



anayasa yargısı

37(1)
2020



ANAYASA YARGISI

Journal of Constitutional Justice

37(1)

Altı Ayda Bir Yayınlanan Uluslararası Hakemli Dergidir
An international Peer-Reviewed Journal Published Semi-Annually



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISSN 1301 - 1200

ISBN 978-605-2378-53-3

Anayasa Yargısı - 37(1)

© 2020, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, derginin tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazı ve tebliğlerde ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Sempozyumda sunulan yazı ve tebliğler üzerinde yayın kuralları ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

No part of this journal may be printed, published, reproduced or distributed by any electronic, mechanical or other means without the written permission of the Constitutional Court of the Republic of Turkey. The contents of this journal cannot be published in any other medium without reference hereto. Opinions expressed in the articles and presentations belong to the authors and do not represent the Constitutional Court. The presentations made in the symposium may be subject to editorial revisions in line with the publication principles.

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 : anayasayargisi@anayasa.gov.tr

Twitter : @AYMBASKANLIGI

Web : www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

EPAMAT

Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.

Telefon : (0312) 394 48 63

Faks : (0312) 394 48 65

Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Ekim, 2020

ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice



Sahibi / Owner
Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı



Editörler / General Editors
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi



Yardımcı Editör / Managing Editor
Dr. Taylan BARIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi Koordinatörü



Yayın Kurulu / Editorial Board
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Doç. Dr. Recai AKYEL
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Dr. Taylan BARIN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Dr. Hilal YAZICI
Trabzon Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Dr. Abdullah ÇELİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Dr. Volkan HAS
Anayasa Mahkemesi Raportörü



Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Publishing Manager
Dr. Osman ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

DANIŞMA KURULU / SCIENTIFIC COUNCIL

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Erdal ONAR
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi

Yayın Kuralları

1. 1984 yılından bu yana yayımlanan *Anayasa Yargısı*, 2019 yılı ve 36(1) sayısı itibarıyla hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır.
2. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atıf kurallarına uygun, özgün ve hukuk alanına katkı yapacak nitelikte olmalıdır.
4. Yazıların ilk sayfasında çalışmanın adı, 150 ilâ 250 kelimedenden oluşan özeti ve 5 anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yer alır.
5. Yazılar, .doc veya .docx formatında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı ve 1,5 satır aralıklı normal stil olmalıdır.
6. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

1. Kalın ve (bağlaçlar hariç) Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce, İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük

7. Dipnotlar sayfa altında, kaynakça makalenin sonunda gösterilmelidir ve metin içerisindeki dipnot numaraları noktalama işaretinden önce kullanılmalıdır.
8. Dipnotta kaynak verilirken yazar soyadı sadece baş harfi büyük olacak şekilde yazıldıktan sonra virgül konularak yazar adının baş harfi büyük harf olarak yer almalı, sonra parantez içinde yayın yılına yer verildikten sonra nokta konulmalıdır. Ardından kitap atıflarında eser adı *italik* yazılmalı, yayın yerini müteakip iki nokta üst üste konulduktan sonra yayınevine ve sayfa numarasına yer verilmelidir. Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, cilt numarası, sayı numarası ve sayfa sayısı sırası ile gösterilmelidir.

Örnek: Turhan, M. (2007). “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. xx.

Onar, E. (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. xx.

Derleme Kitap:

Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.). (2012). *Demokratik Anayasa*. İstanbul: Metis Yay.

Derlenmiş kitaptaki bir bölüm veya makale:

Hakyemez, Y. Ş. (2012). Hükümet Sistemi Arayışları ve Yeni Anayasa, içinde Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.), *Demokratik Anayasa* (ss. 270-297). İstanbul: Metis Yay.

9. Arada başka bir esere atıf yapılmaksızın aynı esere atıf yapıldığında “a.g.e.” yazıldıktan sonra sayfa numarası verilir ve nokta konulur. Aynı esere ikinci kez ve sonraki atıflarda yalnızca yazar soyadı, adının ilk harfi ve yayın yılı belirtildikten sonra sayfa numarasına yer verilir.

Örnek: a.g.e. s. xx.

Turhan, M. (2007). s. xx.

Onar, E. (2003). s. xx.

10. Mahkemenin bireysel başvuru kararlarına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilk atıflar tam, sonraki atıflar kısaltılarak aşağıdaki şekilde yapılır:

Örnek: (İlk atıf AYM) *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41.

(Sonraki atıf AYM) *Nilgün Halloran*, § 41.

(İlk atıf AİHM) *Van Der Mussele/Belçika*, B. No: 8919/80, 23/11/1983, §§ 32-34.

(Sonraki atıf AİHM) *Van Der Mussele/Belçika*, §§ 32-34.

11. Mahkemenin norm denetiminde verdiği kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

Örnek: AYM, E.2012/3, K.2013/25, 5/6/2013, (varsa) § 35.

12. Derece mahkemelerince verilen kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

Örnek: Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin ... tarihli ve ... sayılı kararı.

Danıştay Beşinci Dairesinin ... tarihli ve ... sayılı kararı.

13. Yazıların kaynakça kısmında; yazarın tamamı büyük harfle soyadı ve yalnızca ilk harfi büyük olarak adı ardından yayın yılı şeklindeki düzene uyulmalı ve makale ve kitap bölümleri için sayfa aralıklarına yer verilmelidir.

Örnek: TURHAN, Mehmet (2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404.

ONAR, Erdal (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

14. Çevrimiçi kaynaklara yapılan atıflarda url adresinden sonra parantez içerisinde erişim tarihi verilir.

Örnek: <https://anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/genel-kurul/>
(Erişim Tarihi: 15/3/2020)

15. Yazılar, *Anayasa Yargısı* Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.
16. Yazarların; güncel unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini yayınlanmasını istedikleri yazıyla birlikte **anayasayargisi@anayasa.gov.tr** e-posta adresine göndermeleri zorunludur.
17. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda yazarlara bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
18. Yazıları yayınlanan yazarlara “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde telif ücreti ödenir.
19. Anayasa Mahkemesi yayımlanması kabul edilen yazıların her türlü yayın haklarına sahip olur.

EDİTÖRLER'DEN

Anayasa Yargısının bu sayısında da anayasa hukuku alanında bir ufuk turu sayılabilecek çeşitli çalışmalara yer verilmiştir. Hukuk felsefesinden, hukuk tarihine, karşılaştırmalı hukuktan, güncel Anayasa Mahkemesi uygulamalarına uzanan değerlendirmeleri kapsayan yedi makale derginin bu sayısı ile vücut bulmuştur. Yayınlanan çalışmaların Türk Anayasa Hukuku doktrin ve uygulamasına ışık tutacağı umuduyla bu çalışmalar hakkında kısa bilgilendirmelerde bulunmak istiyoruz.

Bu sayıda ilk olarak, Hans Kelsen'in normatif alternatifler kuramına ilişkin kaleme aldığı makalesinde Mehmet TURHAN, kurama dair öğretilerdeki yorumlara da yer vererek eleştirel bir değerlendirmede bulunarak Kelsen'in irrasyonalist sayılıp sayılamayacağı sorusuna yanıt aramaktadır. Çalışma, Kelsen düşüncesiyle ilgili Türkçe yazına önemli bir katkı sunmaktadır.

Bir sonraki çalışmada, 23 Nisan 1920 tarihinde kurulan Büyük Millet Meclisinin "kurucu meclis" niteliğinin inceleyen Abdurrahman EREN, öncelikle genel olarak kurucu meclisin çerçevesini çizmekte, ardından Büyük Millet Meclisinin oluşum ve özelliklerini buna göre tahlil etmektedir. Bu inceleme Türk Anayasa Hukuku tarihinin önemli bir kurucu anına mercek altına almaktadır.

Hasan TUNÇ ve Ahmet EKİNCİ karşılaştırmalı anayasa hukuku alanından bir çalışma ile devlet başkanının halk tarafından seçildiği ülkelerdeki yürütmenin fesih yetkisini hem teorik hem de uygulamadan örnekleriyle ele almaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimini incelediği makalesinde Osman CAN, 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası çokça tartışılan bu konuyu Anayasa Mahkemesinin güncel kararlarından hareketle değerlendirmektedir. Bu tarz değerlendirmeler doktrin ile anayasa yargısı pratiği arasında yapıcı bir diyalog oluşturmaları açısından önemli bir eksikliğin giderilmesine yardımcı da olmaktadır.

Bireysel başvurunun kuruluş aşamasında üzerinde en çok tartışılan konulardan biri de bu yeni hak arama yolunun Anayasa Mahkemesi ile

diğer yüksek mahkemeler arasındaki ilişkiyi nasıl etkileyeceği sorusuydu. Bu çerçevede Gürsel ÖZKAN, Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansıması başlıklı makalesinde anılan dönüştürücü etkinin Danıştay üzerindeki izlerini sürmektedir.

Hasan MUTAF Kötü Muamele Yasağının Kapsamı Ve İkincillik İlkesi başlıklı makalesinde Anayasa'nın 17. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde düzenlenen kötü muamele yasağı ile Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının ilk derece mahkemeleri tarafından uygulanması konusuna yer vermektedir.

Son olarak, Fatih TORUN, temyiz incelemesi aşamasında idari yargı yerlerinin kararını bozan Danıştay dairesi üyelerinin aynı zamanda ısrar kararı üzerine kararı inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna (VDDK) da katılmalarının nesnel tarafsızlık açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırılık oluşturup oluşturmadığını AIHM'in Fazlı Aslaner/Türkiye Kararı Bağlamında incelemektedir.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle.

Prof. Dr. Engin YILDIRIM — Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Hans Kelsen'in "Normatif Alternatifler Kuramı"nın Gözden Geçirilmesi

The Review of Hans Kelsen's "Theory of Normative Alternatives"1-32

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Büyük Millet Meclisinin Kurucu Meclis Niteliği

The Constituent Assembly Nature of the Grand National Assembly33-76

Prof. Dr. Hasan TUNÇ - Dr. Ahmet Ekinci

Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Ülkelerde Yürütmenin Fesih Yetkisi

The Dissolution Power of the Executive Branch in Countries where the Head of the State is Elected by the Population77-132

Prof. Dr. Osman CAN

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı

The Legal Regime of Presidential Decrees and the Constitutional Court's Approach133-192

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN

Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansıması

The Reflection of the Constitutional Court Judgements Finding Violation of Rights on Danıştay (Council of State) Judgements193-236

Hasan MUTAF

Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincilik İlkesi

Scope of the Prohibition of ill-Treatment and the Principle

of Subsidiarity.....237-279

Fatih TORUN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/Türkiye

Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı

The Right to Impartial Tribunal in the Context of the European Court

of Human Rights's (ECHtR) Fazlı Aslaner/Turkey Decision.....281-323



HANS KELSEN'İN "NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI" NIN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ

The Review of Hans Kelsen's "Theory of Normative Alternatives"

Prof. Dr. Mehmet TURHAN*

"The function of a constitution is the grounding of validity."**

Öz

Bu makalede Hans Kelsen'in "normatif alternatifler kuramı" eleştirel bir gözle ele alınmıştır. Normatif alternatifler kuramına göre normun normlar hiyerarşinde üstte yer alan norma uygun olması gerekirse de bunun böyle olacağının bir garantisi de yoktur. Altta yer alan normun yaratılışını ve içeriğini belirleyen üstte yer alan norma uygun olmaması, özellikle alt normun, üstte yer alan norm tarafından öngörülen içerikten başka bir içeriğe sahip olması olasılığı dışlanamaz. Kelsen'e göre anayasaya aykırı yasayı anayasa mahkemesi anayasaya aykırılığını nedeniyle iptal edene kadar anayasaya aykırı yasa geçerliliğini koruyacaktır. Benzer biçimde özgün yorumlama yoluyla uygulanacak normun çerçevesinin tamamen dışında bir norm da oluşturulabilir. Bu yazıda Kelsen'in "normatif alternatifler" ve "çerçeve dışında" yargısal yorum başlıklı görüşlerinin "gerçekçi" veya "irrasyonalist" görüşler olarak düşünülebileceği vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Normatif Alternatifler Kuramı, Hukuk Normları Arasındaki Çelişkiler, Hukuksal Geçerlilik, "Kognitif Yorum" ve "Otantik Yorum", Hukuksal *Errata*, Realizm, İrrasyonalizm.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, mehturhan@outlook.com.tr, ORCID ID: 0000-0001-8285-2183

** Kelsen, H. (1986). The Function of a Constitution, (çev. Stewart, I.), içinde Tur, R. ve Twining, W. (der.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Oxford University Press, s. 119.
Yukardaki cümle şöyle çevrilebilir: "Anayasanın fonksiyonu geçerliliği temellendirmektir."

Abstract

In this article, Hans Kelsen's "the theory of normative alternatives" has been handled critically. Although the norm should conform to the upper norm in the hierarchy of norms, according to the theory of normative alternatives, there is no guarantee that this will be so. The possibility that the underlying norm does not comply with the upper norm, which determines its creation and content, especially the possibility that the lower norm has other content than the content predicted by the upper norm cannot be excluded. According to Kelsen, the unconstitutional statute will remain valid until the constitutional court annuls the unconstitutional statute due to its unconstitutionality. Similarly, a norm can be created completely outside the framework of the norm to be applied through original interpretation. In this article, it was emphasized that Kelsen's views titled "normative alternatives" and "judicial interpretation outside the frame" can be considered as "realistic" or "irrationalist" views.

Keywords

Theory of Normative Alternatives, Conflicts between Legal Norms, Legal Validity, "Cognitive Interpretation" and "Authentic Comment", *Legal Errata*, Realizm, Irrationalism.

GİRİŞ

Hiç kuşkusuz Hans Kelsen yirminci yüzyılın en önemli hukuk filozofları arasındadır. Joseph Raz'ın Kelsen için söylediklerine katılmamak mümkün değil:

“Kelsen'in ilgi alanları ve yaratıcı dürtüleri olağanüstüdür. Anayasa hukuku, uluslararası hukuk, ahlak felsefesi, siyaset teorisi ve hukuk felsefesi alanlarına yaşamı boyunca canlı bir ilgi göstermiştir. Bu alanların tümüne, değerli ve uzlaşmaz yansımalarının meyvelerini getirerek önemli katkılar yapmıştır. Birçok konuda Kelsen'in katkıları kalıcıdır ve uzun yıllar boyunca öğrencileri ve akademisyenleri teşvik etmeye devam edecektir¹.”

Kelsen hukuksal pozitivisttir ve yaşamı boyunca birçok makalesinde ve yazdığı kitaplarda her türlü doğal hukuk kuramını eleştirmiştir. Doğal hukuk kuramına göre bir metnin yasa olarak nitelendirilebilmesi ya ahlaki olarak meşru bir otorite tarafından yürürlüğe girmesi ya da yasanın kendisi de asgari adalet ve ahlak standartlarına uyması durumunda söz konusu olabilir. Kelsen ise hukuku toplumsal bir olgu olarak görür ve bir toplumu yönetmeye yönelik gücün örgütlenmesinin bir yöntemi olarak kabul eder. Hukuk bu hâliyle ahlaki bir değere sahip olabilir veya olmayabilir².

Pierluigi Chiassoni, Kelsen'in hukuk anlayışı konusunda şunları belirtmiştir:

“Bana öyle geliyor ki Kelsen'in eserlerinde altmış yıldan fazla süredir var olan derin, kalıcı bir fikir var; bu fikrin saf hukuk teorisinin tam merkezinde yattığı söylenebilir. Mümkün olduğunca açık bir ifadeyle Kelsen her zaman gerçekçi bir hukuk bilimi geliştirmek ve teşvik etmek için çaba göstermiştir. Saf Hukuk Teorisinin bir bütün olarak altında yatan, bir başka deyişle hukuksal gerçekçilik için istikrarlı bir epistemolojik bir tercih söz konusudur³.”

Hans Kelsen'e göre genel hukuksal normların üstü kapalı alternatif hüküm içerdiği şeklinde anlaşılmalıdır. Normatif alternatifler kuramı saf

¹ Raz, J. (1981). “The purity of the Pure Theory”, *Revue Internationale de Philosophie*, Vol. 138, s. 441. Bu makale şu kitapta da yer almıştır: Kelsen, H. (1986). s. 79. Çeviri tarafımdan yapılmıştır.

² Hans Kelsen'in doğal hukuk eleştirisi için bkz. Kelsen, H. (2000). *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science Collected Essays by Hans Kelsen*, New Jersey: The Law Book Exchange, LTD.

³ Chiassoni, P. (2013). Wiener Realism, içinde Duarte d'Almeida, L., Gardner, J. ve Green, L. (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, s. 131-132.

hukuk kuramı için önemlidir ve ayrıca Kelsen'in "gerçekçiliğini" gösteren önemli bir kuramdır.

I. HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ ÇELİŞKİLER

İki hukuk kuralı arasındaki çelişki, "her iki kuralın birlikte uygulanmasının mümkün olmaması veya birini uygulamanın, kaçınılmaz olarak veya olasılıkla diğerini ihlal [edeceği]"⁴ durumunda ortaya çıkar. Bir noktaya dikkat etmek gerekir. İki hukuk kuralının birbiriyle çalışması ile bir fiilin, bu iki kuraldan birine uygun olup diğerine aykırı olması veya onu ihlal etmesi (önermesi/çıkarması) veya bir kimsenin birbiriyle çalışkili iki hukuk kuralı karşısında davranışına rehber edinecek nihai bir sonuca varamaması birbirinden farklı hususlardır. Bu fark, pratikte pek anlam ifade etmese de *hukuki geçerlilik* ve *çelişki* kavramlarının analizi açısından önemli bir teorik farktır ve bu nedenle bu ikisi birbiriyle karıştırılmamalıdır. İlk durumda, iki hukuk kuralının dilinden veya kuralların formüle edilışinden hareketle bir çelişki olup olmadığı söz konusuyken, diğer durumda, söz konusu fiilin iki hukuk kuralından hangisine uygun olup hangisini ihlal ettiğı söz konusudur⁵. İkinci durumda, az sonra değinileceğı üzere mantıksal bir çelişki vardır/olabilir tespiti yapmaya izin verirken ilk durumda mantıksal çelişki vardır çıkarımında bulunmak, literatürde eleştirilen ve yanlış olduğı değerlendirilen bir husustur⁶.

Akademik literatürde, özellikle de neredeyse bütün "Hukuka Giriş" kitaplarında belirtildiğı üzere aynı düzeydeki iki norm arasında çelişki olduğı durumda, Roma Hukukundan beri gelen *yorum ilkelerine* başvurulmaktadır. Bu ilkeler günümüzde hukukta "doğruluğı kabul edilmiş önermeler"⁷ olarak görölmektedir.

Hukuk kuralları arasında ortaya çıkan çelişkileri gidermenin başka farklı araçları da vardır. Üstü örtük (zımni) ilga bunlardan biridir. Bu noktada, farklı hiyerarşideki normlar arasında çelişki ortaya çıkması durumunda, çelişkiyi giderme aracı olarak benimsenen (zımni) ilga değil,

⁴ Raz, J. (1981). s. 123.

⁵ Munzer, S. (1973). "Validity and Legal Conflicts," *The Yale Law Journal*, V. 82, no. 6, s. 1144.

⁶ a.g.e.

⁷ Söz konusu ilkelerin Roma Hukuku içindeki tarihi gelişimine ve daha sonra bu ilkelerin çeşitli kullanımına dair bkz. Halpérin, J. L. (2012). "*Lex Posterior Derogat Priori, Lex Specialis Derogat Generali* Jalons Pour Une Histoire Des Conflits De Normes Centrée Ces Deux Solutions Concurrentes," *Revue d'Histoire du Droit* 80, s. 353-397. Türkçe Roma Hukuku sözlüğü için bkz. Umur, Z. (1975). *Roma Hukuku Lüğatı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

*iptal edilebilirlik*dir. Ancak bu konunun “çelişki” kavramı ışığında ele alınmasına engel değildir. İptal edilebilirlik, hukuk kuralları arasındaki çelişkiyi gidermenin aracı olmakla birlikte bu, çelişkinin mutlak olarak giderileceği anlamına gelmemektedir çünkü anayasallık denetimini de kapsayan iptal edilebilirlik, bağlı bir araçtır; bir başka ifadeyle iptal edilebilirlik yoluyla çelişkinin giderilmesi tesadüfdir⁸. Bu tesadüflük, iptal edilebilirlik yetkisiyle donatılmış yetkili organın (anayasa mahkemesi veya idare mahkemesi) önüne bu istemle bir talep getirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁹.

Kaynağını Roma hukuku ve hukukçularından alan yorum ilkelerine¹⁰ göre, bunlardan akla ilk gelenler şu şekilde belirtilebilir: *lex posterior derogat (legi) priori* (sonraki yasa önceki yasayı ilga eder.) kuralıdır. Bir diğeri, *lex specialis derogat (legi) generali* (özel kanun genel kanunu ilga eder). Son olarak *lex superior derogat legi inferiori* (üst yasa alt yasayı ilga eder.). İlkelerin adında da görüleceği üzere ilga terimi bu ilkelerde yer almaktadır. Bu ilkelerin hukuk kuralları arasındaki çelişkileri gidermede önemli bir araç oldukları belirtilmekte ve literatürde buna ilişkin sayısız kaynak yer almaktadır¹¹.

Stanley L. Paulson, Kelsen’in altmış yıllık meslek döneminde en az üç farklı *lex posterior* kuralının statüsünü savunduğunu belirtmiştir. Kelsen’in bu görüşlerinden sadece biri pozitivist görünümündedir. Kelsen aşağı yukarı 1918’e kadar süren ilk evrede *lex posterior* kuralını hukuksal bir mantık ilkesi olarak ele almıştır. 1918’den yirmilerin ortasına kadar süren ikinci evrede Kelsen, Adolf Merkl’in etkisiyle radikal pozitivist

⁸ İptal edilebilirlik veya anayasallık denetiminin mutlak olmadığı ve anayasaya aykırı yasaların geçerliliklerini koruyabilecekleri yönünde Kelsen tarafından ileri sürülen düşünce üzerine bir makale için bkz. Turhan, M. (2015). “Hans Kelsen’e Göre “Anayasaya Aykırı” Yasa,” içinde Çoban, A. R., Güleler, S., Sağlam, M.ve Ekinci, H. (der.) *Haşim Kılıç’a Armağan*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., ss. 351-386.

⁹ Kaldı ki yapılacak bir araştırma gösterecektir ki sadece Türkiye’deki değil birçok hukuk sistemi, anayasaya aykırı yasalarla doludur ve bunlar, ilga edilmiş olarak değerlendirilmemekte, hukuk pratiğinde uygulanmaya devam etmektedir.

¹⁰ Konuyla ilgili Türkçe literatürdeki ayrıntılı bir analiz için bkz. Gözler, K. (2013). “Yorum İlkeleri,” içinde Ergül, O. (ed.) *Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., ss. 97-112.

¹¹ Belirtilen bu son ilke, yani *lex superior derogat legi inferiori*, sadece iptal edilebilirlik noktasında anlam ifade etmekte ve nitekim de bu şekilde uygulama bulmaktadır. Yoksa bir kanuna aykırı yönetmelik hükmü iptal edilene kadar hukuken yürürlükte kalmaktadır. Aynı şekilde anayasaya aykırı bir kanun da iptal edilene kadar yürürlükte kalmakta ve uygulanmaktadır. Roma Hukukunda Latince teknik terimler ve özlü sözler için bkz. Erdoğan, B. (2004). *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

bir görüşle bu kuralı açıklamıştır. Uzun süren üçüncü evre ise *Saf Hukuk Teorisi* (1960) adlı ünlü yapıtının ikinci baskısına kadar devam etmiştir. Kelsen 1960'a kadar *lex posterior* kuralını Neo Kantçı bir kural olarak ele almıştır. 1960'dan sonraki son dönemde ise Kelsen tekrar radikal pozitivist bir görüşle *lex posterior* kuralını açıklamıştır¹².

Yasama organı; anayasa hükmüyle çelişen, yani anayasaya aykırı, bir yasa çıkarabilir ya da tali kurucu iktidar, bir anayasa değişikliğiyle bir başka anayasa kuralıyla çelişen veya çatışan bir başka anayasa kuralı da kabul edebilir. Farklı hiyerarşideki normlar arasında ortaya çıkan çelişkiyi giderme araçlarından biri de Kelsen'in belirttiği "normatif alternatifler"dir. Kelsen normatif alternatiflere şöyle bir örnek vermektedir: Bir devletin anayasası, ırklarına bakılmaksızın herkese eşit muamele edilmesini hükme bağlayabilir. Daha sonra yasa koyucu, yalnızca belirli bir ırkın kişilerine belirli uygulamalar getiren bir yasa çıkarabilir. İlk iki çelişkili normdan daha önceki norm geçerliliğini yitirir. İkinci durumda çelişen iki normun, yani anayasaya aykırı yasanın pozitif hukuka göre geçerli olabileceği, ancak geçerliliğinin de öngörülen özel bir usulle örneğin anayasada yer alan özel bir mahkemenin kararı ile kaldırılabilmesi de unutulmamalıdır. Bu durumda Kelsen'e göre herhangi bir norm çatışması yoktur çünkü söz konusu yasanın geçerli olması durumunda anayasal olduğu kabul edilmelidir, yani yasama organının böyle bir yasayı geçirmesi için anayasanın yetkilendirilmiş olduğu varsayılmalıdır. Ancak şu da belirtilmelidir ki bu "anayasaya aykırı" yasanın geçerliliği anayasada öngörülen özel bir usulle, örneğin anayasa mahkemesi tarafından yürürlükten kaldırılabilme olasılığı vardır¹³.

Özet olarak Kelsen'e göre farklı hiyerarşik düzeylere ait iki norm arasında bir çatışma meydana gelirse hukuk bilimi, yorum yoluyla daha yüksek normda kendisine aykırı olan alt normların da çıkarılabilmesine izin veren üstü örtük alternatif bir hükmün olduğunu kabul etmektedir. Kelsen'e göre normlar hiyerarşisinde daha yüksekte yer alan norm ile daha altlarda yer alan bir norm arasında hiçbir biçimde çatışma mümkün değildir¹⁴. Şunu belirtmek gerekir ki Kelsen her zaman insan yapımı olan

¹² Paulson, S. L. (1983). "On the Status of the *Lex Posterior* Derogating Rule", *The Liverpool Law Review*, Vol. 1, s. 5-6.

¹³ Kelsen, H. (1962). Derogation, içinde Newman, R. A. (der.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, s. 352.

¹⁴ Bkz. Chiassoni, P. (2013). s. 142.

pozitif hukukun çelişen normlarla dolu olabileceğini ve zaman zaman da anlamsız hatta saçma sonuçların da ortaya çıkabileceğini çok iyi bilmekteydi.

II. RICCARDO GUASTINI'NİN KELSEN'İN “NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI” VE “GEÇERLİLİK” ANLAYIŞI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLERİ

Saf hukuk teorisinde “geçerliliğin” nasıl anlaşılacağı veya anlaşılması gerektiği sorusunu yanıtlamak zordur. Kelsen'in yazılarında birçok farklı formülasyonlar bulunur ve bunlardan hangisinin geçerlilik kavramını veya geçerlilik kavramlarını tanımladığını açıklayabilmek kolay değildir. Bununla birlikte, Kelsen'in “geçerlilik” ifadesiyle yaptığı çalışmalarda iki farklı kavram arasında bir ayrım yapılabilir. Her iki geçerlilik kavramı da saf hukuk teorisinde önemli bir rol oynamaktadır. Bunlar normların bağlayıcılığı olarak geçerlilik ve hukuksal bir sistemde normun hukuk sistemine üyeliği olarak geçerlilik kavramlarıdır¹⁵.

Kelsen'in “geçerlilik kuramı” akademik çevrelerde kapsamlı bir biçimde özellikle de temel norm ile bağlantısı ele alınarak incelenmiştir. Eugenio Bulygin, Kelsen'in kuramında normatif geçerliliğin rolünü şöyle açıklamaktadır: Eğer kendi içinde geçerli olan bir normun varlığını varsaymazsak normun geçerliliği başka bir normun geçerliliğine göre ise o zaman geçerlilik zinciri sonsuz olmak zorundadır. Bu rol anayasa tarafından oynanamaz çünkü Bulygin'in söylediği gibi ilk anayasanın hukuksal bir sisteme ait olup olmadığını sormak mantıklı olmasa da belirli bir anayasanın bağlayıcı mı olduğu sorusu anlamlıdır. Açıkçası hiçbir norm tanım gereği bağlayıcı olamaz. İlk anayasanın geçerliliği ile ilgili soruya yanıt olarak Kelsen'in temel norma başvurmasının nedeni budur. O hâlde ilk anayasa, temel norm nedeniyle geçerlidir. Böylece temel norm, diğer normların geçerliliğinin nihai nedenidir¹⁶.

Kelsen geçerlilik kavramını şöyle açıklamaktadır:

“Geçerlilikle, normların spesifik varlığını kastediyoruz. Bir normun geçerli olduğunu söylemek, varlığını kabul ettiğimiz anlamına gelir veya -aynı anlama gelmek üzere- davranışları düzenlemeler

¹⁵ Bulygin, E. (2015). The Problem of Legal Validity in Kelsen's Theory of Law, içinde Bernal, C., Huerta, C., Mazzaresse, T., Moreso, J. J., Navarro P. E. ve Paluson, S. (der.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, s. 312.

¹⁶ a.g.e., s. 249.

bakımından "bağlayıcı gücü" olduğunu varsayıyoruz demektir. Hukuk kuralları geçerliyse normdur. Daha kesin ve açık olmak gerekirse, bunlar yaptırım içeren normlardır¹⁷."

Bu alıntıdan hareketle Riccarda Guastini şunları belirtmiştir: Başka bir deyişle bu görüşe göre normların geçerliliği, varlığı ve bağlayıcı gücü arasında kavramsal bir özdeşlik veya daha doğru bir söyleyişle ayrımsızlık vardır. Bunun sonucu Guastini'ye göre aşağıdaki üç cümlemin içeriğinin aynı anlamda olduğu söylenebilir:

- (a) Norm N geçerlidir.
- (b) Norm N vardır.
- (c) Norm N'ye uyulması gerekir.

Kelsen'in anlayışı bizi şu sonuçlara götürmektedir: İlk olarak söylenebilecek husus geçersiz normların var olamayacağı ve bağlayıcı güçlerinden de söz edilmeyeceği; ikinci olarak herhangi geçerli bir normun aynı zamanda bağlayıcı olacağı ve üçüncü olarak da var olan normun aynı zamanda geçerli olacağıdır¹⁸. Basit bir şekilde belirtmek gerekirse bir normun varlığı, belirli bir hukuk sistemine üyeliği anlamına gelir. Sonuç olarak eldeki sisteme ait herhangi bir norm mutlaka geçerlidir. Bununla birlikte, geçerlilik normlar hiyerarşisinde üstte yer alan ve "yetki" veren bir normun varlığına bağlı olduğundan var olan normların üstün bir norm tarafından yetkilendirilmesi gerekir¹⁹.

Bu nedenle Kelsen'e göre, var olan her normun üstün bir norm tarafından yetkilendirilmiş sayılması gerekir. Anayasa dışı bir yasa, yani *ex hypothesi* olan bir norm geçersiz midir? Kelsen'in yanıtı "evet"tir. Geçerlilik ve varlığın denkliği geçersiz bir normun yasal sisteme ait olmadığı anlamına gelir. Yani bu norm yasal bir norm değildir. Ancak şaşırtıcı bir şekilde, Kelsen oldukça farklı bir sonuca varmaktadır. Anayasanın cezai konularda geçmişi kapsayan yasa çıkarmayı yasakladığı bir sistemde geçmişteki olaylara uygulanabilir bir ceza yasasının çıkarıldığını düşünün. Böyle bir yasa anayasaya aykırı olduğu için geçersizdir. Bununla birlikte, fiili olarak

¹⁷ Kelsen, H. (2006). *General Theory of Law and State*, Knight, M. (çev.), New Jersey, New Brunswick: Transaction Publishers, s. 30.

Orijinal baskı Harvard Üniversitesi tarafından 1949'da basılmıştır.

¹⁸ Guastini, R. (2016). "Kelsen on Validity (Once More)", *Ratio Juris*, Vol. 29, No. 3 (September 2016), s. 402-403.

¹⁹ a.g.e., s. 406.

böyle bir yasa anayasa mahkemesi tarafından hükümsüz ve geçersiz ilan edilmezse yani iptal edilmezse veya anayasa mahkemesi anayasal sistemde mevcut değilse ya da mahkeme geçersizliğini ilan etmediği için var olmaya devam eder ve geçersizliğine rağmen yine de hukuk sisteminde geçerli ve bağlayıcı bir normdur²⁰.

Bu durumda şu sonuca varılabilir: Ceza yasalarına ilişkin anayasal hüküm üstü örtük bir alternatif içeriğe sahiptir. Yani ceza kanunlarına ilişkin anayasal hükümler üstü örtük alternatif bir içeriğe sahiptir. Eğer bu hüküm yasama organına hitap eden bir davranış kuralı olarak anlaşılırsa içeriği (az ya da çok) “Ceza kanunları geriye dönük veya geriye dönük olmamalıdır.” şeklinde olacaktır. Eğer bu norm yetki veren bir norm olarak anlaşılırsa bu durumda içeriği şöyle olacaktır: Yasama organı, geçmişi kapsamayan ya da geçmişi kapsayan ceza yasaları çıkarmaya yetkilidir. İlk okumaya göre anayasal hükmün içi boştur, normatif içerikten yoksundur. Yani hiçbir şeye hükmetmemektedir. İkinci okumaya göre aynı anayasal hüküm, ceza kanunuyla bağlantılı yasalar çıkarma konusunda başka koşullar olmaksızın yani sınırsız normatif yetki vermektedir. Bu durumda, sonuçta, geçmişe yönelik yasaların yasalaşmasına karşı yasak sadece bir görünümünden ibarettir. Sisteme ait tüm normlar geçerli normlar olduğundan, sisteme üyelik kavramı yürürlükteki yasayı tanımlamak için yeterlidir²¹.

III. HANS KELSEN'İN YAPITLARINDA NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMININ AÇIKLANIŞI

Hans Kelsen saf hukuk kuramına uygun *sui generis* bir anayasa kavramı geliştirmiştir. Kelsen anayasa teriminin kullanımının iki farklı anlamı olduğunu ileri sürmüştür. İlk anlamda anayasa, yetkileri ve görevleri bu yetki görevlerle bağlantılı kuralları ve kurumları belirten biçimsel bir metin olarak bir belgede kurallaştırılmış belgeye atıfta bulunmak için kullanılır. Böyle bir anayasa, genellikle içinde yer aldığı veya anayasanın temelini oluşturduğu düşünülen bir dizi politik ilkelerde anayasada belirlenebilir. Genellikle kodifiye edilmiş anayasal bir düzen getirmenin esas amacı anayasa değişikliklerini zorlaştırmaktır. İngiltere’de olduğu gibi kodifiye edilmemiş biçimsel anlamda anayasaya sahip olmayan çok az sayıda

²⁰ a.g.e., s. 406.

²¹ a.g.e., s. 406.

da olsa bazı ülkeler vardır²². Kelsen bize biçimsel anayasa anlayışının yanında maddi anlamda anayasa kavramı da sunmuştur. Bu anayasa kodifiye edilmiş bir belgeye dâhil edilenleri değil hukuksal bir sistemde var olan *hukuksal kuralların yaratılmasının* biçimlerini ifade eder. Kelsen'in dinamik norm yaratma düzenleri olarak nitelendirdiği tüm hukuksal sistemler, maddi anlamda bir anayasaya sahip olmalıdır. Anayasanın özü normların yaratılmasını düzenlemekten ibarettir²³. Kelsen'e göre hukukçuların asıl ilgisi maddi anayasadır. Aslında biçimsel anayasanın bazı bölümleri hukuksal olarak alakasız ideolojik ilkeler içerebilir. Ayrıca, temel normun yetkilendirdiği anayasa maddi anayasadır. Kelsen, maddi anayasa kavramı ile bağlantılı olarak temel normu *transandantal* (aşkın) ve mantıksal anlamda bir anayasa olarak adlandırır²⁴. Eğer normlar hiyerarşisindeki alt normun geçerliliği, üstteki normun geçerliliği ile temellendiriliyorsa alt norm ile ilişkili olan hiyerarşinin üstünde yer alan norm anayasa niteliğindedir. Dolayısıyla anayasanın özü normların yaratılmasının düzenlenmesinden ibarettir. Anayasa böyle anlaşıldığında da anayasa kavramı göreceli bir hâle getirilmiş olmaktadır²⁵.

Riccardo Guastini normatif alternatifler kuramını açıklayıcı şöyle bir örnek vermiştir: Anayasanın suç ve cezalara ilişkin konularda geçmiş kapsayan yasa yapımını yasakladığı bir sistemde, işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasanın suç saymadığı bir fiilden bazı kişilerin cezalandırıldığını düşünün. Böyle bir yasa anayasaya aykırı olduğu için geçersizdir. Buna rağmen bu yasa anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmediği sürece yürürlükte kalmaya devam edecektir. Kelsen'e göre bu durumda ceza yasaları ile ilgili anayasal hüküm üstü örtük alternatif içeriğe sahiptir. Bu hüküm yasama organına hitap eden bir davranış kuralı olarak anlaşılırsa içeriği (aşağı yukarı) şudur: Ceza yasaları geriye dönük olmamalıdır. Eğer bu durum yetki veren bir norm olarak anlaşılacak olursa bu normun gizli içeriği şu olacaktır: Yasama organı, geriye dönük veya geriye dönük olmayan yasalar çıkarmaya yetkilidir. Bu durumda Guastini'ye göre iki okuma mümkündür. İlk okuma şöyle yapılabilir: Anayasal hüküm boştur, yani herhangi bir normatif içerikten yoksundur

²² Örneğin İsrail'in kodifiye edilmiş bir anayasası yoktur. Yeni Zelanda'da tek bir anayasal metin yoktur. Yeni Zelanda'nın da kodifiye edilmiş bir anayasası yoktur.

²³ Kelsen, H. (1986). s. 113-114

²⁴ Kelsen, H. (2008). *Pure Theory of Law*, Knight, M. (çev.) New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd. s. 223. Orijinal baskı University of California Press tarafından 1967'de basılmıştır.

²⁵ Kelsen, H. (1986). s. 117-118.

ve hiçbir şey emretmemektedir. Birini ya da diğeri yapma veya yapmama yükümlülüğü demek, yükümlülük yok demektir. İkinci okumaya göre aynı anayasal hüküm normatif bir yetki vermektedir. Bu yetki herhangi bir sınırlandırma söz konusu olmadan ceza hukuku konularında yasa yapma yetkisi demektir. Bu durumda, sonuçta, geçmişe yönelik yasaların yasalaşmasına karşı yasak sadece bir “görünümünden” ibarettir²⁶.

Hans Kelsen, hukuk normlarının çatışamayacağı kuramını değiştirmesine rağmen yetkili organlara normatif alternatifler içeren durumlarda yasa yapma yetkileri hakkındaki görüşünü korumuştur²⁷. Kelsen yasama organları veya mahkemeler gibi hukuksal organlara, hukuk sistemi tarafından hukuksal hiyerarşide üstte yer alan normlara uygun olarak veya alternatif normlar yapabileceğini yani zaman zaman üstün normları göz ardı etme izni verildiğini savunmaktadır. Kelsen bu argümanı hukuksal normların çatışmayacağı veya çatışamayacağı görüşünü desteklemek için geliştirmiştir. Dolayısıyla, hiyerarşide daha üstte yer alan normlarla çatışan yargı kararı, anayasaya aykırı olarak adlandırılan herhangi bir yasa gibi yalnızca görünürde bir çatışmadır. Kelsen, yetkili bir organ tarafından çıkarıldığı sürece, bu tür yasalara veya anayasaya aykırı normların geçerli olduğunu savunmuştur²⁸.

Kelsenci görüş çok tartışmalı iki tezin toplamıdır: Normatif alternatifler ve birbirine dolaşmış olan kesinlik tezleridir. Hans Kelsen normatif alternatifler tezini *Saf Hukuk Kuramı* başlıklı yapıtının birinci baskısında şöyle açıklamaktadır:

“Mesela, bir yasanın anayasaya aykırı olması mümkünse yani geçerli bir yasa, yaratılma usulü açısından yahut içeriği açısından anayasa hükümlerine uymuyorsa bu durum ancak şöyle yorumlanabilir: Anayasa sadece anayasaya uygun yasanın geçerliliğini değil aynı zamanda (bir anlamda) ‘anayasaya aykırı’ yasanın geçerliliğini de amaçlamıştır. Aksi takdirde bu ikincisinin ‘geçerliliğinden’ bahsetmek asla mümkün olmazdı. Anayasanın sözde anayasaya aykırı yasanın geçerliliğini de amaçladığını şu olguda görebiliriz: Anayasa, yasaların belli bir usul çerçevesinde ve belli bir içeriğe

²⁶ Guastini, R. (2016). s. 406-407.

²⁷ Bkz. Kelsen, H. (1973). *Essays in Legal and Moral Philosophy*, içinde Weinberger Dordrecht (der.). Holland: Reidel Publishing, X., XII. ve XIV. bölümler.

²⁸ Maher, G. (1981). “Custom and Constitutions”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 1, s. 172.

sahip olmak (veya olamamak) üzere yaratılacağını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda bir yasanın belirlenmiş usulden yahut içerikten farklı bir şekilde yaratılması durumunda geçersiz yahut yok hükmünde kabul edilmeyerek yine anayasanın belirlediği usul çerçevesinde ve anayasa ile yaratılmış bir otorite -mesela anayasa mahkemesi- tarafından geçerliliği ortadan kaldırılıncaya dek geçerli olmasını da öngörür²⁹."

Kesinlik doktrini, Kelsenci yargı kararlarının kurucu nitelikte olduğu fikrine dayanmaktadır ve burada artık başka bir mahkeme usulüne konu olamayacak bir mahkeme prosedürü söz konusudur. Sonunda nihai bir mahkeme usulü kendi başına bir gerçek olarak kabul edilmelidir. Bu son derece mahkemesinin kararı yasa gücü kazandığında ortaya çıkar. Normatif alternatifler doktrini ile kesinlik doktrini hukuk sisteminde geçersizlik (hükümsüzlük) olmamasını gerektirir. Bir hukuk düzenine ait hukuk normu geçersiz bir norm olamaz. Böyle bir norm sadece geçersiz sayılabilir (iptal edilebilir). Sonuç olarak Kelsen'e göre anayasaya aykırı norm olamaz. Parlamento tarafından çıkarılan bir yasa anayasa mahkemesi tarafından iptal edilene kadar geçerli bir normdur. Aynı şekilde bir mahkemenin nihai kararı da *yanılmaz* bir karardır³⁰.

Hans Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı* adlı çalışmasının ikinci baskısındaki "normatif alternatifler" ve "çerçeve dışı" yargısal yorum ile ilgili pasajlarda irrasyonalizmin tohumları görülmektedir³¹. Pozitif hukuka göre içeriği daha üstte yer alan bir norm ile uyumlu olmayan ancak geçerli olan genel ve bireysel normların olduğu bir gerçektir. Hukuksal gerçekliğin, normların geçerliliğini ve hukuksal sistemlerin tutarlılığını etkileyen bu anormal yönlerin, Kelsenci hukuk sistemi modelinin iç mantığına uyum sağlaması zordur. Kelsen'in yanıtı iyi bilinmektedir³²: *Hukukun ve Devletin Genel Teorisi (General Theory of Law and State)* adlı kitabında normatif alternatifler kuramı şöyle açıklanmaktadır:

²⁹ Kelsen, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Paulson, B. L. ve Paulson, S. L. (çev). Oxford: Oxford University Press, s. 31; Türkçe çeviri: Kelsen, H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Uzun, E. (çev.), İstanbul: Nora Kitap, s. 90.

³⁰ Moreso, J. J. (2015). Kelsen on Justifying Judicial Review, Ramirez, G. (2012). *Ecos de Kelsen: Vidas, obras y controversias*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, ss. 354-378 (İspanyolca yayımlanmıştır.).

³¹ Jackson, B. S. (1985). "Kelsen Between Formalism and Realism", *The Liverpool Law Review*, Vol.VII, No. 1, s. 80.

³² Apalategui, J. M. C. (2017). Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation, içinde Langford, P., Bryan, I. ve McGarry, J. (der.) *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Springer pub.

“Bu nedenle, alt normun yüksek norma uygun olması konusunda hiçbir zaman kesin bir garanti olamaz. Altta yer alan normun yaratılışını ve içeriğini belirleyen üstte yer alan norma uygun olmaması, özellikle alt normun, üstte yer alan norm tarafından öngörülen içerikten başka bir içeriğe sahip olması olasılığı dışlanamaz. Ancak, dava *res judicata* (kesin hüküm) hâline dönüşünce kararın bireysel normunun, uygulanması gereken genel normla uyuşmadığı görüşü hukuki önem taşımaz. Yasayı uygulayan organ ya hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş yeni bir maddi hukuk oluşturmuştur; ya da kendi iddiasına göre önceden var olan maddi hukuku uygulamıştır. İkinci durumda en yüksek mahkemenin savı belirleyicidir. Çünkü somut davaya uygulanacak genel normları kesin ve özgün bir şekilde yorumlama yetkisine sahip olan sadece en yüksek mahkemedir. Hukuksal açıdan bakıldığında, yasa hükmündeki yargısal karar ile kararda uygulanacak olan yasal veya örf ve âdet hukuku arasında herhangi bir çelişki olamaz. Son derece mahkemesinin vereceği karar, mahkeme kararı olarak kabul edildiği sürece yasaya aykırı olduğu söylenemez. Mahkeme tarafından uygulanması gereken genel bir norm olup olmadığı ve bu normun içeriğinin ne olduğu sorusu hukuksal olarak sadece bu mahkeme tarafından cevaplanabilir (eğer en yüksek mahkeme ise) ancak bu hükmün mahkemenin kararını belirleyen herhangi bir genel normun bulunmadığı ve hukukun sadece mahkeme kararlarından oluştuğu varsayımını haklı çıkarmaz³³.”

“Sadece yasa (veya örf ve âdet kuralı) ve yargı kararı arasında çatışma olmamakta anayasa ve yasa arasında ilişki bakımından da yani daha yukarıda yer alan norm ile daha altta yer alan norm arasında da olası çatışmalar ortaya çıkabilir. Bu ‘anayasaya aykırılık’ sorunudur. Alışlagelmiş söyleşi ile ‘anayasaya aykırı’ yasa geçersizdir (hükümsüzdür) ifadesi anlamsız bir ifadedir çünkü geçersiz yasa hiçbir biçimde yasa değildir. Geçersiz norm var olmayan bir normdur, hukuksal olarak varlığı yoktur. ‘Anayasaya aykırı yasa’ ifadesi geçerli olarak nitelendirilen yasaya uygulanıyorsa bu çelişkili ve tutarsız bir ifadedir. Çünkü eğer yasa geçerli ise bunun

³³ Kelsen, H. (2006). s.155. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2008). s. 267-270.; Kelsen, H. (2015). *Validity and Efficacy of the Law* (1967/2003), Paulson, B. L. ve Paulson, S. (çev.), içinde Bernal, C., Huerta, C., Mazzarese, T., Moreso, J. J., Navarro P. E. ve Paluson, S. (der.) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, s. 54.

tek nedeni yasanın geçerliliğinin anayasayla uyumlu olmasıdır, eğer anayasayla çelişiyorsa geçerli olamaz. Yasanın geçerliliğinin tek nedeni söz konusu yasanın anayasa tarafından belirlenen biçimde yaratılmış olmasıdır. Bu ifadeden anlaşılması gereken yasanın anayasaya göre olağan yoldan başka özel bir nedenle iptal edilmiş olması demektir. Normal olarak genelde yasa bir başka yasa tarafından *lex posterior derogat priori* ilkesine göre veya yasa *desuetude* olarak adlandırılan karşıt bir örf ve âdet hukuku kuralı tarafından iptal edilir. Eğer anayasa yasaların çıkarılmasında belirli usullere uyulmasını ve aynı zamanda yasaların içerikleri bakımından belirli hükümler koymasını emrediyorsa bazen yasa koyucunun bu buyruklara uyamayacağı olasılığını da öngörmesi gerekir. Bu durumda anayasa yasama fonksiyonunun buyruklarının yerine getirilip getirilmediğine karar verecek olan bir organ belirleyebilir. Eğer bu organ yasama organından farklıysa yasa koyucunun üzerinde bir otorite oluşur; bu siyasal olarak, özellikle eğer bu organ anayasaya aykırı gördüğü yasayı iptal edebiliyorsa arzu edilmeyebilecektir. Yasaların anayasaya uygunluğunu araştırarak organ yasamadan farklı değilse yasanın anayasal olup olmadığı sadece ve tek başına yasama organı tarafından kararlaştırılabilir. Bu durumda yasama organının yasa olarak çıkardığı her şeyin anayasa anlamında bir yasa olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda yasama organı tarafından çıkarılan hiçbir yasa 'anayasaya aykırı' olarak nitelendirilemez.

Bu durum belirtilen şu terimlerle de tanımlanabilir. Yasalaştırma prosedürü ve gelecekteki yasaların içeriği ve yasaların sadece belirlenmiş bir biçimde ve anayasa tarafından saptanmış anlamında çıkarılacağı anlamına gelmez. Anayasa yasa koyucuların yasaları başka bir biçimde ve başka bir içerikle çıkarabilme konusunda da yetkilendirmektedir. Anayasa anayasanın pozitif hükümlerini uygulamamayı tercih ettiği takdirde, yasalaştırma prosedürünü ve yasaların içeriğini belirleme konusunda yasa koyucuya yetki verir. Mahkemelerin, belirli şartlar altında, mevcut yasal veya geleneksel kuralları uygulamalarına değil yasa koyucu olarak hareket etmeye ve yeni yasalar yaratmaya yetkileri olabileceği gibi olağan yasa koyucuya, belirli şartlar altında anayasa tarafından yasa koyucu

olarak hareket etme yetkisi de verilebilir. Yasama organının çıkardığı bir yasanın, başka bir şekilde oluşturulması veya anayasa tarafından öngörülenden başka bir içeriğe sahip olmasına rağmen geçerli olduğu düşünülürse anayasanın yasalarla ilgili buyruklarının *alternatif bir karaktere sahip* olduğunu varsaymak durumundayız. Yasa koyucu, anayasa tarafından ya doğrudan anayasada belirtilen normları uygulamaya ya da kendi kendine belirleyecek olduğu normları uygulama hakkına sahiptir. Aksi takdirde, yaratılışı veya içeriği doğrudan anayasada yer alan buyruklara uymayan bir yasa geçerli sayılamazdı³⁴.”

Uluslararası hukukta normatif alternatifler konusu da Hans Kelsen tarafından şöyle açıklanmaktadır:

“Eğer ulusal hukuk düzeninin normlarının içeriği uluslararası hukuk tarafından belirleniyor diyorsak bu sadece alternatif bir anlamda belirlemedir. Belirlenmiş içeriklere sahip olanların dışındaki içeriklere sahip normların olasılığı da dışlanamaz. Böyle normlar, ancak onları yapma eylemi uluslararası bir ihlal olduğu sürece ayrımcılığa maruz kalır. Ancak ne normun ne de normun kendisinin oluşturulmasından oluşan uluslararası ihlal, anayasaya aykırı yasanın mantıksal çelişki içinde olduğundan uluslararası hukukta da daha fazla mantıksal bir çelişki değildir. Ve ‘anayasaya aykırı yasaların’ olasılığı ulusal hukuk düzeninin birliğini etkilemediği gibi, ulusal yasaların uluslararası hukuku ‘ihlal etme’ olasılığı da her ikisini de içeren hukuk sisteminin birliğini etkilemez³⁵.”

