı verip vermediğinin tutuklama tedbirinin uygulandığı aşamada tespitini beklemek hiçbir şekilde gerçekçi bir tutum değildir.

B. DİĞER YARGI MENSUPLARI (HÂKİM VE SAVCILAR)

1. Kanun Hükümleri

Yüksek Mahkeme üyeleri dışındaki yargı mensuplarının soruşturulması ve kovuşturulmasıyla ilgili usul ve esaslar 2802 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 82. ila 98. maddeleri arasında yer alan ve belirli ölçüde karmaşıklık içeren tüm hükümlerinin burada ifade edilmesi yerine Kanun'un bu kısımdaki hükümlerin sistematiğine ve genel hatlarıyla ortaya çıkan hukuksal duruma değinmek daha uygun olacaktır. Öte yandan 6087 sayılı Kanun ile de hâkim ve savcılarla ilgili özellikle soruşturma süreçlerine dair bir

9 *A.B.*, § 91; *Yıldırım Turan* [GK], B. No: 2017/10536, 4/6/2020, § 108.

kısım düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlara ise ilgisi oldukça atıf yapılması yeterli olacaktır.

Kanun koyucu 2802 sayılı Kanun'un 82. maddesinde; hâkim ve savcıların *görevden doğan veya görev sırasında işlenen* suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasını Adalet Bakanlığının (6087 sayılı Kanun sonrasında HSK'nın) iznine bağlı kılmıştır. Kanun'un 83. maddesinde müfettişlerin denetim veya soruşturma sırasında öğrendikleri ve gecikmesinde sakınca bulunan konuların soruşturulması için önceden izin alınmasının gerekmediğine, 84. maddesinde hâkim ve savcıların soruşturma sürecinde savunma yapmalarına ilişkin hükümlere, 85. maddesinde soruşturma sırasındaki tutuklama istemlerinin hangi mercilerce karara bağlanacağına, 86. maddesinde hâkim ve savcıların suçlarına iştirak edenler hakkındaki soruşturma ve kovuşturma mercilerine, 87. maddesinde ise hâkim ve savcılar hakkında soruşturmanın tamamlanması üzerine yapılacak işlemlere dair hükümlere yer verilmiştir.

Burada dikkat çekici olan ve üzerinde en çok durulması gereken hüküm Kanun'un 88. maddesidir. "*Yakalama ve sorgu usulü*" kenar başlıklı 88. maddesinin birinci fıkrasında; *ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında*, suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcıların yakalanamayacağı, üzerlerinin ve konutlarının aranamayacağı, sorguya çekilemeyecekleri ancak durumun Adalet Bakanlığına derhâl bildirileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkra hükmüne aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılacağı ifade edilmiştir.

Kovuşturmaya dair hükümler içeren 89. maddede hâkim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğünde yapılacak işlemlere, 90. maddede bu kovuşturmanın (yargılamanın) yapılacağı mercilere, 91. maddede bu mercilerin belirlenmesinde hangi tarihteki görev durumunun esas alınacağına, 92. maddede tutuklamaya ve salıvermeye veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna dair kurallara yer verilmiştir.

Kanun'un "*Kişisel Suçlar*" başlıklı Üçüncü Bölümü'nde yer alan 93. maddenin birinci fıkrası uyarınca, hâkim ve savcıların *kişisel suçları hakkında* soruşturma yapma yetkisi, ilgili hâkim veya savcının görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığına, son soruşturma (kovuşturma) yetkisi ise aynı yer ağır ceza mahkemesine aittir.

Kanun koyucu "*Ortak Hükümler*" başlıklı Dördüncü Bölüm'de yer alan "*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri*" kenar başlıklı 94. maddede ise hâkim ve savcılar hakkında ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturmasının genel hükümlere göre yapılacağını, hazırlık soruşturmasının yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütüleceğini ve bu hâlde durumun hemen Adalet Bakanlığına bildirilmesinin zorunlu olduğunu hüküm altına almıştır.

2. Kanun Maddelerinin Yorumu

2802 sayılı Kanun'un anılan hükümlerine göre hâkim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlara ilişkin olarak soruşturma yapılması kural olarak bu konuda yetkili merciler tarafından verilecek *bir izin sonrasında* mümkündür. Hâkim ve savcıların *görev suçları* dolayısıyla kovuşturmaya tabi tutulması ise ancak yetkili merci tarafından bu hususta verilen bir karar (son soruşturmanın açılması kararı) üzerine söz konusu olabilir. 6087 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeler sonrasında söz konusu hususlardaki yetkili mercinin HSK olduğu açıktır.

Burada üzerinde durulmasında yarar bulunan temel husus, 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesinde yer alan "*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez.*" şeklindeki hükmün ne şekilde yorumlanması gerektiğidir. Esasen hâkim ve savcıların ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında hiçbir durumda yakalanamayacağını ve tutuklanamayacağını ileri sürenlerin dayandıkları kanun hükmü bu maddedir.

Bunun için ilk olarak bu hükmün hâkim ve savcıların sadece görev suçları yönünden mi yoksa hem görev suçları hem de kişisel suçları bakımından mı hüküm ifade ettiği tespit edilmelidir. Bu çerçevede 2802 sayılı Kanun'un hâkim ve savcılar hakkındaki soruşturma ve kovuşturma usulüne dair hükümleri ile Kanun'un sistematiği birlikte dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu "*Soruşturma ve Kovuşturma*" başlıklı Yedinci Kısım'ın "*Soruşturma*" başlıklı Birinci Bölümü'nde yer alan 82. ila 88. maddelerde hâkim ve savcılar hakkında görev suçlarına ilişkin soruşturmanın usulüne, "*Kovuşturma*" başlıklı İkinci Bölüm'de yer alan 89. ila 92. maddelerde bu kişiler hakkında son soruşturmanın açılmasına karar verilmesi durumunda uygulanacak usule dair belirlemelerde bulunmuştur.

Bu nedenle 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesinde yer alan kısıtlamaların hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlara ilişkin olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu hüküm, hâkim ve savcıların görev suçları söz konusu olduğunda da suçüstü hâli dışında -her durumda- tutuklanmasına engel nitelikte değildir. Aksi yöndeki

bir yorum, söz konusu hükmün hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlara ilişkin olarak soruşturma veya kovuşturma yapılmasını yasaklaması anlamına gelmektedir.

Oysa ki hâkim ve savcıların da suç işlemeleri hâlinde cezai sorumluluklarının bulunduğu, çağdaş hukuk sistemlerinin ortak kabulüdür. Bir hâkim veya savcının göreviyle ilgili bir suç işlemesi mümkün olup bu durumda kişinin hâkim veya savcı olması nedeniyle işlediği suçun yaptırımsız kalması düşünülemez. Bu nedenledir ki hukuk sistemimiz içinde hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının görevleriyle ilgili olarak işleyebilecekleri suç oluşturan eylemler bakımından özel soruşturma ve kovuşturma usulleri ve mercileri öngörülmüştür.

Sonuç olarak *ağır cezalık suçüstü hâlinin bulunmadığı* durumlarda hâkim ve savcılar hakkında hiçbir surette yakalama, arama, sorguya çekme işlemlerinin ve dolayısıyla tutuklama tedbirinin uygulanamayacağını kabul etmek mümkün değildir. Zira böyle bir kabul, ağır cezalık suçüstü hâlinin mevcut olmadığı koşullarda yargı mensuplarının işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili soruşturma işlemlerinin yapılamayacağı ve koruma tedbirlerine başvurulamayacağı gibi hukukun üstünlüğünün benimsendiği bir toplumda izah etme imkânı bulunmayan bir sonucu ortaya çıkarır. Dolayısıyla ilgili Kanun'la öngörülen usul hükümlerine riayet edilerek yetkili makamlarca soruşturma izni verilmiş olması koşuluyla *görev suçları* bakımından tutuklama da dâhil olmak üzere hâkim ve savcılar hakkında koruma tedbirlerinin uygulanmasının önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır.

Diğer yandan hâkim ve savcıların *kişisel suçları yönünden* haklarında soruşturma yapılmasını ya da kovuşturma yürütülmesini belirli bir makamın iznine ya da kararına bağlayan bir kanun hükmü mevcut değildir. Ne 2802 sayılı Kanun'da ne de 6087 sayılı Kanun'da kişisel suç işlediği iddia edilen hâkim ve savcılar hakkında bu suç dolayısıyla bir soruşturma ya da kovuşturma izni verilmesini öngören bir düzenleme bulunmaktadır. Konuya ilişkin bugüne kadar süregelen uygulama da bu şekilde gerçekleşmiştir.

Ancak kanun koyucu bu kişiler hakkındaki soruşturma ve kovuşturma için özel merciler öngörmüştür. 2802 sayılı Kanun'un 93. maddesinde hâkim ve savcıların *kişisel suçları* bakımından soruşturma yapma yetkisinin, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığına; son soruşturma yetkisinin de aynı yer ağır ceza mahkemesine ait olduğu düzenlenmiştir. Hâkim ve savcılar açısından ağır cezalık suçüstü hâli söz konusu olduğunda ise soruşturma 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi uyarınca genel hükümlere göre yapılacak ancak yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülecektir.

Sonuç olarak hâkim ve savcıların *kişisel suçlarından dolayı* soruşturmaya veya kovuşturmaya tabi tutulmalarını ve bu bağlamda tutuklama da dâhil olmak üzere haklarında koruma tedbiri uygulanmasını engelleyen ya da idari mercinin izin veya kararına bağlı kılan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda hâkim ve savcılar açısından *kişisel bir suç* söz konusu olduğunda ağır cezalık suçüstü hâlinin olup olmadığı yalnızca soruşturma işlemlerini yürütecek savcılığın ve tutuklamaya karar verecek sulh ceza hâkiminin yer bakımından yetkisi yönünden belirleyici olmaktadır.

Öte yandan 2802 sayılı Kanun'un hâkim ve savcıları kişisel suçları yönünden güvencesiz bıraktığını söylemek mümkün değildir. Kanun'un 93. maddesinde hâkim ve savcıların kişisel suçları yönünden soruşturma veya kovuşturma yapılması için yalnızca belirli adli makamlar yetkili kılınmıştır. Buna göre görevli adli makamların ilgili hâkim ve savcı hakkında verilmiş bir kararı olmadan kolluk yetkililerinin bu kişiler hakkında kişisel bir suç işlediklerinden bahisle herhangi bir koruma tedbirini uygulamaları mümkün değildir.

Bu bağlamda kişisel bir suç söz konusu olsa bile görevli adli makamların (savcılık/hâkimlik/mahkeme) kararı olmadan kolluk görevlilerince hâkim ve savcıların yakalanmaları, üzerlerinin veya konutlarının aranması ya da sorguya çekilmesi Kanun tarafından yasaklanmış durumdadır. Kanun'un 93. maddesinde kişisel suçlar hakkında belirli adli makamların yetkili kılınması hatta 94. maddesinde ağır cezalık suçüstü hâllerinde dahi soruşturmanın -genel hükümlere tabi olsa da- bizzat yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından yürütüleceğinin ifade edilmesi, hâkim ve savcılar hakkında kolluk birimleri tarafından herhangi bir koruma tedbirinin doğrudan uygulanmasını engellemeye yöneliktir.