Kelsen’in normatif alternatifler kuramı kısaca şöyle ifade edilebilir: Kelsen’e göre alt normu belirleyen üst normun alternatif karakteri üst ve alt norm arasındaki çatışmaları ve çelişkileri engeller. Normlar hiyerarşisinin üstünde yer alan normun iki alternatif kuralının buyruklarından birincisiyle çelişki, üstteki normun kendisiyle çelişkili değildir. Ayrıca, alttaki norm ile üstteki norm tarafından sunulan iki alternatifin ilki arasındaki çelişki, yalnızca yetkili makam tarafından belirlendiği şekliyle ilgilidir. Bu yetkili otoritenin çelişkinin varlığına ilişkin diğer görüşler hukuksal olarak konuyla ilgisizdir. Yetkili makam, böyle bir çelişkinin hukuksal varlığını alt normu iptal ederek belirler. Geçerli sayılması

³⁴ Kelsen, H. (2006). s.155-156. İtaliye tarafımdan yapılmıştır. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2008). s. 271- 276.

³⁵ a.g.e. s. 372. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2008). s. 330-331.

gereken bir normun "anayasaya aykırılığı" ya da "yasaya aykırılığı", bu nedenle ya iptal edilebilme (bir mahkeme kararı ise sıradan bir şekilde, eğer bir yasa ise sıradan olmayan bir şekilde) veya geçersiz sayılabilmek olasılığıdır. Farklı hukuksal düzen düzeylerinden iki norm arasında herhangi bir çelişki olamaz. Böylece hukuk düzeninin birliği hukuksal hiyerarşide üstte ve altta yer alan normlar arasındaki çelişkiler nedeniyle tehlike altına girmez.

Kelsen için normun alternatif karakteri, saf hukuk kuramının ayrılmaz bir parçasıdır çünkü bu kuram alttaki normla üstteki norm arasında çelişki olmamasını sağlar. Kelsen'in normatif bir düzenin birliği hakkındaki tezi için de normun alternatif karakteri önemlidir. Kelsen'e göre norma aykırı norm kendi kendine çelişkidir. Böyle bir iç tutarlılığa ek olarak normun alternatif karakteri için bir gerekçe de hukuksal pozitivizmin temel öğelerinde bulunabilir³⁶.

J. M. C. Apalategui'ye göre içeriği üstteki norm tarafından açıkça belirlenen şeye karşılık gelmeyen alttaki norm yasadışı norm değildir çünkü alternatif üstü örtük hükme (tacit alternative clause) göre objektif olarak geçerli bir normdur. Aynı sebepler, normlar arasındaki çatışmanın çözülmesi bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla "yasadışı" norm kavramı Kelsen'in görüşüne yabancıdır. Pozitif hukuka göre anayasaya aykırı yasalardan veya yasadışı nihai yargı kararından söz edilemez. *Ab initio* geçersiz norm var olmayan bir normdur (Yani norm yoktur.). Sadece geçerli veya geçersiz kılınabilen normlar vardır. Yani yetkili makam normu geçersiz ilan etmediği sürece o norm geçerlidir. Bu deklarasyon yalnızca açıklayıcı bir ifade değildir aynı zamanda kurucu bir karaktere de sahiptir. Apalategui'nin belirttiği gibi yetkili otorite bir normu geçerli olarak ilan etmişse veya geçersiz ilan edilmemişse geçerlidir³⁷.

Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı* başlıklı yapıtının ikinci baskısında normatif alternatifler kuramına uygun yorum anlayışını açıklamıştır. Kelsen "bilişsel yorum" ve "otantik yorum" arasında bir ayrım yapar. Birincisinde bilişsel süreç yoluyla yasanın sözcüklerinin olası yorumlarının listesi tespit edilmektedir. Öte yandan, otantik yorumlama, yargıç tarafından belirli bir yorumu benimseme isteğini yerine getirdiği bir yorumlama

³⁶ Tur, H. S. R. (2013). The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibility? içinde d'Almeida, L. D., Gardner, J. ve Green, L. (der.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, s. 251.

³⁷ Apalategui, J. M. C. (2017). s. 153-170.

eylemidir. Normalde böylece bir bilişsel sürecin ve irade hareketinin bileşimini buluruz³⁸. Kelsen bu konuda şunları belirtmiştir:

“Burada şu belirtilmelidir: Özgün yorumlama yoluyla (yani, yasa uygulayan organ tarafından bir normun yorumlanması), uygulanacak normun bilişsel yorumuyla gösterilen olasılıklardan yalnızca biri gerçekleştirilemez; aynı zamanda uygulanacak normun çerçevesinin tamamen dışında bir norm da oluşturulabilir³⁹.”

Dinamik prensibe göre eğer norm, normlar hiyerarşisinin üstünde yer alan norma uygun yaratılırsa geçerlidir. Normlar hiyerarşisinde üstte yer alan norm daha alttaki normun sadece yaratıldığı sürece değil aynı zamanda o normun içeriğinin biçimsel ve maddi koşullarının (içeriğe atıfta bulunarak) geçerlilik koşullarına da uygun olmalıdır⁴⁰. Kelsen’in normların farklı hiyerarşik düzeylerdeki çatışmaları sorununa çözümü, hukuk dışı normların geçerliliğini tanımak yoluyla normatif olanı değil olguyu desteklemektedir. İşin aslında alternatif, saf hukuk teorisi açısından geçerli olamaz. Öte yandan, üstteki norm hükümlerine uymayan bir normu geçerli olarak düşünmek için de önemli nedenler vardır⁴¹.

Hans Kelsen’in çalışmaları bağlamında normatif alternatifler kuramının formülasyonu farklı şekillerde açıklanmıştır. Bir yandan, neo-kantian epistemolojik varsayımlar dikkate alındığında normatif alternatifler kuramının Kelsen’in kuramının gerekli bir unsuru olduğu söylenmiştir. Normatif alternatifler kuramı aynı zamanda faydacı terimlerle hukukun işlevsel boyutuyla da açıklanmıştır. Yani sosyal barışa ve kesinliğe olan katkısıyla ele alınmıştır. Üçüncü açıklama kavramsaldır. Bulygin’e göre bu, geçerlilik kavramının belirsizliğine dayanmaktadır. «Geçerlilik» kavramını Kelsen, hukuk normlarının üç farklı özelliği olarak tanımlar. Hukuk normlarının üç farklı özellikleri şunlardır: Normlar hiyerarşisinin üstünde yer alan normların hükümlerine göre norm oluşturma; normun spesifik varlığı ve son olarak normun bağlayıcı karakteri. Geçerlilik kavramının belirsizliğinden dolayı geçersiz normlar sorunu bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır. Üstteki norm hükümlerine uymayan ancak aynı zamanda yetkili makamca norm geçersiz ilan edilmediği sürece bağlayıcı norm olarak kalmaktadır. Kelsen iki farklı geçerlilik kavramı arasında ayırım yapmadığı için bu iki farklı normun bağlayıcı karakterini

³⁸ Jackson, B. S. (1985). s. 87.

³⁹ Kelsen, H. (2008). s. 354.

⁴⁰ Apalategui, J. M. C. (2017). s. 153-170.

⁴¹ a.g.e.

açıklamanın ve mantıksal çelişkiyi çözmenin yolu, bu normların daha yüksek seviyede yer alan normlara uygunluğunu alternatif hüküm aracılığıyla korumak olmaktadır⁴².

Normatif alternatifler doktrininin, en azından görünüşe göre Kelsen'in teorisi için hoş olmayan sonuçları vardır. Birincisi, bu kuram normların normatif karakterlerini ortadan kaldırmaktadır. Yargıç tarafından seçilen yol ne olursa olsun, her zaman uygulanan norm genel norma uygun olmaktadır. Bu nedenle genel norm ihlal edilemez veya çiğnenemez duruma gelmektedir. İkincisi birincinin sonucu olarak, hukuk normlarını önemsiz hale getirmektedir. Son olarak geçersiz kılınan normlar ile var olmayan normlar arasındaki ayırım tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu nedenlerle de Kelsen'in hukuk kuramının yara aldığı ve Kelsen'in aşırı bir kararcılığa dönüştüğü eleştirisi yapılmıştır⁴³.

IV. CARLOS SANTIAGO NINO'NUN NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI HAKKINDAKİ DÜŞÜNCELERİ

Hans Kelsen için yasa hukuksal bakımdan bağlayıcı ve hukuk sistemine ait olması durumunda hukuksal açıdan geçerlidir. Carlos S. Nino'ya göre Kelsen normların çatışması veya anayasaya aykırı kurallar veya yasadışı kurallar gibi farklı hiyerarşilerin normları için kavramsal bir yapı uyguladığında, «Kelsen'in sorunu» olarak adlandırılabilir önemli bir zorlukla karşılaşmaktadır. Kavramsal şema, daha düşük bir normun geçerlilikten yoksun olması için daha yüksek bir normla çelişmesinin yeterli olduğu ve dolayısıyla hukuksal açıdan var olmaması gerektiği yani hukuksal sisteme ait olmadığı anlamına gelir. Anayasal hükümlerle çelişen yasalar hukukçular tarafından geçerli ve bağlayıcı yasalar olarak kabul edilebilmektedir. Kelsen'in hukuki geçerlilik kavramının uygulanması ile hukuki düşüncenin olağan sonucu arasındaki uyumsuzluk sorununu çözmeye çalıştığı kuramsal araç alternatif üstü örtük hükümdür. Kelsen'in düşüncesi, sıradan bir hukuki düşünmenin, belirli koşullar altında, bir yasanın, anayasanın açık hükümlerine aykırı olmasına rağmen geçerli ve bağlayıcı olduğunun düşünülmesi durumunda, bunun hukuksal düşüncenin üstte yer alan normda üstü örtük bir hükmün olduğu varsayıldığı için böyle olmaktadır. Bu üstü örtük hüküm, metinle çelişmesine rağmen alt normların yürürlüğe girmesine izin vermektedir.

⁴² a.g.e.

⁴³ a.g.e.

Bununla birlikte, daha düşük bir normun, yüksek normun üstü kapalı hükümlerine uygunluğu, yüksek normun açık formülasyonunu ihlal ederken bile alt normun neden geçerli kabul edilebileceğini açıklar. Nino'ya göre Kelsen'in bu aracı, yani alternatif üstü örtük hüküm tam olarak nitelendirilmedikçe gerçekten rahatsız edici ve kabul edilemez bir şeydir. Bir anayasanın herhangi bir içerikle yasaların çıkarılmasına izin verdiğini varsaymak Nino'ya göre garip bir şeydir⁴⁴.

Carlos Santiago Nino görüşlerini şöyle açıklamaktadır: Nino'ya göre aslında, etkin bir anayasa yargısı sunan hukuk sistemlerinde bile henüz anayasa yargısı çeşitli nedenlerle devreye girmemişse anayasaya aykırı kurallarının uygulanması gerekecektir. Hukuk sisteminde belirli koşullar altında anayasa aykırı yasaların geçerliliğini veya bağlayıcılığını belirleyen normlar vardır. Bu tez Kelsen'in alternatif üstü örtük hüküm kuramını desteklemektedir. Ancak Nino, Kelsen'in görüşlerinden ayrıldığını söylemektedir. Birincisi, anayasaya aykırı yasalara geçerlilik kazandıran normlar bu tür yasaların çıkarılmasına yetki vermemekte, sadece bu tür yasalara ve kurallara uyma yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir. İkincisi, bu normlar her hukuk sisteminin gerekli bileşenleri değildir; bazı sistemlerin sadece olumlu ve pozitif kısımlarıdır. Bu normlar sistemde mevcut olabilir ve eğer böyle normlar varsa farklı içerikleri de olabilir. Bir hukuk sisteminin, yasaların yasalaştırılması koşullarıyla çelişen bir yasa yapma zorunluluğunda olmadığı düşünülebilir. Son olarak yasa dışı yasaların uygulanmasını gerektiren normlar genellikle Kelsen'in tezinin aksine yasalar arasında ayırım yapar. İlgili bir mahkeme tarafından anayasaya aykırı olarak ilan edilmeyen yasalar gibi olumsuz koşulların yanı sıra, söz konusu normların belirli bir olumlu koşulu karşılaması gerekir. Üstü kapalı pozitif durum ne kadar belirsiz olursa olsun, yine de gerçek ve işlevseldir; yani söz konusu norm yasallık görünümünde ise belirli bir renge veya görüntüye sahip olmalıdır. Bir yasanın anayasaya aykırı ilan edilmeden önce zorunlu olması için yasanın açıkça anayasaya aykırı olmaması gerekir, bu yasalar hukuksal sistemde normların yürürlüğe konması için belirlenmiş koşulları karşılamış görünmelidir⁴⁵.

Carlos Santiago Nino'nun, Kelsen'in normatif alternatifler kuramı ile bağlantılı görüşleri şöyle özetlenebilir: Yasa anayasaya aykırı ilan

⁴⁴ Nino, C. S. (1993). "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review," *Cardozo Law Review* 14, No. Issues 3-4 (January 1993), s. 804-806.

⁴⁵ a.g.e. s. 808-809.

edilmeden önce hukuksal açıdan bağlayıcı olması için yasanın açıkça anayasaya aykırı olmaması gerekir, hukuksal sistemdeki normları yürürlüğe koyma koşullarını yerine getirmiş görünmelidir. Tartışma, normun "hukuk siteminin" bir normu olmayabileceğini ancak anayasanın üstü örtük koşullu hükmüne göre yine de hukuksal bakımdan zorunlu olabileceğini göstermiştir. Anayasa ile çelişen bir yasa, bazı şartlar altında sistemde yer alan diğer normların neler sağladığına bağlı olarak yargı organınca da uygulanabilir. Dolayısıyla anayasaya uygunluk denetimine yer vermeyen sert bir anayasaya sahip olma mantıksal açıdan imkânsız değildir⁴⁶.

V. STANLEY L. PAULSON'IN KELSEN'İN NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI HAKKINDA DÜŞÜNCELERİ

Stanley L. Paulson, Hans Kelsen'in iki tür "yetkilendirmeye" çalıştığını ileri sürmüştür. Maddi yetkilendirme olarak adlandırılan yetkilendirmede, alttaki normun yetkilendirilmesinin geçerliliği üstteki normdan kaynaklanmaktadır. Buna karşılık Paulson'a göre biçimsel yetkilendirmede ise hiyerarşinin altlarında yer alan bir normun yetkilendirilmesi bu normu yaratan, uygulayan veya geçerliliğini sağlayan hukuksal organın yetkisinden kaynaklanır⁴⁷.

Stanley L. Paulson görüşlerini şöyle açıklamaktadır: Hukuk sistemi normlar hiyerarşisi olarak düşünülmelidir. Anayasal normlar, normlar hiyerarşisinde altta yer alan normları yetkilendirir. Maddi yetkilendirme hukukta genel bir olgudur. Normlar hiyerarşisi göz önüne alındığında, anayasal normları maddi yetkilendirme normları olarak ayıran şey, daha düşük seviyelerde yer alan normlarda da görülmektedir. Nasıl ki bir anayasal norm maddi olarak bir yasama normunu yetkilendirirse bir yasama normu da bir yargı normunu ve bir yargı normu da maddi olarak yetkili kişiye direktif vermede yetkilendirebilir. Kelsen'in normlar hiyerarşisinde daha yüksekte yer alan normların daha alttaki normları yetkilendirdiğini görüyoruz. Alternatif olarak daha yüksek düzeydeki normların, düşük düzeydeki normları yaratma yetkisi verdiğini söyleyebiliriz. Üst düzey normlar yetkililere yetkiler verir, daha sonra bunlar yetkilerini alt düzey normları yaratmada kullanırlar. Paulson'a

⁴⁶ a.g.e. s. 809-811.

⁴⁷ Paulson, S. L. (1980). "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", *Cambridge Law Journal*, s. 172.

göre sıkıntı şuradadır: Hukuksal olarak verilen bir yetkinin belirli bir şekilde uygulanması verilen yetkinin üzerinde olabilir veya geçerli bir üst düzey norm tarafından getirilen kısıtlamalara uymayabilir. Başka bir deyişle, hatalar yani hukuksal *errata*'lar (hatalar) mümkündür ve bu olasılık hukuksal geçerlilik konusunda şüphelere yol açar⁴⁸.

Stanley Paluson, Kelsen'in argümanını normatif alternatifler kuramının yardımıyla gerçekleştirdiğini söylemektedir. Kelsen yasal geçerliliğe giden iki yol olduğunu, geçerliliğini sağlamak için yasal bir normu kaynağına kadar takip etmenin iki alternatifi olduğunu söylüyor. İlk yolu izleyen, bir yasal düzenleme anayasal maddi yetkilendirme ile uygulanabilir kısıtlamaları içerir. Kelsen başka bir olasılığı daha belirtmektedir. İkinci yolu izleyerek yasa koyucunun maddi anayasal yetkilendirme normunun dışındaki koşullara uygun olarak yasalar çıkarması ve yasal yetkililerin bunları uygulaması söz konusu olabilir⁴⁹. Bununla birlikte, doğrudan anayasada yer alan normlara uymayan bir yasa, açıkça geçersiz veya yargısal işlemler sonucu geçersiz kabul edilmediği veya yasama organı tarafından kaldırılmadığı sürece, yine de geçerlidir. Böyle bir yasa, geçerliliğe giden ikinci yolu yani ilkinin değil başka bir deyişle normatif alternatiflerin ikincisini izler⁵⁰.

Stanley Paulson realist hukukçuların bu duruma bir yanıtı söz konusu olduğunu belirtmiştir. Realistlere göre Kelsen'in "normatif alternatifler" dediği şey, maddi ve biçimsel yetkilendirme kisvesi altında zaten mevcuttur. Bir norm maddi olarak değil ama biçimsel olarak yetkilendirilebilir ve böyle bir durumda norm, ilkinin değil normatif alternatiflerin ikincisini yansıtır. Ancak maddi ve biçimsel yetkilendirme Kelsen'in sorununu çözmek yerine, bu sorunun temelini oluşturmaktadır⁵¹.

Stanley Paluson, Kelsen'in normatif alternatifler kuramının hukuksal gerçekçiler karşısında daha başarılı olduğunu belirtmiştir. Kelsen'in normatif alternatifler kuramı hukuksal bir normun geçerliliğini maddi yetkilendirme dışında mümkün bir hâle getirirken bunu maddi yetkilendirmeyi ortadan kaldırmadan gerçekleştirmektedir⁵². Kelsen'in hukuksal geçerlilik anlayışı, hukukun daha yüksek beklentilerini

⁴⁸ a.g.e. s. 178.

⁴⁹ a.g.e. s. 188.

⁵⁰ a.g.e. s. 189.

⁵¹ a.g.e. s. 189.

⁵² a.g.e. s. 190.

gerçekleştirmek için bize bir araç sunarken ikinci yol, hukuksal sistemdeki maddi yetkilendirme biçimsel yetkilendirme ile tamamlandığı sürece kaçınılmaz olan *kalıntıya* işaret eder⁵³.

G. Maher, Paulson'un çözümlerini özet olarak şöyle açıklamıştır⁵⁴: Paulson için çözüm, bir normun yetkilendirildiği söylenebilecek iki yol arasında çizilecek bir ayrımda bulunmalıdır. Bir yandan, daha alt düzeyde yer alan normun yetkisinin üstte yer alan normdan kaynaklandığı maddi yetkilendirme vardır. Hukuksal sistemde, anayasaya uygun olarak iktidar üzerindeki kısıtlamaları ve sınırlamaları belirlerken maddi yetkilendirme önemlidir. Öte yandan, daha düşük derecede yer alan bir normun, bir organın bu normu yaratması, uygulaması veya geçerli hâle getirilmesi için biçimsel yetkilendirme söz konusudur. Stanley Paulson, bu biçimsel yetkilendirme kavramının hukuksal *errata*'yı, yani hukuksal normlardaki kusurları veya hataları açıklamak ve rasyonelleştirmek için gerekli olduğunu düşünmektedir.

VI. KELSEN'İN ANAYASA YARGISI ve NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI NASIL ANLAŞILMALI?

Kelsen'e göre eğer anayasa anayasaya aykırı işlemlerin iptal edilebilme güvencesine sahip değilse anayasa teknik anlamda tam anlamıyla hukuksal bağlayıcılık niteliğinden de yoksundur. Anayasaya aykırı işlemlerin ve özellikle anayasaya aykırı yasaların anayasaya aykırılıkları nedeniyle hukuki olarak iptal edilemedikleri için geçerli kalması gereken bir anayasa, her ne kadar bunun bilincinde olunmasa da salt hukuksal açıdan bakıldığında hemen hemen hiçbir bağlayıcılığı olmayan bir temenni ile eşdeğerdedir. Bu durumda herhangi bir yasa, herhangi bir düzenleyici işlem, anayasanın bunların üzerinde olmasına ve geçerliklerini bu anayasadan almalarına rağmen anayasanın sahip olduğundan daha büyük bir güce sahip olacaklardır. Pozitif hukuk anayasa dışındaki bir üst norma aykırı olan her türlü işlemin iptal edilebilir olmasını benimsemiştir. Anayasanın bu zayıf bağlayıcılık gücü anayasalarda yapılması gereken değişikliklerin tabi olduğu zorlaştırılmış koşullar ve anayasaya atfedilen katı görünüm ile çelişmektedir. Kelsen bu durum karşısında şöyle bir soru sormaktadır: Anayasa normları neredeyse değiştirilmez olmakla birlikte

⁵³ a.g.e. s. 193.

⁵⁴ Bkz. Maher, G. (1981). "Custom and Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 1, s. 173.

hemen hemen hiçbir bağlayıcı güçleri yoksa bu denli çok önleme gerek var mıdır⁵⁵? Gerçekten ortada bir gariplik vardır.

Anayasalar, yasaların nasıl yapılacaklarını ve içeriklerinin ne olup olmayacağını anayasada belirtmektedir. Ancak anayasaya aykırı yasaların da geçerli olacağı kabul edilirse bu durumda yasaların farklı bir şekilde de yapılabileceği ve içeriklerinin anayasanın belirlediği sınırlarla çatışabileceği anlamına gelir. Anayasaya aykırı yasalar da anayasanın belirli bir kuralı uyarınca geçerli olabilir. Anayasada açıkça düzenlenen yasama usulü ve anayasada yer alan hükümler sınırlanmış hükümler olmayıp sadece alternatif hükümler oldukları anlamına gelecektir. Kelsen'e göre kuşkusuz, anayasanın ifadesi göz önüne alındığında yasaların belirli bir şekilde çıkarılmaları ve yürürlüğe girmeleri gerektiği ve belirli bir içeriğe sahip olabilecekleri veya olmayabileceklerini ifade ettiği açıktır. Ama anayasanın objektif anlamı şöyledir: Yasalar başka bir şekilde ortaya çıksalar, hatta içerikleri anayasa direktiflerini ihlal etse bile hukuksal olarak geçerli sayılmalıdır⁵⁶.

Ancak Kelsen saf hukuk teorisinin realist hukuk kuramı olmadığını da belirtmiştir. Kelsen'e göre hukukun geçerliliği etkililikle özdeş olarak kabul edilemez. Hukuk normlarının etkililiği bunların geçerliliğinin bir koşuludur. Ancak etkililiğin kendisi hukuksal geçerlilik olmadığı gibi geçerliliğin temeli de değildir. Hukuk sisteminin geçerliliğinin temeli, kişinin esasen kurulmuş ve büyük ölçüde etkili olan ve dolayısıyla anayasaya göre ortaya çıkmış ve bu kurallara uygun olarak düzenlenmiş olan normlara uygun davranması gerektiğini öngören temel normdur. Böylece temel norm, hem insan eylemleri ile normların çıkarılmasını hem de bu normların geçerliliğinin koşullarının etkinliğini sağlar. Etkililik bir bütün olarak hukuk sisteminin normlarının bir geçerlilik koşuludur. Aynı zamanda etkililik bir bütün olarak hukuk sisteminin ve bireysel hukuksal normların geçerliliğinin kaybolmasını ortadan kaldırır⁵⁷.

⁵⁵ Kelsen, H. (2015a). Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication, Vinx, Lars (der.) *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 69.

Kelsen'in bu önemli makalesi Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. Kelsen, H. (2015b). "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", (çev.) Yasin Sönmez, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, s. 907.

⁵⁶ Kelsen, H. (2015a). s. 70; Kelsen, H. (2015b). "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", (çev.) Yasin Sönmez, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64(3), s. 907-908.

⁵⁷ Kelsen, H. (2013). A 'Realistic' Theory of Law and the Pure Theory: Remarks on Alf Ross's On Law and Justice, içinde Duarte d'Almeida, L., Gardner, J. ve Green, L. (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, s. 205.

VII. KELSEN'İN NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMININ ELEŞTİRİSİ

Normatif alternatifler kuramı Kelsen'in realist yanını bize göstermektedir. Kelsen'in hukuk normlarının alternatif karakteri ile tam olarak ne demek olduğundan şüphelenilemez. Yasa koyucuların belki de yargıçlardan daha az anayasaya bağlı olduğu ve idari otoritelerin de mahkemelere göre idari yasalara daha az bağlı kaldığı söylenebilir. Kelsen'in genel yaklaşımı bu tür farklılıkların göreceli olduğudur. Kelsen hukuk normlarının alternatif karakterinin mahkemelerin genel bir normu uygulamamayı ve "çerçeve" dışında yeni bir yasa yapmayı seçebileceği hukuksal düzen anlayışının gerekli bir özelliği olduğunu söylemektedir⁵⁸. Richard HS Tur'a göre Kelsen'in takdir yetkisi, yetki verilmiş veya verilmemiş olup olmadığı konusunda net değildir. Fakat bu ayrımın Kelsenci yorumunda önemsiz olabileceği söylenebilir. Yetkilendirme dilini konuşmasına rağmen Tur'a göre Kelsen, mahkemelerin geçerli bir genel normu göz ardı etmesine, yok etmesine izin verdiği söylenebilir. Kelsen'in çok güçlü bir takdir yetkisini benimsediği açıktır⁵⁹.

"Mahkemelerin, belirli şartlar altında, mevcut yasal veya geleneksel kuralları uygulamalarına değil, yasa koyucu olarak hareket etmeye ve yeni yasalar yaratmaya yetkileri olabileceği gibi, olağan yasa koyucuya, belirli şartlar altında anayasa tarafından yasa koyucu olarak hareket etme yetkisi de verilebilir. Yasama organının çıkardığı bir yasanın, başka bir şekilde oluşturulması veya anayasa tarafından öngörülenden başka bir içeriğe sahip olmasına rağmen geçerli olduğu düşünülürse, anayasanın yasalarla ilgili buyruklarının *alternatif bir karaktere sahip* olduğunu varsaymak durumundayız. Yasa koyucu, anayasa tarafından ya doğrudan anayasada belirtilen normları uygulamaya ya da kendi kendine belirleyecek olduğu normları uygulama hakkına sahiptir. Aksi takdirde, yaratılışı veya içeriği doğrudan anayasada yer alan buyruklara uymayan bir yasa geçerli sayılamazdı⁶⁰."

Richard H. S. Tur'un belirttiği gibi hiç kuşkusuz Hans Kelsen için normun alternatif karakteri, saf hukuk kuramının ayrılmaz bir parçasıdır

⁵⁸ Tur, R. H. S. (2013). s. 250.

⁵⁹ a.g.e., s. 258.

⁶⁰ Kelsen, H. (2006). s.156.

çünkü bu kuram normlar hiyerarşisinin altlarında ve üstlerinde yer alan normlar arasında çelişki olmamasını sağlar. Kelsen'in normatif düzenin birliği tezi için de normatif alternatifler kuramı önemlidir. Kelsen için "norma aykırı norm" kendi kendisiyle çelişkilidir. Böyle bir iç tutarlılığa ek olarak normun alternatif karakteri için gerekçe de hukuki pozitivizmin temel öğelerinde bulunabilir⁶¹. Bu nedenle de çok eleştiri almasına rağmen Kelsen normatif alternatif görüşünü hiç değiştirmemiştir.

Hukuk normlarının uygulanabilirliğinin, hukuk sistemine üyelik kavramından ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu husus Hans Kelsen'in tüm yaşamı boyunca tatmin edici bir çözüme ulaşmadan mücadele ettiği bir sorun olmuştur. Bu "düzensiz normlar", yani yetkili organlar tarafından çıkarılmamış normlar sorunudur. Anayasaya aykırı yasalar veya yasaya aykırı mahkeme kararları bu konuda ilk akla gelen örneklerdir. Kelsen bu sorunu normatif hiyerarşide farklı seviyelerdeki normlar arasındaki çatışmalar altında ele almaktadır⁶². Kelsen'in hukuk sistemine üyelik tanımından, yetkili organ tarafından çıkarılmayan bir normun hukuk sistemine ait olmadığı anlaşılmaktadır. Yine de böyle bir norm, anayasaya aykırı veya yasadışı ilan edilmediği sürece geçerli olarak kabul edilir ve mahkemeler bunu uygulamakla yükümlüdür. Kelsen kuşkusuz kendini zor bir pozisyonda görmüştür. Kelsen bu tür normların geçerliliğini inkâr da edemiyordu çünkü o zaman bu normların var olmamaları gerekirdi. Kelsen geçerliliği normların özellikli bir varlığı olarak ele alıyordu. Öte yandan, bu tür normlar, yetkili bir organ tarafından yaratılmamaktaydı. Bu nedenle Kelsen, mantıksal olarak çok makul bir görüş olarak olamasa da normatif alternatifler kuramına yönelmek zorunda kalmıştır⁶³.

Aynı seviyedeki iki norm arasında veya daha yüksek bir seviyedeki bir norm ile daha düşük bir seviyedeki norm arasında çatışmalar ortaya çıkabilir. Bu durumda iki çelişkili normun yaratıldığı eylemler zaman bakımından farklılık gösterir, biri daha öncedir ve diğeri daha sonradır. Yasama organı belirli bir zamanda belirli bir davranışı yasaklayan bir norm çıkarabilir ve daha sonra da tam da bu davranışa müsamaha gösteren bir norm da yaratabilir. Bir devletin anayasası, ırklarına bakılmaksızın tüm insanların eşit muamele edilmesini içeren bir hüküm içerebilir; daha

⁶¹ Tur, R. H. S. (2013). s. 251.

⁶² Bulygin, E. (2015). s. 319.

⁶³ a.g.e., s. 320.

sonra yasama organı yalnızca belirli ırttaki kişilere belirli yükümlölükler getiren bir yasa da çıkarabilir⁶⁴. Kelsen bu konuda şunları açıklamıştır:

“İlk durumda, iki çelişkili normdan daha önceki normun geçerliliğini kaybedeceği öngörülebilir. İkinci durumda da ise çelişen iki normdan ikincisinin geçerliliğini kaybettiği belirtilebilir. Bununla birlikte, ikinci durumdaki iki çelişen normun, yani anayasaya aykırı normun veya ‘anayasaya aykırı’ olarak adlandırılan yasanın, pozitif hukuka göre geçerli olabileceği unutulmamalıdır. Ama anayasada öngörülen özel bir usulle, örneğin özel bir mahkemenin kararı ile anayasaya aykırı yasa yürürlükten kaldırılabilir. O hâlde herhangi bir norm çatışması yoktur çünkü söz konusu anayasaya aykırı yasanın geçerli olması hâlinde, yasa koyucunun böyle bir yasayı çıkarabilme açısından yetkilendirilmiş sayılması gerekir. Ancak, bu yasanın geçerliliğinin anayasada öngörülen özel bir prosedürle yürürlükten kaldırılma olasılığı da vardır⁶⁵.”

Kelsen yaptığı çözümleme sonucunda yasa ve yargısal karar, anayasa ve yasa, anayasa ve kararnameler, yasa ve kararnameler arasında veya genel olarak formüle edildiğinde normlar hiyerarşisinde yukarıda ve aşağıda yer alan normlar arasında herhangi bir çatışmanın olmadığı veya olamayacağı sonucuna varmıştır. Açıkça belirlenmiş koşullara uyulmayan “anayasaya aykırı” veya “yasa dışı” olarak adlandırılan normların geçerli olabileceği sonucuna varılmak zorunda kalınmaktadır. Bu durum Kelsen’e göre ancak üstteki normun üstü kapalı bir biçimde bu tür normları çıkarma yetkisine sahip olduğu hipotezi ile açıklanabilir. Çeşitli yazarların belirttiği gibi Kelsen’in normatif alternatifler kuramı tatmin edici değildir. Joseph M. Vilajosana bu durum karşısında eleştirisel bir soru sormaktadır: Herhangi bir normun, üstü kapalı alternatif hüküm nedeniyle analitik olarak anayasal olduğu durumlarda, belirli bir normun üstün norm hükümlerine aykırı olup olmadığını nasıl bilebiliriz⁶⁶?

Stanley L. Paulson Kelsen’in normatif alternatifler kuramından kaynaklanan hoş olmayan sonuçları asla tanımadığını veya kabul etmediğini belirtmiştir. Yani Kelsen açıklamak ve savunmak için bu kadar

⁶⁴ Kelsen, H. (1962). Derogation, içinde Newman (der.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, s. 352.

⁶⁵ a.g.e., s. 352.

⁶⁶ Vilajosana, J. M. (1996). “Towards a Material Criterion of Identity of a Legal Order”, *Rechtstheorie*, vol. 27, No. 1, s. 51.

çok çaba sarf ettiği hukuk sisteminin normatif alternatifler kuramını benimsemesinin sonucunun kural tabanlı bir hukuk sisteminin çökmesine yol açacağını da kabul etmemiştir. Kelsen'in normatif alternatifler kuramı kabul edilirse hukuk kurallarına kısıtlama getirilemeyecektir⁶⁷. Paulson'a göre belki de Kelsen'in normatif alternatifler kuramını benimsemesinin nedeni yargı kararlarının yasadışı olamayacağı varsayımından kaynaklanmaktadır. Ancak Kelsen'in ikinci geçerlilik yolu yasal kurala normatif bir alternatif olarak kabul edilirse yasal kurallar artık kısıtlama getiremeyecektir⁶⁸. Ayrıca Kelsen'in normatif alternatifler kuramının doğruluğu tartışılabilir. Anayasaya aykırı hukuk normu bir anormalliği temsil eder. Anayasaya aykırı norm anayasaya aykırıdır ve bu nedenle de hukuk sisteminin bir parçası değildir. Kelsen'in normatif alternatifler kuramını ciddiye almak hukuk kurallarının getirdiği kısıtlamaları ortadan kaldırmak olacaktır⁶⁹.

SONUÇ: HANS KELSEN “İRRASYONALİST” SAYILABİLİR Mİ?

Kelsen'in *Saf Hukuk Teorisi* başlıklı yapıtının “normatif alternatifler” ve “çerçeve dışında” yargısal yorum başlıklı görüşleri *irrasyonalist* görüşler olarak düşünülebilir. Kelsen'in normatif alternatifler kuramı ve “çerçeve dışında” yargısal yorumu tartışmalı görüşleri arasında en başta gelenleridir. Söz konusu fenomenler “hatalı” hukuksal kararlar ve “anayasaya aykırı” yasalardır. Eğer bir yargıç, herhangi bir yasanın parçası olmayan bir kuralı açıkça uygularsa kararın geçersiz olduğunu söylemiyoruz. Olsa olsa bu kararın temyizde bozulacağı düşünülebilir. Ancak söz konusu yargı kararı nihai karar statüsüne sahipse kararın geri alınacağı beklentisi de olamaz. Bu durumda mahkemenin kararı (bireysel norm) ile genel norm arasında bir çatışma var. “Anayasaya” aykırı yasa durumunda da benzer bir sorun vardır. Kelsen'e göre anayasaya aykırı yasayı anayasa mahkemesi anayasaya aykırı ilan edene kadar yasa geçerliliğini koruyacaktır. Bu nedenle yasanın yürürlüğe girdiği andan anayasaya aykırı olduğu ilan edilene kadar geçerli olduğu kabul edilmek durumundadır. Her iki durumda da üst normlarla içerikleri çatışan normlar geçici olarak geçerli kabul edilmektedir⁷⁰. Kelsen'in söylediği gibi hukuk düzeni tarafından mahkemelerce içeriği genel norm tarafından önceden belirlenmiş bireysel bir norm veya içeriği yargı organınca

⁶⁷ Paulson, S. L. (2008). s. 36.

⁶⁸ a.g.e., s. 36.

⁶⁹ a.g.e., s. 36.

⁷⁰ Jackson, B. S. (1985). s. 80.

önceden belirlenmemiş bireysel bir norm olabilir⁷¹. Benzer bir biçimde yasa anayasaya aykırı olduğu anayasa mahkemesince kararlaştırılmadığı sürece yasa geçerliliğini korur. Eğer anayasa hukuksal hatayı (legal errata) geçerli kabul ediyorsa ve anayasaya aykırı yasa da sadece iptal edilebiliyorsa bu tür kararların ve yasaların doğru kararlar veya anayasa uygun yasalara olan orantıları ne olursa olsun geçerli olacaktır⁷².

Kelsen *Saf Hukuk Teorisi* başlıklı yapıtının ikinci baskısında yorum konusuna normatif alternatifler görüşüne uygun ilavelerde bulunmuştur. Kelsen "kognitif yorum" ile "otantik yorum" ayrımı yapmıştır. Kognitif yorumlama, yasanın sözcüklerinin olası yorumlarının listesini bilişsel yoluyla belirleyerek yorumlamayı ifade eder. Otantik yorumlama yargıç belirli bir yorumu benimsemeye karar vermesi durumunda ortaya çıkan yorumlama eylemidir. Normal olarak bu iki yorum birlikte kullanılır. Otantik yorumlama yoluyla uygulanacak normun kognitif yorumuyla gösterilen bu tür yorumlamada olasılıklardan sadece biri gerçekleştirilemez; aynı zamanda, normun çerçevesinin tamamen dışında kalan bir norm da yaratılabilir. Kelsen şunları belirtmiştir: Yasayı uygulayan organ her zaman otantiktir ve her zaman hukuk yaratır. Kesin olarak özgün yorumdan sadece bu yorum, bir yasa veya uluslararası bir antlaşma biçimini alırsa ve genel bir karaktere sahipse yani sadece somut bir dava için değil tüm benzer davalar için hukuk yaratıyorsa söz ederiz. Bununla birlikte, hukuk uygulayan organın bir yasanın yorumlanması yoluyla yalnızca bireysel bir norm yaratırsa veya bir yaptırım uygularsa da otantiktir. Kelsen'e göre şu de not edilmelidir: Özgün yorumlama yoluyla yani yasayı uygulayan organın normu yorumlaması uygulanacak normların kognitif yorumuyla gösterilen olasılıklardan sadece biriyle gerçekleştirilemez, aynı zamanda uygulanacak norm çerçevesinin tamamen dışında bir norm da oluşturulabilir⁷³.

B. S. Jackson'a göre bu tür bir yorumlamanın "çerçevenin ötesinde" ortaya çıkardığı bir normun geçerli bir norm olarak kalmasının nedenlerinin açık ve olması önemlidir. Yargıcın kararına ulaştığı bilişsel süreç, temyiz sürecinden daha az olmamak kaydıyla hukuki geçerlilik meselesi ile alakasızdır. Jackson'a göre çerçevenin içinde veya dışında yorum yapmak normatif alternatifler kuramının uzantısı olarak düşünülmemelidir. Durumu hukuksal errata (hata) doktrininin doğrudan

⁷¹ Kelsen, H. (2008). s. 269.

⁷² Jackson, B. S. (1985). s. 83.

⁷³ Kelsen, H. (2008). s. 354.

bir uygulaması olarak görmek muhtemelen daha doğrudur. Karar, yargıcın karar vermesinde bu kararın gerekçeli olup olmadığı için değil bir kez verilmiş olan kararın aslında yorumlamanın konusu olan genel normun maddi içeriğinin dışına çıkılması nedeniyle hatalı ama geçerli olmasıdır. Jackson'a göre bunun nedeni, Kelsen'in yorumu temelde hukuk biliminin kapsamı dışında görmesi ve kararların alındığı tarihsel süreçlerle ilgili olduğunu düşünmesidir⁷⁴.

⁷⁴ Jackson, B. S. (1985). s. 88.

KAYNAKÇA

- BULYGIN, Eugeino (2015). An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law, içinde Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, Jose Juan Moreso, Pablo E. Navarro ve Stanley Paluson, (der.) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, ss. 235-251.
- BULYGIN, Eugeino (2015). The Problem of Legal Validity in Kelsen's Theory of Law (2005), içinde Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, Jose Juan Moreso, Pablo E. Navarro ve Stanley Paluson (der.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, ss. 311-323.
- APALATEGUI, J.M.C. (2017). Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation, içinde Peter Langford, Ian Bryan ve John McGarry, Kelsenian (der.) *Legal Science and the Nature of Law*, Springer Pub. , ss. 153-170.
- CHIASSONI, Pierluigi (2013). Wiener Realism, içinde Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, ss. 131-162.
- ERDOĞMUŞ, Belgin (2004). *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay.
- GÖZLER, Kemal (2013). Yorum İlkeleri, içinde Ergül, Ozan (der.) *Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay. ss. 97-112.
- GUASTİNİ, Riccardo (2016). "Kelsen on Validity (Once More)", *Ratio Juris*, Vol 29., No. 3 ss. 402-409.
- HALPÉRİN, Jean-Louis (2012). "Lex Posterior Derogat Priori, Lex Specialis Derogat Generali Jalons Pour Une Histoire Des Conflits De Normes Centrée Ces Deux Solutions Concurrentes," *Revue d'Histoire du Droit*, Vol. 80, s. 353-397.
- JACKSON, Bernard (1985). "Kelsen Between Formalism and Realism", *The Liverpool Law Review*, Vol.VII (1), s. 79-93.
- KELSEN, Hans (1962). Derogation, içinde Newman (der.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, ss. 339-355.
- KELSEN, Hans (1973). Derogation, içinde Weinberger Dordrecht (der.), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Holland: Reidel Publishing, s. 260-275.

- KELSEN, Hans (1986). The function of a Constitution, (çev.) Iain Stewart, içinde Richard Tur ve William Twining (der.) *Essays on Kelsen*, Oxford: Oxford University Press, ss. 109-119.
- KELSEN, Hans (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (çev.) B. L. Paulson ve S. L. Paulson, Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, Hans (2000). *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science Collected Essays by Hans Kelsen*, New Jersey: The Law Book Exchange, LTD.
- KELSEN, Hans (2006). *General Theory of Law and State*, (çev.) Max Knight, New Jersey, New Brunswick: Transaction Publishers
- KELSEN, Hans (2008). *Pure Theory of Law*, (çev.) Max Knight, New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd.
- KELSEN, Hans (2013). A 'Realistic' Theory of Law and the Pure Theory: Remarks on Alf Ross's on Law and Justice, içinde Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, ss. 194-221.
- KELSEN, Hans (2015a). Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication, içinde Lars Vinx (der.) *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, ss. 22-78.
- KELSEN, Hans (2015b). "Anayasanın Yargısal teminatı (Anayasa Yargısı)", çev. Yasin Sönmez, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, ss. 857-914.
- KELSEN, Hans (2016). *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (çev.) Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap.
- MAHER, G. (1981). "Custom and Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 1, ss. 167-176.
- MORESO, Jose Juan (2015). "Kelsen on Justifying Judicial Review", Ramirez Gonzalo (2012). *Ecos de Kelsen: Vidas, obras y controversias*. Bogota: Editorial Universidad Exterternado, s. 354-378 (İspanyolca yayımlanmıştır.), 15 sayfa, SSRN.
- MUNZER, Stephen (1973). "Validity and Legal Conflicts," *The Yale Law Journal* 82, no. 6, ss. 1140-1174.

- NİNO, Carlos Santiago (1993). "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review," *Cardozo Law Review* 14, no. Issues 3-4 (January 1993), ss. 799-846.
- PAULSON, Stanley L. (1980). "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", *Cambridge Law Journal* ss. 172-193.
- STANLEY, Paulson, L. (1983). "On the Status of the *Lex Posterior* Derogating Rule", *The Liverpool Law Review*, Vol. (1), ss. 5-18.
- PAULSON, Stanley L. (2008). "Formalism, Free Law and the Cognition Quandry: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation" *University of Queensland Law Journal* 27, no. 2 ss. 7-40.
- RAZ, Joseph (1981). "The Purity of the Pure Theory", *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 138, ss. 441-459.
- TUR, Richard H. S. (2013). The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibility? içinde Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, ss. 245-258.
- TURHAN, M. (2015). "Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa," içinde Çoban, A. R., Gülenler, S., Sağlam, M.ve Ekinçi, H. (der.) *Haşim Kılıç'a Armağan*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., ss. 351-386.
- UMUR, Ziya (1975). *Roma Hukuku Lüगतı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- VİLAJOSANA, Joseph M. (1996). "Towards a Material Criterion of Identity of a Legal Order", *Rechtstheorie*, vol. 27, No, 1 ss. 45-64.



BÜYÜK MİLLET MECLİSİNİN KURUCU MECLİS NİTELİĞİ

The Constituent Assembly Nature of the Grand National Assembly

Prof. Dr. Abdurrahman EREN*

ÖZET

Bu makalenin konusu, 23 Nisan 1920 tarihinde kurulan Büyük Millet Meclisinin “kurucu meclis” niteliğinin incelenmesidir. Makalede öncelikle, kurucu meclis kavramı anayasa teorisi ve dogmatığı bağlamında incelenmekte, daha sonra kurucu meclislerin oluşum ve yetkileri bakımından genel özellikleri ele alınmaktadır. Konunun genel esasları makalenin birinci bölümünde ortaya konulduktan sonra ikinci bölümünde Büyük Millet Meclisinin oluşum ve kullandığı yetkiler bakımından kurucu meclis niteliği değerlendirilmektedir. Büyük Millet Meclisinin oluşum özellikleri öncelikle tarihsel bir çerçevede değerlendirilmekte, daha sonra anayasa teorisi bağlamında oluşum ve hukuki nitelik olarak bir kurucu meclis olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Makalenin ikinci bölümünde son başlık olarak Büyük Millet Meclisinin kullandığı yetkiler açısından kurucu meclis niteliği ele alınmaktadır. Bu bölümde, mevcut anayasaya aykırı bir şekilde hükûmet şeklinin belirlenmesi, yeni bir anayasa kabul edilmesi ve Osmanlı İmparatorluğu’nun varlığına son veren kararın alınması, kurucu iktidar yetkileri açısından değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: kurucu iktidar, kurucu meclis, Büyük Millet Meclisi, anayasa yapımı

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, aeren70@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6127-6527

ABSTRACT

The subject of this article is to examine the "constituent assembly" nature of the Grand National Assembly, which was established on April 23, 1920. In the article, firstly, the concept of the constituent assembly is examined in the context of constitutional theory and dogmatics, then the general features of the constituent assemblies are discussed. After revealing the general principles of the subject in the first part of the article, in the second part, the quality of the constituent assembly is evaluated in terms of the formation and the powers used by the Grand National Assembly. The formation features of the Grand National Assembly are first evaluated in a historical framework, and then, in the context of the constitutional theory, it is focused on whether there is a constituent assembly in terms of formation and legal quality. Under the last title in the second part of the article, in terms of the powers used by the Grand National Assembly the nature of its constituent assembly is considered. In this section, determining the form of government against the existing constitution, adopting a new constitution and taking the decision that ended the existence of the Ottoman Empire are evaluated in terms of founding powers.

Keywords: constituent power, constituent assembly, Grand National Assembly, constitution making

GİRİŞ

Bu makalenin konusu, 23 Nisan 1920 tarihinde kurulan ve 11 Ağustos 1923 tarihine kadar yaklaşık üç yıl dört ay görev yapmış olan Büyük Millet Meclisinin “kurucu meclis” niteliğinin incelenmesidir. Böyle bir incelemeyi yapabilmek için öncelikle, kurucu meclis kavramı kurucu iktidar teorisi bağlamında ele alınmaktadır. Daha sonra kurucu meclislerin oluşumu ve kullandığı yetkilerin özellikleri üzerinde durulmaktadır. Konunun genel esasları, anayasa teorileri ve karşılaştırmalı anayasa hukuku verileri ışığında ortaya konulmaktadır. Makalenin ikinci bölümünde, Büyük Millet Meclisinin kurucu meclis niteliği “oluşumu” ve “kullandığı yetkiler” bakımından değerlendirilmektedir.

Büyük Millet Meclisi, 16 Mart 1920 tarihinde İstanbul’un işgali sonrası Osmanlı Meclis-i Mebusan’ın feshedilmesi üzerine 23 Nisan 1920 tarihinde, “olağanüstü yetkilere sahip” bir meclis olarak toplanmış ve 11 Ağustos 1923 tarihinde İkinci Meclisin göreve başlamasına kadar faaliyetlerini sürdürmüştür. Meclis-i Mebusan’ın feshedilmesi üzerine olağanüstü yetkilere sahip bir meclisin Ankara’da toplanmasının kurucu iktidar teorisi bakımından anlamı nedir? Bunun anlamı Osmanlı Devleti’nin başkentinin işgal edilmesi sonrası merkezi yönetiminin başka ile taşınması mıdır yoksa İstanbul’un işgali ile egemenlik yetkilerinin tümünün Ankara’da oluşan kurucu bir meclise geçmesi midir? Büyük Millet Meclisinin görevde kaldığı süreçte, mevcut anayasaya aykırı bir şekilde meclis hükûmeti sistemi oluşturması, yeni bir anayasa kabul etmesi ve en önemlisi Osmanlı İmparatorluğu’nun son bulduğuna dair karar alması kurucu iktidar yetkisi bakımından ne anlama gelmektedir? Makalede Büyük Millet Meclisinin kurucu meclis niteliği bu sorular etrafında ve kurucu iktidar teorisi bağlamında değerlendirilmektedir.

I. KURUCU MECLİS KAVRAMI

Kurucu Meclis kavramı, yazılı anayasacılık ile birlikte ortaya çıkmış, modern bir kavramdır¹. Kurucu meclis kavramı, “kurucu iktidar teorisi”ne

¹ Liberal devlet teorisinin kurucuları kabul edilen John Lock, J.J. Rousseau ve Montesquieu, liberal bir devlet düzeninin unsurları üzerinde dururken, bu düzenin yazılı kurallarını belirleyen anayasaların nasıl yapılacağı ve değiştirileceği üzerinde büyük tartışmalar yapmamıştır. Nitekim İngiltere’de egemenlik yetkilerini kullanan organlar bir anayasa ile kurulmamıştır. Tarihsel süreç içinde kral, parlamento ve mahkemeler arasında egemenlik yetkileri kendi aralarında paylaşılmıştır. İngiltere’de yazılı bir anayasa olmadığından, anayasaların yapılması ve değiştirilmesi konusunda uygulama ve teoride önemli tartışmalar ortaya çıkmamıştır. bkz. Rousseau, J.J. (2012). *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*,

dayanmaktadır. Kurucu iktidar teorisi, ilk yazılı anayasalar olan 1787 Amerika ve 1791 Fransız anayasa yapım süreçlerinde, anayasanın anlamı, anayasa yapma ve değiştirme yetkisine ilişkin tartışmalardan doğmuştur². Fransa’da Emmanuel Sieyès ve Amerika’da Thomas Paine, kurucu iktidar kavramını ilk dile getirenlerdendir³. Kurucu iktidar teorisinin özünde, anayasa yapma iktidarı ile anayasadan yetki alan iktidarın farklı olduğu, ikincilerin mevcut anayasa ile sınırlı olduğu ve yeni bir anayasa yapamayacağı düşüncesi yatmaktadır.

Kurucu iktidar teorisine göre yeni bir anayasa yapma veya mevcut anayasayı değiştirme yetkisine “kurucu iktidar”; mevcut anayasadan yetki alan yasama, yürütme ve yargı organlarına “kurulmuş iktidar” denilir⁴. Kurucu iktidar kavramına yönelik bir diğer yaygın ayırım, “asli kurucu iktidar-tali/türev kurucu iktidar” ayırımıdır. Asli kurucu iktidar, anayasayı yapan; tali kurucu iktidar ise anayasaya göre anayasayı değiştiren iktidardır⁵. Anayasa yapma yetkisini kullanan organa da “kurucu meclis” (meclis-i müessisan/constituent assembly) ya da “anayasa konvansiyonu” (constitutional convention) denilmektedir⁶.

Kurucu iktidar teorisini ilk dillendiren Emmanuel Sieyès, *Qu’est-ce que le Tiers Etat* (Üçüncü Sınıf Nedir?) adlı eserinde, “anayasa, kurulmuş iktidarların değil, kurucu iktidarın eseridir” diyerek, kurucu iktidar-kurulmuş iktidar ayırımı yapar⁷. Sieyès, anayasayı yapma iktidarını, anayasadan

(Çev.) İsmail Yerguz, İstanbul: Say.; Monstesquieu, (2017). Kanunların Ruhu Üzerine (Çev.) Berna Günen, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

² Eroğul, C. (1974). *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 371, s.21-29.; Onar, E. (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Atar, Y. (2000). *Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya: Mimoza Yayınları, s. 164.

³ Paine, T. (1791-1792). *İnsan Hakları*, (Çev.) Mehmet Osman Dostel, İstanbul: İletişim yay.

⁴ Kubalı, H. N. (1959). *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, İstanbul: Sıralar Matbaası, s. 69.

⁵ Bu ayırımların teorik temelleri hakkında bkz. Gözler, K. (1998). *Kurucu İktidar*, Bursa: Ekin Kitabevi, s.18-22.

⁶ Konvansiyon kelimesi etimolojik olarak bir araya geliş ya da meclis karşılığında kullanılmaktadır. Anglo-Amerikan sistemlerinde kurucu meclis yerine konvansiyon terimi kullanılmaktadır. Konvansiyon kavramı hakkında geniş bir çalışma için bkz. Aydın, Ö. D. (2011). *Biz, Halk: “Egemenliğin Sahibi”, Halkın-Kurucu-Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı: ABD ve Latin Amerika’nın Genel Çizgilerinden Türkiye İçin Bir Modele Doğru*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 55.

⁷ Gözler, K. (1998). s. 22.; Anayurt’a göre, “Asli kurucu iktidar-türev kurucu iktidar ayırımının ilk olarak Sieyès tarafından yapıldığı görüşleri olmakla birlikte, Sieyès’in çalışmasında bu yönde hiçbir belirti dahi çıkartılamaz. Şüphesiz kurucu iktidar kavramını ilk olarak kullanan odur...Ancak asli kurucu iktidar-türev kurucu iktidar şeklinde bir ayırma gitmemiştir.” bkz. Anayurt, Ö. (2018). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin yay., dipnot 238, s. 136.

yetki alan iktidarlardan ayırmakta, anayasa koyucu iktidarı “*olağanüstü durumlarda anayasa yapma iktidarı*” olarak açıklamakta, bu yetkiyi kullanan organa da “kurucu organ” demektedir. Bu görüşe göre anayasaya dayalı olarak “kurulmuş iktidarlar” anayasada kısmî değişiklik yapabilir ancak yeni bir anayasa yapamaz⁸. Bu teoriye dayanarak Fransa’nın ilk anayasasını devrim sonrası kabul eden Millet Meclisi (Assemblée Nationale), “kurucu meclis” olarak nitelendirilmiş ve yetkisini doğrudan halktan aldığı kabul edilmiştir.

Fransa’da anayasa yapma ve değiştirme tartışmalarının benzeri, Amerikan anayasa yapım süreçlerinde yaşanmıştır. Amerika’nın 1776 tarihli Bağımsızlık Bildirgesi’nde imzaları bulunan Kurucu Babalar’dan (Founding Fathers) biri olan Thomas Paine, “İnsan Hakları” (Rights of Man) adlı eserinde, Fransız Devrimi’ni gerçekleştiren Millet Meclisini şu şekilde değerlendirmiştir:

“Fransa’daki mevcut Millet Meclisi, kelimenin tam anlamıyla kişilerin yansıdığı bir sosyal sözleşmedir. Onun üyeleri, asli karakteri ile milletin temsilcileridir; gelecekteki meclisler, örgütlü karakteri ile milletin temsilcileri olacaktır. *Mevcut meclisin otoritesi, gelecek meclislerin sahip olacakları otoriteden farklıdır. Mevcut meclisin otoritesi, bir anayasa yapmaktır; gelecek meclislerin otoritesi yapılan anayasanın ilke ve kurallarına uygun olarak yasa koymak olacaktır* ve eğer bundan sonra tecrübe, değişikliklerin yeni hükümlerin ve eklemelerin gerekli olduğunu gösterirse bunların nasıl yapılacağına ilişkin usule de aynı anayasa işaret edecek, durumu gelecek yönetimlerin takdirine bırakmayacaktır”⁹.

Thomas Paine, bu açıklamasında Fransa’da ilk anayasayı yapan Millet Meclisinin asli karakterli bir temsil yetkisine sahip kurucu meclis olduğunu söylerken bu meclisin yaptığı anayasa ile oluşan olağan meclislerin sadece “yasama yetkisi” kullanabileceğini ifade etmektedir. Amerika’da 4 Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi’nin kabulünden sonra, eyaletlerin her birinde anayasa yapmak üzere “kurucu meclisler” (constitutional conventions) oluşturulduğu görülmektedir. Bu kapsamda, her eyalet olağan yasama organı dışında kendi anayasasını yapmak üzere “eyalet konvansiyonu” (kurucu meclisi) yoluyla anayasalarını kabul etmiştir¹⁰.

⁸ Gözler, K. (2018). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları, s.103.

⁹ Paine, T. (1791-1792), *İnsan Hakları*, (Çev.) Mehmet Osman Dostel, İstanbul: İletişim yay., s. 82.

¹⁰ Amerika’da o dönemde kurulan konvansiyonların isimleri şöyledir: New Hampshire Konvansiyonları (1779-1781), Güney Carolina Konvansiyonu (1778), Virginia Konvansiyonu

Fransız ve Amerikan kurucu meclis geleneği, modern anayasacılığı derinden etkilemiştir. Karşılaştırmalı anayasa hukuku verilerine bakıldığında günümüz anayasalarında yeni anayasa yapma yetkisinin olağan yasama organı dışında “kurucu meclis” adındaki özel meclislere tanındığı görülmektedir. Örneğin 1991 tarihli Kolombiya Anayasası’nın “Anayasa Reformu” kenar başlıklı XIII. bölümünün 374. maddesine göre, “*Siyasi anayasa, Kongre, bir kurucu meclis ya da halk oylaması yoluyla yapılabilir*”¹¹. Kolombiya Anayasasındaki bu düzenlemeye benzer şekilde Latin Amerika ülkelerinden Venezuela, Kosta Rika, Ekvador, Bolivya ve Avrupa’da Bulgaristan anayasalarında anayasa yapmak üzere özel yetkilendirilmiş “kurucu meclisler” görülmektedir.

Genel teoriye uygun olarak modern anayasalarda kurucu meclis kavramı, anayasa değişikliği yapan değil yeni bir anayasayı kabul eden veya hazırlayan meclisler için kullanılmaktadır. Güncel Bulgaristan Anayasası’nda, “Anayasa değişikliği” (Amendments to the Constitution) Millet Meclisi (The National Assembly) adındaki olağan meclis tarafından yapılabilirken (m.153); “Yeni Anayasa Yapma” (Adoption of a New Constitution) yetkisi ise “Büyük Millet Meclisi” (A Grand National Assembly) adında özel bir Meclise verilmiştir. Kurucu meclis yetkisine sahip Büyük Millet Meclisi, yeni anayasa yapma dışında devletin temel düzeninde köklü değişiklik içeren konularda da karar alma yetkisine sahip kılınmıştır (m.158)¹².

(1776), New Jersey Konvansiyonu (1776), Delaware Konvansiyonu (1776), Pennsylvania Konvansiyonu (1776), Maryland Konvansiyonu (1776), Kuzey Carolina Konvansiyonu (1776), Georgia Konvansiyonu (1776), New York Konvansiyonu (1776), Vermont Konvansiyonu (1777), Massachusetts Konvansiyonu (1779). bkz. Aydın, Ö.D. (2011), s. 96.

¹¹ Anayasa’nın İngilizce metni için bkz. <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, (Erişim Tarihi: 04/05/2020).

¹² Bu Meclis seçimlerle belirlenen 400 üyeden oluşmaktadır (m.157-158). Yeni anayasa taslağı (The draft of a new constitution) Millet Meclisinde 2 aydan erken 5 aydan geç olmayan bir tarih aralığında tartışılır. Millet Meclisi, Büyük Millet Meclisinin seçilmesi için kararı, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile almakta, bu tarihten itibaren üç ay içinde Cumhurbaşkanı seçim takvimini belirlemektedir. Büyük Millet Meclisinin seçilmesi ile birlikte Millet Meclisinin görevi sona ermektedir (m.160). Büyük Millet Meclisi yeni anayasa tasarısını kabul etmesi için üç farklı günde yapılan üç oylamada üçte iki çoğunluğun alınması gerekmektedir (m.161). Büyük Millet Meclisi sadece anayasa yapma konusunda yetkilidir. Acil bir durumda Büyük Millet Meclisi, Millet Meclisinin işlevini yerine getirir. Büyük Millet Meclisi yeni anayasayı kabul ettikten sonra görevi sona erer. Cumhurbaşkanı olağan meclisin seçimi için takvimi başlatır (m.162). Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen yeni anayasa kanunu Meclis Başkanı tarafından imzalanmakta ve 7 gün içinde yayınlanmaktadır (m.163). Anayasa’nın İngilizce metni için bkz. <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, (Erişim Tarihi: 04/05/2020).

Türkiye’de kurucu meclis uygulaması ilk kez açıkça 1961 Anayasa yapım sürecinde ortaya çıkmıştır. Bir askerî darbe ile egemenlik yetkilerinin kullanımını ele geçiren 37 subaydan oluşan Millî Birlik Komitesi 13.12.1960 tarihli ve 157 sayılı “Kurucu Meclis Teşkili Hakkında Kanun”u yürürlüğe koymuştur. Kanun’un 1. maddesinde, “*Kurucu Meclis, Türk Milletinin zulme karşı direnme hakkını kullanmak suretiyle onun adına harekete geçen Türk Silahlı Kuvvetlerinin, meşruiyetini kaybetmiş olan idareyi 27 Mayıs 1960 Millî İhtilaliyle devirerek, meşru iktidarı emanet ettiği Millî Birlik Komitesi ile... Temsilciler Meclisinden teşekkül eder*” denilmektedir. Millî Birlik Komitesi tarafından kabul edilen 1 sayılı Kanun’un Başlangıç’ında, “*Türk Ordusu; vatandaşı birbirine düşürmek suretiyle Türk vatanını ve millî varlığı tehlikeye koymuş olan eski iktidara karşı bu mukaddes kanuni vazifesini yerine getirmek ve Hukuk Devletini yeniden kurmak için Türk milleti adına harekete geçerek, Milleti temsil vasfını kaybetmiş olan Meclisi dağıtıp iktidarı geçici olarak, Millî Birlik Komitesine emanet etmiştir.*” denilmektedir¹³. Benzer şekilde 12 Eylül 1980 tarihinde bu defa emir komuta zinciri içinde bir askerî darbe ile egemenlik yetkilerini ele geçiren askerler, 28.10.1980 tarihli ve 1 sayılı “Anayasa Düzeni Hakkında Kanun” ile Anayasa, Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarını yapmak üzere, Kurucu Meclis kurulması kararlaştırılmıştır. Kurucu Meclis; “Millî Güvenlik Konseyi” ile “Danışma Meclisi”nden oluşmaktadır (m.1). 12.9.1980 tarihli Millî Güvenlik Konseyi’nin 1 Numaralı Bildirisi’nde, 12 Eylül Harekâtı’nın amacı, “*ülke bütünlüğünü korumak, millî birlik ve beraberliği sağlamak, muhtemel bir iç savaşı önlemek, Devlet otoritesini ve varlığını yeniden tesis etmek ve demokratik düzenin işlemesine mâni olan sebepleri kaldırmaktır*” şeklinde açıklanmıştır¹⁴. Kurucu meclis oluşturulmasına ilişkin her iki örnekte de özellikle “yeni anayasa yapmak” suretiyle “devletin varlığını ve hukuk düzenini yeniden kurma” fikrine yer verildiği görülmektedir.

İlk kez 1961 Anayasası ile kurulan Türk Anayasa Mahkemesi; kurucu iktidar teorisini benimseyerek yeni anayasa yapma yetkisini asli kurucu iktidar yetkisi, bu yetkiyi kullanan meclisi de kurucu meclis olarak tanımlamıştır:

¹³ 1. Nolu Kanun Metni için bkz. Sezer, A. (2004). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, İstanbul: Beta yay., s. 800.

¹⁴ Parlamento ve Hükûmetin Feshedilmesi, Parlamento Üyelerinin Dokunulmazlığının Kaldırılması ve Bütün Yurtta Sıkıyönetim İlan Edilmesine Dair Millî Güvenlik Konseyi bildirisi, No.1, R.G. 12/09/1980.

“Anayasa'yı değiştirme yetkisinin niteliği ve sınırlarını belirlemek için yasama organının kurucu iktidar karşısındaki hukuksal durumunun irdelenmesi gerekmektedir. Bir devletin hukuksal yapısının temelini oluşturan, ulus adına yetki kullanacak anayasal organları, yetkilerin sınırlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyen, hak ve hürriyetleri düzenleyen *anayasayı yapma veya değiştirme işlevi asli ve tali kurucu iktidar işlevidir. Asli kurucu iktidar; ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir.* Katılımcı, müzakereci ve uzlaşıcı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır. Asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu hâline geldiği andan itibaren, tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı hâline gelir. Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite" sınırları içinde hareket etmeleri, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin ön koşuludur. Bu durum, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmiştir. Anayasa koyucu "hiçbir kimse ya da organ"dan söz ettiğine göre *kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağını* kabulü gerekir¹⁵.”

Özetle kurucu iktidar teorisine göre kurucu iktidar yetkisi yeni bir anayasa yapma veya anayasada köklü değişiklikler yapma iktidarındır. Bu kurucu iktidar yetkisinin sahibi millettir. Millet adına yeni bir anayasa yapma iktidarı, asli kurucu iktidar yetkisidir ve bu yetkiyi kullanmak üzere oluşturulan özel meclise de “kurucu meclis” (meclis-i müessisan) ya da “konvansiyon” denilmektedir¹⁶.

¹⁵ AYM, E.2008/16, K.2008/116, 5/6/2008.

¹⁶ Benzer yönde bkz. San, C. (1981), *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No:142, s. 48.

A. KURUCU MECLİSİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Kurucu meclis kavramına ilişkin yapılan tanımda iki unsurun önem taşıdığı görülmektedir. Bunlardan birincisi kurucu meclisin kullandığı yetki, ikincisi ise oluşum tarzıdır. Bir meclisi kurucu meclis yapan anayasa yapma yetkisi ne anlama gelmektedir? Kurucu meclislerin oluşumuna dair temel özellikler nelerdir?

1. Kurucu Meclisin Oluşumu

Kurucu meclislerin oluşumu konusunda, anayasa teorisinde farklı görüşler olduğu gibi anayasa dogmatik alanına da farklı uygulamalar görülmektedir. Bir görüşe göre kurucu meclis, mevcut anayasa dışında oluşan ve hukuk dışı bir yetki kullanan meclistir. Mevcut anayasaya göre oluşmuş bir meclis yeni bir anayasa yapsa bile bu meclisin kullandığı yetki kurucu bir yetki olmayacağı gibi kendisi de kurucu bir meclis kabul edilmeyecektir. Bir diğer görüşe göre yeni anayasa yapma yetkisi kullanan meclis, ister mevcut anayasaya göre isterse de diğer bir hukuk kuralıyla belirlenen yöntemle oluşsun, kurucu meclis kabul edilir. Kurucu meclisler sadece anayasa yapmak üzere oluşturulabildiği gibi yasama yetkisi kullanmak üzere seçilen meclis de yeni bir anayasa yapma veya anayasal düzende köklü bir değişiklik yapma yetkisi kullanarak kurucu meclise dönüşebilmektedir.

Doktrinde Jon Elster, kurucu meclislere dair yaptığı sınıflandırmada kurucu meclisleri oluşum ve işlev açısından dört farklı türe ayırmaktadır. Bunlar; *“anayasal konvansiyonlar (kısaca konvansiyonlar), yetkilendirilmiş kurucu yasama organları, kendiliğinden oluşmuş kurucu yasama organları, kendiliğinden oluşmuş yasama meclisleri”*dir¹⁷. Elster sadece anayasa yapmak üzere oluşturulan meclislere *“anayasal konvansiyonlar”* demektedir. Bu modele örnek olarak Amerika eyalet anayasalarını kabul eden *“anayasa konvansiyonları”*¹⁸, 1949 Almanya Bonn Kurucu Meclisini tarihi örnekler olarak göstermektedir. Anayasa yapma ve olağan yasama işlevini birlikte yerine getiren organa *“yetkilendirilmiş kurucu yasama organları”*

¹⁷ bkz. Elster, J. (2009). “Bir Kurucu Meclisin İdeal Tasarımı”, (Çev. Engin Saygın), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 58, Sayı 2, s.421.

¹⁸ Amerika’da o dönemde kurulan konvansiyonların isimleri şöyledir: New Hampshire Konvansiyonları (1779-1781), Güney Carolina Konvansiyonu (1778), Virginia Konvansiyonu (1776), New Jersey Konvansiyonu (1776), Delaware Konvansiyonu (1776), Pennsylvania Konvansiyonu (1776), Maryland Konvansiyonu (1776), Kuzey Carolina Konvansiyonu (1776), Georgia Konvansiyonu (1776), New York Konvansiyonu (1776), Vermont Konvansiyonu (1777), Massachusetts Konvansiyonu (1779). bkz. Aydın, Ö. D. (2011), s. 96.

denmektedir. Bu modelin tarihi örneği olarak 1945 seçiminde oluşan Fransız Parlamentosu gösterilmektedir. Parlamentosunun seçiminde halka “Bugün seçilen meclisin kurucu meclis olmasını ister misiniz?” şeklinde sorulması ve oy verenlerin %96’sının “evet” şeklinde cevaplama nedeniyle oluşan meclisin yasama yetkisi yanında aynı zamanda anayasa yapma yetkisini de aldığı kabul edilmiştir. Elster’in “kendiliğinden oluşmuş kurucu yasama organı” dediği modelde, olağan bir parlamento olarak seçilen meclisin sonrasında kendisini bir kurucu meclise dönüştürmesi olarak açıklanmıştır. Elster, bu modele 1989-1990 Macaristan Parlamentosunu örnek göstermektedir. Macaristan Parlamentosu, komünist yönetim altında oluşturulmuş fakat olağan yasama yetkisi içinde yaptığı anayasa değişiklikleri ile yeni bir rejim ortaya koymuştur. Elster; son olarak önce yeni bir anayasa yapmak üzere oluşturulan kurucu meclisin anayasayı kabul ettikten sonra olağan yasama organı olarak görevine devam etmesine dayalı modele, “kendiliğinden oluşmuş yasama meclisleri” demektedir. Bu model iki temel prensibe dayanmaktadır. Birincisi, “Daha fazlasını yapabilen daha azını da yapabilir.”; ikincisi “Bir gücü yaratan o gücü de kullanabilir.” ilkeleridir. Elster bu modele örnek olarak 1946 Hindistan Kurucu Meclisini göstermektedir¹⁹.

Elster’in ortaya koyduğu her dört modelde meclislerin ortak noktası, “anayasa yapma yetkisini” kullanmalarıdır. Farklılaşan yön ise her birinin oluşum tarzıdır. Kurucu meclisler, sadece anayasa yapma yetkisini kullanmak üzere mevcut anayasanın öngördüğü usulle oluşturulabildiği gibi, yasama yetkisini kullanmak üzere seçilip daha sonra anayasa yapma yetkisi kullanarak kurucu meclise dönüşebilmektedir. Mevcut anayasada kurucu meclisin oluşumu düzenlenmese de egemenlik yetkisine dayanarak çıkarılan bir kanunla veya yapılan bir referandumla kurucu meclisler oluşturulabilmektedir.

Anayasaların, mevcut bir anayasadan alınmayan bir yetki ile oluşmuş bir kurucu meclis tarafından yapılmasının her zaman hukuk dışı olacağı görüşü anayasa teorisinde tartışmalıdır²⁰. Bu tartışmanın odak noktasında, “hukuk normlarının geçerliliği sorunu” yatmaktadır. Biçimsel geçerliliği esas alan pozitivist hukuk teorileri hukuk normlarının geçerliliğini,

¹⁹ Elster, J. (2009). s. 422.

²⁰ Hoyos, Roman J., “From on ‘Offspring of Revolution’ to an ‘Offspring of Law’: The Invention of a Law of Constitutional and the Transposition of American Democracy”, SSRN: <http://ssrn.com>, dan aktaran, Aydın, Ö. D. (2011) s. 106.

“hukuk düzenine ait olma” kriteri üzerinden belirlemektedirler²¹. Hukuk düzenine aidiyetin tespitinde iradeci pozitivist görüşler ile normatif pozitivist görüşler ayrılmaktadır. Normatif pozitivistler hukuk düzenine aidiyetin ölçüsünü “bir üst norma uygunluk” olarak, iradeci pozitivistler ise “egemenin geçerli iradesi” olarak belirlemektedirler. İradeci pozitivistlere göre anayasa normunun hukuk düzenine aidiyeti, yetkili organın geçerli iradesinin varlığı ile belirlenirken normativist pozitivistlere göre bu aidiyet, hukuk dışı bir temele dayanmaktadır²².

Hans Kelsen’e göre hukuk düzeni ve devlet özdeş olduğundan hukukun kaynağı olarak devletin iradesi kabul edilemez. Bir hukuk kuralı geçerliliğini ancak hiyerarşik olarak daha üstte yer alan başka bir hukuk kuralından almaktadır²³. Anayasa normları ise geçerliliğini pozitif bir hukuk normundan almaz, hukuk düşüncesinin varsaydığı “temel normdan” (Grundnorm) alır. Temel norm herhangi bir devlet organı tarafından konulmuş değildir. Anayasaya dayanan hukuk düzeninin anayasadan alınmayan bir yetki ile yapılması her zaman hukuk dışıdır²⁴. Anayasa, hukuk içinde ancak anayasa değişiklikleri kapsamında tali kurucu iktidar tarafından yenilenebilir²⁵.

İradeci pozitivistizmde göre anayasa yapma yetkisinin kaynağının mevcut anayasa olması gerekmemektedir²⁶. Anayasanın yapılmasında hukuk dışılık, devletin ilk kuruluşunda belirlenen temel ilkeler bütünü olarak kabul edilen “maddi anlamdaki ilk anayasa” için söz konusu olabilir²⁷.

²¹ Gözler, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık.

²² Hukuk normlarının geçerliliği hakkında teoriler için bkz. Gözler, K. (1998). s. 27-91.

²³ Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law & State*, wiht a new Introduction by a Javier Trevinô, United State of America, Harvard University Press, s.123-135

²⁴ Kelsen, H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı* (Çev.) Uzun, Ertuğrul İstanbul: Nora Kitap, s. 23-27.

²⁵ Normativist pozitivistizm savunun Gözler’e göre, “Tali kurucu iktidar, anayasa tarafından kurulmuş bir iktidardır ve kendisini kuran anayasanın öngördüğü sınırlar içerisinde çalışır. TBMM’nin beşte üçü veya üçte iki çoğunluğu veya hatta halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan halk, asli kurucu iktidar değil, tali kurucu iktidardır. Dolayısıyla TBMM’nin veya Anayasanın 175’inci maddesi çerçevesinde düzenlenen halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan halkın yeni bir anayasa yapması mümkün değildir”. bkz. Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 466.

²⁶ Türk doktrininde Erdoğan da, asli kurucu iktidarın ne tümüyle hukuki olduğunu ne de tümüyle hukuk dışı olduğunu ileri sürmektedir. Asli kurucu iktidarı bağlayan bir anayasanın olmamasını tam bir hukukilik olarak görmezken, bağlayıcı bir anayasanın olmamasını hukukun yokluğu anlamına da gelmeyeceğini ifade etmektedir. bkz. Erdoğan, M. (2019). s. 148-149.

²⁷ Isensee, J. (2010). *Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)*, (Çev.) Arslan Topakkaya, Anayasa Teorisi (Ed. Otto Depenheuer, Chritoph Cranbenwarter, Çev.Ed. İlyas Doğan), Lale Yayıncılık, s. 225-230.

Duverger; Fransa'da Kurucu Meclisi göreve çağıran 5 Mart 1848 tarihli Geçici Hükûmet Kararnamesi'ni ve Millî Meclisi (Assemblée Nationale) kuran 29 Ocak 1871 tarihli Ulusal Savunma Hükûmeti Kararnamesi'ni, asli kurucu iktidarın pozitif temelleri olarak kabul etmektedir²⁸.

Karşılaştırmalı anayasa örneklerine baktığımızda uygulamanın iradeci pozitivizm görüşü yönünde olduğunu söyleyebiliriz. Kurucu iktidar yetkisinin nasıl kullanılacağı mevcut anayasada öngörülebildiği gibi öngörülmemesi hâlinde dahi seçimler veya referandum yoluyla kurucu meclislerin oluşturulduğu görülmektedir. Örneğin Bolivya'nın 2009 tarihli Anayasası, mevcut anayasada öngörülmeyen bir usulle oluşturulan "kurucu meclis" eliyle yapılmıştır. Juan Evo Morales Ayma, Sosyalist Hareketin (MAS) adayı olarak 18 Aralık 2005 tarihinde başkan olarak seçildikten sonra seçim kampanyasında söz verdiği gibi anayasal dönüşüm için kurucu meclis oluşturulması sürecini başlatmıştır. İlk adım olarak Kongre'den Mart 2006 tarihinde "Kurucu Meclis Seçimlerine İlişkin Yasa" geçirilmiştir. Bu yasa ile kurucu meclise yeni bir anayasa yapmak konusunda tam ve sınırsız bir yetki verilmekte, mevcut anayasaya göre kurulan organların kurucu meclisin üzerinde herhangi bir yetkisi olmadığı vurgulanmakta, anayasanın seçmenlerin %51'inin oyuyla kabul edileceği, kabul edilmemesi hâlinde mevcut anayasanın yürürlükte kalacağı düzenlenmektedir. Kurucu Meclis seçimleri yasaya göre 2 Temmuz 2006 tarihinde yapılmış, Kurucu Meclis 2009 tarihinde anayasayı hazırlamış ve halkoyu ile anayasa kabul edilip yürürlüğe girmiştir²⁹. Bu örnekte kurucu meclis, hukuki temelini anayasadan değil referandum yoluyla kabul edilen bir yasadan almıştır.

Latin Amerika ülkesi olan Ekvador'un 2008 tarihli güncel Anayasası'nda ise yeni anayasa yapmak üzere kurucu meclisin toplanıp toplanmaması "referandum" yoluyla kararlaştırılmaktadır. Anayasa'nın 444. maddesine göre, "*Bir kurucu meclisin oluşması, yalnızca referandum yoluyla yapılabilir. Bu referandum, Cumhurbaşkanı, Millet Meclisinin üçte iki çoğunluğu veya kayıtlı seçmenlerin yüzde on ikisi tarafından talep edilebilir. Referandumda, temsilcilerin nasıl seçileceği ve seçim usulüne dair kurallar da dahil edilir. Yeni anayasanın yürürlüğe girmesi için referandumda geçerli oyların yarısından bir fazlasının olumlu olması gerekir*"³⁰. Referandumda kurucu meclisin oluşması kararı

²⁸ Gözler, K. (1998). s. 42-45.

²⁹ Aydın, Ö. D. (2011). s. 241-244.

³⁰ Anayasa'nın İngilizce metni için bkz. <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, (Erişim Tarihi: 4/5/2020).

yanında nasıl seçileceği ve nasıl çalışacağına dair kurallar da oylanmakta, kabul edilen yönetime göre seçilen kurucu meclis anayasayı hazırladıktan sonra halk oylaması ile anayasa kabul edilmektedir. Benzer şekilde, İtalya'da 1948 Anayasası'nı kabul eden kurucu meclis, 13 Temmuz 1946 tarihinde yapılan “cumhuriyet yönetimi mi yoksa monarşi mi?” sorununa dayalı bir referandum sonrası kurulmuştur³¹. Yine Avrupa Birliği Anayasası demokratik usullerle oluşturulan “Avrupa'nın Geleceği Konvansiyonu” (Convention on the Future of Europe) tarafından hazırlanmıştır³².

Teorik tartışmalar bir yana anayasa dogmatikliği alanında, kurucu meclislerin mevcut anayasada öngörülen usullerle ya da mevcut anayasada öngörülme dahi bir başkanlık kararnamesi veya bir kanunla düzenlenen bir referandum sonrası milletten alınan kurucu iktidar yetkisine dayalı olarak kurulabildiği görülmektedir. Asıl olan kurucu meclislere asli kurucu iktidar yetkisinin geçmiş olmasıdır. Bu noktada hangi yetkinin kurucu iktidar yetkisi olduğu sorusu önem taşımaktadır.

2. Kurucu Meclisin Yetkileri

Millî egemenlik anlayışına dayalı bir sistemde kurucu iktidar yetkisinin sahibinin “millet/halk” olduğu ve milletin bu yetkiyi her zaman kullanabileceği hem anayasa teorisi hem de anayasa dogmatikliğinde kabul görmektedir. Millete ait olan kurucu iktidar yetkisini millet her zaman referandum yoluyla doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla demokratik usuller içinde kullanabilir. Ancak bir halk ihtilali ya da bir darbe ile de kurucu iktidar yetkisi bir organa geçebilir. Birincisinde baştan demokratik meşruiyet oluşmaktayken ikincisinde halkın sonradan gösterdiği rıza ile demokratik meşruiyet kazanılmaktadır. Kurucu iktidar yetkisini her iki yolla da kullanma yetkisine sahip olan bir meclis “kurucu meclis” kabul edilmektedir.

Fransa'da 1789 ihtilali sonrası kabul edilen 1791 Anayasası'nda “Anayasa koyucu Millet Meclisi, milletin kendi anayasasını değiştirmek üzere zaman aşımına uğramayan bir hakkı olduğunu bildirir.” denilmiştir. Nitekim 1792 Fransız Millî Meclisi, mevcut anayasaya aykırı bir şekilde, 21 Eylül 1792 tarihinde monarşiyi kaldırarak Cumhuriyeti ilan etmiştir. Cumhuriyetin

³¹ Aydın, Ö.D. (2011). s. 62.

³² Avrupa Anayasası hazırlamak üzere oluşturulan Konvansiyon hakkında bkz. Smerdel, B. (2019). “Convention on the Future of Europe and the Process of Constitutional Choices”, *Revus/Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, ss. 4-16; Oder, B. E. (2004). s. 237-270.

ilanından sonra 24 Haziran 1793 tarihinde yeni bir anayasa kabul etmiştir³³. 1793 tarihli Anayasa'nın 28. maddesinde, *"Bir halkın her zaman anayasasını gözden geçirme, değiştirme ve yeniden yapma hakkı vardır. Bir kuşak, gelecek kuşakları kendi yasalarına bağlayamaz"* denilmiştir. Kurucu iktidar kavramının ilk olarak ortaya çıktığı Fransız anayasalarında, halkın her zaman anayasasını yeniden yapabileceği, anayasa yapma yetkisini kurucu yetkiye sahip bir meclisin her zaman kullanabileceği kabul edilmiştir³⁴.

Bir meclise "kuruculuk" niteliği kazandıran temel özellik, *"yeni bir anayasa yapma"* veya *"anayasada köklü değişiklikler yapma"* yetkisi kullanmasıdır. Millete ait olan "asli kurucu gücü" kullanma yetkisini üstlenen kurucu meclisler, hukuk düzenini bütünüyle değiştirecek *"yeni bir anayasa"* yapabileceği gibi kısmî anayasa değişiklikleri ile de devletin temel düzeninde *"köklü değişiklik"* yapabilmektedir. Modern anayasalarda bu anlayışa açıkça yer veren örnekler bulunmaktadır. 1999 tarihli güncel Venezuela Anayasası'nın "Anayasal Reformlar" kenar başlıklı, IX bölümünde üç alt başlık altında; Değişiklikler (Amendments), Anayasal Reform (Constitutional Reform) ve Ulusal Kurucu Meclis (National Constituent Assembly) başlığı altında anayasa değişikliği ile yeni anayasa yapma arasındaki nitelik farkı ortaya konulmuştur. Anayasa değişikliği kenar başlıklı 340. maddede, *"Anayasa değişikliklerinin amacı, Anayasanın temel yapısını değiştirmeden bir ya da daha fazla maddesinde ekleme veya düzeltme yapmaktır."* denilmektedir. Anayasa Reformu (Constitutional Reform) kenar başlıklı 342. maddeye göre, *"Anayasa reformunun amacı, Anayasa metninin temel ilkelerini ve yapısını değiştirmeden, bu Anayasanın kısmen revize edilmesini ve Anayasa hükümlerinden birinin veya daha fazlasının değiştirilmesini sağlamaktır."* Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Reformu başlığı altında, *"Anayasanın temel yapısını değiştirmeden"* yapılması gereken anayasa değişiklikleri düzenlenmekte ve bu yetkinin olağan yasama organı olan Millî Meclis (National Assembly) tarafından kullanılacağı düzenlenmektedir. Oysa yeni bir anayasa yapma yetkisi, "Ulusal Kurucu Meclis" (National Constituent Assembly) kenar başlığı ile Anayasa'nın 347. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, *"Asli kurucu güç, Venezuela halkına aittir. Bu güç, devleti dönüştürmek, yeni bir hukuk düzeni oluşturmak ve yeni bir anayasa yapmak için bir çağrıyla"*

³³ Soboul, A. (1969). 1789 Fransız İnkılabı Tarihi, (Çev.) Şerif Hulusi, İstanbul: Cem Yayınevi, s. 288-290.

³⁴ Aydın, Ö. D. (2011). s. 134.

*toplanan Ulusal Kurucu Meclis tarafından kullanılır*³⁵.” Kurucu Meclis tarafından kullanılacak yetkiler; devleti dönüştürmek, yeni bir hukuk düzeni oluşturmak ve yeni bir anayasa yapmak olarak sayılmıştır. Yeni bir anayasa yapmak yoluyla yeni bir hukuk düzeni oluşturmak ve devleti dönüştürmek mümkün olduğu gibi, anayasada yapılan köklü bir değişiklikte devleti dönüştürmek ve yeni bir hukuk düzeni oluşturmak da mümkündür. Dolayısıyla kısmi bir değişiklik olsa bile devletin temel hukuk düzeninde köklü bir değişiklik yapma yetkisi de kurucu iktidar yetkisi olarak görülmekte ve bu yetkiyi kullanan meclise “kurucu meclis” denilmektedir.

Venezuela Anayasası’nda olduğu gibi Kosta Rika Anayasası’nda da anayasanın nasıl reforme edileceği düzenlenmiştir. Kosta Rika Anayasası’nın “Anayasal Reform” (The Reforms of the Constitution) kenar başlıklı XII. Bölümünde, 195. maddede, “Yasama Meclisinin” (The Legislative Assembly) anayasayı “kismî reform” (partially reform) yapabileceği ifade edilirken 196. maddede, “Anayasanın genel reformunun” (The general reform of this Constitution) sadece “Kurucu Meclis” (Constituent Assembly) tarafından yapılabileceği düzenlenmektedir. Böylece hukuk düzeninde köklü bir değişikliğe yol açmayan anayasa değişikliklerini olağan yasama organları yapabilirken; hukuk düzenini tümünden ya da kökü bir şekilde reforme eden anayasa yapma yetkisi kurucu meclise verilmektedir.

Kurucu iktidar yetkisinin içeriği kadar bu yetkiyi kullanacak “kurucu meclisin yetkisinin sınırları” da önem taşımaktadır. Kurucu meclisler asli kurucu iktidar yetkisini kullanırken mevcut anayasa ve bu anayasadan yetki alan organların kararlarıyla bağlı değildir. Venezuela Anayasası’nda asli kurucu gücün halka ait olduğu, bu gücü kullanmak üzere Ulusal Kurucu Meclisin oluşturulacağı düzenlendikten sonra Anayasa’nın 349. maddesinde, “Cumhurbaşkanının yeni anayasaya itiraz etme hakkı yoktur. Mevcut kurulmuş iktidarların (The existing constituted authorities) hiçbir şekilde Ulusal Kurucu Meclisi engellemesine izin verilmez. Yeni Anayasa’nın yürürlüğe girmesi için Resmî Gazete’de yayımlanması veya Kurucu Meclisin gazetesinde yayımlanması yeterlidir”³⁶.” denilmektedir. Görüldüğü gibi anayasa yapma

³⁵ Anayasa’nın İngilizce metni için bkz. <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, (Erişim Tarihi: 4/5/2020).

³⁶ Anayasa’nın İngilizce metni için bkz. <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, (Erişim Tarihi: 4/5/2020).

yetkisi kurucu meclise geçtiğinde mevcut anayasanın ve ondan yetki olan organların kurucu meclise müdahale etme yetkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir³⁷.

Nitekim Kolombiya'da 3 Mayıs 1990 tarihinde bir "devlet başkanlığı kararnamesi" ile anayasa yapmak üzere bir kurucu meclis oluşturulmasına ilişkin referandum kararı alınmıştır. Bu kararname ile 27 Mayıs 1990 tarihinde yapılacak başkanlık seçimlerinde bir kurucu meclis oluşturulması kararına yönelik olarak, *"Katılımcı demokrasiyi kuvvetlendirmek için Kolombiya'nın Siyasal Anayasası'nı değiştirmek üzere milletin sosyal, siyasal, bölgesel güçlerini demokratik ve popüler olarak bütünleşmiş biçimde temsil eden bir Anayasa Meclisi kurulması için oy verir misiniz? Evet-Hayır"* sorusu yönetilmiştir. Yapılan referandumda seçime katılanların %89'unun kurucu meclisin oluşturulması yönünde olumlu oy vermesi üzerine, 9 Aralık 1990 tarihinde yapılan "genel seçimle" bir kurucu meclis oluşturulmuştur³⁸.

Kurucu meclis seçimlerini düzenleyen başkanlık kararnamesine karşı Kolombiya Yüksek Mahkemesine anayasaya aykırılık iddiası ile dava açılmış, Mahkeme 9 Ekim 1990 tarih ve 138 sayılı Karar'ı ile başkanlık kararnamesini anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme asli kuruculuk yetkisinin niteliği ve sınırlarına ilişkin şu kararı almıştır:

"Kolombiya milleti birincil kurucu olduğuna göre kendisine mevcut anayasadan farklı bir anayasa yapabilir, aksini düşünmek çok saçma bir sonuca götürür, çünkü 1957 Anayasal Reformu plebisitle (halkoylaması) kabul edildiği için hatta 1886 Anayasası da 1863 Rio Negro Anayasası'nın öngördüğünden farklı bir usulle kabul edildiği için geçersiz kabul edilmek zorunda kalırdı... Millet birincil kurucu iktidar olarak egemen olduğundan ve diğer tüm devlet iktidarı yetkileri millet egemenliğinden kaynaklandığından milletin kendi kendine koyduğu sınırlardan başka bir sınır bulunmamaktadır, kurulmuş iktidarlar da milletin eylemlerine sınır koyamazlar³⁹."

Yüksek Mahkeme kararında, asli kurucu gücün millet olduğu ve millî egemenlik ilkesine dayanarak, mevcut anayasaya bağlı olmadan yeni anayasa yapabileceğini önceki örneklere de dayanarak ifade ettikten sonra asli kurucu iktidarın "kendine koyduğu sınırlar dışında" başka bir sınırı

³⁷ Bu yönde bkz. Aydın, Ö. D. (2011). s. 79.

³⁸ a.g.e., s. 218.

³⁹ a.g.e., s. 218.

olmadığını ve “kurulmuş iktidarların kurucu iktidara sınır koyamayacağını” ifade etmiştir. 1886 Kolombiya Anayasası’nda yeni bir anayasa yapma yetkisi düzenlenmediği hâlde, millî egemenlik ilkesine dayanarak bir başkanlık kararnamesi ile belirlenen usulle kurulan kurucu meclis, mevcut anayasaya tabi olmadan yeni bir anayasa yapabilmektedir. Bu örnekte, millî egemenlik ilkesine dayanan bir “başkanlık kararnamesi”, kurucu meclis seçimlerinin hukuki temelini oluşturabilmiştir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konu, yeni bir anayasa yapmanın ne anlama geldiğidir. Kurucu iktidar yetkisine dayanarak yeni bir anayasa yapmak yeni bir devlet kurmak anlamına gelir mi? Yeni bir anayasa yapmadan anayasa değişikliği yoluyla devletin temel düzeninin değiştirilmesi, yeni bir devletin kuruluşuna yol açar mı? Bu sorulara anayasa teorisi bağlamından olumlu ya da olumsuz cevap bulmak mümkündür.

Hans Kelsen’in savunduğu “normativist pozitivizm” görüşüne göre devlet ve hukuk düzeni özdeş olup hukuk düzeni belli organlara sahip merkezîlik ölçüsüne ulaştığında devlet olarak nitelendirilir⁴⁰. Devlet, hukuk sisteminin dışında var olamaz⁴¹. Hukuk düzeni ve devlet özdeş olduğundan hukukun kaynağı olarak devletin iradesi kabul edilemez. Bir hukuk kuralı geçerliliğini ancak hiyerarşik olarak daha üstte yer alan başka bir hukuk kuralından almaktadır⁴². Hukuk düzeni anayasaya dayandığından yeni bir anayasa ile kurulan hukuk düzeni yeni bir devlet kurmak anlamına gelmektedir. Hukuk düzeninin temeli olan anayasa aynı zamanda devletin kurucu belgesidir⁴³.

Öte yandan iradeci pozitivist görüşe göre hukukun kaynağı devlet olduğundan hukuk düzeni devleti var edemez, varlığını devlete borçludur. İradeci (hukuksal) pozitivizmin kurucularından kabul edilen Jeremy Bentham (1748-1832) ve John Austin’e (1790-1859) göre devlet iradesinin ürünü olmayan veya devletin yaptırım gücüyle desteklenmeyen hiçbir

⁴⁰ Kelsen, H. (2016). s. 123-127.

⁴¹ Bir başka Alman Anayasa Teorisini olan Herman Heller, Kelsen’in teorisini, “devletin olmadığı devlet teorisi” olarak nitelendirmekte ve Kelsen’in görüşlerini siyasetten arındırılmış devlet öğretisi olarak gerçekçi bulmamaktadır. bkz. Isensee, J. (2010). s. 234.

⁴² Anayasa normları ise geçerliliğini pozitif bir hukuk normundan almaz, hukuk düşüncesinin varsaydığı “temel normdan” (Grundnorm) alır. Temel norm herhangi bir devlet organı tarafından konulmuş değildir Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law & State*, wiht a new Introduction by a Javier Trevinô, United State of America, Harward University Press, s.123-135

⁴³ Kelsen, H. (2016). s. 23-27.

kural, hukuk kuralı niteliği kazanamaz⁴⁴. Egemenin ya da yetkili organın belirlediği usullere göre koyduğu kural geçerli bir hukuk kuralıdır⁴⁵. Devlet hukuktan önce ve ondan bağımsız bir “siyasi karar olarak” hukuk dışında kurulur. Devlet ve hukuk düzeni birbirinden ayrı olup devlet hukuk düzenini oluşturur⁴⁶. Pozitif hukukun kaynağı devlet olduğundan yazılı anayasalar, devletten önce var olamaz ve devleti var kılamaz⁴⁷.

Anayasa tarihi ve anayasa dogmatikliği, yeni bir anayasa yapmanın yeni bir devlet kurmak anlamına gelmediğini ortaya koymaktadır. Günümüzde birçok devlet çeşitli sebeplerle anayasalarını yeniden yapmaktadır. Alman Anayasa teorisini Otto Depenheuer’un belirttiği gibi, “Anayasa, bir devleti ‘yoktan’ var etmez... Anayasal devlet bu sebeple anayasayı yapan toplumun siyasi bütünlüğü çerçevesinde bir devlet olmakta fakat tersine anayasayı devletten önce faaliyete sokmamaktadır⁴⁸.” Pozitif hukukun kaynağının devletin iradesi olduğu kabul edildiğinde anayasaların devleti kurmadığı, “devletin hukuki kişiliğini” belirlediği sonucuna ulaşılır. Bu durumda devlet bir siyasi karar olarak iç ve dış boyutuyla egemenliğin sağlanması ile fiilen kurulmakta, ortaya çıkan yetkili organlar egemenlik yetkisine dayalı olarak anayasaları kabul etmektedir. Kurucu meclisler, egemenlik yetkisi kullanan organlar olduğundan egemenlikle oluşan devletten önce var olamaz ve devleti bir anayasa ile kuramaz.

Anayasa, şekli anlamda devletin ana teşkilat yapısını düzenleyen temel bir kanun kabul edildiğinde bu kanunun ilk kez yapılması veya önceki

⁴⁴ Devletin nasıl ve ne zaman ortaya çıktığı sorunundan bağımsız olarak, hukuki pozitivizmi savunan düşünürler (George Jellinek, R. Carré de Malberg, Georges Burdeau, Hans Kelsen), devlet olmanın hukuki gerekliliğini, toplumun “ana teşkilata” sahip olması olarak görmektedir. Pozitivistler devletin fiilen doğuşunu değil, devletin hukuki kişiliğini izah etmeye çalışmaktadır. Devlet kavramı ve tanımı için bkz. Doebling, K. (2000). *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, (çev.) Ahmet Mumcu, 2. Baskı, İstanbul: İnkılap Yayınları, s.17-28.

⁴⁵ Hukuki Pozitivizmin kurucularından Jeremy Bentham’a göre, “Hukuk da, hükümler gücün belirli bir kişinin veya kişilerin davranışlarını düzenlemek için çıkardığı ve uyulmaması durumunda bir ceza tehdidini içeren beyanların toplamından başka bir şey değildir. Daha kısa bir deyişle, hukuk, hükümler iradenin tebaanın davranışlarını düzenlediği bir irade açıklamasıdır”. Hukuki pozitivizm hakkında bkz. Güriz, A. (2003). *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 299-301.

⁴⁶ Uygun, O. (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, s. 54.

⁴⁷ Alman Anayasa teorisyenlerinden Christian Winterhoff’a göre Anayasa, “yazılı hale getirilmiş, kanun biçiminde formüle edilmiş, kamu yaşamının yalnızca bir kısmını değil, bir bütün olarak devletin siyasal düzenini konu edinen, bu haliyle siyasal hayatın temel düzenini ve ona ilişkin temel kararı konu edinen anayasal belge”dir. bkz. Winterhoff, C. (2007). *Verfassung-Verfassungsgebung-Verfassungsänderung*, Mohr Siebeck Vlg. Tübingen, s.17’den aktaran, Can, O. (2013). *Kurucu İktidar*, İstanbul: Alfa Yayıncılık, s. 27.

⁴⁸ Depenheuer, O. (2010). “Anayasanın İşlevi”, (Çev.) Mısra Tan, *Anayasa Teorisi*, s. 558.

temel kanunu kaldıran yeni bir temel kanun kabul edilmesi durumunda “yeni bir anayasa yapma yetkisinin” kullanıldığından söz edilebilir. Bu nitelikteki bir temel kanunu kabul eden veya hazırlayan meclise “kurucu meclis” denilmektedir. Bu durumda yeni anayasanın devletin ana teşkilat yapısında veya hukuk düzeninde köklü bir değişiklik yapıp yapmadığı önem taşımayacaktır. Öte yandan yeni bir anayasa yapılmadığı hâlde devletin ana düzeninde köklü bir değişiklik yapan anayasa değişiklikleri de kurucu iktidar yetkisini kullanmak anlamına gelmektedir. Bu durumda devletin temel düzeninde köklü bir değişikliğe yol açan bir yetkiyi kullanan meclis de kurucu meclis kabul edilecektir.

Anayasa teorisi ve anayasa dogmatığı çerçevesinde yukarıdaki iki görüşü de temellendirmek mümkündür. Günümüzde şekli anayasa anlayışı hâkim hâle gelmiştir. Anayasa, devletin ana düzeni olarak değil bu düzene dair kabul edilen temel bir kanun anlamında kullanılmaktadır⁴⁹. Nitekim Fransız anayasa teorisini Carré de Malberg, “*Hukukçu için pozitif anayasaların dışında anayasal prensiplerin aranmasına yer yoktur.*” demektedir⁵⁰. Bazı ülkelerin anayasalarında hukuki biçim olarak “yazılı kanun niteliği” açıkça düzenlenmektedir. Örneğin Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda anayasalarının adı “Anayasa Kanunu” (Constitution Act) olarak ifade edilmiştir. Avustralya Anayasası’nın 1. maddesinde, “*Bu kanun, Avustralya Milletler Topluluğu anayasa kanunu olarak adlandırılır.*” denilmektedir⁵¹. Türk Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, “Yürürlükteki Kanun” ifadesini yorumlarken, “*Anayasa’nın da bir yasa olması ve kurallar su atamasında en üstte yer alması nedeniyle, ‘Yürürlükteki Kanun’ deyişinin Anayasa’yı öncelikle kapsadığında kuşku bulunmamaktadır.*” demiştir⁵². Dolayısıyla, pozitif hukuk açısından anayasalar diğer kanunlardan farklı özelliklere sahip olsa bile hukuki biçim olarak kanun kabul edilmektedir. Şekli anlamda anayasa

⁴⁹ Tarık Zafer Tunaya bir anayasada beş temel konuya yer verilebildiğini ifade etmektedir: “1-Devletin kuruluşu, yapısı (Tek yapılı, eski deyimle, basit, ya da Federasyon, Konfederasyon gibi çok yapılı mıdır?); 2-Devletin biçimi (Cumhuriyet midir, monarşi midir?); 3- Devletin siyasi rejimi (demokrasi midir, otokrasi midir?); 4- Yüksek Devlet organlarının (yasama, yürütme, yargı) kuruluşu, işleyişi, yetkileri ve ilişkileri; 5-Kamu hürriyetleri.” bkz. Tunaya, T. Z. (1975). *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: Hukuk Fakültesi Yayınları No. 454, s. 82.

⁵⁰ Bu alıntı için bkz. Gözler, K. (1998). s. 42.