3. Konuya İlişkin Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları

Anayasa Mahkemesi hâkim ve savcılar tarafından yapılan çok sayıdaki başvuruda bu kişiler hakkında uygulanan tutuklama tedbirlerinin hukukiliğini incelemiştir[10]. Darbe teşebbüsü öncesinde tutuklanan iki hâkim tarafından yapılan başvuruya ilişkin bir kararında Mahkeme, başvurucular hakkında verilen tutuklama kararlarının, onların hâkim olarak yargısal yetkileri kapsamında verdikleri kararlar sebebiyle değil, yetkileri olmadığı hâlde kasıtlı bir şekilde hâkimlik konumunu kötüye kullanarak -örgütsel amaçla- birlikte hareket ettikleri tutuklu kişileri tahliye etmeye yönelik eylemlerde bulundukları iddiasıyla verildiğini tespit etmekle yetinmiştir[11].

10 Tutmanın kanuni dayanağının bulunduğunun söylenebilmesi için hâkim ve savcıların tutuklanmasıyla ilgili kanunda öngörülen hükümlere riayet edilmesi gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Turan, H. (2023). *Ceza Muhakemesi Ekseninde Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 174 vd.

11 *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, § 160.

Yine teşebbüsten önce tutuklanan dört savcı tarafından yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi başvurucuların ileri sürdüğü *"2802 sayılı Kanun'un 88. maddesine aykırı şekilde haklarında yakalama kararı çıkarıldığı ve tutuklandıkları"* iddiası bakımından; somut olayda başvurucular hakkında yakalama ve tutuklama kararlarının verildiği tarihler itibarıyla Kanun ile öngörülen inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin usulün tamamlandığını ve yetkili mercilerce başvurucular hakkında soruşturma izni verilmiş olduğunu belirtirek kanunda yer alan güvencelere aykırı bir durumun olmadığı tespitine varmıştır[12].

Darbe teşebbüsü sonrasında FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan tutuklanan binlerce hâkim ve savcı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi bu kişilerin mesleklerinden kaynaklanan ve kanunlarda yer alan güvencelere aykırı şekilde tutuklandıkları iddialarına ilişkin olarak Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından yapılan başvurularda ifade ettiği *"ağır cezalık suçüstü halinin mevcut olduğu"* yönündeki içtihadını tekrar etmiştir. Mahkeme bir kararında bu açıklamalara ilaveten -yüksek mahkeme üyelerinden farklı olarak- hâkim ve Cumhuriyet savcıları yönünden ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli bulunmasa da kişisel suçlarına ilişkin olarak soruşturma yürütülmesi için bir izin şartı bulunmadığına işaret eden Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına değinmiştir[13].

Hâkim ve savcıların soruşturma izni alınmadan tutuklanmasını *Başer ve Özçelik/Türkiye*[14] kararında değerlendiren AİHM, tutuklamanın hukukiliği[15] yönünden soruşturma izni alınmasının çok önemli bir unsur olduğunu belirttikten sonra somut olayda soruşturma izni alınmasını gerektirmeyen istisnai koşulların bulunmadığı ve başvurucuların kanunda öngörülen usule aykırı olarak tutuklandığı sonucuna varmıştır[16].

AİHM *Baş/Türkiye* kararında, hâkim olarak görev yapmakta iken tutuklanan başvurucunun mesleğine dair ilgili kanunda yer alan güvencelere aykırı şekilde tutuklandığı iddiası yönünden yaptığı değerlendirmede, başvurucunun tutuklandığı suçun kişisel bir suç mu yoksa görev suçu mu olduğu yönünde bir belirlemeye ihtiyaç duymadan -Sulh ceza hâkimliğinin tutuklama kararında atıf yapılmasından hareketle- yalnızca olayda suçüstü hâlinin mevcut olup olmadığı yönünde bir irdelemede bulunmuştur. AİHM, ağır ceza-

12 *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 240-242.
13 *Mustafa Özterzi* [GK], B. No: 2016/14597, 31/10/2019, § 93.
14 *Başer ve Özçelik/Türkiye*, B. No: 30694/15, 13/9/2022.
15 Tutmanın hukukiliğiyle ilgili geniş açıklamalar için bkz. Şirin, T. (2018). *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 61 vd.
16 Krş. Anayasa Mahkemesi *Mustafa Başer ve Metin Özçelik* (B. No: 2015/7908) kararında bu yönde bir değerlendirme yapmamıştır.

lık suçüstü hâli olmadan hâkim ve savcıların tutuklanabileceği argümanını kabul etmeyip somut olaydaki tutmanın kanundaki usule uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Bu çerçevede daha önce verdiği *Alparslan Altan/Türkiye* kararında yaptığı değerlendirmelere atıf yapan AİHM, eldeki başvuruda da anılan kararda ulaştığı sonuçtan ayrılmaya gerekli kılan bir durum olmadığını ifade etmiştir[17].

Anayasa Mahkemesi anılan AİHM kararından sonra *Yıldırım Turan* ([GK], B. No: 2017/10536) kararında, iç hukuku ilk elden yorumladığı gerekçesiyle AİHM'i eleştirerek önceki içtihadını sürdürmüştür. Anayasa Mahkemesi bu kararında ilk olarak kendi içtihadı ile AİHM kararları arasındaki farklılığa dair değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu kapsamda AİHM'in kesinleşmiş kararlarının bağlayıcı olduğu hatırlatılmakla birlikte Türk hukukunda yargı mensuplarının tutuklanmasına ilişkin kanun hükümlerinin yorumlanmasının Türkiye Cumhuriyeti'nin kamu gücü makamlarına ve nihai olarak mahkemelerine ait bir yetki olduğu vurgulanmıştır[18]. Mahkeme ayrıca Türk mahkemelerinin ulusal hukuka ilişkin yorumlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini incelemenin AİHM'e ait bir yetki olduğunu, buna karşılık AİHM'in ulusal mahkemelerin yerine geçerek ulusal hukuku ilk elden yorumlamasının uygun olmadığı açıkça dile getirmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanunlarımızdaki hükümlerinin anlamlandırılmasında ve yorumlanmasında Türk mahkemelerinin AİHM'e göre çok daha iyi konumda olduğuna dikkat çekmiştir[19].

Mahkeme devamla, AİHM'in Türk hukukundaki kanun hükümlerini yorumlayarak yargı mensuplarının tutuklanmalarının ulusal hukuka uygun olmadığı yönünde ulaştığı tespitin AİHS'in yorumlanmasıyla ilgili olmadığının altını çizmiş; anılan tespitin Türk hukukunun ne olduğuyla ilgili bir yargı içerdiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu olgudan hareketle -başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere- Türk yargı organlarının ulusal hukuka ilişkin tespit ve değerlendirmelerinde AİHM'in Türk hukukuyla ilgili olarak yukarıda anılan çerçevede yaptığı yorumdan farklı bir sonuca ulaşmasının, AİHM kararlarının Türk hukuk sistemindeki yeri ve önemiyle çelişen bir durum olmadığı sonucuna ulaşmıştır[20].

17 *Baş/Türkiye*, B. No: 66448/17, 3/3/2020, §§ 145-158. Anayasa Mahkemesi, *Hakan Baş* (B. No: 2016/42646, 27/12/2017, İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon) kararında aksi yönde karar vermiştir.

18 AİHM'in bazı yorumlarının, AİHS'e taraf olan devletlerin umdukları ve karar kıldıkları orijinal anlamlar ile rasyonel bağları kopardığına ve bunun da egemenlik ve güçler ayrılığı sorunu doğurduğuna ilişkin iddialar ve buna verilen yanıtlarla ilgili bkz. Spano, R. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Geleceği-İkincillik, Süreç Temelli Denetim ve Hukuk Devleti, https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/202005AIHM-RobertSpano. pdf (Erişim Tarihi: 27/11/2023).

19 *Yıldırım Turan*, § 117.

20 *Yıldırım Turan*, § 119.

Anayasa Mahkemesi, AİHM ile ayrıştığı konunun esasına ilişkin olarak yaptığı incelemede ise hâkim ve savcılar bakımından kişisel suçları dolayısıyla soruşturma ve/veya kovuşturma yürütülmesinin ve bu bağlamda tutuklama da dâhil olmak üzere koruma tedbirlerine başvurulmasının özel bir izin prosedürüne bağlı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre kişisel suçlar söz konusu olduğunda tutuklama tedbirinin uygulanması için özel bir merci veya prosedür bulunmamaktadır. Bu bağlamda kişisel suç için ağır cezalık suçüstü hâlinin varlığı sadece soruşturma yapacak savcılığın yer bakımından yetkisi açısından önemli olup bu durum kamu düzenine ilişkin değildir. Anayasa Mahkemesi -ağır cezalık suçüstü hâli de dâhil olmak üzere- hiçbir durumda kolluk mercilerinin adli makamların talimatı olmadan hâkim ve savcılar hakkında herhangi bir koruma tedbirine başvuramayacağını da ifade etmiştir[21].

Bunun üzerine AİHM *Turan ve diğerleri/Türkiye* kararında Anayasa Mahkemesinin anılan kararını değerlendirmiş ve önceki içtihadında *(Baş/Türkiye*) değişiklik yapmamıştır[22]. AİHM; önceki kararında ulaştığı *"hâkim ve savcılar yönünden de ağır cezalık suçüstü halinin mevcut olmaması sebebiyle kanunda öngörülen güvencelere uyulmadan tutuklama tedbirine başvurulduğu"* yönündeki sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durumun olmadığını belirtmiştir[23].

II. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Avrupa Konseyinin AİHS'i ilk imzalayan ülkelerden biri olan ülkemizde Bakanlar Kurulunun 1987 tarihli kararı ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkı, 1989 tarihli kararı ile de AİHM'in zorunlu yargı yetkisi tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı ise Anayasa'nın 148. maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik yeni bir mekanizma olarak iç hukuk sistemimizde yerini almıştır. Böylelikle temel hak ve özgürlüklerin ulusal hukuk sisteminde en üst düzeyde korunması imkânı oluşmuştur.

Ülkemizde yargı mensupları yönünden yargılama ve tutuklamaya ilişkin güvenceler bakımından ikili bir ayrım söz konusudur. Buna göre yüksek mahkeme üyeleri ile diğer hâkim ve savcılar farklı statüde kabul edilmiştir. Buna karşılık özellikle hâkim ve savcıların tutuklanması bakımından ilgili kuralların anlamlandırılmasında, Yüksek Mahkeme üyelerinin tutuklanmasıyla ilgili olarak ise kanun hükümlerinin somut olaylara uygulanmasında Anaya-

21 *Yıldırım Turan*, §§ 123-146.
22 *Turan ve diğerleri/Türkiye*.
23 *Turan ve diğerleri/Türkiye*, §§ 84-92.

sa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarıyla yerleşik hâle gelen içtihadı ile AİHM tarafından verilen kararlarda farklı değerlendirmeler söz konusudur.