⁵¹ “Constitution” kelimesini Türkçeye “ana kuruluş” olarak çevirdiğimizde, “Constitution Act” ana kuruluş kanunu olarak çevrilebilir. Maddenin İngilizcesi şu şekildedir: “This Act may be cited as the Commonwealth of Australia Constitution Act” bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Australia_1985?lang=en, (Erişim Tarihi: 14/9/2019).

⁵² AYM, E.1990/36, K.1991/8, 9/4/1991.

anlayışına bağlı kalındığında anayasa temel kanununu kabul eden her meclis “kurucu meclis” olarak nitelendirilebilir.

Anayasa teorisinde anayasayı şekli bir kanunun ötesinde, devletin ana düzenine ilişkin temel kurallar bütünü olarak gören görüşler bulunmaktadır. Maddi anlamda anayasa anlayışı olarak da nitelenen bu görüşlere göre devletin varlık unsurlarını, ana teşkilat yapısını ve temel hak ve hürriyetleri düzenleyen kurallar bütününe anayasa denir⁵³. Alman Anayasa teorisini Carl Schmitt, “anayasa metni” ile “anayasa” arasında bir ayrım yaparak anayasayı siyasi birliğin şekli ve niteliklerine ilişkin ilkeler bütünü olarak tanımlamaktadır. Schmitt’e göre Weimar Cumhuriyeti Anayasası’nın (1919) temeli; cumhuriyet, parlamenter demokrasi, temel haklar, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleridir. Anayasa metninin özünü oluşturan bu ilkeler, pozitif hukukun dışında devlet kurulurken alınan siyasi bir karardır. Bu ilkeleri değiştirmek yeni bir anayasa yapmak anlamına gelir⁵⁴. Schmitt, böylece anayasa ile anayasa metni arasında bir “düalizm” oluşturarak anayasa metninin de özünü oluşturan “temel siyasi ilkelere” anayasa demektedir. Bu durumda anayasa metninin özünü oluşturan temel siyasal ilkeleri ortadan kaldıran bir yetki kullanımı kurucu iktidar yetkisi olarak görülecek ve bu yetkiyi kullanan meclis kurucu meclis kabul edilebilecektir.

Özetle; kurucu meclislerin kullandıkları yetkinin kaynağının millî egemenlik ilkesi olduğunu, bu yetkinin yeni bir anayasa yapmak veya kısmî bir değişiklik yoluyla devletin temel düzeninde köklü bir değişiklik yapmak anlamına geldiğini, mevcut anayasanın ve bu anayasadan yetki alan organların bu yetkiyi sınırlayamayacağını, yeni bir anayasa yapmanın yeni bir devlet kurmak anlamına gelmediğini söyleyebiliriz.

II. BÜYÜK MİLLET MECLİSİNİN KURUCU MECLİS NİTELİĞİ

Büyük Millet Meclisi, Osmanlı Devleti ve Anayasası’na göre oluşmuş Meclis-i Mebusan’ın 16 Mart 1920 tarihinde çalışmalarına son vermesi üzerine bu Meclis’ten gelen vekiller ve yapılan seçimler sonrası

⁵³ Maddi anayasa-şekli anayasa ayrımı Fransız anayasa doktrininden Türk doktrinine aktarılan temel bir ayrımdır. Fransa’da Carré de Malberg, hukuksal işlemleri maddi ve şekli kriterlere göre ayırmıştır. Maddi anlamda bir kural, özelliklerine ve konusuna bakılarak değerlendirilirken; şekli anlamda içeriğinden ve özelliklerinden bağımsız olarak yapan organ ve yapılış şekline göre tanımlanmaktadır. Bu anlamda Türk doktrininde birçok yazar bu ayrımı kullanmıştır. Bu tanıma geniş yer ayıran bir eser için bkz. Teziç, E. (2018). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta yayınları, s. 81.

⁵⁴ Isensee, J. (2010). s. 225-230.

“olağanüstü yetkilere sahip” olarak Ankara’da 23 Nisan 1920 tarihinde kurulmuştur. Büyük Millet Meclisi; bu süreçte mevcut anayasanın dışında, millî egemenlik ilkesine bağlı bir şekilde kendi çalışma kurallarını belirlemiş, yasama yetkisi yanında yürütme yetkisini kendisi üstlenmiş, mevcut anayasayı etkisiz kılacak şekilde yeni bir anayasa kabul etmiş ve mevcut anayasa ile öngörülen devlet şekli olan saltanatı kaldırma kararı almıştır. Daha sonra 1 Nisan 1923 tarihinde seçim kararı almış, 16 Nisan 1923 tarihinde son toplantısını yaparak dağılmış ve 11 Ağustos 1923 tarihinde İkinci Meclis’e görevi devretmiştir. İkinci Meclis, millî mücadele savaşını sonlandıran Lozan Antlaşması’nı yapmış ve yeni devlet şekli olan Cumhuriyetin ilanı kararını vermiştir.

Büyük Millet Meclisinin kurucu meclis olup olmadığı veya ne tür bir kurucu meclis olduğu makalenin ilk bölümünde belirlediğimiz genel esaslar doğrultusunda, oluşum ve kullandığı yetkiler bakımından değerlendirilecektir.

A. OLUŞUM BAKIMINDAN KURUCU MECLİS NİTELİĞİ

Kurucu meclislerin oluşum özellikleri değerlendirilirken mevcut anayasaya göre oluşup oluşmadığı ve bu oluşumun hukuki niteliği önem taşımaktadır. Bunun için öncelikle Büyük Millet Meclisinin hangi koşullar altında ve nasıl bir süreç izlenerek oluştuğunun ortaya konulması gerekmektedir. Büyük Millet Meclisi, yeni kurulan bir devletin ilk yasama organı değildir. Osmanlı Devleti içinde var olan bir anayasal sistem içinde, olağanüstü koşullarda oluşmuş bir Meclis’tir. Bu nedenle öncelikle, Osmanlı Devleti içinde var olan Meclis-i Mebusan’ın hangi koşullarda son bulduğunun ve yerine Büyük Millet Meclisinin nasıl geçtiğinin incelenmesi gerekmektedir.

1. Meclis-i Mebusan’dan Büyük Millet Meclisine Geçiş

Anayasacılık tarihimiz açısından ilk yasama organı Büyük Millet Meclisi değildir. İlk anayasamız olan 1876 tarihli Kanun-u Esasi’de, ilk defa temsili nitelikte “Meclis-i Umumi” adıyla iki meclisli bir yasama organı kurulmuştur. Meclis-i Umumi, Heyet-i Âyân ve Heyet-i Mebusan isimli iki ayrı meclisten oluşmaktadır (m. 42). Ancak Meclis-i Umumi bir kurucu meclis değildir. 1876 Kanun-u Esasi padişahın tek taraflı iradesi ile hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Osmanlı döneminde geçerli olan kanun yapma usulüne uygun bir şekilde hazırlanan teklif, Hey’et-i Vükelâ’da görüşüldükten sonra II. Abdülhamit’in bir “fermanı” ile onaylanıp

yürürlüğe girmiştir. O dönemde egemenlik yetkisi padişah tarafından kullanıldığından anayasa yapma yetkisi olan kurucu iktidar yetkisi de padişah tarafından kullanılmıştır. Meclis-i Umumi 1876 Kanun-ı Esasi'ye göre oluşmuş “olağan yasama organı” niteliğindedir⁵⁵.

Meclis-i Umumi'nin ilk seçimi 20 Mart 1877 tarihinde olmuş ve Meclis-i Umumi, İstanbul'un işgal edildiği 16 Mart 1920 tarihine kadar görev yapmıştır. Osmanlı Devleti'nin bir anayasayla meşruti rejime geçmesi sonrası oluşan Meclis-i Umumi, rejim değişikliğinin yol açtığı siyasi çalkantılar ve savaş koşullarında uzun süreli fesihlere maruz kalmış ve etkin bir yasama faaliyetinde bulunamamıştır. Kuruluşundan bir yıl geçmeden padişah, devlet başkanına tanınan fesih yetkisini kullanarak Meclis'i feshetmiş; ikinci Meclis, Ocak 1878 tarihinde tekrar açılmış ancak 14 Şubat 1878 tarihinde belirli olmayan bir süre için tatil edilmiştir⁵⁶. Bu dönemde meşruti rejim fiilen uygulanamaz hâle gelmiş, II. Meşrutiyet'in 23 Temmuz 1908 tarihinde ilanı ile birlikte Kanun-u Esasi yeniden yürürlüğe konulmuş ve Aralık 1908 tarihinde Meclis-i Mebusan'ın üçüncü kez seçimi yapılmıştır⁵⁷. II. Meşrutiyetin ilanı sonrası ortaya çıkan “31 Mart Olayları” sonrasında, II. Abdülhamit tahtan indirilmiş, yerine Mehmet Reşat getirilmiştir⁵⁸. Meşruti rejimi güçlendirmek amacıyla padişahın yetkilerini kısıtlayan ve Meclis'in yetkilerini güçlendiren bir takım anayasa değişiklikleri yapılmıştır. Yapılacak değişiklikleri tespit etmek üzere Meclis'te bir komisyon kurulmuş, komisyonun belirlediği değişiklikler Mebuslar Meclisinde kabul edilmiş, belirlenen değişiklikler Âyan Meclisinden de geçtikten sonra padişahın onayıyla kesinleşmiştir⁵⁹. Bu değişiklikler, Mevcut anayasanın öngördüğü usule göre mevcut yasama organı tarafından yapıldığından ve anayasal sistemde köklü bir

⁵⁵ Okandan bu görüşün aksine, Kanun-u Esasi'nin hukuki geçerliği hakkında şunları söylemektedir: “Her şeyden önce, 1293 Kanun-u Esasisi, şekil yönünden amme hukukunun bugünkü telakkilerine göre bir Anayasa niteliğini haiz değildir; çünkü, Kanun-u Esasinin meydana getiriliş tarzı tamamen kendine has bir mahiyet arz etmektedir. Kanun-u Esasi toplam tarafından, toplumun tevkil eylediği kimseler tarafından, bağımsız bir yasama organı veya Kurucu Meclis tarafından tanzim ve kabul edilmiş değildir. Kanun-u Esasi kelimesinin halen ifade eylediği anlam, her toplumda kendi Kanun-u Esasisini ancak kendisinin yapabileceği ve ancak kendisi tarafından kabul olunduğu takdirde değer ifade edebileceği merkezindedir”. bkz. Okandan, R.G. (1971). *Amme Hukukumuzun Anahatları, (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Hukuk Fakültesi No. 363, Fakülteler Matbaası, s. 146.

⁵⁶ Okandan, R. G. (1971). s. 179-187.

⁵⁷ a.g.e., s. 241-245.

⁵⁸ a.g.e., s.267-284.

⁵⁹ Aydın, M. A. (2013). s. 330.

değişiklik yapmadığından bir kurucu iktidar yetkisinin kullanımından ve bir kurucu meclisten söz edilemez.

I. Dünya Savaşı'nın sona ermesi ile birlikte Osmanlı İmparatorluğu ile İtilaf Devletleri arasında "Mondros Mütarekesi" 30 Ekim 1918 tarihinde imzalanmıştır⁶⁰. İtilaf Devletleri Osmanlı'nın başkenti olan İstanbul'a gelerek Mondros Mütarekesi'ni uygulamaya koymuştur. I. Dünya Savaşı devam ederken Sultan Mehmed Reşad 3 Temmuz 1918 tarihinde vefat etmiş yerine VI. Mehmed ya da yaygın adıyla Sultan Vahdeddin (Vahîdeddin) geçmiştir⁶¹. Vahdeddin 21 Aralık 1918 tarihinde Meclisi feshetmiştir. Meclis seçimlerinin dört ay içinde yenilenmesi gerekirken, Savaş durumu gerekçe gösterilerek, Meclis seçimleri sonraki bir tarihe bırakılmıştır⁶². Mevcut anayasa yürürlükte kabul edilmekte, anayasaya göre atanmış hükûmetler göreve devam etmekte, ancak yasama organı feshedilmiş durumdadır.

I. Dünya Savaşı'nı sonlandıran Osmanlı Devleti ile İtilaf devletleri arasında kabul edilen "Mondros Mütarekesi" bir ateşkes anlaşması olmasına rağmen İtilaf devletleri çeşitli bahanelerde ülkede işgal hareketine girmiştir. Mondros Ateşkes Antlaşması'nı takiben İzmir Yunanlılar, Adana Fransızlar, Antalya ve Konya İtalyanlar tarafından işgal edilmiştir. Bunların yanında Urfa, Maraş, Antep, Merzifon ve Samsun'a İngiliz askerleri çıkmış, İstanbul'da ise Kraliyet Donanması demirlemiştir. Bunlara bir tepki olarak, Trakya-Paşaeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti, Vilayat-ı Şarkıye Müdafaa-i Hukuk-u Milliye Cemiyeti, Redd-i İlhak Cemiyeti gibi cemiyetler kurulmuş ve işgale karşı direniş başlamıştır⁶³.

Anadolu'da başlayan bu direniş hareketi, yeni bir devlet kurma mücadelesi midir yoksa Mondros Mütarekesi sonrası Osmanlı Devleti'nin elinde kalan toprak parçası üzerinde "millî devlete dönüşme" mücadelesi midir? Bu süreçte, Anadolu'daki kongreler sonrası oluşan ve direnişi yöneten "Heyet-i Temsiliye" ve ondan bu yetkiyi devralan "Büyük Millet

⁶⁰ İslam Ansiklopedisi, (2003). Mehmet VI, (Haz.) Cevdet Küçük, Cilt.28, s. 422-430.

⁶¹ Mondros Mütarekesi'nden sonra İttihat ve Terakkî son kongresini 1 Kasım 1918 tarihinde toplamış, Kongrenin üçüncü gününde İttihat ve Terakkî'nin önde gelen isimleri Talat, Enver, Cemal paşalarla Bedri, Azmi, Bahâeddin Şâkir, Dr. Nâzım ve Dr. Rüşûhî beylerin yurt dışına firar ettikleri öğrenilmiştir. Bunun üzerine Kongrede yeni bir fırkanın kurulması kararlaştırılmış ve 11 Kasım 1918'de " Teceddüt Fırkası" kurulmuştur. bkz. Hanioğlu, M.Ş. (2001). s. 476-484.

⁶² İslam Ansiklopedisi, (2003). Mehmet VI, (Haz.) Cevdet Küçük, Cilt. 28, s. 422-430

⁶³ Erdoğan, M. (2003). *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara: Liberte Yayınları, s. 39-42.

Meclisi", Osmanlı Devleti'nin yönetim merkezi olan başkentinin işgal edilmesi sonrası, merkezi yönetim yetkilerini üstlenen bir devlet organı mıdır? Yoksa Osmanlı Devleti'nin sona erdiğini varsayarak Anadolu'da yeni bir devlet kurmak üzere hayat bulmuş yeni egemenlik merkezi midir? Bu sorulara vereceğimiz cevaplar, Büyük Millet Meclisinin kurucu meclis niteliği üzerinde belirleyici olacaktır.

Samsun bölgesinde başlayan direniş üzerine İtilaf Devletleri, Osmanlı Hükûmeti'ne bir nota vermiş ve bölgedeki karışıklıkların giderilmesini istemiştir. Aksi hâlde Mondros Ateşkes Anlaşması'nın 7. maddesi gerekçe gösterilerek bölgenin işgal edileceği beyan edilmiştir. Bölgedeki karışıklıkları bastırmak üzere Osmanlı Hükûmeti tarafından, 30 Nisan 1919 tarihinde Mustafa Kemal Paşa Üçüncü Ordu müfettişliğine tayin edilmiştir. Mustafa Kemal'den Ordu Müfettişi olarak bölgede düzenin kurulması, silah ve cephanelerin toplanması ve Türk direniş topluluklarının dağıtılması istenmiştir. Ancak kendisine verilen talimatnamede Anadolu'nun tamamını kapsayacak şekilde mülki ve idari personele emir verme yetkisi de tanınmıştır. Mustafa Kemal 16 Mayıs 1919 tarihinde İstanbul'dan Samsun'a doğru yola çıkmış, 19 Mayıs 1919'da Samsun'a varmıştır⁶⁴.

Mustafa Kemal Paşa'nın Üçüncü Ordu Müfettişi olarak Samsun'a gelmesi ile bu görevden alınmasına kadar geçen süreçte, bir yandan Osmanlı Devleti'nin merkezi yönetimiyle ilişkilerini sürdürürken diğer yandan Anadolu'daki direnişi örgütleyip lider konumuna geldiği görülmektedir. Bu süreçte, yeni bir devlet kurma fikriyle değil mevcut "devletin kurtuluşu" anlayışıyla hareket ettiği, Mustafa Kemal Paşa'nın "Söylev"de yer alan açıklamalarından anlaşılmaktadır. Mustafa Kemal Paşa, 19 Mayıs 1919 tarihinde Samsun'a çıktıktan sonra, "İlk düşündüğüm, memleketimizde asayişin istikrarına kendi vesaitimiz ile muktedir bulunduğumuzu göstermek oldu" demektedir. Devletin kendi topraklarında asayiş sağlama çabası yeterli olmayınca, "Esasen Şarkta ve Garpta, hemen memleketimizin her tarafında müdafaa ve muhafaza-i hukuku millet ve memleket için cemiyetler teşkil edilmişti. Bu cemiyetler düşmanların esaret boyunduruğuna girmemek kastiyle millî vicdanın azim ve iradesinden doğmuş yegâne teşkilât idi." demektedir. Anadolu'da başlayan kurtuluş mücadelesi devam ederken Damat Ferit Paşa hükûmetinin Paris Konferansı'na gitmesi ve İngiliz himayesinin

⁶⁴ Tanör, B. (2006). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 227.

gündeme gelmesi büyük tepkilere yol açmış, Mustafa Kemal Paşa da bu duruma tepki gösterenlerden biri olmuştur. Bu gelişmelerin ertesinde 8 Haziran 1919 tarihinde Harbiye Nazırı, Mustafa Kemal'i İstanbul'a geri çağırmıştır. Harbiye Nazırı Şevket Turgut çektiği telgrafta, *"Maiyeti âlinizdeki istimpotlardan biriyle hemen buraya teşrifiniz rica olunur"* demiştir. Mustafa Kemal Paşa bu davete bir anlam verememiş ve bu durumu Erkânı Harbiye-i Umumiye Reisi olan Cevat Paşa'ya sormuştur. 11 Haziran tarihinde aldığı cevapta, *"kıymetli bir generalin Anadolu'da seyahati efkârı umumiyyeye iyi bir tesir yapmıyacağı cihetle İngilizlerin talebettiği"* bildirilmiştir. Mustafa Kemal Paşa bu durumu doğrudan padişaha bir telgrafla iletmiştir. Yazdığı telgrafta, *"Memleketin bugün uğradığı afatı tazyik ve tehlike-i inkısam karşısında ancak zatı hümayunları başta olmak üzere, millî ve mukaddes bir kudretin sayha-i mevcudiyeti, vatanı ve istiklâli devlet ve milleti ve hanedanı celilüşşanınızın altı buçuk asırlık mübcecel tarihini kurtarabilir. Her tarafça bu içtihat ve kanaat yektadır."* demiştir. Mustafa Kemal Paşa telgrafında başta padişah hazretleri olmak üzere millî ve mukaddes bir kudretin varlığının devleti kurtarabileceği kanaatini dile getirmiştir. Telgrafın devamında, Anadolu'daki direnişe her yönüyle nüfuz ettiğini belirttikten sonra, *"Millet baştan aşağı uyanık olup istiklâli devlet ve milleti ve hukuku âliyei saltanat ve hilâfeti teyit için kavi bir azim ve iman ile mücehhez bulunuyor. İstanbul'da iken milletin bu kadar kuvvetli ve az vakitte felâketlerden bu derece müteyakkız olduğunu tahayyül edemezdim"* demiştir. Telgrafın sonunda, *"eğer icbar edilsem memuriyeti âcizanemden istifa ederek kemakân Anadolu'da ve sine-i millette kalacağım ve vezaifi vataniyeme bu kere daha sarıh hatvelerle devam edeceğim. Tâ ki millet mazharı istiklâl ve saltanat ve hilâfeti muazzama-i hümayunları masunu indiras olsun, lâyezal sadakati âbidanemin daima mütezayit olduğuna itimadı Çahanelerini arz ve istirhama mücaseret eylerim."* diyerek görevden alınması hâlinde Anadolu'da kalıp saltanatın ve hilafetin ve vatanın kurutuluşu için mücadele edeceğini bildirmiştir⁶⁵.

Mustafa Kemal Paşa'nın 3. Ordu Müfettişliğinden alınmasına dair ilk girişimin 8 Haziran tarihinde başladığı ve Mustafa Kemal Paşa'nın bizzat padişah tarafından görevden alındığına dair telgrafı 8-9 Temmuz 1919 tarihinde alıncaya kadar konunun sürüncemede kaldığı görülmektedir. Mustafa Kemal Paşa verdiği cevapta, *"Makamı uzmayı saltanat ve hilâfetin ve millet-i necibelerinin hayatımın son noktasına kadar daima haris ve sadık bir ferdi"*

⁶⁵ Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri (2006). Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, s. 7-8.

gibi kalacağımı kemali ubudiyetle arz ve temin eylerim. Silki celili askerîden istifa ettiğimi Harbiye Nezaretine arz ettim. Sihat ve afiyeti cenabı mülûkâneye dua ve her türlü afattan masun buyurmalarını Cenabı Kibriya’dan niyaz eylediğim muhatı ilmi âli buyuruldukta ferman” diyerek, görevinden ve askerlikten istifa etmiştir⁶⁶.

Anadolu’da işgallere karşı başlayan direniş hareketinin “kurumsallaşma süreci”, Mustafa Kemal’in 19 Mayıs 1919 tarihinde Samsun’a çıkmasıyla başlamış, 21 Haziran Amasya, 7 Ağustos Erzurum ve 4 Eylül 1919 tarihlerinde Sivas’ta gerçekleşen “Kongreler” sonrası oluşan “Heyet-i Temsiliye” ile devam etmiş, 23 Nisan 1920 tarihinde Büyük Millet Meclisinin kurulması ile tamamlanmıştır⁶⁷. Tüm bu süreçte, direnişin liderliğini üstlenen Mustafa Kemal Paşa’nın kafasında artık “kişisel olarak” yeni bir devlet kurma fikrinin olduğu⁶⁸; “yetkili kurumlar olarak” Heyet-i Temsiliye ve Büyük Millet Meclisinin Osmanlı Devleti’nin kalan toprakları üzerinde bir “millî devlete dönüşme” düşüncesi ile hareket ettiği görülmektedir. Ancak hem kişisel olarak hem de kurumsal olarak birleşilen ortak nokta, “Milletin istiklalini gene milletin azmü kararı kurtaracaktır” ve “iradeyi millîye hâkim kılınacaktır” düşüncesi olmuştur.

Kongreler sonrası süreçte oluşan Heyeti Temsiliye ile Osmanlı Devleti’nin meşru hükûmetleri olan İstanbul hükûmetleri arasında ilişkiler zaman zaman kesintilere uğramış olsa da tümüyle kopmamıştır. Heyeti Temsiliye adına Mustafa Kemal Paşa’nın, Damat Ferit Paşa ve hükûmetinin millet ile padişah arasındaki ilişkilerde bir engel teşkil ettiğini, meşru bir hükûmetin işbaşına gelinceye kadar, İstanbul Hükûmeti ile ilişkilerin kesildiğini asker ve sivil tüm yetkililere duyurması üzerine Damat Ferit Hükûmeti Eylül 1919 tarihinde istifa etmek zorunda kalmıştır. Yeni kurulan Ali Rıza Paşa Hükûmeti’nde Heyet-i Temsiliyenin istemediği kimseler alınmamış ve Heyet-i Temsiliye ile ilişkiler yoğunlaşmıştır. Bu süreçte Mustafa Kemal Paşa, Meclis-i Mebusan’ın tekrar açılması ve

⁶⁶ Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri (2006). s. 10.

⁶⁷ bkz. Erdoğan, M. (2003). *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara: Liberte Yayınları, s.43.

⁶⁸ Mustafa Kemal Paşa daha sonra Nutukta ifade ettiği gibi bu dönemde Meclis tüm egemenlik yetkilerine sahip görülse de yeni bir devlet kurma fikri sadece Mustafa Kemal’in kafasında yer almaktadır: “Hakikat, Osmanlı saltanatının ve hilafetin müncariz ve mülga olduğunu düşünerek yeni esaslara müstenit, yeni bir devlet kurmaktan ibaret idi. Fakat vaziyeti olduğu gibi telaffuz etmek, maksadın büsbütün ziyarını mucip olabilirdi. Çünkü efkâr ve temayülât-ı umumiye, henüz padişah ve halifenin mazur mevkiinde bulunduğu merkezinde idi. Hatta Mecliste ilk anda makam-ı hilafet ve saltanatla irtibat ve hükûmet-i merkeziye ile itilaf aramak cereyanı baş göstermişti”. bkz. Aslan, Y. (2001). *TBMM Hükûmeti, Kuruluşu, Evreleri, Yetki ve Sorumluluğu* (23 Nisan 1920-30 Ekim 1923), Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, s. 29.

Kongreler’de ilan edilen “Misak-ı Millî”nin resmen kabul edilmesini talep etmiştir⁶⁹. Heyeti Temsiliyenin Osmanlı Devleti’nin yönetim merkezi olan padişah’tan ve hükûmetten tekrar yasama organını toplamasını istemesi ve bu Meclis’in millî sınırları gösteren Misak-ı Millî’yi resmen kabul etmesini talep etmesi, kendisini bu noktada egemenlik yetkisine sahip organ olarak görmediğini göstermektedir.

Bu gelişmeler üzerine Osmanlı Meclis-i Mebusan seçimleri yapılmış ve Meclis 12 Ocak 1920 tarihinde tekrar açılmıştır. Mustafa Kemal Paşa da son Osmanlı Meclis-i Mebusunda Erzurum mebusu olarak seçilmiştir. Mustafa Kemal Paşa Meclis-i Mebusan toplantılarına gitmemiş olsa da millî mücadeleyi destekleyen mebuslar Felâh-ı Vatan adıyla bir grup oluşturarak Mîsâk-ı Millî’yi 17 Şubat tarihinde kabul etmiştir. Bunun üzerine İtilaf Devletlerinin Ali Rıza Paşa Hükûmeti üzerindeki baskıları artmış ve hükûmet istifa etmek zorunda kalmıştır. İtilâf Devletleri, Anadolu’daki direnişin güçlendiği ve İstanbul Hükûmetinin yönetim kontrolünü kaybetmeye başladığını görünce Londra Konferansı’nda 5 Mart 1920 tarihinde aldıkları karar üzerine, 16 Mart 1920 tarihinde İstanbul’u resmen işgal ederek bütün resmî kurumları ele geçirmiştir. Bunun üzerine Meclis-i Mebusan 18 Mart 1920 tarihinde belirsiz bir şekilde “toplantılarının tehirine” karar vermiştir⁷⁰. Heyet-i Temsiliye adına Mustafa Kemal, 19 Mart 1920’de Ankara’da “olağanüstü yetkilere sahip” (salahiyet-i fevkaladeyi haiz) bir Meclis için seçimler yapılmasına ilişkin kolordu kumandanlıklarına, vilayetlere ve müstakil livalara gönderdiği “intihap tebliğini” yayımlamıştır⁷¹. Heyet-i Temsiliyenin anayasal hiçbir yetkisi olmadığı hâlde, Osmanlı Devleti’nin yönetim merkezinin işgali sonrası yayımladığı bir “tebliğle” Ankara’da egemenlik yetkilerini kullanacak bir Meclisin toplanmasına karar vermesi ve bu tebliğin devletin yetkili kurumlarınca uygulanmaya konması, bu noktada Heyet-i Temsiliyenin Devlet adına “egemenlik yetkisi kullanan bir organa” dönüştüğünü göstermektedir.

⁶⁹ Akandere, O. (2018). “İdama Mahkûm Edilen Bir Hükûmet: Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin İlk İcra Vekilleri Heyeti Hakkında Çıkarılan İdam Kararları”, *SAÜ Fen Edebiyat Dergisi* (2018-II), s. 194.

⁷⁰ Meclis-i Mebusan’ın Esasi hükümleri uyarınca padişah tarafından resmen fesih edildiği tarih, 11 Nisan 1920 tarihidir. Dolayısıyla Heyet-i Temsiliye 19 Mart’ta Ankara’da Meclisin toplanacağını duyurduktan 22 gün sonra ve Büyük Millet Meclisinin toplanmasında 12 gün önce padişah tarafından resmen feshedilmiştir. Padişahın resmen fesih etmesi, iki meclisli bir durumu da ortadan kaldırmış olmaktadır.

⁷¹ Kemal Atatürk, Nutuk, Türk Devrim Tarihi Enstitüsü, On Dördüncü Baskı, İstanbul, 1981, C.I, s.421-422’den aktaran, Aslan, Y. (2001). s. 16.

Mustafa Kemal Paşa'nın yayımladığı Tebliğ'de şöyle denilmektedir:

“Hilafet ve Saltanatın merkezi olan İstanbul'un İtilaf Devletleri tarafından işgali, devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını işlemez bir hâle getirmiştir. Meclis-i Mebusan bu şartlar içinde çalışamayacağını kararlaştırmış, bu kararını resmen bildirmiş ve dağılmıştır. Saltanat ve hilafetin dokunulmazlığını ve bağımsızlığını sağlayacak tedbirleri düşünmek ve uygulamak üzere Ankara'da olağanüstü yetkilere sahip bir meclis umuru, milleti tedvin ve murakabe etmek üzere toplanacaktır. Bu davet millet adına yapılmaktadır. İstanbul Mebusan Meclisinden Ankara'ya gelebilecek mebuslar iştirak edeceklerdir. Bununla beraber 1876 tarihli İntihab-ı Mebusan Kanunu gereğince yeni bir seçim yapılacaktır. Livalar seçim çevresi (Daire-i İntihabiye) sayılacak ve her livadan beş mebus seçilecektir. İki dereceli, gizli ve mutlak çoğunlukla yapılacak seçim, 15 gün içinde Meclis'in Ankara'da toplanmasını mümkün kılacak süratle yapılacaktır. Seçimlerde adaylık serbesttir. Her fıkra, zümre ve cemiyet aday gösterebilecekleri gibi, bağımsız olarak istenilen yerden adaylık konulabilmektedir. Seçim çalışmalarının güvenlik içerisinde sürdürülmesinden mahallin en büyük mülkiye memuru sorumlu olacaktır⁷².”

Heyet-i Temsiliye adına Mustafa Kemal'in yayımladığı bu Tebliğ'de “Bu davet millet adına yapılmaktadır” denilerek, Heyet-i Temsiliyenin artık millet adına resmen egemenlik yetkilerini üstlendiğini göstermektedir. Tebliğ'de “Saltanat ve Hilafetin dokunulmazlığını ve bağımsızlığını sağlayacak tedbirleri düşünmek ve uygulamak üzere Ankara'da olağanüstü yetkilere sahip bir meclis umuru, milleti tedvin ve murakabe etmek üzere toplanacaktır” denilmesi, Heyeti Temsiliyenin ve bundan sonra oluşacak olan Meclisin, Osmanlı Devleti adına egemenlik yetkilerini üstleneceğini göstermektedir. Her ne kadar, Heyeti Temsiliye adına yayımlanan tebliğde yeni bir devlet kurma fikrine yer verilmemiş olsa da, Mustafa Kemal Paşa'nın kişisel olarak “yeni bir devlet kurma” düşüncesi, tebliğin hazırlanmasında da kendini göstermiştir⁷³. Mustafa Kemal Paşa yayımladığı intihap tebliğinin

⁷² bkz. Aslan, Y. (2001). *Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti'nin Kuruluşu, Evreleri, Yetki ve Sorumluluğu*, (23 Nisan 1920-30 Ekim 1923), Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, s.16-17.

⁷³ Mustafa Kemal Paşa, Samsun'a çıktığı günden itibaren yeni bir Türk Devleti kurma fikrine sahip olduğunu şöyle ifade etmektedir: “Bu durum karşısında bir tek karar vardı. O da millî egemenliğe dayalı, kayıtsız şartsız yeni bir Türk Devleti kurmak, işte daha İstanbul'dan çıkmadan düşündüğümüz ve Samsun'da Anadolu topraklarına ayak basar basmaz uygulamaya başladığımız karar, bu karar olmuştur”. Kemal Atatürk, Nutuk, C. 1, M. E. B. Yay. , İstanbul, 1996, s.8.

ilk hâlinde, “Meclis-i Müessisan” (Kurucu Meclis) tabirini tercih etmiş ancak Heyet-i Temsiliyenin diğer üyelerinden gelen tepkiler üzerine bu kavramı değiştirerek “*Salahiyet-i Fevkaladeye Malik Bir Meclis*” tabirini kullanmıştır⁷⁴. Bu itiraz ve geri adım atılmış olması Heyet-i Temsiliyenin kurumsal olarak yeni bir devlet kurmak düşüncesiyle hareket etmediğini göstermektedir.

Nihayet Heyet-i Temsiliye adına yayımlanan tebliğe uygun bir şekilde seçimler yapılmış ve İstanbul’dan gelebilen Meclis-i Mebusan üyelerinin de katılımı ile 23 Nisan 1920 tarihinde Ankara’da, “Büyük Millet Meclisi” kurulmuştur⁷⁵. 23 Nisan 1920 tarihinde yapılan ilk toplantısında, en yaşlı üye sıfatıyla Meclis başkanlığı görevini geçici olarak üstlenmiş olan Sinop vekili Şerif Bey tarafından yapılan açılış konuşmasında “*Milletimizin dahili ve harici istiklal-i tam dahilinde mukadderatını bizzat deruhte ve idare etmeye başladığını bütün cihana ilan ederek Büyük Millet Meclisi’ni küşad ediyorum.*” demiştir⁷⁶. Meclis’in açılışında ortaya konan bu düşünce, Büyük Millet Meclisinin iç ve dış boyutuyla Devlet ve millet adına egemenlik yetkilerini üstlendiğini göstermektedir.

Varlığını devam ettiren Osmanlı Devleti’nde yönetim merkezi olan İstanbul’un, 16 Mart 1920 tarihinde işgal edilmesi üzerine, 19 Mart 1920 tarihinde Heyet-i Temsiliyenin yayımladığı bir tebliğle, Ankara’da olağanüstü yetkilere sahip bir meclisin kurulması kararı alınmıştır. Bu kararın mevcut Anayasaya göre kurulmuş devlet kurumları tarafından kabul edilmesi ile öncelikle Heyet-i Temsiliyenin, anayasa teorisi bağlamında resmen egemenlik yetkisi kullanan kurucu organ hâline geldiği görülmektedir. Heyet-i Temsiliyenin yayımladığı bir tebliğe uygun bir şekilde oluşan Büyük Millet Meclisi, Heyet-i Temsiliyeden egemenlik yetkilerini devralmıştır. Anayasa teorisi ve karşılaştırmalı anayasa verilerine göre millî hâkimiyet ilkesi çerçevesinde millet adına egemenlik yetkilerini bütünüyle üstlenmiş bir meclis, en asli yönüyle bir “kurucu meclis” kabul edilmelidir⁷⁷. Bu noktada anayasa teorisi bağlamında tartışılabilir.

⁷⁴ Atatürk, Nutuk, C.I, s. 421’den, nakleden Aslan, Y. (2001), Dipnot 4, s. 16.

⁷⁵ Seçimlerde 19 Mart tebliğine göre seçilmiş 232 mebus, İstanbul’dan Meclis-i Mebusan’dan gelen 92 mebus, birisi Yunanistan’dan olmak üzere, diğerleri Malta’dan gelen 14 mebus ile toplam 337 mebustan oluşmuştur. bkz. Aydın, Y. (2001), s.19.

⁷⁶ Aslan, Y. (2001), s. 18.

⁷⁷ Özbudun’a göre, “Görülüyor ki Birinci Büyük Millet Meclisi, normal zamanların normal bir meclisi olarak değil, gerektiğinde rejimi değiştirme yetkisiyle de donatılmış olağanüstü bir meclis, kısaca bir kurucu meclis hüviyetiyle ortaya çıkmıştır. bkz. Özbudun, E. (1985). “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmetinin Hukuki Niteliği”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, s. 483.

bir diğer konu da mevcut 1876 Anayasası'na aykırı bir şekilde, Heyet-i Temsiliyenin yayımladığı bir tebliğe göre oluşan Büyük Millet Meclisinin hukuki niteliğidir.

2. Oluşum Yönüyle Hukuki Niteliği

Osmanlı Devleti'nin anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de yasama organının hangi durumlarda feshedileceği ve hangi koşullarda tekrar seçilebileceği düzenlenmiştir. Heyet-i Temsiliyenin kabul ettiği 19 Mart 1920 tarihli "İntihap tebliği", Anayasaya aykırı bir şekilde, olağanüstü yetkilere sahip bir meclis toplanmasını öngörmüştür. Her şeyden önce Heyet-i Temsiliye mevcut anayasadan yetki alan bir organ değildir. Bu nedenle onun Meclis seçimlerine ilişkin yayımladığı tebliğ de anayasaya aykırı olacaktır. Ancak anayasaya aykırılığın hukuk dışılık olup olmadığı konusu yukarıda anayasa teorisine dair ele alınan görüşler doğrultusunda farklı cevaplanabilir.

Hans Kelsen'in savunduğu normativist pozitivizm görüşünden hareket edildiğinde bir hukuk kuralı geçerliliğini ancak hiyerarşik olarak daha üstte yer alan başka bir hukuk kuralından almaktadır⁷⁸. Heyet-i Temsiliye tebliği, mevcut hukuk düzeninde hiçbir hukuk kuralına dayanmadığından hukuki geçerliliği olmayacaktır. Halkın iradesi ya da halk adına egemenlik yetkisi kullanan irade, bir kurala hukuki nitelik kazandıramaz⁷⁹. Dolayısıyla Heyet-i Temsiliye egemenlik yetkilerini millet adına üstlenmiş olsa bile bu yetki, mevcut hukuk düzenine ait bir kuraldan kaynaklanmıyorsa hukuk dışı bir yetkidir.

Normatif pozitivistler hukuk düzenine aidiyetin ölçüsünü "bir üst norma uygunluk" olarak kabul ederken; iradeci pozitivistler ise "egemenin geçerli iradesi" olarak belirlemektedirler. İradeci pozitivistlere göre bir normun hukuk düzenine aidiyeti yetkili organın geçerli iradesi ile belirlenir. Millî irade ilkesinin geçerli olduğu bir sistemde yetkinin kaynağı anayasa değil, seçimlerdir⁸⁰. Bu görüşe göre Heyet-i Temsiliye,

⁷⁸ Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law & State*, with a new Introduction by a Javier Treviño, United State of America, Harward University Press, s.123-135.

⁷⁹ Normativist pozitivizmi savunan Gözler'e göre, "Tali kurucu iktidar, anayasa tarafından kurulmuş bir iktidardır ve kendisini kuran anayasanın öngördüğü sınırlar içerisinde çalışır. TBMM'nin beşte üçü veya üçte iki çoğunluğu veya hatta halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan halk, asli kurucu iktidar değil, tali kurucu iktidardır. Dolayısıyla TBMM'nin veya Anayasanın 175'inci maddesi çerçevesinde düzenlenen halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan halkın yeni bir anayasa yapması mümkün değildir". bkz. Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 466.

⁸⁰ Hukuk normlarının geçerliliği hakkında teoriler için bkz. Gözler, K. (1998), s. 27-91.

millî iradenin meşru temsilcisi hâline geldiği andan itibaren kabul ettiği normlar hukuki geçerliliğe sahiptir. Heyet-i Temsiliye, Kongreler yoluyla oluşmuş ve İstanbul'un işgali ile egemenlik yetkilerini resmen üstlenmiştir. Dolayısıyla, Heyet-i Temsiliyenin kabul ettiği İntihab tebliği hukuki geçerliliğe sahiptir. Bu tebliğe göre yapılan seçimler sonucu oluşan Büyük Millet Meclisinin oluşumu da hukukidir. Nitekim Duverger, Fransa'da Kurucu Meclisi göreve çağıran 5 Mart 1848 tarihli Geçici Hükûmet Kararnamesini ve Millî Meclisi (Assemblée Nationale) kuran 29 Ocak 1871 tarihli Ulusal Savunma Hükûmeti Kararnamesini, asli kurucu iktidarın pozitif temelleri olarak kabul etmektedir⁸¹.

Karşılaştırmalı anayasa hukuku verileri de iradeci pozitivizm görüşünü doğrulamaktadır. Yukarıda ayrıca incelendiği gibi Kolombiya'da 3 Mayıs 1990 tarihinde bir devlet başkanlığı kararnamesi ile anayasa yapmak üzere bir kurucu meclis oluşturulmasına ilişkin referandum kararı alınmıştır. Yapılan referandumda seçime katılanların %89'unun kurucu meclisin oluşturulması yönünde olumlu oy verilmesi üzerine, 9 Aralık 1990 tarihinde yapılan genel seçimlerle bir kurucu meclis oluşturulmuştur. Kolombiya Yüksek Mahkemesi anayasaya aykırılık iddiası ile ilgili olarak, *"Millet birincil kurucu iktidar olarak egemen olduğundan ve diğer tüm devlet iktidarı yetkileri millet egemenliğinden kaynaklandığından, milletin kendi kendine koyduğu sınırlardan başka bir sınır bulunmamaktadır, kurulmuş iktidarlara da milletin eylemlerine sınır koyamazlar"* demiştir⁸². Benzer şekilde, İtalya'da 1948 Anayasasını kabul eden kurucu meclis, 13 Temmuz 1946 tarihinde yapılan *"cumhuriyet yönetimi mi, yoksa monarşi mi?"* soruna dayalı bir referandum sonrası kurulmuştur⁸³. Dolayısıyla, Kongreler sürecinde millî egemenlik ilkesine dayalı olarak oluşan Heyet-i Temsiliyenin, İstanbul'un işgali ile egemenlik yetkilerinin kullanımını üstlenmesi ve bu yetkisine dayanarak kabul ettiği İntihab tebliğine dayanarak yapılan seçimlerle oluşan Büyük Millet Meclisi, hem "demokratik" hem de "hukuki" bir kurucu meclis niteliğindedir.

B. KULLANDIĞI YETKİLER BAKIMINDAN KURUCU MECLİS NİTELİĞİ

Büyük Millet Meclisi kurulduktan sonra, mevcut 1876 Anayasası'na bağlı olarak hareket etmemiştir. Kendisini, sadece yasama yetkisini

⁸¹ a.g.e., 42-45.

⁸² Aydın, Ö. D. (2011). s. 218.

⁸³ a.g.e., s. 62.

kullanan bir organ olarak görmemiştir. Milletten aldığı asli kurucu iktidar yetkisine dayanarak devletin temel düzenini kökten etkileyecek bazı yetkileri kullanmıştır. Bu kapsamda üç yetki kurucu iktidar yetkileri bakımından önem taşımaktadır. Bunlardan birincisi, mevcut anayasada öngörülen kuvvetler ayrılığına dayalı parlamenter sistemi yok sayarak, aldığı kararla ve daha sonra kabul ettiği bir kanunla kuvvetler birliği ilkesine dayalı meclis hükûmeti sistemini kurmasıdır. İkincisi, Mevcut anayasada öngörülen anayasa yapma usulüne uymadan, kendi belirlediği usule göre yeni bir anayasa kabul etmesidir. Üçüncüsü ise, Devletin altıyüz yıllık yönetim şekli olan saltanatın kaldırılması ve Osmanlı Devleti'nin son bulduğuna dair bir meclis kararı almasıdır.

1. Yeni Bir Hükûmet Şekli Belirlemesi

Büyük Millet Meclisi 23 Nisan 1920 tarihinde açıldıktan sonra 24 Nisan 1920 tarihinde kabul ettiği bir kanunla yasama yetkisini kullanmaya başladığı gibi yürütme yetkisini kullanmak üzere, millî egemenlik ilkesine uygun “meclis hükûmeti sistemi” kurma çalışmalarına da başlamıştır. Mustafa Kemal Paşa 24 Nisan 1920 tarihli oturumda yaptığı konuşmada kurulmasını önerdiği hükûmet şekli hakkında şunları söylemiştir:

“1. Tarih tecrübelerine, Esas Teşkilat Hukuku ilkelerine ve hâlen içinde bulunulan şartlara göre memleketin millî kuvvetlerini merkezi bir teşkilatla birleştirmek bir zarurettir. 2. Bu teşkilat fiili yani gayr-i mesul ve Osmanlı Anayasa metinleri gereğince kurulmamış olmalıdır, bu takdirde sürekli ve ömürlü olamaz. Bizzat Meclis bir hukukilik ve meşruiyet ihtiyacının eseridir. Şu hâlde millî vicdanın ifadesi olan Meclisin yapacağı kanunlarla bağlı bir hükûmetin kurulması şarttır⁸⁴.”

Bu açıklamalarda anayasa teorisi anlamında bir kurucu meclisi yetkisi tarif edilmektedir. Tüm egemenlik yetkileri Mecliste toplandığı, yürütme yetkisinin de yine Meclise ait olduğu bir “meclis hükûmeti” önerilmektedir. Bu hükûmetin mevcut Osmanlı Anayasası'na göre kurulmaması gerektiği ifade edilerek, Büyük Millet Meclisinin kurucu meclis niteliği ile yürütme yetkisini de kullanması gerektiği savunulmuştur. Seçimle oluşan bir meclisin millî iradenin yegâne temerküz noktası olmasının, İslam'ın siyasi prensiplerine de uygun olduğu belirtilmiştir⁸⁵.

⁸⁴ Aslan, Y. (2001). s. 26.

⁸⁵ a.g.e., s. 27.

Mustafa Kemal bu konuşmasında Meclisin tüm egemenlik yetkilerine sahip olmasını savunurken, Osmanlı Devleti yerine yeni bir devlet kurulacağından söz etmemiştir. Konuşmasında, *“Reissiz bir hükûmet vücuda getirmek zarureti içindeyiz”* diyerek, Osmanlı Devleti’nin başı olan padişah ve halifenin kurtarılmasına kadar, Meclis’in kendi seçeceği bir Meclis başkanının hükûmetin de başı olması gerektiğini önermiş, Meclis başkanı, meclis adına yaptığı işlemlerden dolayı Meclise karşı sorumlu olmalıdır demiştir⁸⁶.

Mustafa Kemal Paşa’nın hükûmete ilişkin teklifi 24 Nisan günlü oturumda görüşülmüş, Refik Bey bu teklifin vekillere dağıtılarak daha sonra oylanmasını önermesi üzerine söz alan Mustafa Kemal Paşa, yine Meclis’in kurucu meclis niteliğine işaret eden şu sözleri söylemiştir:

“Efendiler! Bütün maddi ve manevi mesuliyeti Heyet-i Temsiliye namı altında bulunan heyet üzerine almış ve 16 Mart 1920 tarihinden bu dakikaya kadar bütün acı safhalara, manzaralara karşı ifayı vazifeyi fevkalade bir vazife bilmıştır. Bu mesuliyet çok ağırdır. O heyeti artık bu ağır yükün altında bırakmayınız, bu dakikadan itibaren teklif ediyorum, derhâl mukadderat-ı memleketi deruhte buyurunuz⁸⁷.”

Bu açıklamada İstanbul’un işgal edildiği 16 Mart 1920 tarihinden itibaren egemenlik yetkilerini üstlenen Heyet-i Temsiliye olduğu ve Meclis’in kurulması ile bu yetkinin Meclise geçtiği ve hükûmetin bir an önce kurularak bu sorumluluğu yerine getirmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Nitekim, Mustafa Kemal Paşa’nın dediği olur ve 24 Nisan 1920 tarihinde teklif aynen kabul edilir. Meclisin yeni hükûmeti nasıl oluşturacağı konusunda, dönemin anayasa hukuku hocası ve son Osmanlı Meclis-i Mebusan’ın başkanı olan Celaleddin Arif Bey, bir önerge vermiştir. Kabul edilen bu önergeye göre 5-6 kişiden oluşan “Muvakkat İcra Encümeni” oluşturulacak ve icra heyeti teşkili hakkında kanun tasarısı hazırlamak üzere 15 kişiden oluşan “Layihâ Encümeni” kurulacaktır. 25 Nisan 1920 tarihinde Muvakkat İcra Encümeni seçimi yapılmış, Meclis başkanı seçilen Mustafa Kemal Paşa’nın başkanlığında 8 kişiden oluşan bir icra heyeti oluşturulmuştur⁸⁸. İcra Vekilleri Suret-i İntihabına Dair Kanun

⁸⁶ a.g.e., s. 27.

⁸⁷ a.g.e., s. 28.

⁸⁸ Muvakkat İcra Encümenine seçilen üyeler şunlardır: Meclis başkanı olarak Mustafa Kemal Paşa, onun önerisi üzerine seçimsiz olarak Meclis Genel Kurul kararı ile Erkan-ı Harbiye-i Umumi-ye Reisi İsmet Paşa ve seçimle belirlenen Celaleddin Arif Bey, Cami Bey, Bekir Sami Bey, Fevzi Paşa, Hamdullah Suphi Bey, Hakkı Behiç Bey. bkz. Aslan, Y. (2001), s. 39-49.

Tasarısı hazırlamak üzere oluşturulan Layiha Encümeni, önerisini 1 Mayıs 1920 tarihinde Meclise sunmuş, yapılan görüşmeler sonrasında 2 Mayıs tarihinde dört maddelik yeni hükûmet şeklini belirleyen 3 nolu kanun kabul edilmiştir. Bu Kanun'a göre Büyük Millet Meclisinin on bir üyeden oluşan bir İcra Vekilleri Heyeti'ne sahip olduğu; Vekillerin BMM'nin mutlak çoğunluğu ile meclis üyeleri arasından belirleneceği; her vekilin aldığı görevin yerine getirilmesinde mensup olduğu encümenin görüşünü alabileceği ve İcra Vekilleri arasında çıkacak ihtilafın Büyük Millet Meclisi tarafından çözüleceği ifade edilmiştir⁸⁹. Böylece Meclis, mevcut anayasaya aykırı bir şekilde önce aldığı bir kararla geçici bir hükûmet kurmuş, daha sonra kabul ettiği bir kanunla hükûmet sistemini yasallaştırmıştır.

Yukarıda kurucu iktidar yetkinin özelliklerini incelediğimiz bölümde de ifade edildiği gibi millet adına kurucu iktidar yetkisini kullanacak bir organın ortaya çıktığı durumlarda bu irade üzerinde mevcut anayasanın ve onun oluşturduğu kurumların bağlayıcılığı kalmamaktadır. Mevcut bir anayasanın olması hâlinde bile, kurucu iktidar yetkisine sahip bir meclis kendisini mevcut anayasa ile bağlı saymadan kararlar alabilmektedir. Modern anayasalarda bu anlayışa açıkça yer veren örneklerden biri "Ulusal Kurucu Meclis" kenar başlıklı Venezuela Anayasası'nın 347. maddesi olduğu yukarıda da ifade edilmişti. Bu maddeye göre, *"Asli kurucu güç, Venezuela halkına aittir. Bu güç, devleti dönüştürmek, yeni bir hukuk düzeni oluşturmak ve yeni bir anayasa yapmak için bir çağrıyla toplanan Ulusal Kurucu Meclis tarafından kullanılır"*. Anayasa'nın 349. maddesinde, *"Cumhurbaşkanının yeni anayasaya itiraz etme hakkı yoktur. Mevcut kurulmuş iktidarların hiçbir şekilde Ulusal Kurucu Meclisin kararlarını engellemesine izin verilmez"* denilmektedir. Dolayısıyla Büyük Millet Meclisinin, mevcut anayasada öngörülen hükûmet sistemini yok sayarak, kendi kabul ettiği bir kanunla yeni bir hükûmet sistemi kurması, onun kurucu meclis niteliğini açıkça ortaya koymaktadır.