Bu ayrışma özellikle darbe teşebbüsünden sonra FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan tutuklanan hâkim ve savcıların *kişisel suçları* bakımından soruşturulmalarının ve haklarında tutuklama tedbirine başvurulmasının kanunlarımızda özel bir prosedüre veya bir mercinin iznine bağlı olup olmadığı hususunda kendini göstermiştir. AİHM, darbe teşebbüsü sonrasında hâkimlerin tutuklanmasının kanuniliğini incelerken "ağır cezalık suç üstü hâli"nin bulunmadığı gerekçesiyle ihlal sonucuna varırken Anayasa Mahkemesi aksi yönde kararlar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi içtihadı ile AİHM kararlarında yer alan değerlendirmeler arasındaki farklılık -Anayasa Mahkemesince de ifade edildiği üzere- AİHS hükümlerinin değil bilakis Türk hukukunun yorumlanmasıyla ilgilidir. Ulusal hukukun yorumlanmasında başta yüksek mahkemeler olmak üzere ulusal yargı makamlarının AİHM'e göre daha avantajlı oldukları bizatihi AİHM tarafından da kabul edilmektedir. Bu bağlamda AİHM iç hukukun yorumlanmasında öncelikli görevin ulusal makamlara ait olduğunu vurgulamakta ve kendi görevinin ulusal hukuk mercilerinin yorumlarının etkilerinin AİHS ile uyumlu olup olmadığını tespit etmekle sınırlı olduğunu ifade etmektedir. AİHM ayrıca kural olarak kendisinin ulusal mahkemelerin yerine geçerek değerlendirme yapma görevinin bulunmadığını, ulusal hukukun yorumlanmasına ilişkin sorunları çözmenin öncelikli olarak ulusal otoritelerin -özellikle ulusal mahkemelerin- yetkisinde olduğunu belirtmektedir[24].

Elbette AİHS'in, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesinde destek ölçü norm olarak kullanılması mümkün ve hatta -bazı durumlarda- gereklidir. Nitekim AİHS ülkemizde süreç içinde yapılan birçok Anayasa değişikliğinin temel gerekçelerinden birini oluşturmuş; Anayasa koyucu AİHS'e uyum sağlanması amacıyla birçok defa Anayasa'da değişikliğe gitmiştir. Bu bağlamda bireysel başvuru mekanizmasını Türk hukukuna kazandıran ve anayasal bir güvenceye bağlayan 2010 yılındaki Anayasa değişikliğinin gerekçesinde de AİHS'e atıfta bulunulmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti, AİHS'e taraf olmakla bu Sözleşme'yi ulusal hukukunun bir parçası hâline getirmeyi ve onun hükümlerini ulusal düzeyde uygulamayı kabul etmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında da usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde ol-

24 *Waite ve Kennedy/Almanya,* B. No: 26083/94, 18/2/1999, § 54; *Anđelković/Sırbistan,* B. No: 1401/08, 9/4/2013, § 24. AİHM'in, ulusal hukukun doğru şekilde yorumlandığını ve uygulandığını doğrulama yetkisinin sınırlı olduğunu ve görevinin ulusal mahkemelerin yerini almak olmadığını, rolünün daha ziyade ulusal mahkemelerin keyfi veya açıkça mantıksız kararlar verilmesi durumunda gündeme geldiğini ifade ettiği başka bir karar için bkz. *Anheuser-Busch Inc/Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007, § 83.

duğu ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ifade edilmiş; ayrıca usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı kurala bağlanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin yargı yetkisini kabul ettiği AİHM'in de AİHS koruma mekanizmasının bir parçası olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla AİHS'in ulusal düzeydeki uygulaması sırasında bu Sözleşme'yi yorumlama yetkisine sahip yargı organı olan AİHM'in içtihatlarının da dikkate alınması gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bilhassa bireysel başvuru kapsamında yaptığı incelemelerde AİHM içtihadından önemli ölçüde yararlanmış; özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümlerinin anlam ve kapsamını tespit ederken de AİHM'in yaklaşımını dikkate almıştır. Bu bağlamda Mahkeme, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yorumunun AİHM içtihadıyla çelişmemesine de özen göstermiştir.

Esasen AİHS ile tesis edilen denetim/yargılama mekanizmasının temel amaçlarından biri de insan hakları alanında ortak bir Avrupa standardının oluşturulmasıdır. Buna göre Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklere yönelik değerlendirmelerinde AİHM içtihadını göz önünde bulundurması insan haklarına ilişkin konularda ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasında yaşanması muhtemel çelişkileri en aza indirme rolünün de bir gereğidir.

Bununla birlikte AİHS'in ve AİHM kararlarının konumuna yönelik yukarıda değinilen tespitler, bireysel başvuruları karara bağlama başta olmak üzere Anayasa ve ilgili kanunlar uyarınca Anayasa Mahkemesinin yetki ve görevi kapsamında olan inceleme ve denetimler sırasında -bu bağlamda anayasallık denetiminde- asıl ölçü normun Anayasa olduğu gerçeğini değiştirmemektir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesince temel hak ve özgürlüklere yönelik değerlendirmelerde AİHM içtihadının dikkate alınabilirliğinin sınırı yine Anayasa'nın kendisidir.

Yukarıda altı çizilen önemine rağmen AİHS, Anayasa'nın üstünde bir hiyerarşiye sahip değildir[25]. Diğer bir ifadeyle AİHS'in, ülke hukukunda Anayasa üstü bir hukuksal gücü bulunmamaktadır[26]. AİHS'in bağlayıcılığı, Anayasa'daki kurallarla çatışan sözleşme hükümlerinin ve bunları anlamlandıran AİHM içtihadının öncelenmesini haklı ve meşru kılmamaktadır. Norm

25 Gözler, K. (2000). İnsan Hakları Normlarının Anayasaya Üstünlüğü Sorunu, içinde Çitçi, O. (Der.), *Türkiye'de İnsan Hakları* (ss. 25-46), Ankara: TODAİE Yayını, s. 38-39.

26 Uluslararası andlaşmalarla, milli anayasa hukuklarının özel ilişkisi ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. Özkan, I. (2013). "Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8., Özel Sayı, s. 2127-2175.

denetiminde olduğu gibi bireysel başvuruda da asıl ölçü norm Anayasa'dır. Aksi düşünce, egemenlik ve güçler ayrılığı sorunları doğurabilecektir. Kanun ile AİHS hükümleri arasında, sözleşmenin üstünlüğü savunulmakla beraber, çatışma hâlinde Anayasa hükümlerinin göz önünde bulundurulmaması, ülkedeki kamu gücü kullanan tüm devlet organların varlık ve yetkilerinin kaynağı olan Anayasa'nın uygulanmaması gibi bir sonuç doğurabilir[27]. Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararında da Anayasa'nın temel ilkelerinden birinin ihlali ancak yasa koyucunun uluslararası hukuku *istisnai de* olsa dikkate almamasıyla önlenebilecekse, bu durumun Anayasa'nın uluslararası hukuka açıklık ilkesiyle çatışmadığı belirtilmiştir[28].

AİHM'in -kesinleşmiş kararları bağlayıcı olsa bile- Türk hukukunda yargı mensuplarının tutuklanmasına ilişkin kanun hükümlerinin yorumlanması bağlamında sergilediği yaklaşım incelenirken anılan Mahkemenin yetki alanının gözardı edilmemesi gerekir. AİHM'in yetkisi, AİHS hükümlerini yorumlamak ve kamu gücü kullanan kişi ve organların bu hükümlere aykırı davranıp davranmadığını tespit etmekten ibaret olup ulusal hukuk işlemlerini *iptal etme* ya da *değiştirme* yetkisi bulunmamaktadır[29]. Dolayısıyla burada AİHM'e düşen, açık keyfîlik taşımadığı sürece ulusal hukukun neyi ifade ettiğini ilk elden belirlememesi, bu konuya karışmamasıdır. AİHM bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi kapsamında ulusal yargı organlarımızın yargı mensuplarının tutuklanmasıyla ilgili yorumlarının AİHS'e aykırı olduğunu tespit ettiğinde ise bu yorumların dayandığı mevzuat hükümleri *iç hukuk* bakımından geçerliliğini korumaya devam edeceklerdir[30]. Yasama organının bu durumda *pacta sunt servanda (ahde vefa)* ilkesinin bir gereği olarak -daha önce birçok defa yaptığı gibi- AİHM içtihatlarıyla uyuşmadığını düşündüğü hukuk normlarını Avrupa insan hakları hukuku normlarına uygun hâle getirmesi gerekmektedir[31]. Yargı organlarına düşen ise somut uyuşmazlıkta uygulanacak kanun hükümleri ile AİHS hükümleri çatıştığında bu çatışmayı -meselenin çözümünü yasama organına bırakmadan- Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında belirtilen usule göre çözmeleridir.

---

27 Şahbaz, İ. (2004). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *TBB Dergisi*, S. 54., s. 183.

28 2 BvR 1481/04 (14.10.2004). Anılan kararın ayrıntılı analizi için bkz. Göztepe, E. (2007). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin İki Kararının Bir Değerlendirmesi, içinde Bayraktar, K., Yasaman, H., Erdem, E., Karakaş, A. I. ve Altay, S. A. (Eds.), *Erdoğan Teziç'e Armağan* (ss. 417-429), İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları. Kararın İngilizce metni için bkz.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html (Erişim Tarihi: 25/12/2023).

29 Pazarcı, H. (2004). "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 24., S. 1- 2., s. 655.

30 Gözler, K. (2000). s. 39.

31 a.g.e. s. 39.

İnsan haklarının evrenselleşmesi, beraberinde egemenlikle ilgili anlayışların da dönüşümünü getirmiştir[32]. İnsan haklarının uluslararası alana taşınması ile birlikte gelinen yeni aşamada, uluslararası alandaki insan hakları sözleşmeleri kapsamında devletin yükümlülüklerini yerine getirmesinin, onların egemenliklerine uluslararası alanda daha da saygınlık kazandıran bir unsura dönüştüğü unutulmamalıdır[33].

32 Arslan, Z. (2005), *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 233.

33 Hakyemez, Y. Ş. (2004). *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı.* Ankara: Seçkin Yayınları, s. 266 vd.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Zühtü (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2000). İnsan Hakları Normlarının Anayasaya Üstünlüğü Sorunu, içinde Çitçi, Oya (Der.), *Türkiye'de İnsan Hakları* (ss. 25-46), Ankara: TODAİE Yayını.

GÖZTEPE, Ece **(**2007). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin İki Kararının Bir Değerlendirmesi, içinde Bayraktar, Köksal, Yasaman, Hamdi, Erdem, Ercüment, Karakaş, A. Işıl ve Altay, S. Anlam (Eds.), *Erdoğan Teziç'e Armağan* (ss. 417-429), İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2004). *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Ankara: Seçkin Yayınları.

ÖZKAN, Işıl (2013). "Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk İlişkileri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8., Özel Sayı, ss. 2127-2175.

PAZARCI, Hüseyin (2004). "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 24., S. 1- 2., ss. 651-674.

SPANO, Robert. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Geleceği-İkincillik, Süreç Temelli Denetim ve Hukuk Devleti", https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/202005AIHM-RobertSpano.pdf (Erişim Tarihi: 27/11/2023).

ŞAHBAZ, İbrahim (2004). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *TBB Dergisi*, S. 54., ss. 177-216.

ŞİRİN, Tolga (2018). *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.

TURAN, Hüseyin (2023). *Ceza Muhakemesi Ekseninde Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınları.

Çalışmada Yararlanılan Mahkeme Kararları

A. AİHM Kararları

1. *Alparslan Altan/Türkiye,* B. No: 12778/17, 16/4/2019.

2. *Anheuser-Busch Inc/Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007.

3. *Anđelković/Sırbistan,* B. No: 1401/08, 9/4/2013.

4. *Başer ve Özçelik/Türkiye*, B. No: 30694/15, 13/9/2022.

5. *Baş/Türkiye*, B. No: 66448/17, 3/3/2020.

6. *Tercan/Türkiye*, B. No: 6158/18, 29/6/2021.

7. *Turan ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 75805/16 …, 23/11/2021.

8. *Waite ve Kennedy/Almanya*, B. No: 26083/94, 18/2/1999.

B. Anayasa Mahkemesi Kararları

1. *A.B.* [GK], B. No: 2016/22702, 31/10/2019.

2. *Alparslan Altan* [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018.

3. *Erdal Tercan* [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018.

4. *Hakan Baş*, B. No: 2016/42646, 27/12/2017 (İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon).

5. *Hannan Yılbaşı*, B. No: 2016/37380, 17/7/2019.

6. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016.

7. *Mustafa Özterzi* [GK], B. No: 2016/14597, 31/10/2019.

8. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016.

9. *Yıldırım Turan* [GK], B. No: 2017/10536, 4/6/2020.

10. AYM, E.2020/59, K.2023/53, 22/3/2023.

Dr. Hamit YELKEN
(Yargıtay Üyesi, Anayasa Mahkemesi Eski Başraportörü)

ANAYASA MAHKEMESİ NORM DENETİMİNDE AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK NEDENİYLE RET KARARI*

ÖZET

Anayasa'nın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının sağlanması suretiyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında anayasa yargısının çok önemli bir işlev gördüğü tartışmadan uzaktır. Anayasa yargısının etkin bir şekilde kullanılmasının hukukun anayasallaşmasında kilit bir role sahip olduğunun da altının çizilmesi gerekir. Bu bağlamda modern hukuk devletlerinde anayasa yargısının etkinliğinin arttırılmasına katkı sunacak hukuki kurumlara/enstrümanlara yer verildiği görülmektedir. Türk hukuk sisteminde de bu tür kurumlar öngörülmüştür.

Anayasa yargısının etkinliğinin arttırılması konusunda hukuk sistemimizde yer verilen önemli hukuki kurumlardan biri de *açıkça dayanaktan yoksun* başvuruların ilk inceleme aşamasında elenmesidir. Türk anayasa yargısında gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle başvurunun reddi müessesesi düzenlenmiştir. Bu çalışmanın konusunu norm denetimi kapsamındaki açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilecek ret kararları oluşturmaktadır.

Norm denetimi kapsamında verilecek açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararlarının, anayasal denetimin etkinliğini sağlamada iki önemli katkısının bulunduğu söylenebilir: Birincisi Anayasa Mahkemesine (AYM) yapılacak niteliksiz başvurular nedeniyle gerçek ve ciddi anayasal sorunlara işaret eden başvuruların uzun süre incelenememesi tehlikesini bertaraf etmektir. Bunun sağlıklı bir anayasal denetim yapılarak Anayasa'ya aykırı kuralların kolaylıkla tespit edilmesi ve bunların hukuk sisteminden ayıklanmasına hizmet etmede nasıl önemli bir role tekabül ettiği çalışmada ele alınmıştır. İkincisi ise daha baştan temelsiz olduğu açıkça anlaşılan başvuruların ilk inceleme aşamasında reddinin sağlanarak AYM'nin önünde bulunan diğer dosyalardaki önemli anayasal sorunlara daha fazla emek ve mesai ayırabilmesini temin etmektir.

* Bu çalışma *"Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yargısal Denetimi"* adlı doktora tezinin daha sonra kitap olarak da yayınlanan Yelken, H. (2022). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, Ankara: Seçkin Yayınları, ilgili bölümlerinin güncellenmiş ve genişletilmiş hâlidir.

Anayasa yargısı açısından önemi nazara alınarak bu çalışmada söz konusu karar türünün verilme şartları, hukuki mahiyeti ve sonuçları, AYM'nin bu konudaki kararları ve meseleye yaklaşımı, kurumu düzenleyen hükmün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı ve en nihayetinde kurumun anayasal açıdan önemi birçok boyutuyla ele alınmıştır.

Çalışmanın sonuç kısmında da bu kurumun geleceğine ilişkin bazı tespit ve önerilerde bulunulmuştur. Böylece önemiyle ters orantılı olacak şekilde gerek uygulamada gerek ise doktrinde hak ettiği ilgiyi bulamayan bu karar türüne dikkat çekilmeye çalışılmıştır.

THE DISMISSAL OF THE MANIFESTLY ILL-FOUNDED APPLICATIONS UNDER THE CONSTITUTIONALITY REVIEW OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

It is beyond dispute that the constitutional justice plays a crucial role in protecting the fundamental rights and freedoms of individuals by ensuring the supremacy and binding force of the Constitution. It should also be underlined that the effective exercise of constitutional justice holds a key role in the constitutionalisation of law. In this context, it is noted that a modern understanding of the rule of law entails legal institutions/instruments that contribute to increasing the effectiveness of constitutional justice. Such institutions are also provided for in the Turkish legal system.

One of the important legal institutions in our legal system to increase the effectiveness of the constitutional justice is the elimination of "manifestly ill-founded applications" at the first examination stage. Turkish constitutional justice establishes the institution of "rejection of the manifestly ill-founded application" both in the constitutionality review and individual application. This study aims to examine the decisions to dismiss manifestly ill-founded applications within the scope of constitutionality review.

It can be argued that the dismissal of the manifestly ill-founded applications, which is to be made within the scope of constitutionality review, makes two significant contributions to ensure the effectiveness of the constitutional review. The first one is to eliminate the danger that applications pointing to concrete and grave constitutional problems shall not be filed for a long time due to poor quality applications to the Constitutional Court (CC). It should be underlined that this holds a pivotal role in facilitating a proper constitutional review, identifying unconstitutional provisions and eliminating them from the legal system. The second is to ensure that applications that are manifestly ill-founded from the outset are dismissed at the first examination stage, so that the Constitutional Court is able to devote more effort and time to the substantive constitutional matters in other cases pending before it.

Considering its importance for the constitutional justice, this study discusses the conditions for the dismissal of the manifestly ill-founded applications, its legal nature and consequences, the Constitutional Court's judgments and approach on the issue, whether the provision regulating the institution is contrary to the Constitution, and finally the constitutional importance of the institution in many dimensions.

In the concluding part of the study, some observations and suggestions are made regarding the future of this institution. It has therefore been sought to draw attention to the institution which, despite its importance, has not received the attention it deserves, either in practice or in doctrine.

GİRİŞ

AYM'ye itiraz[1] (somut norm denetimi) başvurusunda bulunulması gerek Anayasa'da gerek ise 30/3/2011 tarihli 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da çeşitli şartlara bağlanmıştır. Buna göre itiraz başvurusunda bulunulabilmesi için; bakılmakta olan bir davanın varlığı, başvuru yapacak mercinin mahkeme niteliğini taşıması, mahkemenin görevli ve yetkili olması, iptali istenilen kuralın somut uyuşmazlıkta uygulanacak kural hüviyetini taşıması, mahkemenin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varması veya taraflarca ileri sürülen iddianın mahkemece ciddi bulunması ve esastan verilmiş ret kararı üzerine on yıllık sürenin geçmiş olması gerekmektedir.

İtirazı inceleyebilmenin bir diğer şartı da 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen başvurunun "*açıkça dayanaktan yoksun olmaması*"dır. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında emredici bir hüküm olarak açık bir şekilde dayanaktan yoksun olan başvuruların esas incelemeye geçilmeksizin reddedileceği hüküm altına alınmıştır. Ne var ki uygulamaya baktığımızda AYM'nin yukarıda belirtilen her bir şartla ilgili çok sayıda karar vermesine karşın açıkça dayanaktan yoksunluk şartıyla ilgili 6216 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2011 yılından 2020 yılının Kasım ayına kadar hiçbir karar vermediği, âdeta Kanun'da açıkça belirtilen bu şartı göz ardı ederek uygulamadığı görülmektedir.

Doktrinde ise söz konusu şartın Anayasa'da düzenlenmediği, Anayasa'da düzenlenmeyen bir hususun kanunla düzenlenmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verilmesinin Anayasa'ya aykırı olacağı ileri sürülmüştür[2]. Anılan değerlendirme dışında doktrinde açıkça dayanaktan yoksunluk şartının çok fazla inceleme konusu yapılmadığı ve hatta itiraz başvurusu yapabilme şartları arasında bu nedenin gösterilmediği anlaşılmaktadır[3].

Açıkça dayanaktan yoksun olma nedenine dayalı olarak verilecek ret ka-

---

1 Somut norm denetimi yoluyla yapılan başvuruların teknik anlamda bir defi değil itiraz olduğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Teziç, E. (2018). *Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 247.

2 Gözler, K. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, s. 1148-1149.

3 Bkz. Özbudun, E. (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 398-405; Atar, Y. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 345-352; Eren, A (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 1111-1127; Kaboğlu, İ. Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri* (Genel Esaslar), 15. Baskı, İstanbul: Legal Yayınları, s. 351-354; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 549-562; Gören, Z. (2020). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 332-335. Gözler tarafından bu bir şart olarak sayılmış ancak bunun Anayasa'ya aykırı bir şart olduğu ifade edilmiştir (Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 26. Baskı. Bursa: Ekin Yayınları, s. 445).

rarlarına işlerlik kazandırılmasının anayasa yargısının etkinliğini arttırma hususunda oldukça önemli bir rol oynayabileceği değerlendirilmektedir. Bu nedenle aşağıda norm denetimi kapsamındaki açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı birçok yönüyle ele alınacaktır.

I. AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK NEDENİNE DAYALI RET KARARININ ŞARTLARI

6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca AYM'ye yöntemine uygun bir itiraz başvurusunda bulunulabilmesi için kuralın sadece Anayasa'ya aykırı olduğunun ileri sürülmesi yeterli değildir. Kuralın hangi nedenlerle Anayasa'nın hangi maddesine aykırı olduğunun gerekçelendirilmesi gerekmektedir[4]. Bir başka deyişle gerekçesiz bir başvuru kararıyla somut norm denetimi başvurusunda bulunmak mümkün değildir. Ancak kararda bir gerekçeye yer verilmiş olması her durumda başvurunun esastan incelenmesini sağlayamamaktadır. Bunun için başka şartların yanı sıra mahkeme tarafından gösterilen gerekçelerin *hukuki ve mantıki bir tutarlılığa sahip olması*, bir başka ifadeyle mahkeme tarafından kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna dair ortaya konulan gerekçelerin daha ilk bakışta, dolaylı bir yorum yapılmaksızın temelsiz/dayanaksız olmaması gerekmektedir.

Bu şekilde daha ilk bakışta temelsiz olduğu anlaşılan itiraz başvuruları açıkça dayanaktan yoksun olmama şartıyla bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla böyle bir başvuruyla ilgili olarak işin esasına girmeden başvurunun ilk inceleme aşamasında reddedilmesi gerekecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki AYM itiraz başvurularında kuralın anayasallığını denetlerken başvurucunun Anayasa'ya aykırılık gerekçelerine bağlı değildir. AYM, itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin hiç işaret etmediği bir gerekçeyle veya mahkemenin kuralın aykırı olduğunu belirttiği Anayasa maddesi dışındaki bir maddeye dayanarak da anayasallık incelemesi yapabilir. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (3) numaralı fıkrasında "*Mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.*" hükmüne yer verilmek suretiyle bu husus herhangi bir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak bu durum itiraz başvurusunda bulunan mahkemelere açıkça dayanaktan yoksun gerekçelerle AYM'ye itiraz başvurusunda bulunma imkânı tanımamalıdır. Zira Kanun'da başvuru kararının gerekçeli

4 Aynı hüküm Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de hüküm altına alınmıştır.

olması ve açıkça dayanaktan yoksun olmaması gerekleri iki ayrı şart olarak öngörülmüştür.