2. Yeni Bir Anayasa Kabul Etmesi

Büyük Millet Meclisi, 1876 Kanun-i Esasi yürürlükteyken ve Osmanlı Devleti devam ediyorken, millî iradede aldığı yetkiye dayanarak, kendisini kurucu bir meclis olarak görmüş, yasama ve yürütme yetkisini doğrudan kullanmaya başlamıştır. Kendisinin kurucu meclis niteliğini pekiştirecek en önemli yetkilerden bir olan yeni anayasa yapmak üzere

⁸⁹ a.g.e., s. 60.

harekete geçmiştir. Meclis adına hareket eden İcra Vekilleri Heyeti, bir anayasa tasarısı hazırlayarak, 18 Eylül 1920’de Meclis Genel Kurulu’na sunmuştur. Meclis görüşmeleri iki ay sürmüş, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu özel bir karar sayısı aranmadan 21 Ocak 1921’de kabul edilmiştir⁹⁰.

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu kabul edilirken 1876 Kanun-u Esasi yürürlüktedir. Anayasa’nın kabul edilmesinde 1876 hükümleri uygulanmamış, Meclis kurucu iktidar yetkisine dayanarak 20 Ocak 1921’de Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nu kabul etmiştir. Mustafa Kemal Paşa, 30 Ocak 1921 tarihinde Sadrazam Tevfik Paşa’ya, “*Kanun-u Esasi’nin Teşkilat-ı Esasiye Kanununa aykırı olmayan hükümlerinin geçerli olduğunu*” bildirmiştir⁹¹. Bu bildirim, Kanun-u Esasi’nin şeklen yürürlükte kalmaya devam ettiği anlamına gelse de, anayasal niteliğini kaybettiğini ve kanun hükmünde görüldüğü anlamına gelmektedir⁹².

Birinci bölümde incelendiği gibi asli kurucu iktidar yetkisine dayanarak mevcut anayasaya rağmen yeni bir anayasa kabul eden bir meclis, kurucu meclis olarak nitelendirilmektedir. Ancak, maddi anayasa anlayışı doğrultusunda şekli anlamda yeni bir anayasa kanununun kabul edilmesi kadar yapılan yeni anayasa ile devletin hukuk düzeninde köklü bir değişikliğe gidilip gidilmediği de önem taşımaktadır. Bu anlamda Büyük Millet Meclisinin kabul ettiği yeni anayasanın devletin temel düzeninde köklü bir değişime işaret edip etmediği önem taşımaktadır.

Büyük Millet Meclisi sadece anayasa kabul etmek üzere oluşmuş bir kurucu meclis değildir. Tüm egemenlik yetkilerini üstlenmiş bir kurucu meclistir. Anayasayı kabul ettikten sonra yasama ve yürütme yetkilerini de kendisi kullanmaya devam etmiştir. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 1. maddesinde, “*Hakimiyet bilâ-kayd-ü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir*” dedikten sonra, 2. maddesinde “*İcra kudreti ve teşri salahiyeti, milletin yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisi’nde tecelli ve temerküz eder.*” denilmiştir. Bir anayasanın düzenlediği temel konuların başında devletin egemenlik yetkisinin kaynağı ve onu kullanacak organların yetkileri gelmektedir.

⁹⁰ Erdoğan, M. (2003). s.46.

⁹¹ a.g.e., s. 47.

⁹² Gözler, bu olguyu farklı bir gerekçeyle şöyle izah etmektedir: “Aslında burada, ‘devrimlerin etkisiyle anayasasızlaştırma teorisi uyarınca, Kanun-u Esasinin hükümlerinin anayasal niteliklerini yitirdikleri ve adi bir kanun hükmü haline dönüştükleri kabul edilebilir”. bkz. Gözler, K. (2018). s. 68.

1921 Anayasası ile “*Hakimiyet bilâ-kayd-ü şart milletindir*” denilerek yeni bir egemenlik anlayışı ortaya konulmuştur. Ancak bu anlayışın ortaya konulması, saltanat rejimine son verildiği anlamına gelmemektedir. Çünkü liberal demokrasilerde İngiltere’de olduğu gibi monarşi ile millî egemenlik ilkesi bağdaşmaktadır. Nitekim saltanatın kaldırılması Anayasa’nın kabulünden sonra olmuştur. Yine “*İcra kudreti ve teşri salahiyeti*”nin Büyük Millet Meclisine ait olduğu söylenerek, yasama ve yürütme yetkisini kullanımı yeniden belirlenmiştir. Bu nitelikteki bir değişiklik, anayasal sistemde köklü bir değişiklik anlamına gelmektedir. Bu nitelikte bir anayasa yapma yetkisinin kullanan meclis, kurucu meclis niteliğindedir. Egemenlik yetkisini 23 Nisan 1920 tarihinden itibaren kullanan BMM’nin çıkardığı kanunlar ve aldığı kararlar doğrultusunda kabul ettiği anayasanın hukuk dışı bir yolla da kabul edildiği söylenemez⁹³.

3. Saltanatın Kaldırılması

1921 Anayasası’nın asli kurucu iktidar yetkisine dayalı olarak BMM tarafından kabul edilmesi, yeni bir devletin kurulduğu anlamına mı gelmektedir? Sorunun cevabı aslında 1921 Anayasası’nın “Madde-i Münferidesi”nde (ayrı madde) yer almaktadır. Madde-i münferideye göre⁹⁴ Büyük Millet Meclisi 5 Eylül 1920 tarihli Nisab-ı Müzakere Kanunu’nun birinci maddesinde gösterilen amaca ulaşınca kadar görevde kalacağı, bu amaca ulaştığına Meclis’in üçte iki çoğunluğu ile karar verildikten sonra seçimlere gidileceği ve seçimlerden sonra Anayasa’nın 4. 5. ve 6. maddelerinde⁹⁵ gösterilen yeni seçim yönteminin devreye gireceği ifade edilmektedir. Meclis’in amacı, Nisab-ı Müzakere

⁹³ Aksi yönde Gözler şöyle demektedir: “1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu bir “asli kurucu iktidar” olayıdır. Bu hukuk dışı ve fiili bir iktidardır. Hukuk boşluğu ortamında çalışır. Yeni bir anayasa yapma yetkisine fiilen sahiptir. Yaptığı anayasa geçerlidir”. bkz. Gözler, K. (2018). s. 68.

⁹⁴ Madde-i Münferide : “İşbu kanun tarihi neşrinden itibaren meri olur. Ancak elyevm münakit Büyük Millet Meclisi 5 Eylül 1336 tarihli nisabı müzakere kanununun birinci maddesinde gösterildiği üzere gayesinin husulüne kadar müstemirren müçtemi bulunacağı cihetle işbu Teşkilatı Esasiye Kanunundaki 4 üncü, 5 inci, 6 ncı maddeler gayenin husulüne elyevm mevcut Büyük Millet Meclisi adedi mürettebinin sülüsünü ekseriyetle karar verildiği takdirde ancak yeni intihabdan itibaren meriyül icra olacaktır”.

⁹⁵ Madde 4- Büyük Millet Meclisi vilayetler halkınca müntehap azadan mürekkeptir. Madde 5- Büyük Millet Meclisinin intihabı iki senede bir kere icra olunur. İntihap olunan azanın azalık müddeti iki seneden ibaret olup fakat tekrar intihap olunmak caizdir. Sabık Heyet lâhik heyetin içtimasına kadar vazifeye devam eder. Yeni intihabat icrasına imkân görülmediği takdirde içtima devresinin yalnız bir sene temdidi caizdir. Büyük Millet Meclisi azasının herbiri kendini intihap eden vilayetin ayrıca vekili olmayıp umum milletin vekilidir. Madde 6- Büyük Millet Meclisinin heyeti umumiyesi teşrinisani iptidasında davetsiz içtima eder.

Kanunu'nun 1. maddesinde “*Büyük Millet Meclisi, hilafet ve saltanatın, vatan ve milletin kurtuluş ve istiklalinden ibaret olan gayesinin gerçekleşmesine kadar gelecekteki şartlar dairesinde sürekli olarak toplantı hâliindedir*” denilmektedir. Görüldüğü gibi 1921 Anayasası'nda Meclis'in amacı, “*hilafet ve saltanatın, vatan ve milletin kurtuluş ve istiklalinden ibaret olan gayesinin gerçekleşmesi*” denilerek Osmanlı Devleti'nin kurtarılması olduğu görülmektedir.

1921 Anayasası'nın madde-i münferidesi'nde “öngörülen amaçlardan” biri olan “*vatan ve milletin kurtuluşu*” 30 Ağustos 1922 tarihinde Kurtuluş Savaşı'nın kazanılması ile gerçekleştirilmiştir. Ancak ikinci amaç olan “*hilafet ve saltanatın kurtarılması*” fikrinden dönülmüştür. Büyük Millet Meclisi, 1921 Anayasası'nı kabul etmiş olmakla birlikte kendisini bu anayasa ile de bağlı saymayarak kurucu meclis niteliğini sürdürmüştür. Anayasaya aykırı bir şekilde almış olduğu 30 Ekim 1922 tarihli ve 307 sayılı bir karar ile “*Osmanlı İmparatorluğunun Inkıraz Bulup, TBMM Hükûmetinin Teşekkül Ettiğine Dair Heyeti Umumiye Kararı*” alınmıştır. Bu karar ile “*Yeni Türkiye Hükûmetinin Osmanlı İmparatorluğu yerine kaim olup onun hududu millî dâhilinde yeni varisi olduğuna*” karar verilmiştir⁹⁶. Bu karardan sonra ikinci adım olarak 1-2 Kasım 1922 tarih ve 308 sayılı, “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin Hukuk-u Hâkimiyet ve Hükûmraninin Müessil-i Hakikisi Olduğuna Dair Heyet-i Umumiye Kararı*” ile Osmanlı İmparatorluğu'nun İstanbul'un işgal edildiği 16 Mart 1920 tarihinden itibaren sona erdiği, yerine bu tarihten itibaren TBMM hükûmetinin kurulduğu ifade edilmiştir. Saltanatın kaldırılması kararı, devletin şekline dair köklü bir değişikliktir. Böyle bir değişikliğin, mevcut anayasada bir değişiklik yapmadan, bir meclis kararı ile alınması, Büyük Millet Meclisinin bu dönemde de bir kurucu meclis gibi hareket ettiğini göstermektedir.

Devlet ve anayasa teorileri bakımından “*Osmanlı İmparatorluğunun Inkıraz Bulup, TBMM Hükûmetinin Teşekkül Ettiğine Dair Heyeti Umumiye Kararı*”, ne anlama gelmektedir? Büyük Millet Meclisini egemenlik yetkilerinin tamamını kullanan bir kurucu meclis olarak kabul ettiğimizde, bir kurucu meclis devletin varlığına son verip yeni bir devlet kurulduğuna karar verebilir mi? Devlet teorisi bakımından aynı soru devletin bir organı devletin varlığına son verebilir mi şeklinde sorulabilir.

Hans Kelsen'in savunduğu “*normativist pozitivizm*” görüşüne göre devlet ve hukuk düzeni özdeş olup hukuk düzeni belli organlara sahip

⁹⁶ bkz. a.g.e., s. 278.; Gözler, K. (2018). s. 26.

merkezilik ölçüsüne ulaştığında devlet olarak nitelendirilir⁹⁷. Devlet, hukuk sisteminin dışında var olamaz⁹⁸. Anayasaya dayalı hukuk düzeni ortadan kalkmadan devlet ortadan kalkmış olmaz. 1921 Anayasası, Osmanlı Devleti'nin varlığı içinde egemenlik yetkilerine sahip bir kurucu meclis olarak Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edildiğinden anayasal düzen varlığını sürdürdüğü sürece devlet ortadan kalkmış olmayacaktır. Bu teoriden hareket ettiğimizde, “Osmanlı İmparatorluğunun Inkıraz Bulup, TBMM Hükûmetinin Teşekkül Ettiğine Dair Heyeti Umumiye Kararı” ile devletin varlığı son bulup yeni bir devlet kurulmuş olmaz.

İradeci pozitivist görüşe göre hukukun kaynağı devlet olduğundan, hukuk düzeni devleti var edemez, varlığını devlete borçludur. Devlet hukuktan önce ve ondan bağımsız olarak bir siyasi karar olarak hukuk dışında kurulur⁹⁹. Bu görüşten hareket ettiğimizde devlet adına egemenlik yetkisi kullanan bir organın aldığı bir karar ile devlet son bulmaz. Devleti; tabii bir oluşum olarak açıklamaya çalışan klasik devlet teorileri, devletin varlığını “*insan, toprak ve egemenlik*” unsurlarına dayandırmaktadır. George Jellinek 1914 yılında yayımladığı “Genel Devlet Teorisi” (Allgemeine Staatslehre) adlı eserinde “üç unsur teorisi” adı altında devletin varlığını ülke, insan ve egemenlik unsurları üzerinden açıklamıştır¹⁰⁰. Jellinek; üç unsurdan hareketle devleti, “*egemenlik gücüyle aslen donatılmış, belli bir toprak parçası üzerinde yerleşik bir millet birliği*” olarak tanımlamıştır¹⁰¹. Devletin egemenliğinin devam ettiği bir durumda devlet adına egemenlik yetkisini kullanan bir organ, kendi bedeninin varlığına son veremez.

Kanaatimizce, belli bir toprak parçası üzerinde millî bir şuura ulaşmış insan topluluğu, kendi içinde egemen bir iktidarı sağlaması ve bunu başka egemenlere kabul ettirmesi ile “devlet olmaktadır”. Egemenlik bir toplumda ister bir kişinin şahsında (monarşi) isterse bir azınlığın iradesinde (aristokrasi) isterse de milletin genel iradesinde (demokrasi) varlık bulsun, egemenliği kullananların içeride en üstün otoriteyi, dışarıda bağımsızlığı sağlamaları ile devlet olunmaktadır. Devlet olan irade hukuku yapmakta ve

⁹⁷ Kelsen, H. (2016). s. 123-127.

⁹⁸ Bir başka Alman Anayasa Teorisini olan Herman Heller, Kelsen'in teorisini, “devletin olmadığı devlet teorisi” olarak nitelendirmekte ve Kelsen'in görüşlerini siyasetten arındırılmış devlet öğretisi olarak gerçekçi bulmamaktadır. bkz. Isensee, J. (2010). s. 234.

⁹⁹ Uygun, O. (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul: Onikilevha yayıncılık, s. 54.

¹⁰⁰ Jellinek, G. (1914). *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag von O. Höring. Esere ulaşmak için bkz. <https://archive.org/details/allgemeinestaats00jelliala/page/n5>, (Erişim Tarihi:13/10/2019).

¹⁰¹ Tanım için bkz. Gözler, K. (2007). s. 4, dipnot 1.

teşkilatını kurmaktadır. Bu görüşü esas aldığımızda Osmanlı Devleti'nin egemenliğine göz dikilmiş ancak egemenlik ortadan kalkmamıştır. Büyük Millet Meclisinin kurulması ile iç egemenlik yetkilerini kullanan organ değişmiştir. Egemenlik alanı misak-ı millî sınırları içinde daralmış olsa da bu sınırlar içinde verilen Kurtuluş Savaşı ile devletin varlığı sürdürülmüştür. Devletin fiili varlığı devam ederken devletin bir organı olarak Büyük Millet Meclisinin “*Osmanlı İmparatorluğunun İnkıraz Bulup, TBMM Hükûmetinin Teşekkül Ettiğine Dair Heyeti Umumiye Kararı*” yeni bir devlet kurulduğu anlamında değerlendirilemez. Devlet ve anayasa teorisi bakımından bu karar, Osmanlı İmparatorluğu'nun hukuki kişiliğine son verilerek yerine millî bir devlet olan Türkiye Devleti'nin hukuki kişilik kazanması anlamına gelmektedir. Ayrıca devletin tüzel kişiliğe sahip olması, devletin devamlılığının bir şartı değil “devlette devamlılığın” bir gereğidir¹⁰². Devletin devamlılığı egemenliğin varlığını sürdürmesine bağlıdır. Tüzel kişilik, devlette hukuk düzeninin devamlığını sağlayan bir unsurdur.

SONUÇ

23 Nisan 1920 tarihinde kurulan Büyük Millet Meclisinin kurucu meclis niteliğinin incelendiği bu makalede öncelikle, kurucu meclis kavramının ne anlama geldiği, anayasa teorisi ve dogmatik çerçevesinde ortaya konulmuştur. Yazılı anayasacılığın ilk örneklerini oluşturan 1787 ABD ve 1791 tarihli Fransız anayasalarının yapım döneminde ortaya çıkan kurucu iktidar teorisine göre yeni bir anayasa yapma veya mevcut anayasayı değiştirme yetkisine “kurucu iktidar”; mevcut anayasadan yetki alan yasama, yürütme ve yargı organlarına “kurulmuş iktidar” denilmektedir. Karşılaştırmalı anayasa metinlerinde, “Anayasa Reformu” kenar başlığı altında anayasaların değiştirilmesi ile yeni anayasa yapılmasının farklı düzenlendiği, yeni anayasa kabul etme yetkisini kullanan meclise kurucu meclis denildiği görülmektedir. Yeni anayasa yapmaktan anlaşılan, “*devleti dönüştürmek, yeni bir hukuk düzeni oluşturmak*” niteliğinde yeni bir anayasa kabul etme veya anayasada köklü bir değişikliğe gitmek olarak açıklanmaktadır. Dolayısıyla kısmi bir anayasa değişikliği olsa bile devletin temel düzeninde köklü bir değişikliği içeren anayasa değişikliği yapılması da kurucu iktidar yetkisi kullanmak anlamına gelmektedir.

¹⁰² Gözler'e göre, “Devletin devamlılığı aslında devletin tüzel kişiliği ilkesinin bir sonucudur. Zira evlet kendisini oluşturan kişilerin dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğuna göre devleti oluşturan kişilerin değişmesiyle devlet değişmez”. Bkz. Gözler, K. (2018). s. 140.

Millî egemenlik ilkesinin kabul edildiği bir sistemde, “asli kurucu gücün” millete/halka ait olduğu kabul edilmektedir. Asli kurucu güç, devleti dönüştürmek, yeni bir hukuk düzeni oluşturmak ve yeni bir anayasa yapmak için bir çağrıyla toplanan Ulusal Kurucu Meclis tarafından kullanılabilir. Kurucu meclisin mevcut anayasaya göre oluşması, hukuki nitelendirmede tek başına belirleyici olmamaktadır. Mevcut anayasada öngörülmeleyen bir usulle fiilen egemenlik yetkilerini üstlenen bir organın kabul ettiği kurallara göre oluşan bir meclis de kurucu meclis niteliği kazanabilmektedir. Genellikle, seçimler veya referandumlar yoluyla kurucu meclisler oluşmaktadır. Kurucu meclis oluşuktan sonra temel nokta, mevcut anayasadan yetki alan organların, kurucu meclisinin yetki kullanmasına bir etkisinin olmamasıdır.

Büyük Millet Meclisi, Osmanlı Devleti ve Anayasası’na göre oluşmuş Meclis-i Mebusan’ın 16 Mart 1920 tarihinde çalışmalarına son vermesi üzerine, bu Meclis’ten gelen vekiller ve yapılan seçimler sonrası “olağanüstü yetkiler sahip” olarak Ankara’da 23 Nisan 1920 tarihinde kurulmuştur. Bu meclisin kuruluşunun hukuki temelini mevcut anayasa değil, 16 Mart 1920 tarihinde İstanbul’un işgali ile egemenlik yetkilerini fiilen üstlenmiş olan Heyet-i Temsiliyenin millî irade adına kabul ettiği “İntihap tebliği”dir. Bu tebliğe göre yapılan seçimler sonrası oluşan Büyük Millet Meclisi, Heyet-i Temsiliyeden egemenlik yetkilerini tümüyle devralmıştır. Kurucu iktidar yetkisi de egemenlik yetkilerinden biridir. Dolayısıyla sadece yeni bir anayasa yapmak üzere oluşmuş bir kurucu meclis değil, tüm egemenlik yetkilerini kullanan bir kurucu meclis olmuştur. Tam yetkili asli güç olarak, mevcut anayasanın öngördüğü hükûmet şeklini değiştirmiş, yeni bir anayasa kabul etmiş ve Osmanlı Devleti’nin saltanat olan hukuki şekline son vererek, Türkiye Devleti şeklinde millî bir devlette dönüştürmüştür. Bu süreçte Büyük Millet Meclisinin kurulması yeni bir devlet kurmak anlamına gelmediği gibi var olan bir devletin organı olan Büyük Millet Meclisinin yeni bir anayasa kabul etmesi de yeni bir devlet kurmak anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde Osmanlı Devleti’nin varlığı devam ederken devletin bir organı olarak Büyük Millet Meclisinin “*Osmanlı İmparatorluğunun İnkıraz Bulup, TBMM Hükûmetinin Teşekkül Ettiğine Dair Heyeti Umumiye Kararı*” yeni bir devlet kurulduğu anlamına gelmeyecektir.

Cumhuriyetin ilanı İkinci Meclis tarafından 29 Ekim 1923 tarihinde bir anayasa değişikliği ile gerçekleştirilmiştir. Mevcut anayasaya göre

oluşmuş ikinci Meclisin yaptığı bir anayasa değişikliği ile devlet şeklinin Cumhuriyet olarak belirlendiği tarih, neden Türkiye Devleti'nin kuruluş tarihi olarak kabul edilmektedir?

KAYNAKÇA

- AKANDERE, Osman (2018). “İdama Mahkûm Edilen Bir Hükûmet: Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin İlk İcra Vekilleri Heyeti Hakkında Çıkarılan İdam Kararları”, *SAÜ Fen Edebiyat Dergisi* (2008-II), ss. 185-241.
- ANAYURT, Ömer (2018). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ASLAN, Yavuz (2001). *TBMM Hükûmeti, Kuruluşu, Evreleri, Yetki ve Sorumluluğu (23 Nisan 1920-30 Ekim 1923)*, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.
- ATAR, Yavuz (2000). *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya: Mimoza Yayınları.
- ATATÜRK’ÜN SÖYLEV VE DEMEÇLERİ (2006). Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi.
- AYDIN, Öykü Didem (2011). *Biz, Halk: “Egemenliğin Sahibi”, Halkın-Kurucu-Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı: ABD ve Latin Amerika’nın Genel Çizgilerinden Türkiye İçin Bir Modele Doğru*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- CAN, Osman (2013). *Kurucu İktidar*, İstanbul: Alfa Yayıncılık.
- DEPENHEUER, Otto (2014). “Anayasanın İşlevi”, (çev.) Mısra Tan, *Anayasa Teorisi*, (Ed.) Otto Depenheuer, Chritoph Cranbenwarter, (Çev.Ed.) İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, Ekim, ss.549-583.
- DOEHRING, Karl (2002). *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, (çev.) Ahmet Mumcu, 2. Baskı, İstanbul: İnkıla Yayınları.
- ELSTER, John (2009). “Bir Kurucu Meclisin İdeal Tasarımı”, (Çev.) Engin Saygın, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 58, Sayı 2, s.421.
- ERDOĞAN, Mustafa (2003). *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara: Liberte Yayınları.
- ERDOĞAN, Mustafa (2019). *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- EROĞUL, Cem (1974). *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 371.
- GÖZLER, Kemal (1998), *Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık.
- GÖZLER, Kemal. (1998). *Kurucu İktidar*, Bursa: Ekin Kitabevi.

- GÖZLER, Kemal. (2018). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÜRİZ, Adnan. (2003). *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- ISENSE, Josef (2010). Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet), (çev.) Arslan Topakkaya, *Anayasa Teorisi* (Ed. Otto Depenheuer/Chritoph Cranbenwarter, (Çev.Ed. İlyas Doğan), Lale Yayıncılık, Ekim ss. 209-287.
- KELSEN, Hans (1949). *General Theory of Law & State*, wiht a new Introduction by a Javier Trevinô, United State of America, Harward University Press.
- KELSEN, Hans (2016). *Saf Hukuk Kuramı*, (Çev.) Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Yayınları.
- KUBALI, Hüseyin Nail (1959). *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, İstanbul: Sıralar Matbası.
- OKANDAN, Recai Galip (1971). *Amme Hukukumuzun Anahatları, (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Hukuk Fakültesi No. 363, Fakülteler Matbaası.
- ONAR, Erdal (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara.
- ÖZBUNDUN, Ergun (1985). "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmetinin Hukuki Niteliği", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, ss. 475-503.
- PAİNE, Thomas (1791-1792). *Rights of Man: Being an Answer to Mr. Burke's Attack on The French Revolution* (8.th ed), London: Printed for J.S. Jordon.
- ROUSSEAU, J. J. (2012). *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, (Çev.) İsmail Yerguz, İstanbul: Say.
- MONSTESQUIEU, (2017). *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çev.) Berna Günen, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- SAN, Coşkun (1981). *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No:142.
- SEZER, Abdullah (2004). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, İstanbul: Beta Yayınları.
- SMERDEL, Branko (2019). "Convention on the Future of Europe and the Process of Constitutional Choices", *Revus/Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, ss. 4-16.

- SOBOUL, A. (1969). 1789 Fransız Inkılabı Tarihi, (Çev.) Şerif Hulusi, İstanbul: Cem Yayınevi.
- TANÖR, Bülent (2006). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- TEZİÇ, Erdoğan (2018). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta yayınları.
- TUNAYA, Tarık Zafer. (1975). *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: Hukuk Fakültesi Yayınları No.454.
- UYGUN, Oktay (2017). *Hukuk Teorileri*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.



DEVLET BAŞKANININ HALK TARAFINDAN SEÇİLDİĞİ ÜLKELERDE YÜRÜTMENİN FESİH YETKİSİ

*The Dissolution Power of the Executive Branch in Countries where the Head of
the State is Elected by the Population*

Prof. Dr. Hasan TUNÇ*
Dr. Ahmet EKİNCİ**

ÖZET

Bu çalışma başkanın halk tarafından seçildiği başkanlı sistem, başbakanlı başkanlık ve başkanlı parlamenter sistem olarak adlandırılan sistemlerdeki devlet başkanının fesih yetkisini incelemektedir. Genel kabul, yürütmenin fesih yetkisinin parlamenter sisteme ait olduğudur. Bununla birlikte özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısının başlamasından itibaren başkanın halk tarafından seçildiği ve güçlü anayasal yetkilerinin olduğu sistemlerde başkanın görev süresi dolmadan parlamentoyu feshedebildiği görülmektedir. Bu anayasal tercihin amacı ise genelde siyasi kilitlenmeleri yeni seçimler vasıtasıyla çözmektir. Çünkü bu siyasi krizler kuvvetler ayrılığından kaynaklandığı için başkan ve parlamento çoğunlukla bir anlaşmaya varamamaktadır. Fransa ve Portekiz gibi bazı ülkelerde, başkanın parlamentoyu feshetmesi konusunda anayasada herhangi bir sebepsel sınırlandırma bulunmamaktadır. Bununla birlikte Peru, Ukrayna gibi ülkelerde başkan yalnızca bir hükümet krizi olduğunda parlamentoyu feshedebilir. Son olarak Ekvador, Namibya ve Türkiye (2017 sonrası) gibi ülkelerde anayasa, başkanın parlamentoyu feshetmesi durumunda hem başkalık hem de parlamento seçimlerinin birlikte yapılacağını düzenlemektedir.

Anahtar Sözcükler: fesih yetkisi, seçimlerin yenilenmesi, seçimlerin karşılıklı yenilenmesi, başkanlı sistemler, başbakanlı başkanlık sistemi, başkanlı parlamenter sistem

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğr. Üyesi., 7andhukuk@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2992-6793

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arş. Gör., ahmet.ekinci@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0803-6449.

ABSTRACT

This study examines the president's dissolution power of parliament within the systems that have a strong president who is selected by the people and that are named as primer-presidential, president-parliamentary and presidentialist. The general acceptance is that the dissolution power belongs to parliamentary system. However, particularly after beginning of second half of the 20. century, in the systems that the president is elected by the people and has strong powers, the president can terminate the parliament before the expiry of the term. The aim of this constitutional choice is generally to solve political deadlocks by new elections. Due to that the deadlocks originated from separation of power, the president and parliament mostly don't tend to any agreement. In some countries such as France and Portugal, there is not any causal restriction on the dissolution power of the president in the constitution. However, in some countries such as Peru, Ukraine and Turkey (2007-2017), the president can dissolve the parliament only when there is a government crisis. This crisis frame the causal restriction in terms of the president. Lastly, in some countries such as Ecuador, Namibia and Turkey (post-2017), the constitution regulates that when the president dissolves the parliament, both the presidential election and parliamentary elections are held together.

Keywords: dissolution power, renewal of the elections, mutual termination, presidentialist systems, premier-presidential system, president-parliamentary system

GİRİŞ

Seçimlerin yenilenmesi, erken seçim ya da fesih kararı alma yetkisinin¹ çok farklı görünüşleri bulunmaktadır. Bunlar yürütme organının feshi, otomatik fesih, kendi kendini fesih, halkın geri çağırması ve karşılıklı fesihtir. Çalışmamızda yalnızca devlet başkanının (yürütme organının) parlamentoyu feshetme yetkisi incelenmektedir². Devlet başkanının fesih yetkisi, tarihî kökleri olan bir yetkidir. Fesih yetkisi temel itibarıyla parlamenter sisteme özgü ve onun ayırt edici özelliklerinden biri olarak kabul edilir. Zira kuvvetler kaynaşmasına dayanan bir sistem olan parlamenter sistemde erkler birbirlerinin görevlerine son verebilmektedir. Buna karşın kuvvetler ayrılığı prensibine dayanan başkanlık sisteminde fesih yetkisinin teorik olarak tesis edilmesi mümkün değildir. Zira başkanlık sistemi, erklerin göreve gelirken ve görevleri boyunca birbirlerinden bağımsız olmalarını gerektirir. Günümüzde ise devlet başkanının parlamento seçimlerinden bağımsız olarak halk tarafından seçildiği ve yürütme içerisinde önemli bir ağırlığının olduğu pek çok sistemde devlet başkanına parlamentoyu feshetme yetkisinin verildiği görülmektedir. Yürütmenin yasama organının görev süresini kısaltmasına imkân tanıyan bu yetkinin anayasal olarak düzenlendiği bu sistemleri ise başkanlık sistemi olarak tanımlayamayız. Bu nedenle söz konusu sistemler doktrinde farklı kategorilerde tasnif edilmeye çalışılmaktadır.

Yürütme organı içerisinde hem doğrudan halk tarafından seçilen ve önemli anayasal yetkilere sahip olan bir devlet başkanı hem de parlamentoya karşı siyasi açıdan sorumlu olan bir bakanlar kurulu bulunan sistemler, bu iki kurum arasındaki ilişki üzerinden bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Eğer devlet başkanı, bakanlar kurulunu atayabiliyor fakat görevden alamıyorsa iki kurum arasında bir iş birliği söz konusudur. Yani yürütme organı, birbirine eşit iki kanattan oluşmaktadır. Bu sistemler, *başbakanlı başkanlık (premier-presidential)* sistemler olarak isimlendirilmektedir. Buna karşın devlet başkanı, bakanlar kurulunu

¹ Çalışmamızda “seçimlerin yenilenmesi”, “fesih” ve “erken seçim” kavramları birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmış olup çalışma boyunca bu kavramlardan yalnızca birini tercih etmekten cümlelerin bağlamı içerisinde her üçüne de yer verilmiştir. Bu kavramlar arasında fark olmadığına dair bkz. Gözler, K. (2017a). “‘Fesih’ ve ‘Seçimlerin Yenilenmesi’ Farklı Kavramlar Mıdır? ‘Cumhurbaşkanının Meclisi Fesih Yetkisi Yoktur’ İddiası Üzerine Bir İnceleme”, http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html#_ftn10, (Erişim Tarihi: 29/3/2019).

² Fesih türleri ile ilgili bkz. Anayurt, Ö. (2019). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Kitabevi, s. 378-380.

hem atayabiliyor hem de görevden alabiliyor ise bu durumda hiyerarşik bir yapı oluşmaktadır. Anılan uygulamalarda bakanlar kurulunun devlet başkanına karşı muhalif olması oldukça nadirdir. Doktrinde bu sistemlere ise *başkancı parlamenter (president-parliamentary)*³ sistemler adı verilmektedir⁴. Bir de yürütme organı tek başlı ise yani devlet başkanı aynı zamanda hükûmetin de başı ise bu sistemler “*başkancı (presidentialist)*” sistemler olarak adlandırılmaktadır⁵. Başkancı parlamenter sistemleri, başkancı sistemlerin bir alt görünümü kabul etmek mümkündür. Zira bu sistemlerde de başkan ile bakanlar kurulu arasındaki ilişki hiyerarşi ilişkisi olduğundan pratikte yürütme tek başlı hâle gelmektedir. Ancak ayrımı belirtmek amacıyla başkancı parlamenter sistemler dışında kalan başkancı sistemler çalışmamızda “diğer başkancı sistemler” olarak isimlendirilmiştir⁶. Çalışmamızda devlet başkanının halk tarafından seçildiği ancak anayasal olarak önemli yetkilerinin olmadığı, sistemin bakanlar kurulu tarafından domine edildiği başkanlı parlamenter sistemler incelenmemiştir⁷. Zira bu ülkeler parlamenter sistemler olup fesih yetkisi de pratikte başbakan tarafından kullanılmaktadır.

Çalışmamızın “Kuvvetler Ayrılığı Teorisi Çerçevesinde Fesih Yetkisi ve Bu Yetkinin Muhtemel Kullanım Alanları” başlığı altında, fesih yetkisi ve kuvvetler ayrılığı arasındaki teorik bağ ele alınmış; sonrasında ise devlet başkanının halk tarafından seçildiği ülkelerde fesih yetkisinin anayasal olarak ne şekilde düzenlendiği üzerinde durulmuştur. Bu başlık altında *başbakanlı başkanlık sistemi* olarak Burkina Faso, Fransa, Litvanya, İzlanda, Mali, Polonya, Madagaskar, Nijer, Portekiz, Togo, Senegal, Tunus, Ukrayna anayasaları; *başkancı parlamenter sistem* olarak Peru, Mozambik, Gine, Gine Bissau ve Rusya anayasaları; *diğer başkancı sistemler* olarak ise Ekvador, Uruguay, Venezuela, Türkiye ve Namibya anayasaları incelenmiştir.

³ Shugart, M. S. ve Carey, J. (1992). *Presidents and Assemblies*, New York: Cambridge University Press, s. 23; Shugart, M. S. (2005). “Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns”, *French Politics*, Vol. 3, s. 333.

⁴ Shugart, M. S. ve Carey, J. (1992). s. 24-27.

⁵ Uluşahin, N. (2013). “Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Siyasal Sistemimize Etkileri: Türkiye’de Hükümet Sisteminin Geçirdiği Dönüşüm ve Geleceğe Yönelik Beklentiler”. *Yeni Türkiye Dergisi*. Sa. 51, 331-332

⁶ Detaylı bilgi için bkz. Ekinci, A. (2020). *Yükselen Bir Hükümet Sistemi Tercihi Olarak Tek Başlı Karma Hükümet Sistemleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 151-220.

⁷ Bu ülkelere örnek olarak Avusturya, İrlanda, Slovakya, Slovenya, Romanya, Bulgaristan, Gürcistan, Hırvatistan gibi devletler verilebilir. Bkz. Özsoy, Ş. (2009). *Başkanlı Parlamenter Sistem*, İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 87-91.

Çalışmanın “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Devlet Başkanlarının Fesih Yetkisini Stratejik Kullanımı” başlığı altında ise somut ülke uygulamaları çerçevesinde devlet başkanının fesih yetkisini hangi kapsamda ve ne amaçla kullandığı ele alınmıştır. Bunun amacı sadece anayasal hükümlere odaklanmanın konu hakkında bir değerlendirme yapmak açısından gerekli ise de sistemler hakkında çıkarımlarda bulunabilmek için yeterli olmayabileceğidir. Bu amaçla Fransa (1962, 1968, 1981, 1988 ve 1998), Portekiz (1979, 1982, 1985, 1987, 2004), Polonya (1993), Peru (2019), Ukrayna (2007, 2014 ve 2019), Türkiye (2015) ve Ekvador (2019) incelenen ülkeler arasındadır. Bu örnekler üzerinden yapılacak çıkarımların ve değerlendirmelerin 2017 anayasa değişiklikleri sonrasında ülkemizde benimsenen karşılıklı seçimlerin yenilenmesi kurumu hakkındaki tartışmalara da katkı sağlaması amaçlanmaktadır.

I. KUVVETLER AYRILIĞI TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE FESİH YETKİSİ VE BU YETKİNİN MUHTEMEL KULLANIM ALANLARI

A. KUVVETLER AYRILIĞI SİSTEMLERİNDE FESİH YETKİSİ

Anayasal olarak fesih yetkisi sistemler arasında ve sistem içi uygulamalarda farklılıklar gösterebilmektedir. Ancak en genel tanımı ile fesih yetkisi anayasal olarak bu yetkiye sahip olan siyasi aktörün yasama organının görev süresini, bu süre dolmadan önce sona erdirmek için süreci başlatma ya da doğrudan buna karar verme imtiyazı olarak tanımlanabilir⁸.

Fesih yetkisi, kurum olarak Orta Çağ Avrupası’nın monarşilerinde ortaya çıkmıştır⁹. Günümüzde dahi bu yetki, kralın (ya da parlamenter

⁸ Goplerud, M. ve Schleiter, P. (2015). “An Index of Assembly Dissolution Powers”, *Comparative Political Studies*, Vol. 49, No. 4, ss. 427-456, p. 460; Benzer yönde tanımlar için bkz. Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa: Ekin Kitabevi s. 117; Karamustafaoğlu, T. (1982). *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 166.

⁹ Orta Çağ Avrupası’nda parlamentolar daimî olarak toplanan kurullar değildi. Aksine kral tarafından belirli bir gündemin görüşülmesi ve karara bağlanması için toplantıya çağırılmakta, sonrasında ise tekrar dağılmaktaydı. Daimî parlamentoların “icat” edilmesi ile birlikte İngiltere’de Richard II döneminde, parlamentoların daimî olarak toplanması, kralın ise gerekli görmesi durumunda parlamentonun dağılmasına -yani feshedilmesine- karar vermesi uygulaması tercih edilmiştir. Dolayısıyla parlamenter monarşiler bakımından fesih hakkı, tartışmaya açık olmayan, doğrudan krala ait bir hak olarak görülmüştür. Bkz. Bulmer, E. (2016). *Dissolution Power*, Stocholm: International Idea Constitution-Building 16, s. 6-7; Gözler, K. (2011). s. 117-118.

sistemlerde cumhurbaşkanının) yetkileri arasında kabul edilmektedir¹⁰. Buna karşın mutlak monarşilerden parlamenter demokrasilere doğru yaklaşılmaya başladıkça demokratik meşruiyeti olmayan kralın bu yetkisini keyfî bir şekilde kullanmaya başlamasının politik krizlere neden olduğu da kolayca anlaşılmıştır¹¹. Bu nedenle zamanla kralların fesih yetkisini keyfî kullanımı sınırlandırılmış, bu yetki ancak başbakanların talep etmesi dolayısıyla kullanılabilecek bir yetki hâline gelmiştir¹². Kaldı ki cumhurî rejime dayanan parlamenter sistemlerde söz konusu yetkinin kullanılmasına, *hükûmetin kurulamaması, mevcut hükûmetin güvensizlik oyları ile düşürülmesi, hükûmetin programına destek verilmemesi* gibi konu temelli ya da *parlamentonun ilk veya son yılı/altı ayında fesih yapılamaması* gibi zaman temelli bazı anayasal sınırlandırmaların getirildiği de görülmektedir¹³. Ancak şu bir gerçektir ki fesih yetkisi, monarşilerden türeyen bir hükûmet sistemi olan parlamenter sistemin ayırt edici bir özelliğidir¹⁴. Zira bu sistem içerisinde bakanlar kurulu ve parlamento uyum içerisinde çalışmalıdır. Bu uyumun bozulması ve tekrar kurulamaması hâllerinde mevcut parlamentonun feshedilerek tekrar bu uyumun kurulması yolunun aranması sistemsal bir gerekliliktir¹⁵. Bakanlar kurulunun

¹⁰ a.g.e., s. 118.

¹¹ Anayasal olarak kralın hâlen yürütmeye etkin bir figür olduğu bir parlamenter sistem dönemi bulunmaktadır. Bu dönem *ikinci parlamenter sistem* olarak kabul edilmektedir. Yürütmenin ve hükûmetin başı olarak hâlen kral etkin bir politik figür olmasına karşın parlamentonun da bakanları siyasi olarak görevden alma yetkisi bulunmaktaydı. Söz konusu sistemde kral hükûmeti kontrol etmesine karşın bütçeyi kabul etme yetkisi parlamentonun elindeydi. Buna karşın parlamento bütçe vasıtasıyla yürütmeyi denetleyebilmesine karşın kabineyi elde edememekte, bakanlıklar kralın arzusuna göre belirlenmekteydi. Zira kral, sahibi olduğu fesih yetkisi sayesinde muhalif bir kabine kurulmasını engellemekteydi. Bu noktada kralın muhalif bir parlamento ile karşılaştığında üç seçeneği bulunmaktaydı. Bu seçenekler (1) parlamentoyu feshetme, (2) parlamentoyu baskılama/süresiz kapatma ya da (3) yönetimde söz sahibi olmalarına müsaade etme idi. Örneğin *Fransa Kralı Charles X, 1830 yılında kendi iradesini parlamentoya dayatmaya çalıştığında tahtından olmuştur. Buna karşın halefi olan Louis-Philippe, gerekli desteği elde edemediği gerekçesiyle tam 4 kez parlamentoyu feshetmiş ve hepsinde de kendi istediği parlamento çoğunluğunun oluşmasını sağlamıştır. Keza İran'da parlamento çoğunluğu ne vakit muhalif bir çoğunluk tarafından oluşturulsa (örneğin 1907, 1911-1914, 1949-1951 ve 1961-1963), Şah parlamentoyu feshetme yolunu tercih etmiştir. Keza Ürdün'de Kral Hüseyin 1956 yılında, Fas'ta Kral 2. Hasan 1965 yılında, Nepal'de 1959 yılında kral, muhalefet partilerinin çoğunluğu oluşturması nedeniyle parlamentoyu süresiz feshetmiştir. Bkz. Przeworski, A., Asadurian, T. ve Bohlken, A. T. (2012). The Origins of Parliamentary Responsibility, Comparative Constitutional Design, (der. Tom Ginsburg), New York: Cambridge University Press, p. 108, 111.*

¹² Gözler, K. (2011). s. 119.

¹³ Gözler, K. (2011). s.120-122; Bulmer, E. (2016). s. 7.

¹⁴ Shugart, M. S., Carey, J. (1992). s. 18-22.

¹⁵ Strom, K., Swindle, S. M. (2000). The Strategic Use of Parliamentary Dissolution Powers, içinde *Parliamentary Control of Executive*, Directed by Thomas Lancaster, Manuel Sanchez de Dios, Joint Sessions of Workshops of the European Consortium for Political Research, Copenhagen, 2000, s. 3-4.

parlamentoya karşı siyasi açıdan sorumlu olmasının *panzehri* güvensizlik oyları karşısında ileri sürebileceği fesih yetkisidir. Kaldı ki literatürde fesih yetkisi ile güvenoyu silahlarının “*simetrik siyasi silah*” olarak adlandırıldıkları görülmektedir¹⁶. Zaten bu nedendir ki parlamenter sistem, *kuvvetler ayrılığı* (*separation of powers*) sistemi olarak değil *kuvvetler kaynaşması* (*fusion of powers*) sistemi olarak tanımlanabilmektedir¹⁷.

Kuvvetler ayrılığı teorisi, erklerin birbirlerinin görev süresi üzerinde etkili olamaması üzerine kuruludur. Zira Madison’un Federalist Yazıları’nın (*Federalist Papers*) 51 No.lu bölümünde ifade ettiği üzere kuvvetler ayrılığı, yasama, yürütme ve yargının her birinin kendi yetki alanında söz sahibi olmasını ve bu sayede birbirlerini denetleyebilmesini amaç edinir. Madison’a göre bunu sağlamanın yollarından biri de erklerin personel bakımından olabildiğince farklılaştırılmasıdır. Bu ise ilgili erke hâkim olan personelin diğer erklerden bağımsız olarak göreve gelmesi ile sağlanır¹⁸. Açıktır ki bu olgu, bir erkin personelinin diğer erklerin müdahalesi olmaksızın göreve devam edebilmesini de içerir. Görüldüğü üzere kuvvetler ayrılığı sisteminde, birbiri ile “uyumlu” ve aynı iradeye dayalı bir çoğunluğun hem yasamada hem de yürütme organında tezahür etmesi parlamenter sistemdeki kadar şart olmadığı gibi arzu edilmeyen de bir durumdur. Zira denge ve denetleme mekanizmalarının işletilebilmesi ve parlamentonun etkin bir denetleme yapabilmesi bakımından parlamentonun yürütmenin müdahalesi ile görevine son verilmeyeceğinden emin olması elzemdir¹⁹. Bu nedenle devlet başkanının yasamadan ayrı olarak halk tarafından seçildiği ve önemli anayasal yetkilere sahip olduğu sistemlerde anayasal olarak fesih yetkisinin bulunmasının bu sistemi kuvvetler ayrılığına dayanmaktan, dolayısıyla da başkanlık sistemi olmaktan çıkardığı açıktır²⁰.

Devlet başkanının halk tarafından seçildiği ve yürütme içerisinde

¹⁶ Anayurt, Ö. (2019). s. 374.

¹⁷ Strom, K. ve Swindle, S. M. (2000). s. 3.

¹⁸ Hamilton, A.; Madison, J. ve Jay, J. (2008). *The Federalist Papers*, No. 51, (Ed.) Lawrence Goldman, New York: Oxford University Press, s. 256-260.

¹⁹ Örneğin Shugart, fesih yetkisinin karakteristik olarak başkanlık sistemine uygun olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Shugart, M.S. (2006). *Comparative Executive-Legislative Relations, içinde*, R. A. W. Rhodes, Sarah A. Binder, Bert A. Rockman (der.) *The Oxford Handbook of Political Institutions*, New York: Oxford University Press, s. 358.

²⁰ Benzer yönde bkz. Özsoy Boyunsuz, Ş. (2017). *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İstanbul: İmge Kitabevi, s. 151-152; Açıl, M. (2018). *Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, s. 24 vd; Gözler, K. (2017b). *Elveda Anayasa*, Bursa: Ekin Kitabevi, 3. Baskı, s. 57.

belirgin bir rolü olduğu sistemlerin önemli bir kısmında anayasal olarak fesih yetkisinin düzenlendiği görülmektedir. Bu sistemler, yürütmenin iki başlı olduğu başbakanlı başkanlık sistemleri (*premier-presidential systems*) ile bakanlar kurulunun devlet başkanı karşısında ikincil bir konumda bulunduğu *başkancı-parlamenter sistemler* ile yürütmesi tek başlı olmakla birlikte fesih yetkisine anayasal olarak yer veren *başkancı sistemlerdir*²¹. Fesih yetkisinin anayasal olarak düzenlendiği bu sistemlerde fesih yetkisi doğrudan devlet başkanı tarafından kullanılmaktadır. Parlamenter sistemlerle kıyaslandığında ise devlet başkanının bu yetkiyi kullanmak bakımından daha serbest olduğu görülmektedir. Zira parlamenter sistemlerde gerek kral gerekse de cumhurbaşkanı, bu yetkiyi hükûmetin tavsiyesi üzerine kullanabilir. Aksinin modern parlamenter sistem ile uyuşmadığı düşünülür²². Buna karşın karma sistemlerde durum farklıdır. Bu sistemlerin anayasal açıdan incelenmesinde sırasıyla fesih yetkisine konu bakımından getirilen sınırlandırmalar, zaman bakımından getirilen sınırlandırmalar, feshin teklif edilmesi bakımından yetkili makam ve karşılıklı seçimlerin yenilenmesi şeklinde bir tasnif söz konusu olabilir.

İncelenen şartlardan ilki konu bakımından sınırlandırmalardır. Başbakanlı başkanlık sistemleri, başkancı parlamenter sistem ve diğer başkancı sistemler olarak çalışmamızda incelenen 24 devlet içinden 9'u başbakanlı başkanlık sistemi, 2'si diğer başkancı sistemlerden olmak üzere 11'inin (%45.83)²³ anayasasına göre başkan herhangi bir nedene ihtiyaç duymaksızın parlamentoyu feshedilmektedir. Buna karşın 5'i başbakanlı başkanlık sistemi, 5'i başkancı parlamenter sistem ve 3'ü diğer başkancı

²¹ Tek başlı karma sistemler, yürütmede hâkim pozisyonun devlet başkanına ait olduğu sistemlerdir. Bu sistemlerde bir kabine bulunsa ve bu kabine parlamento karşısında siyasal açıdan sorumlu olsa bile devlet başkanı kabineyi hem atama hem de görevden alma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kabine ile devlet başkanı arasındaki ilişki açıkça bir "hiyerarşi" ilişkisi olduğundan bu sistemlerde yürütme organı tek başlı kabul edilmelidir. Bu nedenle de çalışmamızda yarı başkanlık sistemleri içerisinde sayılan "başkancı parlamenter sistemler" (*presidentialist parliamentary systems*) bu grupta sayılmıştır.

²² Pek çok parlamenter monarşide kralın bu yetkisine anayasal olarak sınır getirilmemiştir. Buna karşın devlet başkanının bu yetkisini başbakanın tavsiyesi ve/veya talebi üzerine kullanabileceği kabul edilmektedir. Schleiter, P., Morgan-Jones, E. (2009). "Constitutional Power and Competing Risks: Monarchs, Presidents, Prime Ministers, and the Termination of East and West Cabinets", *American Political Science Review*, Vol. 103, No. 3, s. 499.

²³ Başbakanlı başkanlık sistemleri, Fransa başta olmak üzere Burkina Faso, İzlanda, Mali, Madagaskar, Nijer, Portekiz, Togo, Senegal iken diğer başkancı sistemler Türkiye ve Namibya'dır. Gine Anayasası'nın 93. maddesine ve Guinea Bissau Anayasası'nın 69. maddesine göre başkan, yasama ve yürütme arasında bir gerilim var ise parlamentoyu feshetme yetkisine sahiptir. Ancak söz konusu "gerilim" oldukça geniş bir nitelik arz ettiğinden konu bakımından bir sınır olarak görülmemiştir.

sistemler olmak üzere geri kalan 13 devletin (%54.16) anayasasında, fesih için hükûmetin göreve başlarken parlamentodan güvenoyu alamaması²⁴ ya da görevine devam eden bir kabinenin parlamento tarafından görevden alınması sonrasında anayasal olarak öngörülen süre içerisinde yeni hükûmetin kurulamaması ya da belirli bir süre içerisinde kabinenin üst üste iki kez güvensizlik oyu ile düşürülmesi²⁵ öngörülmektedir. Yalnızca Polonya'da hükûmet tarafından sunulan bütçenin parlamento tarafından reddedilmesi parlamentonun feshedilmesi sebebi olarak öngörülmüştür²⁶. İncelediğimiz diğer başkanlı sistemlerden Venezuela ve Uruguay'da ise parlamentonun bakan(lar)a ya da başkan yardımcısına güvensizlik oyu vermiş olması²⁷ durumunda başkan parlamentoyu feshedebilmektedir.