Nitekim AYM de "*Anayasa'ya aykırılığın denetiminde gerekçe ile bağlı olunmaması Anayasa'ya aykırılık için ileri sürülen gerekçenin makul bir temele dayanması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.*"[5] demek suretiyle AYM'nin gerekçeye bağlı olmamasının, mahkemelerin hukuki ve mantıki bir tutarlılığa sahip gerekçeli kararlarla AYM'ye başvurma şartını ortadan kaldırmadığına işaret etmiştir.

AYM'ye göre bir başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmadığının kabul edilebilmesi için "*gerekçenin hem iptali talep edilen kuralın hukuki niteliğiyle hem de aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa hükümleriyle detaylı bir incelemeye gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabilen uyumsuzluğunun*" bulunmaması gerekir[6].

Buna göre AYM'nin açıkça dayanaktan yoksun olmamayı iki ayrı neden üzerinden ele aldığı söylenebilir. Bunlardan birincisi gerekçenin iptali talep edilen kuralın hukuki niteliğiyle bağdaşmaması sorunudur. İkincisi ise gerekçenin aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa hükmüyle uyumsuzluğudur.

Hiç kuşkusuz Yüksek Mahkeme bu iki sebebin ayna anda gerçekleşmesini aramamaktadır. Bu sebeplerden herhangi birisi mevcut olduğunda başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle reddedilmesi gerekmektedir.

Belirtilmelidir ki iptali istenilen kuralın hukuki mahiyeti veya Anayasa hükmüyle olan her uygunsuzluk açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verilmesi için yeterli değildir. Bu uygunsuzluğun *açık* olması, dolaylı bir yorum gerektirmeden, AYM'nin ifadesiyle "*detaylı bir incelemeye*" tabi tutulmaksızın objektif olarak daha ilk bakışta anlaşılan bir uyumsuzluk olması gerekir.

Buna göre Anayasa hükmüne getirilebilecek yorumlardan birinin tercih edilmesi nedeniyle gösterilen gerekçenin AYM içtihadında kabul edilen yorumla çelişmesi hâlinde açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle bir ret kararı verilmesi bu kurumun hukuki mahiyetiyle bağdaşmayacaktır.

Bu bağlamda örneğin Anayasa Mahkemesi Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülen konularda kanun hükmünde kararnamelerle (KHK) düzenleme yapılabileceğini kabul etmektedir. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kanuniliği ilkesine yer verilmiş ve idarenin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede bir idari teşkilat kuran bir KHK hükmü AYM içtihadına göre sırf bu nedenle Anayasa'nın 123. maddesine aykırı değildir. Ancak sadece anılan gerekçeye dayalı böyle bir iddia ileri sürüldüğünde bu başvurunun açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle reddedilmesi doğru olmayacaktır. Zira KHK'ya ilişkin anayasal

5 AYM, E.2020/84, K.2020/64, 12/11/2020, § 6.
6 AYM, E.2020/84, K.2020/64, 12/11/2020, § 5.

hükümlerin AYM'nin kabul ettiğinden farklı olarak yorumlanması objektif olarak mümkündür.

Öte yandan AYM içtihadının yanlış olması veya Yüksek Mahkemenin kendi içtihadını değiştirmesi de söz konusu olabilir. Dolayısıyla açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilmesinin kapsamının bu kadar genişletilmesi AYM'nin daha önce verdiği karardan geri dönülmesini sağlayabilecek yollardan birinin kapatılması anlamına gelebilecektir ki bunun kurumun varlık amacına ve doğasına uygun bir yorum olmayacağı söylenebilir.

Son olarak açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilebilmesi için gösterilen her bir gerekçenin açıkça dayanaktan yoksun olması gerekir. Bir başka deyişle gösterilen gerekçelerden sadece birinin açıkça dayanaktan yoksun olması başvurunun bu nedenle reddedilmesi için yeterli olmayacaktır.

II. AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK NEDENİNE DAYALI RET KARARININ HUKUKİ MAHİYETİ SONUÇLARI VE DAYANAĞI

A. AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK NEDENİNE DAYALI RET KARARININ HUKUKİ MAHİYETİ SONUÇLARI

AYM'ye somut norm denetimi başvurusunda bulunulabilmesi için başvuruyu yapacak mercinin bir mahkeme olması, bu mahkemenin görevli ve yetkili olması, iptali istenilen kuralın davada uygulanacak kural olması gibi şartlar aranmaktadır. Bu bağlamda açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilen ret kararı da AYM'ye usulüne uygun bir başvuru yapılması için Anayasa ve Kanun'da öngörülen şartın yerine getirilmesine yönelik usule ilişkin bir karardır. Dolayısıyla anılan kararın işin *esasına* ilişkin değil *usule* ilişkin bir karar olduğu tartışmadan uzaktır. Bu itibarla AYM'nin açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle vermiş olduğu ret kararlarının gerek başvuruyu yapan mahkemenin gerekse de diğer mahkemelerce herhangi bir süreye bağlı olmaksızın AYM'nin önüne taşınmasında bir engel bulunmamaktadır. Nitekim AYM tarafından anılan kararın usule ilişkin bir karar olduğu şu şekilde ifade edilmiştir:

> *"7. Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında 'Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.' hükmüne yer verilmiş, 6216 sayılı Kanun'un "Başvuruya engel durumlar" başlığını taşıyan 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da aynı hüküm tekrarlanmıştır. Açık bir şekilde dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilen ret kararı, işin esasına girilerek verilen ka-*

rarlardan olmadığından niteliği gereği aynı kurallar için yeniden yapılacak başvurulara engel oluşturmaz."[7]

Açıkça dayanaktan yoksunluk kararının başvuru şartına ilişkin bir karar türü olduğu tespit edildikten sonra anılan şartın Anayasa'da yer alan hangi başvuru koşuluna ilişkin olduğunun da belirlenmesi gerekmektedir.

B. AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK NEDENİNE DAYALI RET KARARININ DAYANAĞI

Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasında: "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre bir mahkemenin Anayasa'ya aykırılık başvurusunda bulunabilmesi için ya kuralı resen Anayasa'ya aykırı görmesi veya tarafların ileri sürdüğü aykırılık iddiasını ciddi bulması gerekmektedir. Fakat her iki durumda da mahkeme hâkimlerinin iç dünyalarında kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşmalarının hukuki bir kıymeti bulunmamaktadır. Mahkemelerin söz konusu kanaate nasıl vardıklarını olgusal temelleriyle birlikte hukuken savunulabilecek şekilde gerekçelendirmeleri gerekmektedir[8]. Bu şarta her iki ihtimali de içerecek şekilde *aykırılığın ciddiliği şartı* denebilir. Bu çerçevede başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmamasının, Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülen aykırılık iddiasının ciddiliğine ilişkin bir başvuru şartı olduğu söylenebilir[9].

Belirtmek gerekir ki söz konusu ret kararı usule ilişkin olmasına rağmen bu karar 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen *yönteme aykırılık* nedeniyle verilen ret kararlarından değildir. Zira anılan kararda bu aykırılık nedenleri sınırlı bir şekilde sayılmış olup bunlar;

a) İptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslı,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneği

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili

7 AYM, E.2021/116, K.2021/76, 4/11/2021, § 7. Aynı yönde bkz. AYM, E.2020/92, K.2020/71, 12/11/2020, § 11; AYM, E.2020/84, K.2020/60, 4/11/2021, § 7.

8 Özbudun, E. (2020). s. 404; Kıratlı, M. (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 68-71; Aliefendioğlu, Y. (1984). "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", *Anayasa Yargısı*, C. 1., s. 125; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2018). s. 556; Atar, Y. (2019). s. 350-351; Eren, A. (2022) s. 1118.

9 Armağan'a göre tarafların ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu sonucuna ulaşılabilmesi için Mahkeme hâkiminin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşması gerekir (Armağan, S. (1967). *Anayasa Mahkememizde Kazai Mukarabe Sistemi*, İstanbul: İÜHF Yayını, s. 87-90).

bölümlerinin onaylı örneklerinin dizi listesine bağlanarak AYM'ye gönderilmesi

gibi başvuruya ilişkin yöntemsel şartlardır.

Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun bulunmaması şartı ise anılan yönteme ilişkin bir koşul olmayıp *aykırılığın ciddiliğine* ilişkin bir başvuru şartıdır.

Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi incelendiğinde de kanun koyucunun açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararını yönteme ilişkin ret kararından tefrik ederek onu ayrıca zikrettiği görülmektedir. Bu çerçevede anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında: "*Evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir.*" denilmek suretiyle açık bir şekilde dayanaktan yoksunluk ve yöntemine uygun olmamanın iki ayrı ret nedeni olarak ayrıştırıldığı anlaşılmaktadır.

III. AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK NEDENİNE DAYALI AYM KARARLARI VE UNSURLARI

Daha önce de ifade edildiği üzere AYM, 6216 sayılı Kanun'da bir başvuru koşulu olarak düzenlenmiş olmasına rağmen 2020 yılının Kasım ayına kadar açıkça dayanaktan yoksunluk nedenine dayalı ret kararı vermemiştir[10]. Dolayısıyla AYM'nin bu konuda sınırlı sayıda kararı bulunmaktadır. Bu bölümde bu kararlar incelenerek hem uygulamada açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilmesi koşullarının nasıl ortaya çıktığına dikkat çekilecek hem de AYM'nin bu kurumu ele alış biçimi irdelenecektir.

AYM'nin bu konuda vermiş olduğu ilk karar 12/11/2020 tarihli ve E.2020/84, K.2020/64 sayılı karardır. Anılan karara konu başvuruda dava konusu kuralın bir ceza hükmü içerdiği, bu cezanın 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla düzenlendiği, Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca suç ve ceza hükümlerinin ancak kanunla düzenlenebildiği, itiraz konusu kuralın ise KHK'yla düzenlendiği iddia edilerek kuralın Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür[11].

Yüksek Mahkeme, evvela itiraz konusu kuralın 652 sayılı KHK'ya 2/12/2016 tarihli ve 6764 sayılı *Kanun'un* 12. maddesiyle eklendiğini, söz konusu maddede merkezî sınavlarda gerçekleştirilen belirli fiillere cezai müeyyideler içe-

10 Mülga 10/11/1983 tarihli ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'da açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararına yer verilmediği anlaşılmaktadır.

11 Bkz. AYM, E.2020/84, K.2020/64, 12/11/2020, § 9.

ren 17/2/2011 tarihli ve114 sayılı Kanun'un 10. maddesine atıfta bulunularak, bu hükmün Millî Eğitim Bakanlığınca yapılan merkezî sınavlar hakkında da uygulanacağının öngörüldüğünü tespit etmiştir.

Akabinde Yüksek Mahkeme gerek itiraz konusu kuralın gerekse de kuralın atıfta bulunduğu maddenin bir KHK hükmü değil kanun hükmü olduğunu saptamış, zira itiraz konusu kuralın 652 sayılı KHK metninde yer almasına rağmen KHK'yla düzenlenmediğini, kuralın KHK'ya 6764 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle eklendiğini ifade etmiştir. Buna dayanarak AYM, başvuru kararında ileri sürülen kuralın bir KHK hükmü olduğuna ilişkin gerekçenin açıkça dayanaktan yoksun, temelsiz bir iddia olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre kuralın 652 sayılı KHK metni içinde yer alması da onun kanun olma özelliğini etkilememektedir[12]. Zira bir KHK düzenlemesine kanun hükmüyle bir kural eklenmesi her zaman mümkündür.

Buna göre AYM'nin, Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca bir ceza hükmünün KHK'yla düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışmasına girmeksizin öncelikle mahkemenin Anayasa'ya aykırılık gerekçesini dayandırdığı olgunun hukuki bir temele dayalı olup olmadığını denetlediği ve daha ilk bakışta objektif olarak dayanaksız olduğu anlaşılan bu iddiayla AYM'ye itiraz başvurusunda bulunulmasının mümkün olmadığına karar verdiği anlaşılmaktadır.

AYM bu kararla içtihadında belirttiği iki unsurdan biri olan *gerekçenin aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa hükmüyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunması* sebebine dayalı olarak değil, *gerekçenin iptali talep edilen kuralın hukuki mahiyetiyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunması nedeniyle* ret kararı vermiştir. Zira başvuruda temelsiz olduğuna karar verilen iddia Anayasa hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin olmayıp iptali talep edilen kuralın hukuki mahiyetinin yanlış olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

AYM'nin bu hususta verdiği bir diğer karar da 10/12/2020 tarihli ve E.2020/92, K.2020/71 sayılı karardır. Bu kararda başvuran Mahkeme, 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin dördüncü fıkrası ve 30. maddesi hükümlerinin Anayasa'nın 2., 10., 11., 12., 13., 36., 37., 138. ve 141. maddelerine aykırılığını ileri sürmüştür.

Anılan kararda belirtildiği üzere *"492 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca dava açılması harca tabidir. Kanun'un 28. ve 55. maddelerine göre dava açılırken karar ve ilam harcının bir kısmı ile başvurma harcı peşin olarak ödenir. Kanun'un 15. ve devamı maddelerinde konusu para olan davalarda yargı harçlarının değer ölçüsüne göre nispi esas üzerinden alınacağı belirtilmiştir. Harca esas dava değerini ise dava edilen alacak tutarı oluşturur…"*[13]

12 AYM, E.2020/84, K.2020/64, 12/11/2020, §§ 10-11.
13 AYM, E.2020/92, K.2020/71, 10/12/2020, § 4.

492 sayılı Kanun'un 16. maddesinde noksan tespit edilen dava değeri hakkında aynı Kanun'un 30. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Anılan Kanun'un 30. maddesinde muhakeme sırasında tespit olunan dava değerinin, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğunun anlaşılması hâlinde takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden belirlenecek peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmayacağı hükme bağlanmıştır.

6100 sayılı Kanun'un "*Kısmi Dava*" başlıklı 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmının da dava yoluyla ileri sürülebileceği kuralına yer verilmiştir.

Başvuran mahkemece, 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesinde talep konusunun bölünebilir olduğu durumlarda davaya sadece bölünebilir kısım üzerinden dava açma imkânı tanındığı hâlde, 492 sayılı Kanun'un 16. maddesi sevkiyle 30. maddesine göre dava değerinin dava dilekçesinde belirtilenden daha fazla olduğunun anlaşılması hâlinde noksan olan kısım yönünden harç ikmali yapılmadıkça davaya devam olunamayacağının düzenlendiği, buna göre 6100 sayılı Kanun ile 492 sayılı Kanun'un anılan kuralları arasında çelişki bulunduğu, bu çelişkinin ise hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerine zarar verdiği iddia edilerek söz konusu kuralların iptaline karar verilmesi talep edilmiştir[14].

AYM söz konusu kuralları incelerken öncelikle 492 sayılı Kanun'un 16. ve 30. maddelerinin davada uygulanma imkânının bulunmadığına karar vermiştir. Zira başvuran mahkemenin önündeki dava kısmi bir eda davasıdır. Kısmi davada dava değeri *"edaya konu değer olup talep konusu olmayan fazla kısımla ilgili olarak harç talep edilemez."*[15] Bakılmakta olan davada, davacı kısmen dava konusu edilen dava değerine göre doğru olarak belirlenen nispi harcın tamamını ödemiş durumdadır. Dolayısıyla davada noksan harçtan ve noksan harcın tamamlattırılması gibi bir durum söz konusu olmadığı için bu hususları düzenleyen hükümlerin davada uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. AYM'ye göre aynı gerekçeyle başvuran mahkemenin ileri sürdüğü gibi söz konusu kurallar arasında bir çelişki de bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu diğer kural olan 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasının 492 sayılı Kanun'un 16. ve 30. maddeleriyle çeliştiği yönündeki gerekçe açıkça dayanaktan yoksundur[16].

Görüldüğü gibi bu karara konu olayda da başvurunun açıkça dayanaktan yoksun bulunması, başvuran mahkemece itiraz konusu kuralların hukuki

14 Bkz. AYM, E.2020/92, K.2020/71, 10/12/2020, § 13.
15 AYM, E.2020/92, K.2020/71, 10/12/2020, § 4.
16 AYM, E.2020/92, K.2020/71, 10/12/2020, § 13.

mahiyetinin açıkça yanlış nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira kısmi eda davasında dava değerinin, açılan eda davasında istenilen alacaktan ibaret olacağı, bunu aşan kısmın, kısmi eda davasının konusu olmayacağı, bu itibarla harca esas değerin tüm alacak üzerinden değil dava konusu edilen kısmi alacak miktarıyla sınırlı olacağı aşikârdır.

Mahkemece itiraz konusu kuralların bu şekilde yorumlanmayıp kısmi alacak davasında da alacağın tamamının esas alınarak dava değerinin belirleneceği, dolayısıyla alacağın tümü üzerinden harç alınması gerektiği şekilde bir yorum yapılması 492 sayılı Kanun'un 16. ve 30. maddeleriyle 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesi arasında bir çelişki bulunduğu vehminin doğmasına neden olmuştur. İtiraz yoluna başvuran mahkemeye göre Kanun bir taraftan kısmi dava açılmasına izin vermiş ancak öte yandan kısmi davada da dava konusu edilen kısmi alacak üzerinden değil alacağın tümü üzerinden harç alınmasını öngörmüştür. Oysa itiraz konusu kurallar dikkate alındığında anılan şekilde bir yorum yapılmasının objektif olarak mümkün olmayacağı açıktır.

Bu başvuruda da *gerekçenin iptali talep edilen kuralın hukuki mahiyetiyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunması nedeniyle* bir ret kararı verildiği anlaşılmaktadır.

AYM'nin bu konuda vermiş olduğu bir diğer karar 13/10/2021 tarihli ve E.2021/102, K.2021/65 sayılı karardır. Anılan karara konu başvuruda itiraz yoluna başvuran Mahkeme, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"Başka bir araca tescilli…"* ibaresinin Anayasa'nın 38. ve 104. maddelerine aykırılığını ileri sürmüştür. Mahkemeye göre *"Başka bir araca tescilli veya sahte plakayı takan veya kullananlara 5.000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve araç trafikten men edilir. Ayrıca bu kişiler Türk Ceza Kanunu'nun204üncü maddesi hükmüne göre cezalandırılır."* biçimindeki ceza hükmü ilk defa 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı KHK'nın 20. maddesiyle 2918 sayılı Kanun'un 23. maddesinde yapılan değişiklikle öngörülmüştür. Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca ceza hükümleri ancak kanunla düzenlenebilir. Kanun değil KHK ile söz konusu hükmün düzenlenmesi Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır[17].

AYM bu başvuruya ilişkin yaptığı incelemede de tıpkı 12/11/2020 tarihli ve E.2020/84, K.2020/64 sayılı kararında olduğu gibi ceza hükümlerinin KHK'yla düzenlenmesinin Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen kanunilik kriterini karşılayıp karşılamadığı tartışmasına girmeksizin öncelikle başvuran mahkeme tarafından ileri sürülen itiraz konusu kuralın bir KHK hükmü olup olmadığını incelemiştir.

17 Bkz. AYM, E.2021/102, K.2021/65, 13/10/2021, § 9.

Yaptığı inceleme sonucunda ise her ne kadar anılan hüküm ilk defa 676 sayılı KHK'nın 20. maddesiyle düzenlenmiş ise de 1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle söz konusu KHK hükmünün aynen kabul edilmek suretiyle kanunlaştırıldığını, dolayısıyla anılan tarih itibarıyla itiraz konusu kuralın hukuki mahiyetinin bir KHK değil kanun hükmü olduğunu belirlemiştir. Bu itibarla itiraz yoluna başvuran Mahkemenin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık gerekçesinin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar veren AYM bu başvuruda da işin esasına geçilmeden başvurunun reddine karar vermiştir[18].

AYM, bu başvuruda da diğer üç örnekte kabul ettiği üzere *gerekçenin aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa hükmüyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunması* sebebine dayalı olarak değil, *gerekçenin iptali talep edilen kuralın hukuki mahiyetiyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunması* nedenine dayanmıştır.

AYM'nin bu konuda verdiği bir diğer karar ise 4/11/2021 tarihli ve E.2021/116, K.2021/76 sayılı kararıdır. Bu başvuruda 22/3/1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nun 6/11/2019 tarihli ve 7191 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinin ikinci paragrafının üçüncü cümlesinde yer alan *"Fiilin iki yıl içinde tekrarı halinde bu fiili işleyenlere bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası verilir..."* hükmünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Mahkemenin yaptığı başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmama kriterine uygun olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle itiraz konusu kuralın anlam ve kapsamının kısaca ortaya konulması gerekmektedir:

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı (m) bendinin ikinci paragrafında 1380 sayılı Kanun'un 25. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı hareket edenlere beş bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verileceği, kabahat konusu su ürünlerine, istihsal ve nakil vasıtalarına el konularak mülkiyetin kamuya geçirileceği belirtildikten sonra itiraz konusu kuralda fiilin iki yıl içinde tekrarı hâlinde bu fiili işleyenlere bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

1380 sayılı Kanun'un 25. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kaynakların korunması amacıyla, su ürünlerinin yurt dışına çıkarılması ve canlı olarak yurt içine sokulmasının izne tabi olduğu kuralına yer verilmiştir.

Buna göre itiraz konusu kuralın da yer aldığı (m) bendinin ikinci paragrafında izinsiz olarak su ürünlerinin yurt dışına çıkarılması ile canlı olarak yurt

18 AYM, E.2021/102, K.2021/65, 13/10/2021, § 10.

içine sokulmasının bir kabahat olarak düzenlenerek bunun için idari para cezası öngörüldüğü, itiraz konusu kuralda ise bir suç düzenlenerek aynı eylemin iki yıl içinde tekrar işlenmesi hâlinde faile bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası verileceğinin hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

İtiraz yoluna başvuran mahkemece

"a. *İiraz konusu kuralın gerekçesiz olduğu,*

b. *Kuralda suç konusu teşkil edecek en az iki eylemden bahsedildiği ancak eylemlerin birden fazla olması durumunda kuralda aranan iki yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak hangi eylemin ilk eylem olarak kabul edileceğinin belirtilmediği,*

c. *İlk eylemden sonra iki yıl içinde gerçekleştirilen her bir eylemin ayrı bir suç mu oluşturacağı yoksa tek suç olarak mı kabul edilecekleri hususlarının madde metninden anlaşılamadığı gerekçelerine dayanılarak kuralın belirsiz olduğu ve bu nedenle Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu,*"

iddia edilmiştir[19].