İncelenen ülkelerin bir kısmı, başkanın parlamentoyu feshedebilmesi açısından birtakım ekstra şartlar getirmektedir. Bu şartlar ise *süre bakımından getirilen sınırlandırmaları* oluşturur. Bu kapsamda (1) parlamentonun göreve başlamasından sonra belirli bir sürenin geçmesi²⁸, (2) parlamentonun görevinin sona ermesine belirli bir süreye kadar yaklaşılmış olması²⁹, (3) devlet başkanının görevinin bitmesine

²⁴ Bu ülkeler Mozambik, Rusya (m. 111), Litvanya (m. 58), Polonya (Başkan hükûmeti atadıktan sonra hükûmet programını 14 gün içerisinde parlamentoya sunar ve güvenoyu ister. Parlamento en az üyelerinin yarısı ile toplanır ve mutlak çoğunluk ile güvenoyu vermez ise hükûmet düşer. Buna karşın parlamento kendi başbakanını ve bakanlar kurulunu oluşturur ve oylar. Bu kabineyi başkan Bakanlar Kurulu olarak atar. Eğer parlamento kendi kabinesini kuramaz ise 14 gün içinde başkan kabineyi tekrar kurar ve parlamento basit çoğunluk ile güvenoyu vermelidir. Eğer bu güvenoyu verilmez ise başkan parlamentoyu fesheder. m.154-155), Tunus (m. 89, 99) ve Ukrayna (m.90).

²⁵ Bu ülkeler Peru (bir dönemde iki kez güvensizlik oyu verilmesi-m.134/1), Rusya (üç ay içinde iki kez güvensizlik oyu verilmesi-m. 117), Litvanya (60 gün içinde iki kez güvensizlik oyu verilmesi-m.58), Ukrayna (kabinenin güvensizlik oyu ile düşürülmesi sonrasında 60 gün içinde yeni kabinenin kurulamaması-m.90); Tayvan (kabinenin güvensizlik oyları ile düşürülmesi sonrasında 10 gün içinde yeni kabinenin kurulamaması-ek m. 2).

²⁶ Bkz. Polonya Anayasası, m. 225.

²⁷ Venezuela'da (m.240) ve Uruguay'da (m.148) başkanın bu yetkiyi kullanabilmesi için parlamentonun bir ya da birden fazla bakanı ya da başkan yardımcısını güvensizlik oyları neticesinde görevden alması, fesih yetkisinin kullanılabilmesi için bir ön gereklilik olarak öngörülmektedir. Uruguay'da parlamento bir bakana güvensizlik oyları ile görevden alır ise başkan bu kararı veto edebilir. Parlamento bu vetoyu üye tam sayısının 3/5'i ile aşamaz ise başkan parlamentoyu fesheder. Eğer parlamento bu nisap ile vetoyu aşar ise hem fesihten kurtulur hem de bakan görevden alınır. Bkz. Uruguay Anayasası m.148.

²⁸ Bu ülkeler Portekiz (parlamento göreve başladıktan sonraki 6 ay), Rusya (parlamento seçildikten sonraki bir yıl), Senegal, (parlamentonun göreve başlamasından sonraki iki yıl-m. 87), Tunus, yasama seçimlerini takip eden 6 ay), Ukrayna, (parlamentonun göreve başlamasından sonraki bir yıl-m. 90), Gine Bissau (parlamento seçildikten sonraki 12 ay-m. 94).

²⁹ Bu ülkeler Peru (parlamentonun görev süresinin son yılı-m.134), Tunus, (parlamentonun görev süresinin bitmesine 6 aydan az bir süre kalması m.77), Ukrayna (parlamentonun görev süresinin bitmesine bir yıldan az bir süre kalması-m.90)

belirli bir süreye kadar yaklaşılmış olması³⁰ ya da (4) devlet başkanının zaten fesih yetkisini kullanmış olmasından sonra belirli bir sürenin geçmesinin öngörülmesi³¹, (5) hükûmete güvenoyu verildikten sonra belirli bir sürenin geçmesinin öngörülmesi³² (6) parlamentonun devlet başkanı aleyhine impeachment sürecini başlatmış olmasından sonra bu sürecin neticelenmesine kadar geçen sürede feshin yasaklanmasının³³ öngörülmesi, incelediğimiz ülkelerde devlet başkanının fesih yetkisini süre bakımından sınırlayan şartlardır. Söz konusu şartlardan yalnızca biri anayasal olarak düzenlenebileceği gibi birkaçının aynı anda düzenlenmesi de söz konusu olabilir. Örneğin Tunus, Ukrayna, Rusya gibi ülkelerde bu şartlardan birkaçının anayasal olarak düzenlendiği görülmektedir.

Başkanın fesih yetkisine getirilen zaman bakımından sınırlandırmalardan biri de *olağanüstü dönemlerde* fesih yetkisinin kullanılmasına ilişkindir. Başbakanlı başkanlık ve başkancı parlamenter sistemler olmak üzere incelenen anayasaların 14'ünde (%58.3) başkanların olağanüstü dönemlerde bu yetkisini kullanması yasaklanmaktadır³⁴. Buna karşın diğer başkancı sistemlerde böyle bir sınırlama söz konusu değildir.

İncelenen ülkelerde fesih yetkisinin kullanılması başkana aittir. Bu yetkinin kullanılması bakımından başkanın başka bir makamın iznine ya da teklifine ihtiyacı bulunmamaktadır³⁵. Yalnızca Ekvador'da başkan, parlamentonun anayasal olarak sahip olmadığı bazı yetkileri haksız bir biçimde devralması durumunda parlamentoyu feshetmek istediğinde öncesinde Anayasa Mahkemesinin lehe kararını elde etmelidir (mad. 148).

³⁰ Bu ülkeler Litvanya (başkanın görev süresinin bitmesine 6 aydan az bir süre kalması-m.58), Portekiz, (başkanın görev süresinin bitmesine 6 aydan az bir süre kalması-m.172), Tunus, (başkanın görev süresinin bitmesine 6 aydan az bir süre kalması m.77), Ukrayna (başkanın görev süresinin bitmesine bir yıldan az bir süre kalması-m.90) ve Venezuela (başkanın görev süresinin bitmesine bir yıldan az bir süre kalması-m. 240), Gine Bissau (başkanın görev süresinin bitmesine 6 aydan daha az bir süre kalması-m. 94).

³¹ Bu ülkeler, Fransa (erken seçimler yapıldıktan sonraki bir yıl-m.12), Burkina Faso (Erken seçimler yapıldıktan sonraki bir yıl-m. 50), Litvanya (erken seçimler yapıldıktan sonraki 6 ay-m. 58), Mali (erken seçimler yapıldıktan sonraki bir yıl-m. 42), Madagaskar (erken seçimler yapıldıktan sonraki 2 yıl-m. 60), Nijer (erken seçimleri takip eden 24 ay-m. 59).

³² Buna örnek Tunus'tur. Tunus Anayasası'na göre hükûmete güvenoyu verildikten sonraki 6 ay parlamento feshedilemez (m. 77).

³³ Buna örnek Rusya (m. 109) ve Türkiye'dir. 1982 Anayasası'nın 105/4 hükmüne göre "hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı, seçim kararı alamaz."

³⁴ Bu ülkeler, Fransa (m. 16), Peru (m. 134), Gine (m. 93), Burkina Faso (m. 59), Mali (m. 50), Portekiz (m. 172), Togo (m. 94), Tayvan (ek m. 2.), Niger (m. 67), Senegal (m. 52), Tunus (m. 80), Mozambik (m. 189), Gine (m. 90), Gine Bissau (m. 94) ve Rusya'dır (m. 109).

³⁵ Namibya'da başkanın bu yetkiyi kullanabilmesi için kabinenin teklifte bulunması (m. 57) gerekli iken başkan bu ülkede hem kabineyi atama hem de görevden alma yetkisine sahip olduğundan teklif şartının basit bir formalite olduğu söylenebilir.

Diğer yandan bazı ülkelerde başkanın bu yetkisini kullanmasından önce bazı anayasal kurumların görüşünü alması gerektiği düzenlenmektedir. Ancak bu görüşmeler bağlayıcı değildir. Takdir yetkisi başkana aittir. Fesih yetkisini kullanmadan önce başkanın hükûmet/başbakan ile³⁶ meclis başkanı ile³⁷ parlamentoda temsil edilen partiler/liderleri ile³⁸ görüşmesi öngörülebilmektedir. Buna karşın incelenen 24 devletin 12'sinde (%50)³⁹ herhangi bir ön görüşme şartı bulunmamaktadır. Tamamı diğer başkanlı sistemlerde olmak üzere incelenen ülkelerin 3'ünde (%12.5) başkanın fesih yetkisini kullanımına sınırlandırmalardan ziyade cezanın getirildiği görülmektedir⁴⁰. Bu ceza ise başkanlık seçimlerinin de parlamento seçimleri ile birlikte yenilenmesidir.

İncelenen sistemler, başkanın sahibi olduğu fesih yetkisi nedeniyle kuvvetler ayrılığından ayrılmaktadır. Dolayısıyla başkanlık sistemi degillerdir. Peki, sistem içerisinde başkanın fesih yetkisine sahip olması bir sistemi doğrudan anti-demokratik bir sistem olarak kabul etmek için yeterli midir?⁴¹ Kanımızca bu sorunun cevabı hayırdır. Çünkü bir kere Fransa ve Portekiz gibi başkana bu yetkinin oldukça geniş bir takdir alanı sunduğu sistemler, demokratikliği ve özgürlük anlayışları tartışmalı olmayan ülkelerdir. Her ne kadar Weimar Cumhuriyeti'ndeki benzer düzenlemelerin krize yol açtığı ifade edilmekte ise de⁴² bunu sadece fesih yetkisiyle açıklamak zordur⁴³. Dolayısıyla spesifik örnek(ler)den hareketle fesih yetkisi ile anti-demokratiklik arasında doğrudan bağ kurmak mümkün görülmemektedir.

³⁶ Bu ülkeler Fransa (m. 12), Burkina Faso (m. 50), Mali (m. 42), Madagaskar (m.60), Nijer (m.59), Togo (m. 68), Senegal (m. 87)'dir.

³⁷ Bu ülkeler Fransa (m. 12), Polonya (m. 98), Ukrayna (m. 90), Guinea Bissau (m. 69), Burkina Faso (m. 50), Mali (m. 42), Madagaskar (m. 60), Nijer (m. 59), Togo (m. 68), Senegal (m. 87), Tayvan'dır (ek m. 2).

³⁸ Bu ülkeler Portekiz (m. 133), Guinea Bissau (m. 69), Ukrayna'dır (m. 90).

³⁹ Bu ülkeler, Peru, Mozambik, Rusya, Gine, Litvanya, İzlanda, Tunus, Ekvador Uruguay, Venezuela, Türkiye ve Namibya'dır. Ekvador'da başkan, parlamentonun anayasada yer almamasına karşın bazı yetkileri devraldığı gerekçesiyle parlamentoyu feshetmek için Anayasa Mahkemesinin lehe onayına ihtiyaç duyar. Bunun haricinde siyasi krizler ve iç ayaklanmalar durumunda ya da Ulusal Gelişme Planı'nın engellenmesi durumunda fesih yetkisini özgürce kullanabilir (m. 148).

⁴⁰ Bu ülkeler, Ekvador, Türkiye ve Namibya'dır.

⁴¹ Doktrinde, devlet başkanına fesih yetkisi tanınmasının hem bazı istisnalar dışında sistemi antidemokratik bir nitelik taşıdığına hem de tehlikeli olduğunu ileri sürülmektedir. Bkz. Anayurt, Ö. (2019). s. 376.

⁴² a.g.e., s. 376.

⁴³ Zira 1929'dan beri Avusturya'da da benzer düzenlemeler söz konusu ise de uygulamanın çok farklı gerçekleştiği görülmektedir. Shugart, M. S. (2005). s. 340.

B. BAŞKAN TARAFINDAN FESİH YETKİSİNİN ETKİN BİR ŞEKİLDE KULLANILMASINA ETKİ EDEN UNSURLAR

Parlamentar sistemin uygulandığı Danimarka, İspanya ve İngiltere⁴⁴ gibi gelişmiş ülkelerde fesih yetkisinin etkin bir şekilde kullanıldığını görmekteyiz. Öyle ki anılan ülkelerde monarkın başbakanın talebini geri çevirememesi nedeniyle sıklıkla erken seçim yapılabilmektedir⁴⁵. Bu ülkelerde parlamentonun normal yasama dönemini tamamlaması neredeyse kural değil istisna bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁶.

Halk tarafından seçilen devlet başkanı politik bir figür hâline gelmekte⁴⁷ ve önemli anayasal yetkiler kullanmaktadır. Kullandığı anayasal yetkilerin onu yürütme içerisinde baskın siyasi figür hâline getirmesi de devlet başkanına politikaya aktif bir şekilde müdahale etme imkânı vermektedir⁴⁸. Dolayısıyla bu sistemlerde *fesih yetkisinin devlet başkanı* tarafından aktif bir şekilde kullanılabilmesi mümkündür. Buna karşın anılan sistemlerde parlamenter sistemlere kıyasla fesih yetkisinin kullanılmasının daha nadir olduğu da ileri sürülmektedir⁴⁹.

⁴⁴ İngiltere’de başbakanlar siyasi amaçlarla monarktan sıklıkla fesih yetkisini kullanmasını talep etmeydi. Bunun önüne geçebilmek adına 2011 yılında geçirilen *Fixed-term Parliaments Act*’ kanunu ile buna bir sınırlama getirilmiştir. Bu kanuna göre başbakan ancak hükûmetin güvenoyu isteyip alamaması ve akabindeki 14 gün içerisinde yeni hükûmetin de kurulamaması olması durumunda parlamentonun feshini talep edebilmektedir. Ayrıca parlamento, üye tamsayısının 2/3’ü ile erken seçim kararı alabilir. Bkz. İnternet: Fixed-term Parliament Act, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/section/2/enacted>, (e.t. 20.3.2020).

⁴⁵ Ampirik veriler, parlamenter sistemlerde en çok fesih yetkisinin monarşilerde kullanıldığını ortaya koymaktadır. Buna göre 1945-2000 yılları arasında Danimarka’da 31 hükûmet kurulmuş iken 20 erken seçim yapılmıştır. İngiltere’de 1945-2000 yılları arasında 20 hükûmet kurulmuş 10 erken seçim yapılmıştır. İspanya’da, 1977-2000 yılları arasında 8 hükûmet kurulmuş iken 6 erken seçim yapılmıştır. Bergman, T. M., Wolfgang C., Strom, K., Blomgren, M. (2003). *Democratic Delegation and Accountability: Cross-national Patterns*, içinde Kaare Strom, Wolfgang C. Müller, Torbjörn Bergman (der.) *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, New York: Oxford University Press, s. 164-165.

⁴⁶ Kayser, OECD ülkelerinde erken seçimi anayasal olarak düzenlemeyen Norveç, ABD ve İsviçre gibi ülkeler dışında erken seçimin oldukça yaygın olduğunu ifade etmektedir. Bu ülkelerin önemli bir kısmının parlamenter sistem olduğu unutulmamalıdır. Bkz. Kayser, M. A. (2005). “Who Surfs, Who Manipulates? The Determinants of Opportunistic Election Timing and Electorally Motivated Economic Intervention”, *American Political Science Review*, Vol. 99, No. 1, s. 18.

⁴⁷ Morgan-Jones, E., Schleiter, P. (2018). “Presidential Influence on Parliamentary Election Timing and the Electoral Fate of Prime Ministers”, *The Journal of Legislative Studies*, Doi: 10.1080/13572334.2018.1477273, s. 2.

⁴⁸ Tavits, özellikle bölünmüş iktidar dönemlerinde veya kohabitasyon dönemlerinde devlet başkanının politikaya aktif müdahale etmek konusunda daha hevesli olduğunu ifade etmektedir. Tavits, M. (2008). *Presidents with Prime Ministers*, New York: Oxford University Press, s. 36-39; Morgan-Jones, E., Schleiter, P. (2018). s. 2.

⁴⁹ Schleiter, P., Morgan-Jones, E. (2009). s. 496; Smith, A. (2003). “Election Timing in Majoritarian Parliaments”, *B. J. Pol. S.*, Vol. 33, s. 317.

Bu noktadaki ikinci farklılık ise parlamenter sistemlerde bir başbakanı fesih kararı almak noktasında motive eden hususlar ile devlet başkanını bu kararı almak konusunda motive eden unsurlar arasındadır. Genelde bir başbakan, seçimleri erkene alarak seçim zaferi kazanmayı ve mevcut görev süresinin kalanını feda ederek bir sonraki yasama döneminde de hükûmette kalmayı amaç edinir⁵⁰. Buna karşın incelediğimiz ülkelerdeki devlet başkanının aynı arzuyu taşıdığı düşünülemez. Zira incelediğimiz sistemlerin çoğunda fesih ile birlikte başkanın seçimleri yenilenmemektedir. Dolayısıyla devlet başkanının bir sonraki dönemi de garantilemek için seçimlere gitmesi söz konusu değildir. Öyle olsa dahi devlet başkanının görev süresine anayasal olarak sınır getirilmektedir⁵¹. Dolayısıyla başkanın “bir dönem daha iktidarda kalmak arzusu” ile parlamentoyu feshetme düşüncesi, başbakanlarıki kadar yoğun olmayabilir⁵². Bununla birlikte başkanın erken seçim kararı almak konusunda teşvik eden ana etmen, muhalif bir parlamentodan kurtulmak ve kendi eğilimlerine yakın bir parlamento ile çalışmaktır⁵³. Yine de başkanın bu arzusuna ulaşması için onu motive eden kurumsal olan ve olmayan bazı unsurlar vardır. Bu unsurlar *anayasal sınırlar, avantajlı politik durum ve kriz durumu* şeklinde tasnif edilebilir.

Anayasal sınırlar, başkanın fesih yetkisini kullanması noktasında getirilen konu ve süreye ilişkin sınırlar ile başkanın bu yetkiyi kullanması ile ilgili öngörülen cezalardır. Tsebelis’in veto oyuncularını (*veto players*) görüşüne göre, bir kararın alınmasına ne kadar fazla aktör dâhil olur ise kararın alınması süreci o oranda zorlaşır. Zira bu aktörlerin kararın alınmasında görüş birliğinde olması gerekir⁵⁴. Bu durumda anayasal

⁵⁰ Bu feda etme olgusuna fırsat maliyeti (opportunity cost) adı verilmektedir. Bkz. Balke, N. S. (1990). “The Rational Timing of Parliamentary Elections”, *Public Choice*, Vol. 65, 1990, s. 202-203; Goplerud, M., Schleiter, P. (2015). s. 449.

⁵¹ Başkanların görev sınırı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ekinci, A. Kaplan Arık, A. (2020). “Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2020/1, ss. 71-122, s. 76-87.

⁵² Gül, C. (2020). *Demokrasi Teorisi Açısından Başkanlık/Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Demokratik Değeri*, Ankara: Adalet Kitabevi, s. 338.

⁵³ Şüphesiz bunun nedenlerinden biri, devlet başkanının anayasal olarak görev sınırına sahip olması ve incelenen ülkelerin önemli bir kısmında devlet başkanının fesih yetkisini kullandıktan sonra kendisinin seçimlerinin yenilenmeyecek olmasıdır. Goldey, D. B. (1998). “The French General Election of 25 May-1 June 1997”, *Electoral Studies*, Vol. 17, No. 4, 1998, s. 537; Schleiter, P., Morgan-Jones, E. (2009). s. 501.

⁵⁴ Tsebelis, G. (1995). “Decision-making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism”, *British Journal of Political Science*, Vol. 25, s. 293, 295-296, 301-302.

olarak sisteme entegre edilen ve gerçekleşmesi gerekli olan şartlar için aktör olarak belirlenen kurumların eylemleri, başkanın bu kararı almasını zorlaştırabilir⁵⁵. Bu durumda ne kadar az anayasal engel var ise veya fesih yetkisi ne ölçüde başkanın elinde toplanmakta ise o ölçüde başkanın fesih yetkisini rahatlıkla kullanabileceği düşünülebilir⁵⁶. Fransa ve Portekiz gibi konu sınırlandırmalarının getirilmediği örnekler başkana en geniş yetkiyi tanıyan anayasalar olarak kabul edilebilir. Bu durumda başkan -*anayasada yer alan süreye ilişkin şartlara da uyduğu ölçüde*- avantajlı olarak değerlendirdiği durumlarda bu yetkisine kolayca başvurabilir. Dolayısıyla pratikte, fesih yetkisinin en çok bu tür ülkelerde gerçekleşmesi beklenebilir⁵⁷.

Fesih yetkisinin kullanımına *konu yönünden* getirilen sınırlandırmalar, başkanın bu yetkiyi daha nadir kullanmasını sağlar. Esasında bu sınırlandırmalar, başkanın fesih yetkisini kullanabilmesi için gerçekleşmesi gerekli olan ön şartları oluşturmaktadır. Bu noktada en dikkat çeken husus, “hükûmetin kurulamaması”dır. Bu olgu, parlamento ile başkan arasındaki bir uzlaşmayı ve iş birliğini gerekli kılması nedeniyle başkanın sınırlar⁵⁸. Başkan bu yetkisini kullanmadan evvel, parlamentonun mevcut hükûmeti görevden alması ve yeni hükûmetin kurulamaması nedeniyle siyasi bir krizin ortaya çıkması gerekir. Yani konu yönünden sınırlandırmalar, siyasi krizlerin çözülebilmesi ve hükûmete işlerlik kazandırılabilmesi açısından başkana verilmiş bir yetkidir. Bu nedenle keyfî kullanımı beklenmez. Ancak tahmin edilebileceği üzere hükûmetin kurulamaması, *sunî* ya da *gerçek olmayan güvenoylaması* vasıtasıyla başkan tarafından “tasarlanabilecek” bir olgudur⁵⁹. Dolayısıyla bu tür durumlarda

⁵⁵ Bulmer, E. (2016) s. 12; Schleiter, P., Morgan-Jones, E. (2009). s. 502, 507; Morgan-Jones, E., Schleiter, P. (2018). s. 5.

⁵⁶ Strom, K., Swindle, S. M. (2000). s. 2, 15; Schleiter ve Morgan-Jones’e göre fesih yetkisine anayasal olarak sınır getirilmiş olması durumunda erken seçim ihtimali %17 gibi bir orana düşmektedir. Bu ihtimal parlamenter sistemler ve yarı başkanlık sistemleri açısından anlamlı farklılıklar ortaya koymamaktadır. Bkz. Schleiter, P., Morgan-Jones, E. (2009). s. 496-497, 507.

⁵⁷ Bergman, T., Müller, W. C., Strom, K. /Blomgren, M., (2003). s. 164-165.

⁵⁸ Shugart, M. S. (2005). s. 341.

⁵⁹ Örneğin Alman Anayasası, feshin gerçekleşebilmesi için hükûmete güvenoyu verilmemesi ve hükûmetin kurulamamasını şart koşmaktadır. Bununla birlikte 1972 yılında, 17.12.1982’de ve 2005 yılında, başbakanlar, sırf bu anayasal şartı gerçekleştirerek parlamentonun feshedilmesi amacıyla, parlamentoda çoğunluğa sahip olmalarına karşın hükûmetin talep ettiği güvenoyunun parlamento tarafından verilmemesini sağlamışlardır. Böylece erken seçime giderek bir sonraki seçimlerde parlamentonun çoğunluğunu tekrar elde etmeyi amaç edinmişlerdir. 1982 tarihli örnekte muhalefet bu pratiğin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Federal Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuşsa da Mahkeme, bunun anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Bkz. Göztepe, E. (2010). Federal Alman Anayasası’nda

da, ilk durumdan daha az olması beklenmekte ise de başkan fesih için gerekli ortamı oluşturabildiği ölçüde, bu yetkiye başvurmakta tereddüt etmeyecektir. Ancak bu durumda suni de olsa bir siyasi kriz vuku bulacağından başkanın fesih yetkisini kullanması durumunda seçimleri kazanacağı noktasında bir inanca sahip olması gereklidir. Başkanın keyfî bir şekilde fesih kararı almasını engelleyebilecek en güçlü anayasal sınır ise fesih yetkisinin kullanılması durumunda anayasal olarak bir cezanın öngörülmüş olmasıdır⁶⁰. Bu anayasal tercih ise Namibya'da (mad. 57), Ekvador'da ve 2017 değişiklikleri sonrasında Türkiye'de karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu ülkelerde fesih yetkisi, adeta kullanılmamak için düzenlenmiş olduğu ileri sürülebilir⁶¹.

Anayasal sınırlar ile ilgili olarak ampirik veriler de bu teoriyi doğrulamaktadır. Zira Morgan-Jones ve Schleiter'in yakın tarihli çalışmasına göre başkanın fesih yetkisinin anayasal olarak güçlü olduğu ülkelerde gerçekleştirilen seçimlerin %44'ü erken seçim iken konu bakımından veya süre bakımından sınır getirilen ülkelerde bu oran %26'dır⁶².

Başkanın fesih yetkisini kullanmak noktasında hesaba katması gereken bir diğer husus "*avantajlı politik durum*" olgusudur. Başkanın incelenen ülkelerde bir siyasi figür olduğu düşünüldüğünde seçimlerin yenilenmesine karar verebilmesi için bir diğer şart, kendi partisi ya da koalisyonunun seçimlerden avantajlı bir konumda ayrılacağı yönünde bir inancı olmasıdır⁶³. Yani başkanın ya da partisinin popülaritesi yüksek ve seçimleri kazanmak konusundaki belirsizlik düşük ise erken seçim önemli bir seçenek hâline gelmektedir⁶⁴. Bu noktada seçmenlerin oy

Güvensizlik Oyu Sonucu Yasama Meclisinin Feshi Kurumu, içinde Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoğlu'na Armağan, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 335-373, s. 342 vd; Schleiter, P., Morgan-Jones, E. (2009). s. 499.

⁶⁰ Lijphart, A. (2006). *Demokrasi Motifleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (Çev.) Güneş Ayas, Utku Umut Bulsun, İstanbul: Salyangoz Yayınları, s. 124-125.

⁶¹ Gül, C. (2020). s. 335-341.

⁶² Morgan-Jones, E., Schleiter, P. (2018). s. 8.

⁶³ Örneğin Fransa'da Başkan Giscard kendi partisi parlamentoda azınlık durumunda olmasına karşın bir erken seçim kararı alınması durumunda kendi seçmenine dahi bu erken seçim kararını izah edemeyeceğini düşünmüş ve bu karardan vazgeçmiştir. Bu muhtemel yenilgiyi bertaraf ettikten sonra girdiği başkanlık yarışını ise %1 oy farkla Mitterand karşısında kazanabilmiştir. Benzer şekilde Başkan Chirac da 1993-1995 yılları arasında, büyük fakat bölünmüş durumdaki muhafazakâr bir çoğunluğa dayanan parlamentoyu girişiminden benzer bir gerekçe ile vazgeçmiştir. Bkz. Goldey, D. B. (1998). s. 537; Shugart, M. S. (2005). s. 339.

⁶⁴ Balke, N. S. (1990). s. 201, 202-203.

verme davranışları önem kazanmaktadır. Şu bilinmektedir ki seçmenler ülkenin içinde bulunduğu koşul ne olursa olsun bununla iktidarı özdeşleştirme eğilimindedir. Dolayısıyla bu özdeşleştirme, seçmenin oy verme davranışına da yansır⁶⁵. Bunu bilen siyasetçiler, avantajlarına olacağını düşündükleri politik konjonktürden yararlanmak maksadıyla seçimleri erkene alabilmektedir. Bu noktada en belirleyici olgu, iktidarın ekonomik performansdır⁶⁶. Parlamenter sistemlerde, şayet ekonomik göstergeler olumlu seyrediyorsa iktidar partileri seçmen nezdinde destekleneceğinden seçim tarihi erkene alınabilmektedir⁶⁷. Diğer yandan yakın gelecekte ekonomik verilerin kötüleşeceğine dair bir inanış varsa iktidar partileri gelecekte bundan olumsuz bir şekilde etkilenmemek için yine seçimleri erkene alabilmektedir. Buna karşın incelediğimiz ülkelerde devlet başkanı siyasi konjonktürü, bakanlar kurulu ile ya da parlamento ile olan ilişkisine göre değerlendirmektedir. Özellikle başkanlık başkanlık sistemleri açısından, başkan ile kabinesi arasında bir gerilim söz konusu ise başkan bu durumda iktidarın en zayıf olduğu dönemde, yani muhtemelen ekonomik verilerin negatif yönde olduğu dönemlerde, erken seçim kararı alarak iktidar partileri aleyhine fakat yine kendi partisi ya da koalisyonu lehine en avantajlı seçim atmosferini oluşturmaya çalışacaktır⁶⁸. İki kurum arasında bir uyum olduğu dönemlerde ise erken seçim kararı, iktidar partilerinin lehine olacak şekilde alınması beklenilir. Bununla birlikte avantajlı politik tutum yalnızca ekonomik göstergelerden kaynaklı olmayabilir. Toplumda milliyetçi duyguların yükselişe geçtiği ve iktidarın “millet” için önemli bir kazanç elde ettiği dönemlerde iktidarlar bu “coşkun” partileri için oya dönüşmesi amacıyla seçimleri yenileyebilmektedir⁶⁹.

⁶⁵ Morgan-Jones, E., Schleiter, P. (2018). s. 4; Bu noktada ilgi çekici bir örnek, New Jersey’deki seçmenlerin oy verme davranışlarıdır. Seçmenler oy verirken diğer etmenlerin yanında köpek balığı saldırılarını da hesaba katarak yerel siyasetçileri cezalandırmıştır. Diğer yandan bazı seçmenlerin ulusal ekonomik konjonktürün olumsuz yönlerinden dolayı eyalet valilerini sorumlu tuttıkları ifade edilmektedir. Bkz. Kayser, M. A. (2005). s. 22 (dipnot 18).

⁶⁶ Öyle ki iktidarın ya en iyi ekonomik şartlarda seçimleri yenilediği ya da seçim zamanında ekonomiyi iyi göstermek adına sistemi manipüle ettiği ifade edilmektedir. Hatta Ito’ya göre ekonomi ılımlı bir şekilde seyretmekte ise yasama döneminin sonlarına yaklaşmaya başladıkça ekonominin olumsuz yönde seyretme ihtimaline karşın erken seçim kararı alınabilmektedir. Bkz. Ito, T. (1990). “The Timing of Elections and Political Business Cycles in Japan”, *Journal of Asian Economics*, Vol. 1, No. 1, s. 135, 137; Kayser, M. A. (2005). s. 17-21.

⁶⁷ Morgan-Jones, E., Schleiter, P. (2018). s. 4, 5, 6.

⁶⁸ a.g.e., s. 9.

⁶⁹ Örneğin İngiltere’de Thatcher’in Falkland savaşıdan zafer ile ayrılmasından bir yıl sonra seçimleri erkene alması, seçmenin Thatcher’e karşı olumlu bir bakış açısının oluştuğu dönemde tekrar iktidarı elde etmek arzusundan başka bir şey değildir. Benzer bir örnek

Belirtilmelidir ki incelenen sistemler ile parlamenter sistemleri ayırıştıran önemli bir ayrıntı şüphesiz başkanın popülaritesidir. Bu noktada başkanın popülaritesinin en yüksek olduğu dönem ise genelde başkanın yeni seçildiği dönemdir. Bu nedenle ampirik verilerin de ortaya koyduğu üzere⁷⁰ bazı ülkelerde başkanlar seçilir seçilmez erken seçim kararı almakta ya da bu kararı alabilmek için anayasal kurumları zorlamaktadır.

Erken seçim kararı almak noktasındaki avantajlı politik durum yalnızca ekonomik ve siyasi avantaj ile ilgili değildir. Ayrıca seçime hazırlık (*preparedness*) bakımından da bir avantaj söz konusudur. Zira seçimler normal tarihinde yapılacak olduğunda muhalefet partileri bu seçimlere rahatça hazırlanabilir. Ancak muhalefet partilerinin öngöremediği bir tarih için erken seçim kararının alınması⁷¹ durumunda iktidar partisi/koalisyonu, ön hazırlık yapmış olacağından muhalefet partileri karşısında önemli bir avantaj daha elde etmiş olacaktır⁷². Başkanın politik avantaj elde etmek arzusuyla seçimleri yenilemesi, iktidarın seçmen karşısında hesap verebilirliğini de zedelemektedir. Zira seçmenin iradesi bir anlamda manipüle edilmektedir⁷³. Bununla birlikte bu yönde alınan erken seçim

Türkiye açısından da söz konusu olabilir. 1974’de, Bülent Ecevit’in başbakanlığında oluşturulan CHP-MSP koalisyonu Kıbrıs Barış Harekâtı’ndan önemli bir kazanç elde etmiş; Ecevit, bu başarının önemli aktörlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Ecevit, bu popülaritesini oya dönüştürmek için koalisyonu dağıtıp bir erken seçim aramış ise de arzu ettiği erken seçimlere ulaşamamıştır. Smith, A. (2003). s. 400, 403; Goplerud, M., Schleiter, P. (2015). s. 440; Yalansız, N. (2006). *Türkiye’de Koalisyon Hükümetleri 1961-2002*, İstanbul: Buke Kitapları, s. 313-314.

⁷⁰ Söz konusu örnekler Fransa’da ve Ukrayna’ya ilişkin olup ilerde ele alınacaktır.

⁷¹ Bu uygulamanın ülkemizin anayasal pratiğinde de karşılaşılan bir olgu olduğu görülmektedir. Örneğin çok partili hayata geçildikten sonra yeni partilerin kurulmasını müteakip normal şartlarda 1947 yılında yapılması gereken seçimler CHP iktidarı tarafından, özellikle yeni kurulan Demokrat Parti (DP) gibi partilerin henüz kuruluşlarını tamamlamamış olmaları ve dolayısıyla hazırlıksız olmaları fırsat bilinenek bir yıl önce çekilerek 1946 yılında yapılmıştır. Diğer yandan DP iktidarında, aynı şekilde CHP’nin oy oranlarını artırdığı düşüncesi ile bu partinin hazırlıksız yakalanması amacıyla normal şartlarda 1958 yılında yapılması gereken seçimler bir yıl öne çekilerek 1957 yılında gerçekleştirilmiştir. 1982 Anayasası kabul edildikten sonra üç seçim Anavatan Partisi (ANAP) tarafından kazanılmıştır. Bununla birlikte özellikle Ecevit ve Demirel gibi siyasi liderlerin siyasi yasaklarının kalkacak olması dolayısıyla ANAP iktidarı tarafından, 1988 yılında yapılması gereken seçimlerin bir yıl öne alınarak 1987 yılında yapıldığı görülmektedir. Bkz. Altan, C. (2009). “Türkiye’de Erken Genel Seçimleri Etkileyen Faktörlerin İncelenmesi”, *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 8, S. 16, 2009, s. 145, 147.

⁷² Bu durumda seçim tarihinin de ayrıca belirlenebiliyor olması durumunda bu avantaj daha da büyümektedir. Örneğin İngiltere’de, 1983’te, seçim kararı 9 Mayıs’ta alınmış, parlamento 13 Mayıs’ta kapatılmış ve seçimler 9 Haziran’da yapılmıştır. Yani hazırlık için yalnızca bir ay gibi bir süre bulunmakta idi. Smith, A. (2003). 401-402.

⁷³ Goplerud, M., Schleiter, P. (2015). s. 430, 449; Strom, K., Swindle, S. M. (2000). s. 2, 4.

kararlarının daima başkan lehine sonuçlanması garanti değildir⁷⁴. Yine de Morgan-Jones ve Schleiter'in çalışması, anayasal açıdan fesih yetkisi güçlü olan bir başkanın iktidar partisine avantaj sağlamak amacıyla parlamentoyu feshetmesi durumunda eğer başkanın partisi de kabinde yer almakta ise bu erken seçim kararından kabineyi oluşturan partilerin %12-13 oranında daha fazla oy aldığını ortaya koymuştur. Bu oran anayasal açıdan zayıf bir fesih yetkisine sahip olan başkanlar bakımından %9 civarındadır⁷⁵.

Başkanın fesih yetkisini kullanmasına etki eden unsurlardan sonuncusu *kriz durumudur*. Bilhassa, Peru, Rusya, Ukrayna gibi devletlerin sistemlerinde, parlamenter sistemi andırır şekilde, parlamentonun hükûmetin programını parlamentoya sunmasından sonra güvenoyu vermemesi ya da kısa aralıklar ile kurulan kabineleri güvensizlik oyları ile düşürmesinin karşılığında başkana tanınan fesih yetkisi, başkanın kabinelerini muhalif parlamentolar karşısında koruyabilmesi açısından oldukça önemlidir⁷⁶. Bu sayede politik krizlerin çözümü için de bir yol bulunmuş olacaktır⁷⁷. Öyle ki Shugart, devlet başkanının fesih yetkisine sahip olmasını, başkanlık sistemi içerisinde makul görmezken parlamentonun güvenoyları ile hükûmeti düşürebildiği bir sistemde başkanın parlamento karşısında bir denge unsuru olabilmesi bakımından bunun anlaşılır olduğunu ifade etmektedir⁷⁸. Buna karşın Shugart ve Carey tarafından dikkat çekildiği üzere bu usul parlamenter sistemlerde krizlerin çözümünü sağlasa da incelediğimiz sistemler açısından her zaman bunu sağlamayabilir. Zira özellikle başkan bu yetkiyi kullanır ve seçmen yine aynı parlamento çoğunluğunu teşekkül ettirir ise parlamento ile başkan arasındaki siyasi gerilimin daha da fazla artması olasıdır⁷⁹. Hatta bu durumda devlet başkanının istifa etmesi gerektiği dahi ileri sürülmüşse de bunun anayasal olarak düzenlenmemiş olması durumunda başkan buna zorlamak mümkün değildir. Kaldı ki ampirik uygulamalar da bu yöndedir⁸⁰.

⁷⁴ Smith, A. (2003) s. 399; Goplerud, M., Schleiter, P. (2015). s. 428, 449.

⁷⁵ Morgan-Jones, E., Schleiter, P. (2018). s. 10-11.

⁷⁶ Anayurt, Ö. (2019). s. 375.

⁷⁷ Shugart, M. S. ve Carey, J. (1992). s. 126.

⁷⁸ Shugart, M. S. (2005). s. 334-335.

⁷⁹ Shugart, M. S. ve Carey, J. (1992). s. 126.

⁸⁰ İlerde görüleceği üzere Fransa'da Chirac, Polonya'da Lech Walesa, parlamentoyu feshettikten sonra yapılan seçimlerde muhalif parlamentolarla çalışmak durumunda kalmışsa da başkanlar istifa etmemiştir.

Seçimlerin karşılıklı yenilendiği (*muerte cruzado*) sistemlerde devlet başkanının sahip olduğu fesih yetkisi krizleri çözmek için elverişli bir araç mıdır? Bu tür bir fesih yetkisinin öngörülmesindeki amaç, özellikle siyasi veya toplumsal krizlerin yaşandığı dönemlerde kuvvetler ayrılığı sistemlerindeki kilitlenmelerin önüne geçilmesidir⁸¹. Diğer yandan doktrinde, karşılıklı seçimlerin yenilenmesini istemeyecek siyasi aktörlerin uzlaşmaya daha çok meyletmesinin amaçlandığı, bu uzlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda seçimlerin karşılıklı yenilenmesinin halkın hakemliğine müracaat etmek olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁸². Bununla birlikte özellikle günümüzde, bir siyasi krizin ortaya çıkması veya sosyal huzursuzlukların baş göstermesi durumunda kitlesel tepki genelde yürütme organına yönelmektedir. Zira iktidarın kişiselleşmesi olgusu ile birlikte yürütmenin etkin kanadı olan devlet başkanının halk tarafından seçilmesi, herhangi bir başarının olduğu kadar başarısızlığın da sorumlusunun yürütme organı olması sonucunu doğurmaktadır⁸³. İstisnaları mümkün olmakla birlikte siyasi ve sosyal krizlerin önemli bir kısmının yöneldiği makamın da başkanlık makamı olacağı düşünülebilir. Bu durumda zaten popülaritesi düşmekte olan ve tekrar seçilme ihtimali olmayan bir devlet başkanının da kendi seçimlerinin de yenilenmesini göze alarak parlamentoyu feshetmesini beklemek güçtür. Bu durumda parlamento ile ya da sosyal kesimler ile uzlaşmayı tercih edecektir ki bunun da mümkün olmadığı dönemlerde siyasi krizlerin daha da derinleşmesi söz konusudur⁸⁴. İlaveten eğer devlet başkanının kullandığı fesih yetkisi sonrasında kendi görev süresinin kalan süresi artık kullanılamaz hâle geliyorsa (1982 Anayasası, mad. 116) bu durumda başkanın ayrıca hesaba katması gerekli olan husus, söz konusu krizi çözmek için kalan görev süresini gözden çıkarmaya değip değmeyeceğidir⁸⁵. Bu ise fesih yetkisinin kullanımını daha da

⁸¹ Atar, Y. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, s. 182; Lijphart, A. (2006). s. 124-125; Karatepe, Ş. (2017). *Sistem Söyleşileri*, Ankara: A Kitap, s. 35.

⁸² Gül, C. (2020). s. 339; Lijphart, A. (2006). s. 124-125; Elgie, R. (2007). "Varieties of Semi-Presidentialism and Their Impact on Nascent Democracies", *Taiwan Journal of Democracy*, Vol. 3, No.2, s. 56

⁸³ Kayser, M. A. (2005). s. 22 (dipnot 18).

⁸⁴ Örneğin Latin Amerika'da pek çok devlet başkanı, siyasi ve sosyal krizler nedeniyle istifa etmek zorunda kalmış ya da doğrudan parlamentolar tarafından görevinden alınmıştır. Fesih yetkisini kullanamayan başkanın akıbetinin de uzlaşılamaz muhatapları karşısında pek de farklı olmayacağı düşünülebilir. Bkz. Ekinci, A. (2019). "Latin Amerika Ülkelerinde Başkanın Sorumluluğunu İletmek İçin Parlamentoların Kullandığı Araçlar", *TBB Dergisi*, 144. Sayı, 2019, s. 18-25.

⁸⁵ Ekvador'da erken seçim kararı alındıktan sonra yapılan seçimlerde hem yeni seçilen

güçleştirecektir. Bu noktada da şöyle bir paradoks ortaya çıkmaktadır: Kuvvetler ayrılığı sistemlerinde siyasi krizlerin çözümü için öngörülen karşılıklı fesih yetkisi, siyasi krizler ortaya çıktığında kullanılamaz bir araç hâline gelebilmektedir.

II. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN DEVLET BAŞKANLARININ FESİH YETKİSİNİ STRATEJİK KULLANIMI

Devlet başkanının fesih yetkisini aktif bir şekilde kullandığı ülke örneklerinin anayasal olarak devlet başkanının fesih yetkisini sınırlandırma getirilip getirilmediğine göre bir tasnif yapılarak incelenmesi daha doğru bir tercih olacaktır. Bununla birlikte başkanın fesih yetkisini kullanmaya teşvik eden *avantajlı politik durum ve kriz durumu* unsurlarını her örnek bakımından ele almakta da yarar vardır. Ayrıca anayasal olarak getirilen süre sınırları içerisinde başkanların bu yetkiyi kullanmasının mümkün olmayacağı açıktır. Ampirik olarak Fransa, Portekiz, Polonya, Ukrayna, Peru, Türkiye (2015 örneği) ve Ekvador örnekleri önem arz etmektedir. Fesih yetkisinin kullanılmasından önce başkanın partisi hükûmette yer almazken sonrasında tek başına ya da koalisyonunda yer alarak hükûmeti kurması, başkanın parlamento muhalefetine ya da kendisine muhalif hükûmetin aleyhine bu kararı almasından sonra parlamento çoğunluğunu oluşturan muhalefetin/hükûmetin ciddi bir oy kaybına uğraması durumunda feshin başkan lehine sonuçlanacağı düşünülebilir. Diğer yandan fesih öncesinde başkanın partisi hükûmette yer alırken sonrasında hükûmetin dışında kalması, parlamento muhalefeti/kendisine muhalif olan hükûmet aleyhine fesih kararı aldıktan sonra kendine yakın bir parlamento/hükûmetin oluşturulamaması durumunda ise feshin başkan aleyhine sonuçlanması mümkündür.

A. DEVLET BAŞKANININ KONU BAKIMINDAN SINIRLANMADIĞI SİSTEMLER: FRANSA ve PORTEKİZ ÖRNEKLERİ

Fransa'da ve Portekiz'de devlet başkanının fesih yetkisini kullanımına konu bakımından herhangi bir sınır getirilmemektedir. Dolayısıyla

milletvekilleri hem de yeni seçilen başkan, mevcut dönemin kalan süresini tamamlamaktadır. Yani aynı kişinin tekrar başkan olarak seçilmesi durumunda bir hak kaybına uğramayacağı düşünülebilir. Bkz. Gallardo Lastra, A. G, (2014). "Destitucion del Presidente y Disolucion de la Asamblea Nacional en los Articulos 130 y 148 de la Constitucion del Ecuador de 2008". *Dissertacion Previa a la Obtencion del Titulo de Abogada*. Quito: Pontificia Universidad Catolica del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, s. 66-68.

teoride her iki ülkede de devlet başkanının hem kendisi hem de partisi/koalisyonu için en uygun zamanda parlamentoyu feshetme ihtimali, diğer ülkelere kıyasla daha yüksek olduğu ileri sürülebilir.

1. Fransa

Fransa'da 1962, 1968, 1981, 1988 ve 1997'de olmak üzere başkanın beş kez parlamentoyu feshettiği görülmektedir⁸⁶. Bunlardan ikisi siyasi krizleri çözmek amacıyla (1962 ve 1968), üçü ise avantajlı politik durumdan yararlanmak amacıyla (1981, 1988 ve 1997) alınmış fesih kararları olarak kabul edilmektedir.

Fransa'daki ilk fesih 1962 yılındadır. Bu feshin bir kohabitsyon nedeniyle değil başkanın doğrudan parlamento ile arasındaki siyasi gerilim nedeniyle parlamentoyu feshettiği görülmektedir. Bu dönemde başkan Gaulle'dur. Gaulle, 1958'de cumhurbaşkanı olmasından itibaren Fransa'da önemli bir politik figürdür⁸⁷. Gaulle, parlamento aradan çıkarak pek çok hususu referandum vasıtasıyla halka onaylatmış; halk ile doğrudan iletişim kurarak partileri araç olmaktan çıkarmıştır⁸⁸. Bunun en somut örneklerinden biri ise cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören 1962 anayasa değişikliği ile ilgili referandumdur. O döneme kadar geçerli olan ulus egemenliğinin yalnızca parlamento tarafından temsil edildiği yönündeki anlayış, bu referandum vasıtasıyla yani her iki parlamento da aradan çıkarılmasıyla yıkılmış gibidir⁸⁹. Bu nedenle parlamentodaki partiler bu anayasa değişikliğine şiddetle karşı çıkmıştır. Başkan ile parlamento arasındaki gerilimin bir sonucu olarak da parlamento 1962'de Pompidou'nun kabinesini güvensizlik oyu ile

⁸⁶ Bu sayı, özellikle Danimarka, İspanya ve İngiltere gibi parlamenter monarşiler ile kıyaslandığında düşük ise de Fransız 3. ve 4. Cumhuriyeti'nde yalnızca birer kez fesih yetkisinin kullanıldığı düşünüldüğünde başkanın bu yetkisini ne derece sık kullandığı ortaya çıkmaktadır. Bkz. Bulmer, E. (2016). s. 13; Goldey, D. B. (1998). s. 536.

⁸⁷ Bu dönemde, Cezayir savaşı nedeniyle olağanüstü dönem yetkileri kullanan Gaulle'ün savaş bittikten sonra "tarafsız hakem" rolüne dönmektense gücünü genişletme girişimlerinin de etkisi önemli bir yer tutmaktadır. Ehrmann, H. W. (1963). "Direct Democracy in France", *The American Political Science Review*, Vol. 57, No. 4, s. 889.

⁸⁸ Gaullist RPF Partisi kurulduktan sonra, Partinin temsilcileri partilerin "gayrimişru olduğu", onların sistemi halkın egemenliğinden kendi seçilmiş temsilcilerin egemenliğine dönüştürdüğü iddiasında bulunmuş, daha en başından kanunların ve anayasa değişikliklerinin referandumlar vasıtasıyla yapılabileceğini savunmuştur. İlâveten ilgili dönemde Gaulle'un Fransız milletini uluslararası planda temsil etme kabiliyetini de elde ettiği ve ulus adına konuştuğu ifade edilmektedir. Ehrmann, H. W. (1963). s. 887; Elgie, R. (2001). 'Cohabitation': Divided Government French-Style, içinde Robert Elgie (der.) *Divided Government in Comparative Perspective*, New York: Oxford University Press, s. 109.

⁸⁹ Ehrmann, H. W. (1963). s. 883.

düşürmüştür⁹⁰. Başkan Gaulle ise buna parlamentoyu feshederek karşılık vermiştir⁹¹. Seçim sonucunda ise Gaullist partinin parlamento çoğunluğu kazandığı görülmektedir. 1968'deki örnek ise ne bir kohabitasyon durumuna ne de Gaulle ile parlamento arasındaki bir anlaşmazlığa dayanmaktadır. Aksine Gaulle'nin politikalarına ve politik figürüne karşı başlayan iç **karışıklıklar, öğrenci ayaklanmaları, işçiler tarafından gerçekleştirilen geniş katılımlı gösteriler ülkede huzursuzluk yaratmıştır**⁹². Başkan Gaulle'un da bunun üstesinden gelebilmek amacıyla bir erken seçim kararı aldığı görülmektedir⁹³. 30 Mayıs'ta ilan edilen erken seçimler sonucunda muhafazakârların Gaulle lehine düzenlediği **büyük gösterilerinin yapıldığı bir seçim dönemi sonucunda Gaulle bir zafer elde etmeyi başarmıştır**⁹⁴. Görüldüğü üzere Gaulle tarafından kullanılan fesihlerin ilki parlamento ile yaşanan krizi, ikincisi ise toplumsal bir krizi çözmeye yöneliktir. Buna karşın ilk krizi çözmek için başkanın **referandumdan yeni zaferle çıkmış** olması ile halk nezdinde yüksek bir popülerliğinin bulunmasının fesih kararının alınmasını kolaylaştırdığı söylenebilir.