AYM önüne gelen bu başvuruyla ilgili olarak öncelikle kuralın gerekçesine atıfta bulunmak suretiyle kuralın gerekçesiz olduğunun söylenemeyeceğini tespit etmiştir. Mahkeme kuralda sözü edilen iki yıllık sürenin başlangıç tarihiyle ilgili olarak da tereddüt duyulacak bir hususun bulunmadığını, 1380 sayılı Kanun'un 36. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kabahat konusu fiillerin tekrarı, kabahatin tespit edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde ilk cezaya konu kabahatin tekrar işlenmesini ifade eder*." düzenlemesine yer verildiğini, anılan kuralla kanun koyucunun kural bağlamında idari yaptırıma konu olan eylemin tekrar edilmesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturduğunu ifade etmiştir. Ayrıca AYM, *"itiraz konusu kural kapsamında dikkate alınması gereken ilk idari yaptırım kararının Kanun'un 36. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca zaman olarak önce icra edilen eylem olduğu"*nun da açıklığına değinmiş, dolayısıyla itiraz yoluna başvuran Mahkemenin gösterdiği ikinci gerekçenin de dayanaksız olduğunu belirlemiştir[20].

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin ileri sürdüğü üçüncü Anayasa'ya aykırılık gerekçesine ilişkin olarak ise AYM, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi ile 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine atıfta bulunarak bu konuda da kuralda bir belirsizliğin bulunmadığına vurgu yapmıştır. Bu çerçevede Mahkeme birinci kabahat fiilinin işlenmesinden sonraki iki yıllık süre içerisinde kuralda belirtilen suçun birden fazla kez işlenmesi hâlinde bu sorunun 5237 sayılı Kanun'un

19 Bkz. AYM, E.2021/116, K.2021/76, 4/11/2021, § 9.
20 AYM, E.2021/116, K.2021/76, 4/11/2021, §§ 11-12.

genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulacağının tartışmadan uzak olduğunu belirtmek suretiyle itiraz yoluna başvuran mahkemenin gösterdiği üç ayrı aykırılık gerekçesinin de dayanaksız olduğuna karar vermiştir[21].

AYM diğer açıkça yoksunluk nedenine dayalı ret kararlarında dayanaktan yoksunluğun gerekçenin aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa hükmüyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunması sebebiyle mi verildiği yoksa gerekçenin iptali talep edilen kuralın hukuki mahiyetiyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunması nedeniyle mi verildiği hususunda bir açıklama yapmamıştır. Ancak Mahkemenin ilk defa bu kararda ret kararının iptali talep edilen kuralın hukuki mahiyetiyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunması gerekçesiyle verdiğini ifade ettiği görülmektedir[22].

Görüldüğü üzere yukarıda AYM tarafından incelenen dört başvuruda da gösterilen gerekçenin, aykırılığı ileri sürülen kuralın hukuki mahiyetiyle açık bir uyumsuzluk içinde bulunmasına dayalı olarak ret kararları verilmiştir. Ancak AYM'nin de içtihadında açıkça vurguladığı üzere başvuru kararında gösterilen gerekçenin Anayasa hükümleriyle açık bir uyumsuzluk içerisinde bulunduğu durumlarda da açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilebilecektir. Bu itibarla hangi koşulda bu duruma aykırılığın oluşabileceğinin bir örnek üzerinden kısaca ele alınmasında da fayda bulunmaktadır:

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir:

"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir."

Bu hüküm uyarınca memurların ve kamu görevlilerinin niteliklerinin, görev ve yetkileri ile yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve tüm özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi mecburiyeti bulunmaktadır. Ancak anılan kuralın açık hükmünden bu normun uygulama alanına sadece kamu görevlileri ve memurların girdiği tartışmasız bir şekilde anlaşılmaktadır. Özel sektörde çalışan işçilerin bu kuralda yer alan kanunilik ilkesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla özel sektörde çalışan bir işçinin göreviyle ilgili bir hususu düzenleyen kuralın Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında kanunilik ilkesine aykırı olduğunun ileri sürülmesi durumunda gösterilen gerekçenin *Anayasa hükümleriyle açık bir uyumsuzluk içerisinde bulunması* nedenine dayalı bir ret kararının verilmesi gündeme gelebilecektir.

21 AYM, E.2021/116, K.2021/76, 4/11/2021, §§ 13-14.

22 Bkz. AYM, E.2021/116, K.2021/76, 4/11/2021, § 14. Mahkeme bu hususu şöyle ifade etmiştir: "*Dolayısıyla itiraz başvurusunda ileri sürülen gerekçenin itiraz konusu kuralla uyuşmadığı ilk bakışta anlaşıldığından başvurunun açık bir şekilde dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.*"

IV. AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK NEDENİNE DAYALI RET KARARININ ANAYASA YARGISI AÇISINDAN ÖNEMİ

Norm denetiminin varlık amacının Anayasa'ya aykırı normların iptal edilerek hukuk siteminin Anayasa'ya aykırı normlardan ayıklanması, böylece Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığının sağlanması olarak tanımlanması mümkündür[23]. O hâlde etkin bir norm denetimi ve dolayısıyla etkin bir anayasa yargısından söz edilebilmesinin Anayasa'ya aykırı normların hukuk düzeninden ayıklanabilmesi oranında gerçekleşeceği söylenebilir.

Soyut norm denetimi yoluyla Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen kuralların AYM'nin önüne taşınıp anayasallık denetiminin sağlanması imkânı var iken ayrıca somut norm denetimine ihtiyaç duyulması, çoğu zaman kuralın henüz uygulanmadığı dönemde ortaya çıkmayan veya anlaşılamayan aykırılıkların somut uygulamalar sırasında daha kolay tespit edilebilmesinden kaynaklanmaktadır[24]. O hâlde bu avantajın somut norm denetiminin varlık amaçlarından biri olduğu söylenebilir. Ancak somut norm denetiminden anılan faydanın sağlanabilmesi için AYM'ye yapılan itiraz başvurularının açıkça dayanaktan yoksun olmaması, bir başka ifadeyle kolayca elenecek temelsiz bir nedene değil gerçek anayasal sorunlara ilişkin olması gerekir. Aksi takdirde daha ilk bakışta elenebilecek bir sebeple yapılan başvurularda AYM kuralı sadece resen dikkate alacağı yönlerden inceleyerek sonuca ulaşacak, somut norm denetiminin en önemli avantajlarından biri olan kuralın uygulanması nedeniyle ortaya çıkacak gerçek sorunlar temelinde inceleme yapılması imkânı önemli oranda azalacaktır.

Esastan verilen ret kararı üzerine kuralın 10 yıl boyunca AYM önüne yeniden götürülmesinin mümkün olmaması da dikkate alındığında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kuralın neden olduğu gerçek anayasal sorunların ortaya konulduğu başvuruların AYM önüne taşınmasına 10 yıl gibi uzunca bir süre engel olacağı da açıktır. Bu itibarla açıkça dayanaktan yoksun başvuruların ilk incelemede usulden ret edilerek kuralla ilgili ciddi anayasal sorunların ortaya konulduğu kaliteli/nitelikli başvurulara imkân tanınmasının Anayasa'ya aykırı normların hukuk düzeninden ayıklanması amacına önemli bir katkı sunacağı söylenebilir. Dolayısıyla açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilmesi anayasa yargısının etkin bir şekilde çalışarak Anayasa'nın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını sağlamada dolayısıyla bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin etkili bir şekilde korunmasında son derece önemli bir rol oynayacaktır.

23 AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/2/2020, § 14. Sabuncunun da vurguladığı üzere hukuk devleti ilkesinin gerçekleşebilmesi için yasaların Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması zorunludur (Sabuncu, Y. (2012). *Anayasaya Giriş*, 15. Baskı, Ankara: İmaj Yayınları, s. 87).

24 Sağlam, F. (2013). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, s. 13-14.

Bu çerçevede AYM'nin 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinde yer alan açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilmesi kuralına 2020 yılından itibaren işlerlik kazandırmasının ve bu yönde kararlar vermeye devam etmesinin somut norm denetiminin öngörülmesiyle amaçlanan faydanın elde edilebilmesinde önemli bir katkı sağlayacağı aşikârdır.

Öte yandan AYM'nin iş yükünün bireysel başvuruları karara bağlamaya başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden sonra ciddi bir yükselişe geçtiği bilinmektedir. AYM'ye 2012 yılında yapılan bireysel başvuru sayısı 109.779'a ulaşmıştır ki bu son derece yüksek bir rakamdır[25]. AYM'nin sadece bireysel başvuruda değil norm denetiminde de iş yükünün ciddi bir artış gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Mahkemeye 2015 yılında yapılan toplam itiraz ve iptal başvuru sayısı 111 iken 2022 yılında bu sayının 157'ye çıktığı görülmektedir[26]. AYM'nin bu iş yüküyle karşılaştırmalı hukuktaki emsallerine göre en yoğun anayasa mahkemelerinden biri hâline geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. AYM'nin bu iş yükü altında tıpkı bireysel başvuruda olduğu gibi norm denetimi alanında da temellendirilememiş başvuruları eleme yoluna gitmesi, daha ciddi ve gerçek anayasal sorunlara hak ettiği zamanı ayırabilmesi ve nitelikli kararlar vermesi açısından kaçınılmaz görünmektedir. Dolayısıyla bu yönüyle de açıkça dayanaktan yoksun başvuruların ilk inceleme aşamasında reddedilmesi, anayasa yargısı açısından ciddi bir faydaya tekabül edecektir.

V. AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK NEDENİNE DAYALI RET KARARINI DÜZENLEYEN HÜKMÜN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU

Daha önce de belirtildiği üzere doktrinde 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir." biçimindeki hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Bu görüşe göre AYM'ye somut norm denetimi yoluyla başvuru yapılmasına ilişkin şartlar Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenmiş ancak bunlar arasında açıkça dayanaktan yoksunluk gibi bir kritere yer verilmemiştir. Anayasa ile belirlenen bir kurala kanunla istisna tanınamayacağına göre kanunla böyle bir şart

25 Bkz. Anadolu Ajansı. (2023). "Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı 11 yaşında", https://www.aa.com.tr/tr/gundem/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-hakki-11-yasinda/2999192 (Erişim Tarihi: 7/1/2024).

26 T. C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı. (2022). "Norm Denetimi İstatistikleri (2012-2022)", https://www.anayasa.gov.tr/media/8501/norm_tr_2022.pdf (Erişim Tarihi: 11/1/2024). Mahkeme kaynaklarının henüz yayınlamadığı gayri resmi istatistiğe göre 2023'te bu sayı 202'ye çıkmıştır.

öngörülmesi, Anayasa ile düzenlenen bir kurala kanunla istisna getirmek anlamını taşıyacağından Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir[27].

Bu düşüncenin yerinde olup olmadığını tespit etmek bu çalışma için kritik bir öneme sahiptir. Zira eğer açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararı verilmesi kurumunu düzenleyen kural, Anayasa'ya aykırı ise bu çalışmada ortaya konulan faydalarına rağmen söz konusu kurumun AYM tarafından uygulanması mümkün olmayacak ve bu kurumla ilgili hukuki bir tartışma yürütmenin bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla bu başlık altında anılan kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunun da incelenmesi faydalı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki anayasa metinleri tanzim ettikleri bir konuyu tüm ayrıntılarıyla düzenleyen hükümler olmayıp aksine temel ilkeleri belirleyen genel ve soyut ifadelerdir. Bu genel ve ilkesel düzenlemelerin olay ve olgulara uygulanabilmesi için çoğu zaman kanunla somutlaştırılmalarına ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu bağlamda örneğin Anayasa'nın 152. maddesinde AYM'ye başvuruyla ilgili birçok şarta yer verilmiş ama bu şartlar arasında AYM'ye yapılacak başvurularda kararın gerekçeli olması gereğine *açıkça* yer verilmemiştir. Ancak 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde somut norm denetiminde mahkemenin "*iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını*" da AYM'ye göndermesi gereğine yer verilerek itiraz başvurusunun gerekçeli olması şartı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın konuyu düzenleyen 152. maddesinde AYM'ye yapılacak itiraz başvurularının gerekçeli olmasına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiş olması nedeniyle ilk bakışta anılan hükümle Anayasa'da öngörülmeyen bir başvuru şartının Kanun'la düzenlendiği düşünülebilir. Fakat bu düşünce yanıltıcıdır. Zira 152. maddede açıkça gerekçe şartına yer verilmemiş ise de maddenin birinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*"

Anılan madde uyarınca Mahkemenin itiraz başvurusunda bulunabilmesi için ya iptali talep edilecek kuralı *resen Anayasa'ya aykırı görmesi* yahut taraflarca ileri sürülen iddiayı *ciddi bulması* gerekmektedir. Buna göre mahkemelerin taraflarca ileri sürülen her aykırılık iddiasını AYM önüne taşımaları mümkün değildir. Yahut mahkemelerin kuralla ilgili olarak duydukları belirli belirsiz bir şüphe üzerine resen itiraz başvurusunda bulunmalarına anayasal olarak

27 Gözler, K. (2019). s. 1148-1149.

imkân tanınmamıştır[28]. İtiraz başvurusunda bulunulabilmesi için aykırılığın *hukuken savunulabilir ve tartışılabilir* bir temele sahip olduğunun ortaya konulması gerekmektedir[29].

Ciddilik kriteri uyarınca mahkemelerin itiraz başvurusunda bulunabilmeleri için kuralın Anayasa'ya aykırılığını gerekçelendirmeleri şarttır. Bu çerçevede 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde öngörülün *kararın gerekçeli olması* biçimindeki kanuni şartın, Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülen *kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine resen ulaşılması veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi bulunması* biçimindeki anayasal şartın somut görünümü olarak kabul edilmesi mümkündür.

Yukarıda belirtilen mantık açıkça dayanaktan yoksunluk şartı yönünden de aynen geçerlidir. Anayasa'nın 152. maddesinde başvuruların dayanaktan yoksun olmamasına ilişkin açık bir şart yoktur. Fakat ciddilik kriteri uyarınca bir mahkemenin itiraz başvurusunda bulunabilmesi için ya kendisinin normu resen Anayasa'ya aykırı görmesi yahut taraflarca ileri sürülen aykırılık iddiasını ciddi bulması gerekir. Mahkemenin ciddilik şartını yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için ise bu aykırılığın hukuken savunulabilir ve belli bir mantıki tutarlılık içerisinde ortaya konulabilmesi icap eder. Daha önce de vurgulandığı üzere itiraz yoluna başvuracak Mahkemenin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşması veya tarafların ileri sürdüğü aykırılık iddiasını ciddi bulması biçimindeki her iki seçenekte de mahkeme hâkiminin bu sonuçlara kendi iç dünyasında ulaşmasının hukuki bir mahiyeti ve dolayısıyla hukuki bir kıymeti bulunmamaktadır. Mahkemenin ciddilik şartının gerçekleştiğini olgusal temelde hukuki olarak açıklaması gerekmektedir. Bir başka söyleyişle itiraz yoluna başvuracak mahkemenin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu anayasal hükümler temelinde ve kuralın hukuki mahiyetiyle açık bir çatışma içermeksizin gerekçelendirmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede itiraz yoluna başvuran mahkemenin gerçekten anayasal bir sorunun varlığını ortaya koyamadığı veya kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin ileri sürdüğü gerekçenin/argümanın temelsiz olduğunun *ilk bakışta* görüldüğü durumlarda açık bir şekilde dayanaktan yoksun bir başvurunun söz konusu olduğunun ve bunun Anayasa'nın 152. maddesiyle bağdaşmadığının kabul edilmesi gerekecektir. Nitekim AYM'nin bugüne kadar verdiği

28 Özbudun, E. (2020). s. 404.

29 a.g.e. s. 404; Kıratlı, M. (1966). s. 68-71; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2018). s. 556. Duran'a göre ise Anayasa'nın 152. maddesinde söz edilen ciddiyet şartının yerine geldiğinin kabul edilmesi için mahkeme hâkiminin kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşması zorunlu değildir (Duran, L. (1965). "İtiraz Yolu ile Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 31., S. 1-4., s. 296-297).

açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararlarında bu anlayışı benimsediği görülmektedir.

Buna göre 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun bulunmamasına ilişkin şartı, Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasında yer alan anayasal hükümde ifadesini bulan ciddilik şartının kanundaki somutlaşmış biçimi olarak görmek mümkündür. Dolayısıyla başvurunun açıkça dayanaktan yoksun bulunmamasına ilişkin şartı Anayasa'da yer almayan bir şartın kanunla ihdas edilmesi veya Anayasa'da belirtilen başvuru kuralına bir istisna getirilmesi olarak yorumlamanın yerinde olmayacağı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Hukukun üstünlüğünü sağlamada ve temel hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesinde kilit bir role sahip olan anayasa yargısının amacına ulaşabilmesi için etkinliğini arttırabilecek ve daha sağlıklı çalışmasını temin edecek enstrümanlara ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu çalışmada ortaya konulmaya çalışıldığı üzere bu enstrümanlardan biri de hiç kuşkusuz norm denetiminde açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilecek ret kararlarıdır. Durum böyle olmasına karşın gerek uygulamada gerekse doktrinde bu kurumun hak ettiği ilgiyi göremediği gözlemlenmektedir.

Bu bağlamda AYM'nin norm denetimi kapsamında bu karar türünü 6216 sayılı Kanun'un yürürlüğe giriş tarihi olan 30/3/2011 tarihinden itibaren ilk defa 9 yıl sonra uyguladığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme 2020 yılının sonbaharında verdiği ilk karardan sonra bu çalışmada yer verilen başka kararlar da vermiş ise de genel karar oranına göre bunların yeterli sayıda olmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan tespit edebildiğimiz kadarıyla bu çalışmaya alınan eleştirel bir örnek dışında doktrinde de söz konusu kurumun neredeyse hiç ele alınmadığı gözlemlenmektedir.

Buna AYM'nin 62 yıllık yargısal tarihinde bu kuruma ilk defa 6216 sayılı Kanun'da yer verilmiş olmasının neden olduğu söylenebilir. Öte yandan 6216 sayılı Kanun'da bu kurum yer almakta ise de kuruma bir cümlecikle yer verilmiş olması da söz konusu hukuki müessese üzerinde yeterince durulmamış olmasında bir etken olarak gösterilebilir. AYM'nin bu hususta uzun süre karar vermemesi ise kurumun faydalarının yeterince değerlendirilmemiş olmasına bağlanabilir.

Hukukun anayasallaşması[30] ve anayasa yargısının öneminin gittikçe anlaşılması üzerine norm denetimi kapsamında AYM'ye yapılan itiraz başvurularında ciddi bir artış olduğu bilinmektedir. Öte yandan AYM, artık sadece klasik fonksiyonu olan norm denetimi ile sınırlı bir işlev görmemekte yıllık başvuru sayısı yüz bini geçen bireysel başvuruları da karara bağlamaktadır. Dolayısıyla AYM'nin açıkça dayanaktan yoksun başvuruları elemek suretiyle daha ciddi ve gerçek anayasal sorunların görülmesine imkân tanıyan bir çalışma prensibi benimsemesi ihtiyacı daha elzem hâle gelmiştir.

Açıkça dayanaktan yoksun başvuruların reddedilmesini düzenleyen hükmün Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmaması aksine bu karar türünün anayasa yargısının etkinlik kazanmasında taşıdığı önemli rol de dikkate alındığında AYM'nin önümüzdeki dönemlerde bu karar türüne daha fazla yer vermesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu bağlamda AYM'nin bireysel başvuru kapsamında verdiği açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle ret kararlarıyla ilgili birikiminin norm denetimi kapsamında verilecek kararlarda bir kaynak olarak kullanılması potansiyeli de gözden uzak tutulmamalıdır.

Kanun koyucunun 6216 sayılı Kanun'da bir düzenleme yaparak açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle verilecek karar türünü AYM içtihadından yararlanarak daha açık bir şekilde düzenlemesi de kurumun işlerliğinin arttırılmasına katkı sunacaktır.

30 Hukukun anayasallaşması ile ilgili açıklayıcı bilgiler için bkz. Gözler, K. (2020). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, Bursa: Ekin Yayınları, s. 101-104; Bireysel başvuru bağlamında hukukun anayasallaşması konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Çelik, A. (2023). "Hukukun Anayasallaşması ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı*, C. 40., S. 1., s. 307-320.

KAYNAKÇA

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1984). "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", *Anayasa Yargısı*, C. 1., ss. 101-137.

ARMAĞAN, Servet (1967). *Anayasa Mahkememizde Kazai Mukarabe Sistemi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

ATAR, Yavuz (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

ÇELİK, Abdullah (2023). "Hukukun Anayasallaşması ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı*, C. 40., S. 1., ss. 307-320.

DURAN, Lütfi (1965). "İtiraz Yolu ile Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 31., S. 1-4., ss. 284-353.

EREN, Abdurrahman (2022). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

GÖREN, Zafer (2020). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2020). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I., Bursa: Ekin Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 26. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.

KABOĞLU, İbrahim Özden (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 15. Baskı, İstanbul: Legal Yayınları.

KIRATLI, Metin (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, Ankara: Sevinç Matbaası.

ÖZBUDUN, Ergun (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

SABUNCU, Yavuz (2012). *Anayasaya Giriş*, 15. Baskı, Ankara: İmaj Yayınları.

SAĞLAM, Fazıl (2013). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları.

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

TEZİÇ, Erdoğan (2018). *Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

YELKEN, Hamit (2022). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Çalışmada Yararlanılan Anayasa Mahkemesi Kararları

1. AYM, E.2020/84, K.2020/64, 12/11/2020.

2. AYM, E.2021/116, K.2021/76, 4/11/2021.

3. AYM, E.2020/92, K.2020/71, 12/11/2020.

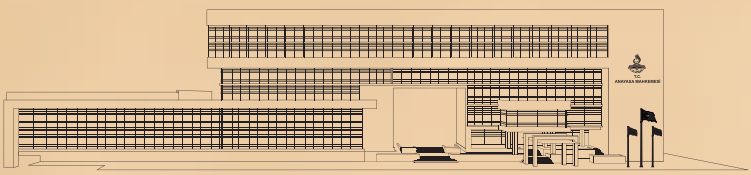
4. AYM, E.2021/102, K.2021/65, 13/10/2021.

5. AYM, E.2021/116, K.2021/76, 4/11/2021.

Çevrim İçi Kaynaklar

Anadolu Ajansı. (2023). "Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı 11 yaşında", https://www.aa.com.tr/tr/gundem/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-hakki-11-yasinda/2999192 (Erişim Tarihi: 7/1/2024)

T. C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı. (2022). "Norm Denetimi İstatistikleri (2012-2022)", https://www.anayasa.gov.tr/media/8501/norm_tr_2022.pdf (Erişim Tarihi: 11/1/2024)



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: 978-625-98741-9-7 (1.c)
TK: 978-625-98741-8-0 (Tk)