1981 ve 1988 yıllarında alınan fesih kararlarının ikisi de başkan Mitterand tarafından alınmıştır. Bu fesih kararlarında daha çok *avantajlı politik durumdan* yararlanmak arzusu vardır. Zira Mitterand, sol eğilimli bir siyasisidir. Buna karşın hem 1981'de hem de 1988'de seçildiğinde muhatap olduğu parlamento sağ eğilimli partiler tarafından domine edilmektedir. Bu nedenle Mitterand kohabitasyon yönetimi ile karşı karşıyadır. Ancak başkanın yeni seçilmiş olması, onun popülerliğinin muhtemelen en yüksek döneminde olmasını sağlamaktadır. Başkan da bunu avantaja dönüştürmek istemiş ve parlamentoyu feshetmiştir. Gerçekten de hem 1981 seçimleri sonrasında hem de 1988 seçimleri sonrasında başkanın arzuladığı parlamento çoğunluğuna sahip olduğu görülmektedir⁹⁵.

⁹⁰ Thiébault, J.-L. (2003). France: Delegation and Accountability in the Fifth Republic, içinde Kaare Strom, Wolfgang C. Müller, Torbjörn Bergman (der.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, New York: Oxford University Press, s. 335.

⁹¹ Thiébault, J.-L. (2003). s. 336; von Beyme, K. (2000). *Parliamentary Democracy-Democracy, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999*, Londra: Palgrave Mcmillian, s. 140; Cole, A. (2005). *French Politics and Society*, New York: Routledge, Second Edition, s. 24.

⁹² Öyle ki Mayıs ortalarında 10.000.000 milyon işçinin grevde olduğu ifade edilmektedir. Yani gösteriler hem Gaulle'un otoritesini sarsmakta hem de sosyal hayatı etkilemektedir. Bkz. Cole, A. (2005). s. 26-27.

⁹³ von Beyme, K. (2000). s. 140; Cole, A. (2005). s. 27-28.

⁹⁴ von Beyme, K. (2000). s. 140; Cole, A. (2005). s. 27-28.

⁹⁵ Elgie, R. (2001). s. 112.

Fransa'daki fesihlerden sonuncusu ise 1997 yılında başkan Chirac tarafından gerçekleştirilmiştir. Chirac'ın kullandığı fesih, açıkça İngiliz tarzı politik avantaj durumunun teşviki ile kullanılan bir fesih yetkisidir⁹⁶. 1993 yılında sağ partiler parlamentoda çoğunluğu sağlamış, 1995 yılında ise Chirac başkan olarak seçilmiştir. Dolayısıyla Chirac'ın parlamentoda çoğunluk desteği vardır ve bir kohabitasyon söz konusu değildir. Bununla birlikte başkanın sağ partiler ile kurduğu koalisyon tutarsızdır. Zira Chirac, hem ortodoks kapitalist politikaları destekleyen politikacıların (*UDF'den Madelin gibi*) hem Avrupa karşıtı (*Euro-sceptic*) politikacıların (*Se'guin gibi*) hem de Avrupa yanlısı politikacıların (Juppé gibi) desteğini almaya yönelik seçim kampanyaları yürütmüş ve koalisyon kurmuştur. Fakat bu partiler arasında uyum yoktur. Chirac ve Başbakan Juppé ise ortodoks kapitalist politikalarından vazgeçerek sosyal güvenlik dengesinde açık vermek pahasına da olsa kamu çalışanları lehine politikalar üretmiştir. Bu ise koalisyon içerisindeki uyumsuzluğu artırmıştır. İlaveten Chirac, AB hukuku kapsamında ortak para biriminin kabul edilmesi ile bütçe açığını %3 altında tutabilmek için tasarruf politikalarını uygulamak zorundadır⁹⁷. Buna karşın Chirac, bu politikaların Avrupa karşıtı partiler ile yönetilemeyeceğinin de farkındadır⁹⁸. Dolayısıyla başkanın koalisyonundaki ahenk giderek bozulmaya başlamıştır. Bu nedenle başkan, Başbakan Juppé ile birlikte bir erken seçim kararı almanın daha faydalı olacağını düşünmüştür. Bunu yaparken amacı, açıkça bir kohabitasyon durumundan kurtulmak değil parlamentodaki mevcut sağ çoğunluğun daha küçük ve daha yönetilebilir şekilde tekrar sağlanmasıdır⁹⁹. Ayrıca tasarruf politikası nedeniyle başkanın partisinin ilerleyen süreçte oy kaybına uğrayacağı düşüncesi, erken seçim kararında etkili olmuştur. Buna karşın bu süreç içerisinde Chirac'ın fesih kararını yeterince temellendirememesi, halk nezdindeki popülaritesinin giderek

⁹⁶ Smith, A. (2003). s. 399.

⁹⁷ Goldey, D. B. (1998). s. 538.

⁹⁸ Goldey'e göre esasında Chirac bunu koalisyon içi bir uzlaşma süreci ile başarabilirdi. Ancak Chirac, bir sonraki seçimlerde kendisine rakip olabilecek bir başbakandansa Juppé gibi yönetilebilir bir başbakanı daha tercih edilebilir bulmuştur. Ayrıca fesih kararı öncesinde yaptırdığı bazı anketler, daha küçük ve daha yönetilebilir bir sağ çoğunluğunun sağlanabileceğini ortaya koymaktadır. Bkz. Goldey, D. B. (1998). s. 538-539.

⁹⁹ Goldey, D. B. (1998). s. 537; Szarska, Chirac'ın, halkın oy tercihinin değişmesini engellemek adına Cannes film festivali ve futbol ve rugby finalleri gibi etkinlikler vasıtasıyla halkın seçim üzerinde çok fazla fikir yürütmesini engellemeye çalıştığını ifade etmektedir. Bkz. Szarska, J. (1997). "Snatching Defeat From the Jaws of Victory: The French Parliament Elections of 25 May and 1 June 1997", *West European Politics*, Vol. 20, No. 4, s. 193.

azalması, sol partilerin ortaya koyduğu politikaların destek görmesi parlamentodaki dengeleri değiştirmiş ve sol partilerin çoğunluğu elde etmesine imkân tanımıştır¹⁰⁰.

2. Portekiz

Portekiz’de devlet başkanı 1979, 1982, 1985, 1987 ve 2004 olmak üzere bu yetkisini beş kez kullanmıştır. Bu fesihlerden 1979, 1982 ve 1985 tarihli olanlar açıkça hükûmet krizini ya da başkan ile parlamento arasındaki bir gerilimi çözmeye yöneliktir. 1987’deki erken seçim kararı ise bir hükûmet krizine dayansa da başkan, kendi partisinden gelen hükûmet kurma teklifine yanaşmayarak parlamentoyu feshetmiştir. Yani bunlardan hiçbirisi doğrudan avantajlı politik durum olgusu ile irtibatlı değildir. Bununla birlikte 2004 yılındaki erken seçim kararı, açıkça avantajlı politik durumdan yararlanmak amacıyla alınmıştır. Portekiz’de özellikle Başkan Soares ve Sampaio, parlamentoda hükûmet kurmak için bir alternatif olsa veya hükûmet hâlen parlamento desteğine sahip olsa bile fesih yetkisini kullanmıştır. Zira Başkan bu yetkisini her an kullanma ihtimalini canlı tutmaktadır. 1982 anayasa değişiklikleri ile birlikte parlamento çoğunluğu, başkanın yetkilerini sınırlandırmıştır. Ayrıca bu anayasa değişikliklerinin askerî otoriteyi zayıflatması nedeniyle daha demokratik bir nitelik taşıdığı düşünülmektedir¹⁰¹. Buna karşın hâlâ sistem içerisinde başkanın kilit bazı anayasal yetkileri muhafaza edilmektedir¹⁰². Bunlardan biri de fesih yetkisidir. Bu sayede devlet başkanı, bilhassa 1999-2005 yılları arasında yaşanan siyasi krizleri ve hükûmetlerin meşruiyet krizleri yaşadığı dönemleri fırsat bilerek¹⁰³ ne derece önemli bir siyasi figür olduğunu hatırlatmıştır. Bu nedenle Portekiz başkanlarının fesih yetkisi için “atom bombası” nitelemesi yapılmaktadır¹⁰⁴.

Portekiz’deki ilk fesih 1979 yılındadır. Bu dönemde başkan, askerî kökenli olan Eanes’tir. Başkan 1978 yılında Sosyalistler ve Sosyal Demokratik Parti arasında kurulan koalisyon hükûmetinin politikalarına

¹⁰⁰ Szarska, J. (1997). s. 193, 196.

¹⁰¹ Jalali, C. (2011). “The President is Not a Passenger: Portugal’s Evolving Semi-Presidentialism”, *Semi Presidentialism and Democracy*, (Ed.) Robert Elgie, Sophia Moestrup, Yu-Shan Wu, Londra: Palgrave Macmillian, s. 165-166

¹⁰² Amorim Neto, O., Lobo, M. C. (2008). “Portugal’s Semi-Presidentialism (Re)considered: An Assessment of the President’s Role in the Policy Process, 1976-2006”, *European Journal of Political Research*, Vol. 48, s. 325.

¹⁰³ Tavits, M. (2008). s. 36-39.

¹⁰⁴ Jalali, C. (2011). s. 166.

aktif bir şekilde müdahil olmaya çalışmaktadır. Bunun neticesinde ise hükûmet, partilerin bazı reform paketleri üzerinde de anlaşamamaları nedeniyle yalnızca altı ay devamlı olmuştur. Akabinde Başkan, bu iktidar boşluğundan yararlanarak bizzat kendisi tarafından desteklenen ve partili olmayan teknokratlardan oluşturulan “başkanlık ilhamlı hükûmetler” kurmuştur¹⁰⁵. Bu süre zarfında üç hükûmet kurulmuşken hiçbirisi uzun ömürlü olamamış¹⁰⁶, parlamentoda bu hükûmetler tarafından teklif edilen pek çok kanun teklifi reddedilmiştir. Sonuç olarak Başkan, politikasının başarısız olduğunu kabul etmiş ve parlamentodaki partilerin de talepleri doğrultusunda parlamentoyu feshetmiştir. Dolayısıyla bu fesih kararının sonucu ne olursa olsun bizatihi bu kararın alınması bile Başkan’ın aleyhine bir sonuç üretmiştir.

Bununla birlikte 1980’de yapılan seçimlerde sağ koalisyon parlamento çoğunluğunu sağlamışsa da başbakan olarak görevi devralması beklenen Sa Carneiro ve birkaç bakanın bir uçak kazasında hayatını kaybetmesi üzerine koalisyonun büyük ortağı Sosyal Demokrat Partiden Balsemão, başbakan olarak göreve başlamıştır. Bununla birlikte Başbakan’ın kendi partisi içerisindeki hâkimiyeti tam değildir. Politikaları ise sıklıkla sol partiler ve sendikalar tarafından ağır bir şekilde eleştirilirken genel grev ilan edilmesi hükûmeti daha da zora sokmuştur. Bunun üzerine kabinede görev yapan bakanlar dahi zaman içerisinde istifa etmeye başlamıştır. Nihayetinde ise Başbakan’ın kendisi de Aralık 1982’de istifa etmek zorunda kalmıştır. Devlet Başkanı Eanes de bu istifa üzerine yeni bir kabine kurulmasını beklemeyerek bir erken seçim kararı almıştır¹⁰⁷.

1987 yılında ise başkan, Sosyalist Partiden Mario Soares’tir (1986-1996). 1985 yılında yapılan yasama seçimleri neticesinde hükûmeti Sosyal Demokrat Parti kurmuştur. Fakat bu hükûmet bir azınlık hükûmetidir. Söz konusu hükûmet 1987 yılına kadar görev yapmışsa da sol partiler tarafından verilen güvensizlik oyları ile düşürülmüştür¹⁰⁸. Bunun üzerine başkanın partisi Sosyalist Parti, komünistlerin desteği ile bir hükûmet

¹⁰⁵ Bu politikanın amacı, parlamentodaki partilerin etkinliğini kırmak ve bu partileri bölmektir. Böylece başkan kendi politikasını daha rahat yürütebileceğini düşünmektedir. Jalali, C. (2011). s. 165.

¹⁰⁶ Öyle ki başkanın ilk atadığı kabine yalnızca 85 gün görevde kalmıştır. Diğer kabinesi, parlamentodaki partilerin seçim hesapları dolayısıyla daha uzun süre görevde kalmışsa da bu kabine de bir yılı tamamlayamamıştır. Jalali, C. (2011). s. 165-166.

¹⁰⁷ Amorim Neto, O., Lobo, M. C. (2008). s. 243.

¹⁰⁸ Jalali, C. (2011). s. 166.

kurma teklifini başkana iletmiştir. Dolayısıyla *parlamentoda hükûmet* için hâlen bir alternatif söz konusudur. Hatta bu alternatif bizzat başkanın kendi partisidir. Bununla birlikte Soares, Sosyalist Parti'ye başbakanlık görevini vermektense erken seçim kararı almayı tercih etmiştir¹⁰⁹. Erken seçim neticesinde ise sağ parti Sosyal Demokratik Parti, en yüksek oyu almış ve hükûmeti kurmuştur.

1999'dan itibaren Portekiz'de ciddi bir siyasi istikrarsızlık ortaya çıkmıştır. Bu siyasi istikrarsızlık, ekonomik ve sosyal şartları daha da kötüleştirmiştir. 2002 yılında Sosyal Demokratik Parti ile muhafazakâr Sosyal Demokratik Merkez-Halk Hareketi (*CDS-PP*) arasındaki koalisyon, Durão Barroso başbakanlığında kabineyi kurmuştur. Bu süreçte ise devlet başkanı Sosyalist Parti üyesi olan Sampaio'dur. Yeni hükûmet, önemli bir mali kriz ve ekonomik resesyon ile mücadele etmek zorundadır. Zira Portekiz, 2001 yılında Avrupa Birliği İstikrar Pakti'nı (*EU'S Stability Pact*) ihlal eden ilk devlet olmuştur. Dolayısıyla hükûmet, AB yaptırımlarından etkilenmemek için ciddi bir tasarruf politikası yürütmüş, sert tedbirler almış, bu tedbirler ise ekonomiye olumsuz yansımıştır¹¹⁰. Bu negatif politik ortam içerisindeyken, 2004 yılında yapılan Avrupa Parlamentosu seçimlerinde iktidardaki sağ partiler oy kaybederken Sosyalist Parti %46 gibi bir oy elde etmiştir. İlerleyen süreçte başbakan Barroso, Avrupa Komisyonu Başkanı olarak seçilmesi nedeniyle, başbakanlık görevinden istifa etmiş, böylece mevcut hükûmet düşmüştür. Buna karşın Barroso, 2001 yılında Lisbon Belediye Başkanlığı yapmış olan Santana Lopes'i halef olarak önermiştir. Sampaio ise kurulacak herhangi bir hükûmetin parlamentoda çoğunluk desteği olduğu sürece bir erken seçim kararı almanın doğru olmadığını ileri sürerek Lopes'i başbakan olarak atamıştır¹¹¹. Ancak Başkanın asıl hesabı, zaten ekonomik durum nedeniyle hükûmetin popülaritesinde düşüş yaşanmakta iken bu popülaritenin daha da azalması yönündedir. Zira Başkan Lopes'in tecrübesizliğinin hükûmet için olumsuz olacağının farkındadır. Bu hususu başkanın kendisi de hükûmetin eylemlerini yakından takip edeceği yönünde demeçler vererek

¹⁰⁹ Amorim Neto, O., Lobo, M. C. (2008). s. 243; Jalali, C. (2011). s. 166.

¹¹⁰ Bu tedbirler arasında devlet kaynaklarının satışı sayesinde bütçe açığının azaltılması vardır. Ayrıca devletin tasarruf politikası ve finansal kesintiler ekonomik resesyon üretmiştir. Öyle ki Portekiz'de gayrisafi millî hasıla 2001'de %1, 2002'de %1 ve 2003'te 2 artmıştır. Buna karşılık işsizlik oranı 2003'te %6.3 iken 2004'te 6.7'dir. Yani tablo, mevcut hükûmetin aleyhinedir. Bkz. Freire, A., Lobo, M. C. (2006). "The Portuguese 2005 Legislative Election: Return to the Left", *West European Politics*, Vol. 29, No. 3, s. 581-582.

¹¹¹ Freire, A., Lobo, M. C. (2006). s. 582.

ortaya koymuştur¹¹². Gerçekten de hükûmetin görevde kaldığı 4 aylık süre zarfında Lopes'in medyaya yansıyan skandalları, gafları ve hükûmet arasındaki koordinasyonsuzluğun açıkça görülmesi seçmen nezdinde bu hükûmetin politik açıdan yetersiz olduğu algısını güçlendirmiştir. Anketler de %58 oranında hükûmetin başarısız olduğu yönündedir. Bunun üzerinde Sampaio, hükûmetin popüler açıdan en dezavantajlı olduğu, dolayısıyla Sosyalist Parti'nin en avantajlı olduğu dönemde, erken seçim kararı almıştır. Görüldüğü üzere hükûmet güvensizlik oyları ile düşürülmüş ya da istifa etmiş değildir. Aksine parlamentoda çoğunluk desteğine de sahiptir. Ancak Başkan, siyasi açıdan kendisi ve partisi için avantajlı olduğunu düşündüğü bir dönemde bu fırsatı geri çevirmemiş ve erken seçim kararı almıştır¹¹³. Gerçekten de Sosyalist Parti, 2005 seçimlerinden büyük bir zafer ile çıkmış ve 1974'ten beri ilk kez tek başına hükûmeti kurma imkânı elde etmiştir. Bu sayede başkan ve parlamento arasındaki ideolojik birlik de sağlanmıştır¹¹⁴.

B. DEVLET BAŞKANININ KONU BAKIMINDAN SINIRLANDIĞI SİSTEMLER: POLONYA, UKRAYNA, PERU ve TÜRKİYE ÖRNEKLERİ

Devlet başkanının fesih yetkisinin konu bakımından sınırlandırıldığı sistemlerde fesih yetkisi, Fransa ve Portekiz örneklerine kıyasla daha az kullanılmaktadır. Zira bu yetkinin kullanılabilmesi için ya bir hükûmet krizinin oluşması ya da devlet başkanı tarafından bu krizin suni bir şekilde oluşturulması gerekmektedir. Bu konuda Polonya ve Peru örnekleri ile Ukrayna (2014) ve Türkiye (2015) örnekleri önem arz etmektedir. Ayrıca Ukrayna'da (2007 ve 2019) başkanın, siyasi saiklerle olmak üzere ve anayasanın öngördüğü konu sınırına riayet etmeksizin, parlamentoyu feshettiği uygulamalar da vardır.

1. Bir Hükûmet Krizinin Bulunduğu Örnekler: Polonya ve Peru

Polonya Anayasası, devlet başkanına, eğer parlamento (*Sejm*) başkan tarafından atanan hükûmete kurucu güvenoyunu vermez ve bunun üzerine parlamento kendisi bir hükûmet kurup başkanın onayına sunmazsa başkana takdir hakkı vermektedir. Bu durumda başkan ya parlamentoyu feshetmeli ya da yeni bir hükûmet oluşturup parlamentonun onayına sunulmalıdır. Eğer yeni bir hükûmet kurar ise parlamentonun bu hükûmeti

¹¹² Amorim Neto, O., Lobo, M. C. (2008). s. 243.

¹¹³ Freire, A. ve Lobo, M. C. (2006). s. 582-583; Amorim Neto, O. ve Lobo, M. C. (2008). s. 243.

¹¹⁴ Freire, A. ve Lobo, M. C. (2006). s. 581, 585.

basit çoğunluk ile onaylaması gerekir¹¹⁵. Ayrıca parlamentonun bütçe teklifini onaylamaması da fesih nedeni olarak öngörülmüştür.

Polonya’da başkanın fesih yetkisini kullanmasına örnek Lech Wałęsa dönemine ilişkindir. Wałęsa, 1990-1995 yılları arasında devlet başkanlığı yapmıştır. Başkan, anti-komunist sağ partilerin desteği ile devlet başkanı olarak seçilmiştir. Buna karşın başkan, nispeten tarafsız bir görev ifa etmiş, ulusalcı, aşırı ve anti-komünist partilere karşı bir politik tutum sergilemiştir. Bu nedenle bu partiler ile başkan arasında bir gerilim söz konusudur¹¹⁶. Esasında Wałęsa’nın bu parti-karşıtı tutumu, zaten parti parçalanmasının yüksek olduğu ülkede partiler arasındaki ayrışmayı artırmak ve bu sayede kendi gündemini daha rahat yürütmek şeklindeydi¹¹⁷. Dolayısıyla başkan ve parlamento arasında yükselen gerilimin başkanın amacına hizmet ettiği ifade edilmektedir¹¹⁸. Zaten bu nedenledir ki Sula ve Szumigalska, Wałęsa’yı diğer Polonya başkanlarına kıyasla daha çatışmacı (*confrontation-oriented*) olarak nitelemektedir¹¹⁹.

1991 Küçük Anayasası’nın kabul edilmesinden sonra başkan ile birlikte çalışmak durumunda olan ilk iki kabine, sağ partilerin oluşturduğu koalisyonlardır¹²⁰. 1991 parlamento seçimleri çok partili, parçalanmış ve

¹¹⁵ 1992 “Küçük Anayasası” öncesinde başkan ayrıca parlamento başkanın anayasal görevlerini yerine getirmesini engelleyici bir kanun çıkarır ya da karar alırsa parlamentoyu feshetme yetkisi tanımaktaydı. 1992 Küçük Anayasası ile bu hüküm kaldırılmıştır. Bkz. Sula, P., Szumigalska, A. (2013). “The Guardian of the Chandelier or a Powerful Statesman? The Historical, Cultural and Legislative Determinants of the Political Role of the President of Poland”, *Presidents Abote Parties? Presidents in Central and Eastern Europe, Their Formal Competencies and Informal Power*, ss. 101-120, s. 107.

¹¹⁶ Tavits, M. (2008). s. 94.

¹¹⁷ 1991 seçimleri sonrasında parlamento 29 parti girmeyi başarmıştır. Hatta öyle ki parlamentoda en çok sandalyeye sahip olan partinin çoğunluğu ancak parlamentonun %13.5’i idi. Candan, K. (2017). 1989 Sonrası Doğu Bloku Ülkelerinde Demokratikleşme Süreci: Polonya Cumhuriyeti’nde Yarı-Başkanlık Sisteminin Dönüşümü, içinde *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri-Yarı-Başkanlık Sistemi*, Ankara: TBBM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, s. 141; Tavits, M. (2008). s. 94-95.

¹¹⁸ Öyle ki 1993 seçimleri sonrasında parlamento sol partiler tarafından daha istikrarlı bir çoğunluk sağlanabilmiştir. Yani başkan karşısında daha istikrarlı bir hükümet kurulacaktır. Bu başkanın tutumuna da yansımıştır. Şöyle ki parçalanmış bir parlamento karşısında başkan istediği politikayı yürütebilmekte ve atamalarda etkin söz sahibi olabilmekte iken 1993 seçimleri sonrasında bunu başaramamıştır. Bu ise başkanın daha fazla reaktif olmasına yol açmıştır. Yani daha fazla kanunu veto etmiş (1993 öncesi 7 iken 1993 sonrası 17 kanunu veto etmiştir), bu veto parlamento tarafından aşıldıkça bu kanunları anayasa mahkemesi denetimine (8 kez) - sunmuştur. Tavits, M. (2008). s. 98; Sula, P., Szumigalska, A. (2013).s. 112.

¹¹⁹ Sula, P., Szumigalska, A. (2013). s. 112.

¹²⁰ Polonya’da başbakanlık başkanlık sistemi içerisindeki ilk hükümet, Bielecki Hükümetidir. Hükümet, başkanın önerisi ile göreve başlamış ve parlamentodan güvenoyu almıştır. Buna karşın hükümet parlamentonun desteğine sahip değildir. Sunduğu kanunları kabul ettirememiş, politika aksamıştır. Candan, K. (2017). s. 141.

istikrardan yoksun bir parlamento ortaya çıkarmıştır¹²¹. Başkan, bu yasama döneminde Gemerek'e hükûmet kurma görevi vermişse de parlamento başkanın önerdiği başbakanı reddetmiş, anayasaya uygun olarak da onun yerine Olszewski'yi başbakan olarak atamış ve kabinesini onaylamıştır. Dolayısıyla Olszewski hükûmeti, parlamento çoğunluğunun desteğine sahiptir¹²². Başkanın kendi belirlediği başbakanın yerine Olszewski hükûmeti ile çalışmak zorunda bırakılması başkan ile hükûmet arasında bir gerilimin oluşmasına neden olmuştur¹²³. Başkan Wałęsa özellikle, dış ilişkiler ve silahlı kuvvetlere ilişkin yetkilerini hükûmet ile paylaşmak istememiş, bu konudaki hükûmet müdahalelerine sert tepki göstermiştir. Yine de başbakanın başkan ile giriştiği güç mücadelesi, parlamentonun parçalanmış yapısı ve başkanın politikaya aktif müdahalesi hükûmetin sonunu getirmiştir. Gerilimin son noktası ise İç İşleri Bakanı Antoni Macierewicz tarafından komünistlerin gizli ajanı oldukları iddia edilen Güvenlik Hizmeti (*Security Service*) personelinin listesinin (*Macierewicz listesi*) sunulmasıdır. Bu listedeki isimlerin belirli bir kısmı doğrudan başkan Wałęsa ile yakın ilişkiye sahiptir¹²⁴. Başkan da bunun üzerine parlamento üzerine baskı kurarak, Olszewski hükûmetinin kurulmasından yalnızca 6 ay (Aralık 1991-Temmuz 1992) sonra¹²⁵ kabinenin güvensizlik oyları ile düşmesini sağlamıştır¹²⁶. İkinci sağ partiler kabinesi ise merkez partilerden olan Demokratik Birlik Partisi lideri Hanna Suchocka (Temmuz 1992-Mayıs 1993) tarafından kurulmuştur. Ancak Suchocka'nın 7 partiden oluşan geniş koalisyonlu kabinesi de parlamentoda istikrarlı bir desteğe sahip olamamış¹²⁷, iç ahengi olmayan bir *azınlık koalisyonu* olarak¹²⁸ Başkan

¹²¹ Krok-Paszłowska, A. (2001). "Divided Government in Poland", *Divided Government in Comparative Perspective*, (Ed.) Robert Elgie, New York: Oxford University Press, s. 129.

¹²² Krok-Paszłowska, A. (2001). s. 129.

¹²³ Olszewski, başkan Moskova'da iken Rusya ile yapılacak olan bir antlaşmayı imzalamamasını tavsiye etmiş bu başkan ile hükûmet arasındaki gerilimi artırmıştır. Ayrıca Savunma Bakanı'nın bazı üst kademe kamu görevlilerini başkana danışmaksızın ataması da devlet başkanı tarafından şiddetle eleştirilmiş, gerilimin yükselmesi üzerine Olszewski, bakanı görevden almıştır. Bu tür gerilimler neticesinde Wałęsa Haziran 1992'de hükûmetin düşürülmesini talep etmiş ve parlamento hükûmeti görevden almıştır. Candan, K. (2017). s. 142; Sula, P., Szumigalska, A. (2013). s. 113.

¹²⁴ Sula, P., Szumigalska, A. (2013). s. 113-114.

¹²⁵ Tavits, M. (2008). s. 96.

¹²⁶ Tavits, M. (2008). s. 96-97; Sula, P., Szumigalska, A. (2013). s. 114.

¹²⁷ Zira daha hükûmetin yeni kurulduğu dönemde Köylü İttifakına mensup Tarım Bakanı'nın istifası, hükûmeti azınlık koalisyonu durumuna düşürmüştür. Candan, K. (2017). s. 142-143.

¹²⁸ Koalisyon her konuda anlaşan bir koalisyon olmayıp her konu özelinde ayrı ayrı anlaşmaya çalışan partilerden oluşmaktaydı. Krok-Paszłowska, A. (2001). s. 139.

karşısında etkin bir politika yürütememiştir¹²⁹. Dolayısıyla Suchocka'nın, Başkanın baskın politik tarzını kabullendiği ifade edilmektedir¹³⁰. Bu sayede Başkan Wałęsa, kabine üyelerinin önemli bir kısmının ve üst kademe kamu görevlilerinin atanmasında etkin rol oynamıştır. Başkan karşısındaki pasif tutumu karşısında Suchocka kabinesi de bir önceki kabine gibi güvensizlik oyları ile görevden alınmıştır¹³¹. Anayasaya göre güvensizlik oyları ile hükûmetin düşmesi sonucunda parlamento yeni bir hükûmet önermelidir. Fakat parlamento, bu hâliyle yeni bir hükûmet önerememiştir¹³². Bu durumda inisiyatif Başkan'a geçmiştir. Başkan ya yeni bir hükûmet önermeli ya da parlamentoyu feshetmelidir. Başkan ise parlamentoyu feshetmeyi tercih etmiştir. Buna karşın yapılan seçimler neticesinde parlamento çoğunluğunun sol partiler tarafından elde edilmesi, başkan ile istikrarlı parlamento desteğine sahip hükûmetler arasındaki kohabitasyon dönemlerini ortaya çıkarırken bu durum başkanın politikaya etkin müdahale etme kabiliyetini kısıtlamıştır¹³³.

Peru Anayasası'nın 134. maddesine göre parlamento, başkanın iki kabinesini güvensizlik oyları ile düşürürse başkan parlamentoyu feshedebilir. Bununla birlikte parlamentonun son yılında ve işgal durumunda (*estado de sitio*) fesih mümkün değildir.

Peru'da 1992 yılında Fujimori tarafından parlamentonun feshedilmesinden sonra bu kuruma pek başvurulmamıştır. Zira fesih sonrasında tek kişinin iktidarı ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte ülkede sürekli yasama ve yürütme organları arasında bir gerilim söz konusudur. Başkan, kabineyi hem atama hem de görevden alma yetkisine sahip olduğundan Peru'da bir kohabitasyon söz konusu değildir. Bununla birlikte bölünmüş iktidar olgusu sıklıkla yaşanmaktadır. 2016'da icra edilen yasama ve yürütme seçimleri de bu tür bölünmüş iktidarı ortaya çıkarmıştır. Başkanlık seçimleri, Perulular için Değişim (*Peruanos por el*

¹²⁹ Candan, K. (2017). s. 142 vd; Başkan her fırsatta kendi desteği olmaksızın kabinenin görevde kalamayacağını hatırlatmıştır. Örneğin başkan bir programda, eğer bütçe teklifi geçmez ise parlamentoyu derhâl feshedeceğini açıklamış, hükûmeti baskılamıştır. Bkz. Krok-Paszłowska, A. (2001). s. 139-140.

¹³⁰ Sula, P., Szumigalska, A. (2013). s. 114.

¹³¹ Tavits, M. (2008). s. 97.

¹³² Candan, parlamentonun yeni başbakan önermemesinin milletvekillerinin usulü bilmemesinden kaynaklı olduğunu ifade etmektedir. Zira kurucu güvensizlik oyu, bir hükûmetin düşürülmesinden önce hükûmetin teklif edilmesine bağlıdır. Milletvekilleri ise yeni hükûmetin bir başka birleşimde teklif edeceğini düşündüğünden yalnızca mevcut hükûmeti güvensizlik oyları ile düşürmüştür. Bkz. Candan, K. (2017). s. 143.

¹³³ Tavits, M. (2008). s. 98.

Kambio) adayı Pedro Kuczynski tarafından, parlamento çoğunluğu (130 parlamenterin 73'ü) ise Halk Hareketi (*Fuerza Popular*) lideri ve Fujimori'nin kızı Keiko Fujimori tarafından kazanılmıştır. Başkan ise parlamentoda azınlık durumunda olup 130 sandalyeli parlamentoda yalnızca 18 parlamenter tarafından desteklenmektedir. Dolayısıyla ciddi bir gerilim söz konusudur. Bu süreçte Başkan, Fernando Zavala'yı başbakan olarak atamış ve Zavala'nın kabinesi göreve başlamıştır. Eylül 2017'de Zavala, eğitim politikaları hakkında parlamentoda yapılan görüşmeler ve eğitim bakanı hakkında gensoru önergesi verilmesi sonucunda kabinesi için parlamentodan güvenoyu istemiştir. Fakat Keiko Fujimori tarafından önderlik edilen parlamento kabineye güvenoyu vermemiş ve kabine düşmüştür. İlaveten parlamento bizzat Kuczynski hakkında iki kez impeachment sürecini başlatmıştır. İlkinde başarılı olamayan parlamento, ikinci impeachment sürecini de başlattığı dönemde Başkan Kuczynski istifa etmiştir¹³⁴. Yerine ise Başkan Yardımcısı Pedro Vizcarra başkan olarak görevi devralmıştır. Bununla birlikte yeni başkan ve parlamento arasındaki gerilim devam etmiştir. Bu noktada Kongre, 7 Peru Anayasa Mahkemesi üyesinin 6'sının seçimi için süreç başlatmıştır. Fakat söz konusu sürecin şeffaf olmadığı ve siyasi saikler ile üye seçiminin yapıyor olduğu iddiası hem ulusal hem de uluslararası alanda dile getirilmeye başlanmıştır¹³⁵. Kongre 30 Eylül 2019 tarihinde yeni yargıçların seçimini yapacaktır. Aynı zamanda Başkan Vizcarra ve kabinesi de bu sürecin daha adil ve şeffaf yürütülmesi amacıyla bir kanun tasarısı hazırlamıştır. Söz konusu kanun tasarısı, Anayasa Mahkemesi (*Tribunal Constitucional*) organik kanununda değişiklik öngörmektedir. Başkan, Başbakan Salvador de Solar vasıtasıyla sunulan bu kanun tasarısının reddedilmesinin kabineye güvensizlik oyu verildiği şeklinde anlaşıldığını da ilan etmiştir. Söz konusu güvenoyu talebi, Kongrenin mevcut seçimini durdurmayı ve öncelikle sunulan kanun tasarısının oylanmasını da içermekteydi. Kongre Başkanlık Kurulu ise 30 Eylül'de önce yargıçlar için seçim yapılmasını akabinde söz konusu kanun tasarısının oylanmasını kararlaştırmıştır¹³⁶.

¹³⁴ Detaylı bilgi için Bkz. Ekinci, A. (2019). s. 51-52.

¹³⁵ İnternet: La Republica, "En media hora se decidió lista de candidatos al TC", <https://larepublica.pe/politica/2019/09/20/en-media-hora-se-decidio-lista-de-candidatos-al-tc-pedro-olaechea-congreso-fujimorismo/>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020); İnternet: Peru 21, "CIDH objeta falta de transparencia en proceso de selección para el TC", <https://peru21.pe/politica/cidh-objeta-falta-de-transparencia-en-proceso-de-seleccion-para-el-tc-noticia/> (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹³⁶ Kongre yargıç seçimine başladığında Yeni Peru (*Nueva Peru*) üyesi parlamenterler seçimin durdurulması ve kanun tasarısının oylanması yönünde önerge vermiş ise de bu önerge

İki yargıç için seçim yapıldıktan sonra oturuma ara verilmiş ve gece 04.00'te başbakanın kanun tasarısı ve güvenoyu talebini görüşmek için karar alınmıştır. İlgili konunun görüşülmesi için planlanan saatte oturum tekrar başlamışsa da Başkan Vizcarra, 05.33'te, parlamentonun başbakanın sunduğu kanun tasarısını öncelikle görüşmeyerek ve yargıç seçimi işlemini durdurmayarak kabinesine güvenoyu vermediğini ilan etmiş ve Anayasa'nın 134. maddesine dayanarak parlamentoyu feshetmiştir¹³⁷. Başkan'ın parlamentoyu feshettiğini ilan etmesinden kısa bir süre sonra parlamento kabineye güvenoyu vermişse de Başkan kararından geri adım atmamıştır. Buna karşılık olarak parlamento tarafından da Başkan Vizcarra'nın Anayasa'nın 114. maddesine dayanılarak geçici yetersizlik (*incapacidad temporal*) gerekçesiyle 12 ay boyunca görevinden alınması ve yerine İkinci Başkan Yardımcısı Mercedes Aráoz Fernandez'in yeni başkan olarak ilan edilmesi kararlaştırılmıştır. Bu girişim Mercedez Aráoz'un istifa etmesi üzerine etkisiz kalırken¹³⁸ halkın ve özellikle silahlı kuvvetlerin desteğinin Başkan Vizcarra lehine belirmesi de özellikle Halk Hareketi ve Keiko Fujimori için büyük bir başarısızlık olmuştur. Söz konusu uyuşmazlık eski Parlamento Başkanı Oleada tarafından Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise parlamentonun feshi yetkisinin demokrasiye aykırı olmamakla birlikte başkanlar için bir açık çek sunmadığını, sorumlulukla kullanılması gereken bir yetki olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi Başkanı Ledesma parlamentonun kabine karşısındaki güveninin alenen beyan edilmesi gerekmediğini, bir iradeye bağlı olarak da ortaya konulabileceğini ortaya koymuştur. Somut olayda parlamentonun, başkanın ve başbakanın talebini almış olmasına karşın yargıç seçimini durdurmaması, güvenoyu noktasında olgusal (*factico*) bir irade beyanıdır¹³⁹. Dolayısıyla yargıç, Başkan Vizcarra tarafından 30 Eylül 2019 tarihinde alınan fesih kararının da söz konusu

Genel Kurulda reddedilmiştir. Bkz. İnternet: Peru 21, "Pleno rechazó cuestión previa para suspender la elección de los miembros del TC", <https://peru21.pe/politica/pleno-rechazo-cuestion-previa-para-suspender-la-eleccion-de-los-miembros-del-tc-noticia/>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹³⁷ Bkz. Decreto Supremo, N° 165-2019-pcm, *El Peruano*, Lunes de 30 Septiembre de 2019.

¹³⁸ İnternet: BBC Mundo. "Disolución del Congreso en Perú: renuncia Mercedes Aráoz, nombrada "presidenta en funciones" por el Parlamento en sustitución de Vizcarra", <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49902304>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹³⁹ de la Quintana, J. (2020). CNN Espanol, "Tribunal Constitucional de Perú vota a favor de la legalidad en la decisión de Martín Vizcarra de disolver el Congreso", <https://cnnespanol.cnn.com/2020/01/14/alerta-peru-tribunal-constitucional-vota-a-favor-de-la-legalidad-en-la-decision-de-martin-vizcarra-de-disolver-el-congreso/>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

şartlar içerisinde gerçekleştiğini belirterek anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir¹⁴⁰. Seçimler 26 Ocak 2020 tarihinde icra edilmiştir. Bu seçimlerde açık bir kazanan yoktur. Zira hiçbir parti %11'den daha fazla oy alamamıştır. Ancak hem Kuczynski hem de Vizcarra ile politik tansiyonu yükselten Halk Hareketi Partisinin %7 oy alması, bu seçimlerdeki en açık kaybedenlerden biri olması sonucunu doğurmuştur¹⁴¹. Dolayısıyla Başkan'ın fesih kararının parlamento muhalefetine seçimlerde büyük yenilgi alması dolayısıyla Başkan'ın lehine sonuçlandığı sonucuna varılabilir.

İnceleme dönemleri itibarıyla hem Polonya'da hem de Peru'da başkan, parlamento ile ciddi bir gerilim hâlinde. Bu kriz hem hükûmetlerin güvensizlik oyları ile düşmesine yol açmakta hem de siyasi istikrarsızlığa neden olmaktadır. Gerek Wałęsa gerekse de Vizcarra, parlamentoyu feshederken kendilerinin ya da partilerinin popülerliğinden yararlanmayı amaç edinmemiştir. Anayasal olarak parlamentoyu feshetme yetkisine sahip olmalarını, söz konusu siyasi krizin çözülmesi için bir araç olarak kullanmışlardır. Zaten hem Wałęsa hem de Vizcarra parlamentoyu feshettikten sonra yapılan seçimlerde, kendileri için avantajlı olarak değerlendirebilecekleri bir siyasal tablo ortaya çıkmamıştır.

2. Suni Hükûmet Krizleri ve Fesih Amacıyla Anayasa Hükûmlerini Zorlamak: Ukrayna Örneği

Ukrayna'da parlamentonun (*Verkhovna Rada*) feshi yetkisi, Anayasa'nın 90. maddesine göre bir ay içerisinde bir hükûmetin kurulamaması, Bakanlar Kurulunun istifası üzerine 60 gün içerisinde yeni hükûmetin kurulamaması ve parlamentonun *bir ay* boyunca oturum yapmaması durumunda başkan tarafından kullanılabilir. Başkan bu kararı almadan önce parlamentonun başkan ve başkan vekillerinin ve parlamento hiziplerinin başkanlarına danışır. Görüldüğü gibi bu yetki başkana verilmekte iken yetkinin kullanımına konu sınırlandırması getirilmektedir. Bununla birlikte bazı başkanların Anayasa'nın bu hükmüne riayet etmedikleri görülmektedir. Zira Ukrayna'da bağımsızlıktan itibaren 2007, 2014 ve

¹⁴⁰ İnternet: Anadolu Agency, "Perú: Tribunal Constitucional definió que disolución del Congreso por parte del Ejecutivo fue legal", <https://www.aa.com.tr/es/pol/C3%ADtica/per%C3%BA-tribunal-constitucional-defini%C3%B3-que-disoluci%C3%B3n-del-congreso-por-parte-del-ejecutivo-fue-legal-/1702626>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁴¹ Seçim sonuçları için bkz. İnternet: BBC Mundo. "Elecciones Perú 2020: los resultados preliminares muestran un Congreso fragmentado y al desplome del fujimorismo", <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51262879>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

2019 yılında olmak üzere 3 kez parlamento feshedilmiştir. Bu fesihlerden yalnızca 2014 yılındaki anayasanın öngördüğü usulde yapılırken örneklerin hiçbirinde anayasanın öngördüğü şekilde parlamento ile hükûmet arasında gerçek bir anayasal kriz bulunmamaktadır.

Ukrayna'nın bağımsızlık sonrası ilk feshi 2007 yılında Başkan Yuschenko tarafından yapılmıştır. Bu fesih, kohabitasyon döneminde yapılmıştır. Başkan'ın parlamentoyu feshederken Yanukovich hükûmeti ile arasındaki siyasi krizi çözmeyi amaçladığı görülmektedir. Yuschenko, Bizim Ukrayna (*Our Ukraine*) Partisinin, Yanukovich ise Bölgeler Partisinin (*Party of Regions*) lideridir. İkili arasındaki ilk ciddi siyasi gerilim 2004 başkanlık seçimleridir. *Turuncu Devrim* olarak da adlandırılan bu dönem içerisindeki başkanlık seçimlerini Yuschenko kazanmıştır¹⁴². Mart 2006'da ise Ukrayna'da parlamento seçimleri yapılmıştır. Bu seçimde Bizim Ukrayna ile Bölgeler Partisi rakip olarak seçime katılmış ve sonuçta açık bir kazanan ortaya çıkmamıştır. Başkan Yuschenko'nun Bizim Ukrayna Partisi ile Tymoshenko'nun Yulia Tymoshenko Bloğu ve Moroz'un Sosyalist Partisi, koalishon hükûmeti kurmak için görüşmelere başlamış, Yuschenko ile Tymoshenko arasındaki başbakanlık makamının belirlenmesi konusundaki anlaşmazlıklar neticesinde koalisyon kurulamamıştır. Krizi çözebilmek adına Moroz, sürpriz bir şekilde Yanukovich'in başbakanlığında, Bölgeler Partisi ile Komünist Partinin dâhil olduğu *Ulusal Birlik (National Unity) Koalisyonunun*¹⁴³ kurulmasına öncülük etmişken Tymoshenko muhalefette kalmıştır¹⁴⁴. Bu ise Yanukovich ve Yuschenko arasındaki politik mücadeleyi artırmıştır¹⁴⁵. Bu dönemde Bizim Ukrayna

¹⁴² Turuncu Devrim, temelde 2004 yılındaki başkanlık seçimleri (Kasım 2004) ile Yuschenko'nun göreve başlaması (Ocak 2005) arasında geçen dönemi nitelemek için kullanılır. Başkanlık seçimlerinin ikinci turu, Yuschenko ile Yanukovich arasındadır. İlk sonuçlar Yuschenko'nun seçimleri kazandığını gösterirken Seçim Kurulu, Yanukovich'in seçimleri kazandığını ilan etmiştir. Akabinde ise seçimlere hile karıştırıldığı iddiasıyla sokak hareketleri başlamış, ciddi bir sivil itaatsizlik durumu meydana gelmiştir. Akabinde ise Ukrayna Yüksek Mahkemesi, seçimlerin ikinci turunu iptal edilmiştir. Ulusal ve uluslararası gözlemcilerin yakından takip ettiği ve adil ve özgür olduğunu ilan ettikleri, başkanlık seçimlerinin tekrarlanan ikinci turunu Yuschenko, %52 oy ile kazanmıştır. Bu ise Yuschenko ile Yanukovich arasındaki gerilimi artırmıştır. Bkz. Molchanov, M. A. (2008). "Ukraine's Orange Revolution: Great Promise, Untimely Demise", *Post-Communist World*, https://www.researchgate.net/publication/294621677_Ukraine's_Orange_Revolution_Great_Promise_Untimely_Demise, s. 283-284., (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁴³ Copsey, N. (2008). "The Ukrainian Parliamentary Elections of 2007", *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, <https://doi.org/10.1080/13523270802003129>, s. 297.

¹⁴⁴ Moroz'un bunun karşılığında parlamento başkanlığını elde ettiği görülmektedir. Bkz. Copsey, N. (2008). s. 299.

¹⁴⁵ Copsey, Ukrayna'daki siyasi anlayışın güç paylaşımına müsaade etmediğini, siyasi elitlerin ancak rakiplerini baskılayarak hayatta kalabileceklerine inandıklarını ifade

Partisinden 11 vekilin Bölgeler Partisine geçmesi ise siyasi gerilimi daha da artırmıştır. Zira bu 11 milletvekili sayesinde Yanukovich hükûmeti, parlamentoda Yuschenko'nun vetosunu aşabilecek sayıya ulaşmıştır. Dolayısıyla hükûmet, başkan karşısında önemli bir avantaj elde etmiştir. Yuschenko ise Mart 2007'de bu geçişin anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüş¹⁴⁶, parlamentoyu feshederek 27 Mayıs'ta seçim yapılacağını ilan etmiş ve hükûmete seçim hazırlığı yapma talimatı vermiştir¹⁴⁷. Aslında bu yöndeki bir fesih gerekçesi, Ukrayna Anayasası'nın, parlamentonun feshini düzenleyen 90. maddesinde yer almamaktadır. İlgili madde yalnızca hükûmetin kurulamaması neticesinde başkanın parlamentoyu feshedebileceğini öngörmektedir. Ancak Başkan yine de bu kararnameyi imzalamıştır. Dolayısıyla Yuschenko'nun feshi öngören kararnamesi, hükûmet tarafından eleştirilirken Yanukovich'in de seçim için gerekli hazırlığı yapmayı reddettiği görülmektedir. Bunun üzerine Yuschenko ve Yanukovich'in fesih üzerine pazarlık yaptığı ve seçim tarihinin Eylül 2007 olarak düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla Mart 2006'ya yapılan parlamento seçimlerinden yalnızca 18 ay sonra parlamento feshedilmiştir. Seçim sonuçlarının ise Mart 2006 seçimlerinden anlamlı bir farklılık ortaya koymadığı görülmektedir¹⁴⁸. Dolayısıyla 2007 yılındaki fesih yetkisinin kullanılması, parlamentonun çoğunluk desteğine sahip olan bir hükûmete karşı ve Anayasa hükümlerine aykırı olarak yapılmıştır. Seçimlerin sonucunda ise Bizim Ukrayna Partisi ile Tymoshenko Bloğu'nun kurduğu koalisyonun hükûmeti kurduğu görülmektedir¹⁴⁹. Dolayısıyla erken seçim kararının Başkan lehine sonuç ürettiği görülmektedir.

Ukrayna Başkanı'nın ikinci feshi 2014 yılındadır. Başkan'ın bu yetkisini açıkça *avantajlı politik durumundan* yararlanmak amacıyla kullandığı görülmektedir. Zira Başkan Poroshenko'nun yeni seçilmiş olması ve

etmektedir. Dolayısıyla kohabitasyon, Ukrayna gibi bir devlet sisteminde yıkıcı sonuçlar doğurabilmektedir. Bkz. a.g.m. s. 300.

¹⁴⁶ Başkana göre geçiş yapan bu 11 vekil, nispi temsil seçim sistemine göre seçilmiştir. Nispi temsil seçim sistemi ise adayı değil partiyi ön plana çıkaran bir seçim sistemidir. Dolayısıyla seçmen adaya değil partiye oy vermiştir. Bu nedenle bu kişilerin vekil olması parti sayesinde. Başka partiye geçiş yapmaları ise seçmenin iradesine aykırıdır. Bkz. Copsey, N. (2008). s. 299; Ukrayna'daki seçim sistemi ile ilgili olarak bkz. Mierzejewski, M. (2014). "When the Colors Fade: Party Politics, Institutionalization, and Democratization in Ukraine and Georgia", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Chicago: Graduate College of the University of Illinois, s. 61.

¹⁴⁷ Copsey, N. (2008). s. 299.

¹⁴⁸ Bkz. a.g.e., s. 300.

¹⁴⁹ İnternet: "Profile: Yulia Tymoshenko", BBC News, 23 Mayıs 2014, <https://www.bbc.com/news/world-europe-15249184>, (Erişim Tarihi: 27/3/2020).

popüleritesinin yüksekliği, buna karşın bir önceki hükûmetin ciddi bir siyasi kriz geçirmiş olması, Başkan'a ciddi bir avantaj sağlamaktadır. Başkan da parlamentoyu feshederek yapılacak yeni seçimler vasıtasıyla parlamento çoğunluğunu elde etmeyi amaçlamıştır. Bu dönemde 2011-2014 yılları arasında görev yapan Başkan Yanukovich'in politik ve uluslararası kriz neticesinde istifa etmesinden sonra¹⁵⁰ başkanlık seçimleri yapılmış ve Petro Poroshenko başkan olarak seçilmiştir. Parlamento ise 28 Ekim 2012 tarihinde 5 yıllık bir dönem için seçilmiştir. Parlamento çoğunluğu, hükûmette yer alan eski Başkan Yanukovich'in Bölgeler Partisi Komünist Parti, Lytvyn Bloğu ve bazı bağımsızların elindedir. Yanukovich'in istifası sonrasında hükûmet de istifa etmiş, yeni hükûmet muhalefet partileri tarafından kurulmuştur. Anketler ise yeni bir parlamento seçimi yapılmasına %65 oranında destek verildiğini ortaya koymaktadır¹⁵¹. Bunu icra edebilmek adına 24 Temmuz 2014 tarihinde, yeni hükûmeti oluşturan partilerden Udar ve Svoboda ile bazı vekiller, Anayasa'nın 90. maddesi hükmünün öngördüğü şartları sağlamak için koalisyondan çekilmiştir. Yeni hükûmetin kurulması için gerekli olan süre beklenildikten sonra da 25 Ağustos 2014 tarihinde Başkan, 26 Ekim 2014 tarihinde icra edilmesi öngörülen erken seçim kararını bir kararname ile ilan etmiştir¹⁵². Erken seçim, yeni Başkan Poroshenko'yu destekleyen Petro Poroshenko Bloğu'nun da yer aldığı bir koalisyon olan Yatsenyuk hükûmetinin kurulmasına imkân tanımıştır¹⁵³. Erken seçim kararı yine başkan lehine sonuçlanmış olmaktadır.

Ukrayna'da tatbik edilen son fesih, açıkça Başkan Volodymyr Zelensky'nin yeni seçilmiş olmasından dolayı sahip olduğu avantajlı politik durumdan yararlanmak istemesidir. Zira Zelensky, Nisan 2019'da %73 gibi ciddi bir oy oranı ile mevcut Başkan'dan (%24) daha fazla oy alarak önemli bir seçim galibiyeti elde etmiştir¹⁵⁴. Kendisi aslen bir komedyen¹⁵⁵

¹⁵⁰ Shevel, O. (2015). "The Parliamentary Elections in Ukraine, October 2014", *Electoral Studies*, Vol. 39, 2015, s. 159

¹⁵¹ a.g.e., s. 159.

¹⁵² a.g.e., s. 159.

¹⁵³ Hükûmette yer alan partiler şunlardır; Petru Poroshenko Bloğu, Radikal Parti, Anavatan Partisi, Halk Cephesi, Özgüven (Self-Reliance) partisi. Hükûmet, parlamentonun 288 lehe oyunu olarak kurulmuştur. Shevel, O. (2015). s. 160.

¹⁵⁴ İnternet: "President of Ukraine", <https://www.president.gov.ua/en/president/biografiya>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁵⁵ Zelensky, 2016 yılında Halkın Hizmetkarı (Servant of the People) isimli bir dizide aslen öğretmen olan fakat sonrasında devlet başkanlığı makamına kadar yükselen birini canlandırmıştır. Buradan hareketle Zelensky, seçimlerden bir yıl önce kurduğu partinin adını da Halkın Hizmetkarı olarak belirlemiştir. İnternet: Quartz, "Ukraine's newly elected

olmasına karşın Ukrayna'da parlamentoya ve partilere karşı giderek artan güvensizlik nedeniyle¹⁵⁶ rakipleri karşısında ön plana çıkmıştır. Seçim kampanyası boyunca devlet görevlilerinin yolsuzluklarına dikkat çeken, Rusya tarafından desteklenen ülkenin doğu sınırındaki isyancılar ile uzlaşa politikası yürüteceğini ve bu sorunu çözmeyi hedeflediğini sürekli dile getiren Başkan, Mayıs 2020'de görevine başlamış ve parlamentoda yapmış olduğu konuşmasında Savunma Bakanı, Gizli Servis Başkanı ve kabinenin istifasını talep etmiş; Başbakan istifa edeceğini açıklamıştır¹⁵⁷. Ayrıca Başkan, aynı konuşmasında parlamentoyu feshedeceğini de ilan etmiştir¹⁵⁸. Başkanın bunu yapmaktaki amacı ise şüphesiz -tıpkı Poroschenko'nun yaptığı gibi- gücünü konsolide etmek ve seçim vaatlerini yerine getirebilmek için çalışabileceği bir parlamentonun teşekkülünü sağlamaktır¹⁵⁹. Zira Zelensky'nin Halkın Hizmetkârı Partisi, daha yeni kurulmuş bir partidir ve parlamentoda temsil edilmemektedir. Bu ise başkan için muhalif bir parlamento demektir. Zelensky ise bunun sadece kendi talebi olmadığını, halkın da talebi olduğunu dile getirmiş; bu konuşmasını yaptığı günün ertesinde ise bir kararname ile parlamentoyu feshettiğini ve seçimlerin iki ay sonra yapılacağını ilan etmiştir.

62 parlamento üyesi, söz konusu feshin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Gerçekten de Anayasa'nın 90. maddesi fesih için gerekli şartları belirtmekte iken hükûmetin kurulamaması şartı başkanı sınırlandırmaktadır. Başkan ise her ne kadar Başbakan'ın istifasını talep etmiş ve Başbakan istifa edeceğini açıklamışsa da henüz istifa gerçekleşmemiştir. Ayrıca anayasaya göre istifadan sonra 60 gün yeni hükûmetin kurulması için süre bulunmaktadır. Başkan ise her iki şartın da gerçekleşmesini beklemeksizin kararnameyi yayımlamıştır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararnamenin Anayasa'ya

president already plays the role on TV", <https://qz.com/1600884/volodymyr-zelensky-elected-as-ukraines-president-after-playing-the-role-on-tv/>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁵⁶ Zelensky'nin başkan olarak seçildiği dönemde parlamentoya karşı güvenin %4 civarında olduğu ifade edilmektedir. Bkz. İnternet: <https://www.rferl.org/a/ukrainian-constitutional-court-oks-parliament-s-dissolution-early-poll/30010735.html>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁵⁷ İnternet: New York Times: "Ukraine's New President Dissolves Parliament and Calls a Snap Election", <https://www.nytimes.com/2019/05/20/world/europe/ukraine-zelensky-parliament-election.html>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁵⁸ İnternet: BBC, "Volodymyr Zelensky: Comedian-president calls snap election", <https://www.bbc.com/news/world-europe-48330955>, Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁵⁹ İnternet: New York Times: "Ukraine's New President Dissolves Parliament and Calls a Snap Election", <https://www.nytimes.com/2019/05/20/world/europe/ukraine-zelensky-parliament-election.html>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

uygun olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Venislavsky yaptığı açıklamada ne usul yönünden ne de esas yönünden herhangi bir Anayasa'ya aykırılık tespit etmediklerini ifade etmiştir¹⁶⁰. Temmuz 2019'da icra edilen erken seçimlerde ise Zelensky'nin Halkın Hizmetkârı Partisi, Sovyet sonrası Ukrayna'da en çok oy alan (%43.16) ve tek başına iktidar olma imkânı elde eden ilk parti olmuştur¹⁶¹. Dolayısıyla Başkan'ın avantajlı politik durumundan yararlanmak amacıyla aldığı erken seçim kararı, açıkça Başkan lehine sonuçlanmıştır.

3. Hükûmet Krizinin Suni Bir Şekilde Oluşturulması: Türkiye ve 2015 Erken Seçimi Örneği

Türkiye'de cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmeye başlandığı 2014 yılından itibaren iki adet erken seçim yapılmıştır. Bunlardan ilki 2015 yılında iken diğeri 2018 yılındadır. 2018 yılındaki erken seçim kararının alınmasında Cumhurbaşkanı'nın da önemli ölçüde rolü bulunmakta ise de fesih kararı Cumhurbaşkanı tarafından değil Parlamento tarafından alınmıştır¹⁶² ve incelememiz dışındadır. 2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde, 1982 Anayasası'nın 116. maddesi, Bakanlar Kurulunun 45 gün içerisinde kurulamaması ya da bir Bakanlar Kurulunun güvensizlik

¹⁶⁰ İnternet: Interfax: "Zelensky's rep in Constitutional Court rules out possibility of declaring unconstitutional decree on Rada dissolution, snap elections", <https://en.interfax.com.ua/news/general/592294.html>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁶¹ İnternet: Rferl, "Final Ukraine Election Results Confirm Zelenskiy Landslide", <https://www.rferl.org/a/final-ukraine-election-results-confirm-zelenskiy-landslide/30076731.html>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

¹⁶² Buna karşın literatürde 2018 yılındaki erken seçim kararının alınmasının da benzer gerekçelere dayandığı görülmektedir. Türk lirasının giderek değer kaybetmesi, enflasyonun artması nedeniyle muhtemel bir ekonomik kriz ile problemlili dış ilişkiler, iktidar açısından negatif bir gelecek öngörülmesine yol açmıştır. İlâveten 15 Temmuz darbe girişimi ile birlikte PKK ile olan çatışmalar ve Suriye'deki iç savaş, milliyetçilik duygusunun artmasına, dolayısıyla iktidarın bundan olumlu olarak etkilenmesini sağlamıştır. Bu nedenle de iktidar, sahibi olduğu bu popülaritenin yakın gelecekte azalacağını hesaba katarak bir seçim yenilgisinin önüne geçmek amacıyla seçimlerin erkene alınmasına karar vermiştir. Bu kararın alınmasında muhalefeti hazırlıksız yakalamak amacı da bulunmaktadır. Zira 2014 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde Erdoğan, %52 oy ile seçilmiş olmasına karşın 7 Haziran milletvekili seçimlerinde Ak Parti'nin %40 oy elde edebilmesi, iktidarın oy kaybı yaşadığı şeklinde yorumlanmış ve muhalefetin seçimleri kazanmak noktasında umutlanmasını sağlamıştır. Cumhurbaşkanı, erken seçim kararı vasıtasıyla muhalefetin seçimlere hazırlıksız yakalanmasını amaç edinmiştir. Öyle ki en büyük rakibi CHP'nin bir süre aday belirlemede zorlandığı görülmektedir. Ayrıca güçlü bir rakip figür olan Meral AKŞENER'in partisinin henüz kurulmuş olması ve organizasyonunu tamamlamamış olması nedeniyle onun da seçim sürecinden diskalifiye olmasını amaçlamıştır. Buna karşın CHP'nin 15 milletvekilini AKŞENER'in İyi Partisine transfer etmesi ile birlikte İP'in bir TBMM Grubuna sahip olduğu ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday gösterme hakkına sahip olduğu görülmektedir. Taş, H. (2018). "Contained Uncertainty: Turkey's June 2018 Elections and Their Consequences", *Giga Focus*, No. 4, s. 1, 3-4.

oyları ile düşürüldükten sonra 45 gün içinde kurulamaması durumunda cumhurbaşkanına seçimleri yenileme yetkisi vermektedir. Ayrıca Anayasa'nın 104. maddesine göre başbakanı atama ve istifasını kabul etme yetkisini de cumhurbaşkanına verilmişti.

Türkiye'de 2002 yılında Ak Parti tek başına iktidar olmuştur. Bu iktidarın 2014 yılında Başbakan Erdoğan'ın, cumhurbaşkanı seçilmesi ile birlikte konsolide olmuş bir yarı-başkanlık sistemine dönüştüğü ileri sürülebilir¹⁶³. Buna karşın 7 Haziran 2015 parlamento seçimlerinde Ak Parti, hâlen en çok oy alan parti olmasına karşın tek başına hükûmet kurma imkânını elde edememiştir¹⁶⁴. Seçim sonuçları hükûmetin ancak bir koalisyon vasıtasıyla kurulabilmesini gerektirmektedir. Ortaya atılan altı muhtemel koalisyon ihtimallerinden 5'i Ak Partinin de hükûmette kalmasını gerektirmektedir. Ak Partinin yer almadığı diğer ihtimal ise CHP, MHP ile HDP'nin aynı koalisyonda yer almasını öngörmektedir ki¹⁶⁵ özellikle MHP ile HDP'nin birlikte yer aldığı böyle bir koalisyon ihtimalinin gerçekleşmesi, ideolojik olarak birbirlerine uzak konumları nedeniyle neredeyse imkânsız gibidir¹⁶⁶. CHP lideri Kılıçdaroğlu muhtemel bir koalisyonda MHP lideri Bahçeli'ye başbakanlık teklif etmiş olduğu iddia edilse de Bahçeli resmî olmayan seçim sonuçlarını değerlendirdiği konuşmasında herhangi bir koalisyona dâhil olmayacağını peşinen ilan etmiştir¹⁶⁷. Bu şartlar

¹⁶³ Konsolide olmuş yarı başkanlık sistemi hem hükûmetin hem de devlet başkanlığı makamının aynı partinin/koalisyonun elinde bulunması anlamına gelmektedir. Bkz. Skach, C. (2005). *Borrowing Constitutional Designs Designs, - Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, ABD: Princeton University Press, s. 15-17.

¹⁶⁴ Bunun nedenleri arasında özellikle işsizlik ve enflasyon gibi ekonomik verilerin negatif yöndeki eğilimine karşı gerekli tedbirleri alamaması, muhalefet partileri CHP ve MHP'nin oy oranlarında Ak Parti aleyhine artışa neden olmuştur. İlaveten Güneydoğu ve Doğu Anadolu Bölgelerinde Ak Partinin sahip olduğu milletvekilliklerinin önemli bir kısmının HDP (*Halkların Demokrasi Partisi*) tarafından kazanılması oy oranlarındaki azalmada etkilidir. Zira seçim kampanyası boyunca Ak Parti HDP'nin seçim barajını geçememesi yönünde strateji geliştirmiş, kampanyası boyunca HDP'ye yüklenmiştir. Ancak sonuç elde edememiştir. Ayrıca terör örgütü PKK ile yapılan barış görüşmeleri, Ak Partinin en çok oy aldığı bölgelerde seçmenin MHP'ye yönelmesine neden olmuştur. Bkz. Sayarı, S. (2016). "Back to a Predominant Party System: The November 2015 Snap Election in Turkey", *South European Society and Politics*, Vol. 21, No. 2, ss. 263-280, s. 264; Bardakçı, M. (2016). "2015 Parliamentary Elections in Turkey: Demise and Revival of AKP's Single-Party Rule", *Turkish Studies*, Vol. 17, No. 1, s. 6-7, 9.

¹⁶⁵ Esasında AKP-MHP, AKP-CHP veya AKP-HDP gibi çoğunluk koalisyonu varyasyonları da bulunmakta ise de hem Ak Partinin diğer partiler ile hem de diğer partilerin Ak Parti ile herhangi bir koalisyon hükûmeti kurmaya girişmesi dönem itibarıyla mümkün değildir. Zira seçim öncesi süreç ve seçim kampanyaları, partilerin liderlerinin birbirlerini "ötekileştirmeye" varan ithamlarına sahne olmuştur. Sayarı, S. (2016). s. 265 vd.

¹⁶⁶ a.g.e., s. 265-266.

¹⁶⁷ a.g.e., s. 266; Benzer açıklamaların HDP temsilcileri tarafından da ifade edildiği görülmektedir. Bkz. Bardakçı, M. (2016). s. 11.

altında Cumhurbaşkanı, hükûmeti kurma görevini dönemin Ak Parti Genel Başkanı Davutoğlu'na vermiştir. Davutoğlu, 32 gün boyunca CHP ile hükûmet kurmak için görüşmeler yapmıştır. Bu görüşmelerde Davutoğlu'nun teklifi erken seçimler yapılana kadar, üç aylık bir geçici koalisyon kurulması yönündedir¹⁶⁸. Anılan süreçte Davutoğlu'nun hükûmeti kuramamış olması sonrasında Cumhurbaşkanı'nın hükûmeti kurma görevini Kılıçdaroğlu'na vermesi ihtimali var olsa da bu olmamış ve Cumhurbaşkanı seçimlerin yenilenmesine karar vermiştir¹⁶⁹. Ak Partinin seçim kampanyasında, yaşanan dönemsel sorunların yalnızca güçlü bir tek parti iktidarıyla çözülebileceği vurgulanmış; ilaveten ekonomik ve siyasi istikrarın devamlılığı için Ak Partiye tekrar tek parti iktidarının verilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Özellikle seçim kampanyası boyunca yükselen terör gerilimi ve güvenlik güçleri ile PKK militanları arasındaki çatışmalardan en çok etkilenen parti ise HDP olurken bu olgu Ak Partinin oy oranlarına olumlu şekilde yansımıştır¹⁷⁰. Tabiidir ki “millî” duyguları harekete geçiren hadiselerin toplumun iktidar ile olan bağını kuvvetlendirmesi mümkündür. Dönemin güvenlik endişesi, seçmenin milliyetçi duygularını harekete geçirirken -olayın özelliğine göre farklılaşmakla birlikte- iktidar partileri bu olgudan kazanç elde edebilirler¹⁷¹. 7 Haziran seçimleri ile 1 Kasım erken seçimi arasında geçen sürede yaşanan terör olaylarının da böyle bir etki ortaya çıkardığı ileri sürülebilir. Zira 5 ay gibi bir süre içerisinde iktidar partisi olan Ak Parti, oyunu %40'tan %49'a çıkararak tek başına iktidarı tekrar elde etmiştir¹⁷².

Cumhurbaşkanı'nın muhtemel bir erken seçim vasıtasıyla Ak Partinin oy oranlarını artıracak, dolayısıyla tek başına iktidarı sağlayacak düşüncesiyle daha en başından fesih yönünde tavır alması, hükûmeti kurmakla yalnızca Ak Parti lideri olan Davutoğlu'nu görevlendirmesi ve

¹⁶⁸ Bardakçı, M. (2016). s. 12.

¹⁶⁹ Gözler, pek çok yazarın anayasal teamüllere göre devlet başkanının bir siyasi parti liderinin hükûmeti kurmakta başarısız olması durumunda diğer partilerin liderlerine de bu görevi vermesi gerektiğini ileri sürdüğünü fakat anayasal olarak bir yazılı kural bulunmadıkça devlet başkanının bu noktada serbest olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gözler, K. (2011), s. 300-301.

¹⁷⁰ İnsan Hakları Derneğinin raporuna göre iki seçim dönemi arasında HDP üyelerine 133 saldırı olmuş, 5.000'den fazla HDP üyesi gözaltına alınmış, 1.004'ü ise suç örgütü üyeliği ile itham edilmiştir. Bkz. Bardakçı, M. (2016). s. 14-15.

¹⁷¹ Bu noktada Thatcher'ın Falkland savaşı galibiyeti ve sonrasında politikası ile Ecevit'in Kıbrıs Barış Harekâtı ve sonrasındaki politikası ile ilgili değerlendirmelere bakılabilir.

¹⁷² İnternet: Yüksek Seçim Kurulu, <http://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/Milletvekili/1Kasim2015/KesinSecimSonuclari/96-A.pdf>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

bu yetkiyi yalnızca erken seçimlere kadar bir hükûmet kurulması amacıyla vermesi, sürecin başarısız olması üzerine Kılıçdaroğlu'na hükûmeti kurma görevinin verilmemesi, Türkiye'nin 2015 örneğinin kriz çözmek amacıyla değil avantajlı politik durumdan faydalanmak amacıyla yapıldığını gösterdiği iddia edilebilir¹⁷³. Yani Anayasa'nın 116. maddesindeki seçimlerin yenilenmesi için gerekli olan şartın gerçekleşmesi için suni bir hükûmet krizi çıkarıldığından da söz etmek mümkündür.

C. FESİH YETKİSİNE ANAYASAL CEZANIN ÖNGÖRÜLDÜĞÜ EKVADOR ÖRNEĞİ

Devlet başkanının fesih yetkisini kullanması sonrasında kendi seçimlerinin de yenilenecek olduğu sistemler, bu yetkinin en nadir kullanıldığı sistemlerdir. Zaten bu kurumun anayasal olarak kabul edilmesinin amacının da bu kurumun kullanılmaması, onun yerine siyasi krizlerin uzlaşma yoluyla çözülmesine teşvik etmesi olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁴. Ekvador'da seçimlerin karşılıklı yenilenmesine karar verme yetkisinin parlamento tarafından da kullanabilmesi mümkündür¹⁷⁵. Ancak çalışmamızda yalnızca devlet başkanlarının fesih yetkisi açısından konu ele alınmaktadır. Konu ile ilgili en somut uygulama 2019 yılında ciddi bir siyasi krizin yaşandığı Ekvador örneğidir.

Ekvador Anayasası'nın 148. maddesine göre başkan şu hâllerde parlamentoyu feshedebilir: (1) Parlamentonun Anayasa'da yer almamasına rağmen bazı yetkileri sahiplenmesi, (2) Parlamentonun ısrarla Ulusal Gelişme Planı uygulanmasını haksız yere engellemesi (3) ülkede ciddi bir siyasi kriz ve iç ayaklanmanın bulunması. Bunlardan ilkinin gerçekleştiği durumlarda başkan, parlamentoyu feshedebilmek için Anayasa Mahkemesinin lehe görüşünü de almalıdır. Fakat başkan bu yetkisini görev süresinin ilk üç yılında ve bir kez kullanabilir. Görüldüğü üzere anayasada başkanın bu yetkisini kullanabilmesi hem bazı nedenlerin varlığına bağlanmış hem de Anayasa Mahkemesinin bu kararı onaylaması gerektiği öngörülmüştür. İlaveten başkan bu yetkiyi görev süresi boyunca yalnızca bir kez kullanabilmektedir. Ekvador'da seçimlerin karşılıklı

¹⁷³ Çağlar, T. E. (2019). "Parlamentonun Feshi", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 82-83.

¹⁷⁴ Gül, C. (2020). s. 335-341

¹⁷⁵ Türkiye'de TBMM, üye tam sayısının 3/5'i ile kendi seçimlerinin yenilenmesine karar vermektedir. Ancak bu durumda hem TBMM seçimleri hem de Cumhurbaşkanlığı seçimleri birlikte yenilenmektedir. Bkz. 1982 Anayasası, m. 116/1.

yenilenmesi uzun süre tartışılmış bir kurumdur¹⁷⁶. Zira 2008 yılına kadar, anayasal olarak bakanların parlamento tarafından güvensizlik oyları ile düşürülebildiği bu ülkede başkanın bu kurum karşısında sahip olduğu bir anayasal yetki söz konusu değilken parlamento bu yetkisini sıklıkla kullanmıştır¹⁷⁷. İlaveten 1997-2005 yılları arasındaki siyasi krizler dolayısıyla 3 başkanın ya istifa etmek zorunda bırakılması ya da parlamento tarafından görevden alınması¹⁷⁸, 2008 Anayasası hazırlanırken, kriz durumunda işletmek maksadıyla seçimlerin karşılıklı yenilenmesi kurumunun da anayasal olarak düzenlenmesini gerektirmiştir. Buna karşın 2019 yılına kadar bu kurumun işletilmesini gerektirecek bir siyasi kriz yaşanmamıştır.

Ekuador'da 2005-2017 yılları arasında Rafael Correa'nın uzun bir iktidarı söz konusudur. Bu süre içerisinde Correa, kurucusu olduğu Alianza PAIS'in de lideri olarak sol eğilimli politikaları ve sosyal reformları ile önemli bir popülerite elde etmiştir. Ayrıca anayasal görev sınırının Anayasa Mahkemesi kararıyla kaldırılması ile birlikte Correa, siyasi tepkileri engellemek adına başkan yardımcısı Lenin Moreno'yu halef olarak göstermiştir¹⁷⁹. Moreno ise hem Alianza PAIS'in yeni lideri olmuş hem de 2017 yılında başkan olarak seçilmiştir. Bununla birlikte Moreno, seçilir seçilmez Correa'nın politikalarını reddetmiş, IMF'den borç almış, neo-kapitalist politikalar benimsemiştir¹⁸⁰. Hatta Moreno'nun Correa'nın tekrar seçilmesini engellemek maksadıyla 2018 yılında bir referandum ile anayasal görev sınırını tekrar kabul ettirdiği görülmektedir¹⁸¹. Correa'nın halefi olan ve bu politikaları devam ettirme vaadiyle seçilen Moreno'nun seçim vaatlerinin tam aksine olan davranışları, seçildiği dönemin başlangıcında %80'lerde olan popüleritesinin 2019 yılı itibarıyla %30'lara

¹⁷⁶ Örneğin Nisan 1980'de Başkan Roldós başkanın parlamentoyu feshetme yetkisine sahip olması ile ilgili olarak bir referandum yapmak konusunda parlamentoyu baskılamıştır. 1995 yılında Başkan Durán Ballén benzer şekilde bir referandum teklifinde bulunmuştur. Fakat bu denemelerden hiçbirisi başarılı olamamıştır. 1984 yılında ise Başkan Febres Cordero'nun parlamento çoğunluğunun atadığı Yüksek Mahkeme hâkimlerini onaylamayı reddetmesi sonrasında başkanın parlamentoyu feshedeceğinden korkulduğu ifade edilmektedir. Negretto, G. (2013). *Making Constitutions*, New York: Cambridge University Press, s. 200-201.

¹⁷⁷ Negretto, G. (2013). s. 200.

¹⁷⁸ Ekinci, A. (2019). s. 21.

¹⁷⁹ Landau, D., Roznai, Y., Dixon, R. (2019). "Term Limits and the Unconstitutional Amendment Doctrine: Lessons From Latin America", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208187, s. 9-10., (e.t.10.10.2019).

¹⁸⁰ Mancillo, A. S. (2019). "Fin de Ciclo (corto) en Ecuador", <https://www.celag.org/fin-de-ciclo-corto-en-ecuador/>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

¹⁸¹ Landau, D., Roznai, Y., Dixon, R. (2019). s. 10.

kadar düşmesine neden olmuştur¹⁸². İlaveten Moreno'nun IMF'den aldığı borçlar nedeniyle ekonomik açıdan ciddi bir tasarruf politikası belirleme yolunda kararlar aldığı görülmektedir. Halkın en çok tepkisini çeken ise 2 Ekim 2019 tarihinde ilan edilen 883 sayılı kararnamesidir. Bu kararname ile Moreno, 40 yıldır devlet tarafından benzin fiyatları için yapılan yardımı iptal etmiştir. Böyle olunca dizel fiyatlarında %120, benzin fiyatlarında %30 artış olmuştur. Ayrıca alınan ekonomik kararlar arasında işverenler lehine fakat çalışanlar aleyhine olacak yeni düzenlemelerinin olduğu görülmektedir¹⁸³.

Bu kararname, eş zamanlı olarak ülkenin pek çok yerinde iki hafta boyunca yoğun bir şekilde devam edecek olan gösterilere neden olmuştur. Taksi, otobüs ve kamyon şoförleri ile pek çok sendika ve topluluk¹⁸⁴ ulusal grev ilan etmiştir¹⁸⁵. Bu gösterilerin amaçları ise devletin yakıt yardımının tekrar tesis edilmesi, tasarruf politikalarının sona ermesi ve *Başkan Moreno'nun istifa etmesidir*¹⁸⁶. Bu süreç içerisinde Moreno'nun kabinesinde yer alan Guillermo Laso ve Jaime Nebot'un da Başkan'ın bu meşruiyet krizinden etkilenmemek için Başkan ile aralarına mesafe koydukları ifade edilmektedir¹⁸⁷.

Bu tepki karşısında Moreno derhâl olağanüstü hâl ilan etmiş ve orduyu sokağı denetim altına alması için yetkilendirmiştir. Güvenlik güçleri ile göstericiler arasındaki çatışmalar dolayısıyla pek çok göstericinin öldüğü, yüzlerce göstericinin ise gözaltına alındığı ifade edilmektedir¹⁸⁸. Fakat başkent Quito'da göstericilerin pek çok devlet binasını işgal etmesi

¹⁸² Mancillo, A. S. (2019). "Fin de Ciclo (corto) en Ecuador", <https://www.celag.org/fin-de-ciclo-corto-en-ecuador/>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

¹⁸³ Barria, C. (2019). "Crisis en Ecuador: 4 razones que explican la crisis que llevó a Lenin Moreno a decretar el "paquetazo" que desató las protestas" BBC Mundo, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49978717>,) Ekim 2019, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

Oliva, N. (2019). "Crisis en Ecuador: de Protestas y Privilegios", *CELAG*, 4 Ekim 2019, <https://www.celag.org/crisis-en-ecuador-de-protestas-y-privilegios/>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

¹⁸⁴ Bunlardan başlıcaları, Birleşik Çalışanlar Cephesi (*Frente Unitario de los Trabajadores*), Ekvador Milliyetçi Yerliler Konfederasyonu (CONAIE), Ekvador Üniversite Öğrencileri Federasyonu (FEUE)dur.

¹⁸⁵ Oliva, N. (2019). "Crisis en Ecuador: de Protestas y Privilegios", *CELAG*, 4 Ekim 2019, <https://www.celag.org/crisis-en-ecuador-de-protestas-y-privilegios/>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

¹⁸⁶ İnternet: BBC Mundo, "In Pictures: Quito in crisis as protests continue", <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-49994278>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

¹⁸⁷ Oliva, N. (2019). "Crisis en Ecuador: de Protestas y Privilegios", *CELAG*, 4 Ekim 2019, <https://www.celag.org/crisis-en-ecuador-de-protestas-y-privilegios/>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

¹⁸⁸ İnternet, The Guardian, "Indigenous Ecuadorians too strong to be ignored after dealt to end protests", The Guardian, <https://www.theguardian.com/world/2019/oct/16/ecuador-indigenous-protesters-bittersweet-triumph>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

nedeniyle Başkan Moreno, şehri terk etmiş ve Guayaquil'e gitmiştir. İlâveten Başkan Moreno, eylemcileri “darbeci” olmakla suçlarken söz konusu eylemlerin planlayıcısı olarak ise eski Başkan Correa'yı ve Venezuela Devlet Başkanı Maduro'yu hedef göstermiştir. Buna karşın Belçika'da ikamet etmekte olan Correa, suçlamaları inkâr etmekle birlikte mevcut şartlar altında bir erken seçimin gerekli olduğunu ifade etmiştir¹⁸⁹. Ülke siyasi bir krizin ve iç ayaklanmanın içerisindeydi. Öyle ki Başkan olağanüstü hâl ilan ederken başkenti terk etmek zorunda kalmıştı. Ancak çok önemli bir husus vardı ki o da Başkan'ın tekrar seçilemeyecek olmasının çok kuvvetli bir olasılık olmasıydı¹⁹⁰. Bu nedenle Başkan seçimlerin yenilenmesine karar vermemiş, göstericiler ile uzlaşmayı seçmiştir. Bu uzlaşma çerçevesinde Başkan, 883 sayılı kararname ile ilan ettiği tasarruf tedbirlerini geri almıştır.

Ekvador örneği göstermektedir ki seçimlerin karşılıklı yenilenmesi, özellikle başkanın popülaritesinin düştüğü siyasi kriz durumlarında başvurulabilecek bir anayasal hüküm olmaktan çıkmaktadır. Somut örnekte Başkan, ekonomi politikasından feragatte bulunarak siyasi krizin derinleşmesini engellemiştir. Bununla birlikte karşılıklı uzlaşma zemininin olmadığı durumlarda bu müessesenin en azından yürütme lehine sonuç vermesinin -hele ki başkanın popülaritesinde dramatik düşüşler olduğu dönemlerde- pek mümkün olduğu söylenemeyecektir. Ancak önemle belirtilmelidir ki tarafların uzlaşmaya yanaşmadığı ve başkanın tekrar seçilemeyeceğini öngördüğü durumlarda seçimlerin karşılıklı yenilenmesi kurumunun tikanıklıkları çözmek için bir araç olarak kullanılması ihtimali de giderek düşebilecektir.

SONUÇ

Çalışmamızda başkanlar tarafından kullanılan 16 fesih kararı ile bir adet (Ekvador-2019) fesih kararının alınmadığı örnek ve sonuçları incelenmiştir. Bu örnekler aşağıda Tablo 1'de detaylı bir şekilde gösterilmektedir. Buna göre bu 16 fesih kararının 10'u başkan lehine (%62.5),

¹⁸⁹ Emmott, R. (2019). “Ex-Ecuador president Correa denies planning coup attempt from exile”, Reuters, 8 Ekim 2019, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

¹⁹⁰ Correa'nın son hükûmetinde dışişleri bakanlığı yapmış olan Guillaume Long da erken seçim kararı almak için tüm şartların uygun olduğunu ancak Başkan'ın popülaritesinin çok düşük olduğu ve muhtemel bir seçimi kaybedecek olduğu için erken seçim kararı almadığını ifade etmektedir. Bkz. Finn D. (2019). “Lenin Moreno Has Betrayed Ecuador. Now the Country Is in Revolt. AN INTERVIEW WITH GUILLAUME LONG”, JAKOBIN, 17 Ekim 2019, <https://jacobinmag.com/2019/10/ecuador-protests-lenin-moreno-correa-imf/>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

4'ü (%24) başkan aleyhine sonuçlanırken 2 durumda (Portekiz-1982-1985) başkanın ne lehine ne de aleyhine bir sonuç doğmuştur. Başkanın fesih yetkisine konu sınırlaması getirilmediği Fransa ve Portekiz, en çok fesih yetkisinin kullanıldığı ülkelerdir. İki ülkede toplam 10 kez parlamento feshedilmiştir. Bu ülkelerin verilerine Ukrayna'nın 2007 ve 2019 pratiği de eklenebilir. Zira bu ülkede başkan, anayasal konu sınırlarına hiçbir şekilde riayet etmeyerek anayasaya aykırı/keyfî bir biçimde fesih yetkisini kullanmıştır. Dolayısıyla başkanın konu sınırı olmaksızın parlamentoyu feshettiği örnekler toplamda 12'dir denilebilir. Bunlardan 7'si (%58.3) başkan lehine, 3'ü (%25) başkan aleyhine sonuçlanırken 2'si ne başkan lehine ne de başkan aleyhine sonuçlanmıştır. Diğer yandan başkanın fesih yetkisini kullanımına konu sınırı getirilen Peru, Polonya, Ukrayna (2014) ve Türkiye'de (2015) 4 kez fesih kararı alınmış, bunlardan 3'ü (%75) başkan lehine biri ise (Polonya-1993) başkan aleyhine sonuçlanmıştır. Görüldüğü üzere başkanın fesih yetkisine konu sınırlaması getirilen ülkelerdeki seçimlerin yenilenmesi kararları (%75) konu sınırlamasının olmadığı pratiklere (%58.3) kıyasla daha çok başkan lehine sonuç üretmiştir. Başkanın fesih yetkisini kullanması durumunda seçimlerin karşılıklı yenilenmesinin öngörüldüğü Ekvador'da ise anayasal olarak tüm şartlar oluşmuş olmasına karşın başkan -popülaritesinin düşük olması nedeniyle- erken seçim kararı almamıştır.

Ekvador örneği dâhil olmak üzere incelenen 17 durumun 6'sında (%35) devlet başkanı-Bakanlar Kurulu çatışması (kohabitasyon), 8'inde (%47) ise başkan parlamento krizi ya da siyasi-sosyal bir kriz bulunmaktadır. Buna karşın Polonya (1993), Portekiz (2004), Ukrayna (2007) örneklerinde hem kohabitasyon hem de başkan-parlamento krizi görülmektedir. Her iki krizin de görüldüğü örneklerden yalnızca Polonya'da seçim sonuçları başkan aleyhinedir. Kohabitasyon'un görüldüğü fakat başkan-parlamento krizinin görülmediği Fransa (1981 ve 1988), Ukrayna (2019) örneklerinde başkan daha yeni seçilmiş olup derhâl parlamento feshetmiştir. Bu pratiklerin üçü de başkan lehine sonuçlanmıştır.

İncelenen 16 feshin 7'sinin (%43) sebebi hükûmet krizi iken 2'sinin (%12.5) sebebi ise suni bir hükûmet krizinin oluşturulmasıdır. Buna karşın 4 durumda (%25) başkan, konu sınırlandırılması olmaması nedeniyle, sistemde bir hükûmet krizi yaşanmamasına karşın takdiri olarak parlamento feshetmiştir. 2 durumda ise (%12.5) başkan, anayasada öngörülen konu sınırlandırılmasından farklı bir gerekçeyle yani anayasaya

aykırı olarak parlamentoyu feshetmiştir. Bu örnekler Ukrayna'da (2007 ve 2019 örnekleri) görülmektedir. Bir örnekte ise (Fransa-1968) sosyal bir kriz söz konusudur. Ekvador örneğinde de anayasada öngörülen şartları sağlayan ve ciddi sonuçları olan bir sosyal kriz söz konusu ise de başkan parlamentoyu feshetmemiştir. İncelenen 16 feshin amaçları da değişmektedir. Bunlardan 8'i (%50) hükûmet krizini çözmeyi amaç edinirken 7'sinde (%43.75) başkan avantajlı politik durumundan faydalanmak istemektedir. Bir durumda ise (Portekiz-1987) hükûmet güvensizlik oyları ile düşürüldükten sonra başkan erken seçim kararı almıştır. Fakat başkan bu kararı aldığı anda hâlen hükûmeti kurabilecek bir çoğunluk bulunmaktadır. Yani hem kriz çözme amacı hem de keyfî bir tutum söz konusudur.

Sonuç olarak eğer başkanlar anayasal olarak fesih yetkisine sahip ve fesih yetkileri üzerinde bir konu sınırlandırması bulunmamakta ise parlamentoyu daha çok ve keyfî sebeplerle feshedebilmektedir. Diğer yandan başkanın fesih yetkisi anayasal olarak konu sınırlandırmasına tabi ise feshin kullanım sıklığı azalmakta ise de başkanlar, avantajlı durumlardan yararlanmak için ya suni bir hükûmet krizi oluşturmakta ya da doğrudan anayasaya aykırı olarak parlamentoyu feshedebilmektedir. Başkanın fesih yetkisini kullanması durumunda seçimlerin karşılıklı olarak yenilendiği sistemlerde ise başkanın bu yetkisini kullanması daha da zorlaşmaktadır.

KAYNAKÇA

- AÇIL, Murat (2018). *Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.
- ALTAN, Cemal (2009). "Türkiye'de Erken Genel Seçimleri Etkileyen Faktörlerin İncelenmesi", *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 8, Sa. 16.
- AMORIM NETO, Octavio ve LOBO, Marina Costa (2008). "Portugal's Semi-Presidentialism (Re)considered: An Assessment of the President's Role in the Policy Process, 1976-2006", *European Journal of Political Research*, Vol. 48, ss. 234-255.
- ANAYURT, Ömer (2019). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2. Baskı.
- ATAR, Yavuz (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 13. Baskı.
- BALKE, Nathan S. (1990). "The Rational Timing of Parliamentary Elections", *Public Choice*, Vol. 65, ss. 201-216.
- BARDAKÇI, Mehmet (2016). "2015 Parliamentary Elections in Turkey: Demise and Revival of AKP's Single-Party Rule", *Turkish Studies*, Vol. 17, No. 1, ss. 4-18.
- BERGMAN, Torbjörn, MÜLLER, Wolfgang C, STROM ve KAARE, BLOMGREN, Magnus (2003). "Democratic Delegation and Accountability: Cross-national Patterns", *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, (Ed. Kaare Strom, Wolfgang C. Müller, Torbjörn Bergman), New York: Oxford University Press.
- BULMER, Elliot (2016). *Dissolution Power*, Stocholm: International Idea Constitution-Building 16.
- CANDAN, Kadir (2017). "1989 Sonrası Doğu Bloku Ülkelerinde Demokratikleşme Süreci: Polonya Cumhuriyeti'nde Yarı-Başkanlık Sisteminin Dönüşümü", *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri-Yarı-Başkanlık Sistemi*, Ankara: TBBM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı.
- COLE, Alistair (2005). *French Politics and Society*, Routledge, Second Edition New York.
- COPSEY, Nathaniel (2008). "The Ukrainian Parliamentary Elections of 2007", *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, <https://doi.org/10.1080/13523270802003129>, ss. 297-309.

- ÇAĞLAR, Taha Enes (2019). "Parlamentonun Feshi", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- EHRMANN, Henry W (1963). "Direct Democracy in France", *The American Political Science Review*, Vol. 57, No. 4, ss. 883-901.
- EKİNCİ, Ahmet (2019). "Latin Amerika Ülkelerinde Başkanın Sorumluluğunu İşletmek İçin Parlamentoların Kullandığı Araçlar", *TBB Dergisi*, 144. Sayı, ss. 13-58.
- EKİNCİ, Ahmet (2020). *Yükselen Bir Hükümet Sistemi Tercihi Olarak Tek Başlı Karma Hükümet Sistemleri*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- EKİNCİ, Ahmet, KAPLAN ARIK, Aslıhan (2020) "Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi", *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2020/1, ss. 71-122.
- ELGIE, Robert (2001) "Cohabitation": Divided Government French-Style", *Divided Government in Comparative Perspective*, (Ed. Robert Elgie), New York: Oxford University Press.
- ELGIE, Robert (2007). "Varieties of Semi-Presidentialism and Their Impact on Nascent Democracies", *Taiwan Journal of Democracy*, Vol. 3, No.2, ss. 53-71.
- FREEDOM HOUSE: "Countries and Territories", <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>, (Erişim Tarihi: 19/3/2020).
- FREIRE, Andre, LOBO, Marina Costa (2006). "The Portuguese 2005 Legislative Election: Return to the Left", *West European Politics*, Vol. 29, No. 3, ss. 581-588.
- GALLARDO LASTRA, A. G (2014). "Destitucion del Presidente y Disolucion de la Asamblea Nacional en los Articulos 130 y 148 de la Constitucion del Ecuador de 2008". *Dissertacion Previa a la Obstencion del Titulo de Abogada*, Quito: Pontificia Universidad Catolica del Ecuador Facultad de Jurisprudencia.
- Goldey, D. B. (1998). "The French General Election of 25 May-1June 1997", *Electoral Studies*, Vol. 17, No. 4, ss. 536-555
- GOPLERUD, Max, SCHELITER, Petra (2015). "An Index of Assembly Dissolution Powers", *Comparative Political Studies*, Vol. 49, No. 4, ss. 427-456.

- GÖZLER, Kemal (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa: Ekin Kitabevi.
- GÖZLER, Kemal (2017a). “‘Fesih’ ve ‘Seçimlerin Yenilenmesi’ Farklı Kavramlar Mıdır? ‘Cumhurbaşkanının Meclisi Fesih Yetkisi Yoktur’ İddiası Üzerine Bir İnceleme”, http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html#_ftn10, (Erişim Tarihi: 29/3/2020).
- GÖZLER, Kemal (2017b). *Elveda Anayasa*, Bursa: Ekin Kitabevi, 3. Baskı.
- GÖZTEPE, Ece (2010). Federal Alman Anayasası’nda Güvensizlik Oyu Sonucu Yasama Meclisinin Feshi Kurumu, *Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoğlu’na Armağan*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 335-373.
- GÜL, Cengiz (2020). *Demokrasi Teorisi Açısından Başkanlık/Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Demokratik Değeri*, Ankara: Adalet Kitabevi.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John (2008). *The Federalist Papers*, No. 51, (Ed. Lawrence Goldman), New York: Oxford University Press.
- ITO, Takatoshi (1990). “The Timing of Elections and Political Bussiness Cycles in Japan”, *Journal of Asian Economics*, Vol. 1, No. 1, ss. 135-156.
- JALALI, Carlos (2011). “The President is Not a Passenger: Portugal’s Evolving Semi-Presidentialism”, *Semi Presidentialism and Democracy*, (Ed. Robert Elgie, Sophia Moestrup, Yu-Shan Wu), Londra: Palgrave Macmillian, ss. 156-174.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer (1982). *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- KARATEPE, Şükrü (2017). *Sistem Söyleşileri*, Ankara: A Kitap.
- KAYSER, Mark Andreas (2005). “Who Surfs, Who Manipulates? The Determinants of Opportunistic Election Timing and Electorally Motivated Economic Intervention”, *American Political Science Review*, Vol. 99, No. 1, ss. 17-27.
- KROK-PASZLOWSKA, Ania (2001). “Divided Government in Poland”, *Divided Government in Comparative Perspective*, (Ed. Robert Elgie), New York: Oxford University Press.
- LANDAU, David, ROZNAI, Yaniv ve DIXON, Rosalind (2019). “Term Limits and the Unconstitutional Amendment Doctrine: Lessons From Latin America”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208187, (e.t.10.10.2019).

- LIJPHART, Arendt (2006). *Demokrasi Motifleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (Çev. Güneş Ayas, Utku Umut Bulsun), İstanbul: Salyangoz Yayınları.
- MANCILLO, Alfredo Serrano (2019). "Fin de Ciclo (corto) en Ecuador" CELAG, <https://www.celag.org/fin-de-ciclo-corto-en-ecuador/>, (e.t. 25.3.2020).
- MIERZEJEWSKI Melanie (2014). "When the Colors Fade: Party Politics, Institutionalization, and Democratization in Ukraine and Georgia", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Chicago: Graduate College of the University of Illinois.
- MOLCHANOV, Mikhail A. (2008). "Ukraine's Orange Revolution: Great Promise, Untimely Demise", *Post-Communist World*, 2008, https://www.researchgate.net/publication/294621677_Ukraine's_Orange_Revolution_Great_Promise_Untimely_Demise, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).
- MORGAN-JONES, Edward, SCHLEITER, Petra (2018). "Presidential Influence on Parliamentary Election Timing and the Electoral Fate of Prime Ministers", *The Journal of Legislative Studies*, Doi:10.1080/13572334.2018.1477273.
- NEGRETTO, Gabriel (2013). *Making Constitutions*, New York: Cambridge University Press.
- ÖZSOY, Şule (2009). *Başkanlı Parlamenteer Sistem*, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- ÖZSOY BOYUNSUZ, Şule (2017). *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İstanbul: İmge Kitabevi.
- PRZEWORSKI, Adam, ASADURIAN, Tamar, BOHLKEN, Anjali Thomas (2012). "The Origins of Parliamentary Responsibility", *Comparative Constitutional Design*, (Ed. Tom Ginsburg), New York: Cambridge University Press.
- SAYARI, Sabri (2016). "Back to a Predominant Party System: The November 2015 Snap Election in Turkey", *South European Society and Politics*, Vol. 21, No. 2, ss. 263-280.
- SCHLEITER, Petra, MORGAN-JONES, Edward (2009). "Constitutional Power and Competing Risks: Monarchs, Presidents, Prime Ministers, and the Termination of East and West Cabinets", *American Political Science Review*, Vol. 103, No. 3, ss. 496-512.
- SHEVEL, Oxana (2015). "The Parliamentary Elections in Ukraine, October 2014", *Electoral Studies*, Vol. 39, ss. 159-16.

- SHUGART, Mattheww Soberg, CAREY, John (1992). *Presidents and Assemblies*, New York: Cambridge University Press.
- SHUGART, Mattheww Soberg (2005). "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns", *French Politics*, Vol. 3, ss. 232-351.
- SHUGART, Mattheww Soberg (2006). "Comparative Executive-Legislative Relations", *The Oxford Handbook of Political Institutions*, (Ed. R. A. W. Rhodes, Sarah A. Binder, Bert A. Rockman), New York: Oxford University Press.
- SMITH, Alastair (2003). "Election Timing in Majoritarian Parliaments", *B. J. Pol. S.*, Vol. 33, ss. 397-418.
- STROM, Kaare, SWINDLE, Stephen M. (2000). The Strategic Use of Parliamentary Dissolution Powers", *Parliamentary Control of Executive*, Directed by Thomas Lancaster, Manuel Sanchez de Dios, Joint Sessions of Workshops of the European Consortium for Political Research, Copenhagen.
- SULA, Piotr, SZUMIGALSKA, Agnieszka (2013). "The Guardian of the Chandelier or a Powerful Statesman? The Historical, Cultural and Legislative Determinants of the Political Role of the President of Poland", *Presidents Abote Parties? Presidents in Central and Eastern Europe, Their Formal Competencies and Informal Power*, ss. 101-120.
- SZARSKA, Joseph (1997). "Snatching Defeat From the Jaws of Victory: The French Parliament Elecions of 25 May and 1 June 1997", *West European Politics*, Vol. 20, No. 4, ss. 192-199.
- TAŞ, Hakkı (2018). "Contained Uncertainty: Turkey's June 2018 Elections and Their Consequences", *Giga Focus*, No. 4.
- THIÉBAULT, Jean-Louis (2003). "France: Delegation and Accountability in the Fifth Republic", *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies* (Ed. Kaare Strom, Wolfgang C. Müller, Torbjörn Bergman), New York: Oxford University Press ss. 325-347.
- ULUŞAHİN, Nur (2013). "Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Siyasal Sistemimize Etkileri: Türkiye'de Hükümet Sisteminin Geçirdiği Dönüşüm ve Geleceğe Yönelik Beklentiler". *Yeni Türkiye Dergisi*. Sa. 51.
- von BEYME, Klaus (2000). *Parliamentary Democracy-Democracy, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999*, Londra: Palgrave Mcmillian, Londra

YALANSIZ, Nedim (2006). Türkiye’de Koalisyon Hükümetleri 1961-2002, İstanbul: Büke Kitapları.

İnternet Kaynakları

ANADOLU AGENCY, “Perú: Tribunal Constitucional definió que disolución del Congreso por

parte del Ejecutivo fue legal”, <https://www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/per%C3%BA-tribunal-constitucional-defini%C3%B3-que-disoluci%C3%B3n-del-congreso-por-parte-del-ejecutivo-fue-legal-/1702626>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

BARRÍA Cecilia: “Crisis en Ecuador: 4 razones que explican la crisis que llevó a Lenín Moreno a decretar el “paquetazo” que desató las protestas” BBC Mundo, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49978717>,) Ekim 2019, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

BBC MUNDO: “Disolución del Congreso en Perú: renuncia Mercedes Aráoz, nombrada “presidenta en funciones” por el Parlamento en sustitución de Vizcarra”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49902304>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

BBC MUNDO: “Elecciones Perú 2020: los resultados preliminares muestran un Congreso fragmentado y al desplome del fujimorismo”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51262879>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

de la QUINTANA, Jimene: CNN Espanol, “Tribunal Constitucional de Perú vota a favor de la legalidad en la decisión de Martín Vizcarra de disolver el Congreso”, <https://cnnespanol.cnn.com/2020/01/14/alerta-peru-tribunal-constitucional-vota-a-favor-de-la-legalidad-en-la-decision-de-martin-vizcarra-de-disolver-el-congreso/>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

EMMOTT, Robin: “Ex-Ecuador president Correa denies planning coup attempt from exile”, Reuters, 8 Ekim 2019, (25.3.2020).

“Indigenous Ecuadorians too strong to be ignored after dealt to end protests”, The Guardian, <https://www.theguardian.com/world/2019/oct/16/ecuador-indigenous-protesters-bittersweet-triumph>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

FINN, Daniel: “Lenín Moreno Has Betrayed Ecuador. Now the Country Is in Revolt. AN INTERVIEW WITH GUILLAUME LONG”, JAKOBIN, 17 Ekim 2019, https://jacobinmag.com/2019/10/ecuador-protests-lenin-moreno-correa-imf?__cf_chl_jschl_tk__=f9b7ad70d62283c7208c712ec27bb2f77c7cf37b-1585137425-0-Aa7Gbkso-q5pBfE2HZ8ILZqzGQxVp3P_

OmY-ncPORup5j1eIxJlDD9_DdMDNnAr64mcS3CIRaqz3iTT
Ri0GK6BMUmIf5mUbFhqUzGBDROuV8IIZLp8TCwhMZi-
1K7y7w6kO3kd5Oa1wQIBvIYwhHN24SYtA-s6Ol0Mjtdh1dj4INlnnuC
WCo6lGuy4w6cRV2a8OH1RD3FF1y09T_VDDRiYJ185UPeyAneXmOc
HpbHQQXGbAxXOQA-iFaV8O0RjfmQxf86bbwW05kTLdaBLyL_zVtc_
zjz8yT6d-9ebfVVRjiBNEpdb0ztSoDdYFde9DPav3D9x1uBFNzgHg9naNT
ZtAPXH2SgbbSaKpP3S-7qeaVZFSOK8VLWcf_7OBKG1AykGhtSeLp5Ez
63mPKEDpD3DI, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

Fixed-term Parliament Act, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/section/2/enacted>, (Erişim Tarihi: 20/3/2020).

INTERFAX: “Zelensky’s rep in Constitutional Court rules out possibility of declaring unconstitutional decree on Rada dissolution, snap elections”, <https://en.interfax.com.ua/news/general/592294.html>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

LA REPÚBLICA: “En media hora se decidió lista de candidatos al TC”, <https://larepublica.pe/politica/2019/09/20/en-media-hora-se-decidio-lista-de-candidatos-al-tc-pedro-olaachea-congreso-fujimorismo/>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

NEW YORK TIMES: “Ukraine’s New President Dissolves Parliament and Calls a Snap Election”, <https://www.nytimes.com/2019/05/20/world/europe/ukraine-zelensky-parliament-election.html>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

OLIVA, Nicolás: Crisis en Ecuador: de Protestas y Privilegios, CELAG, 4 Ekim 2019, <https://www.celag.org/crisis-en-ecuador-de-protestas-y-privilegios/>, (Erişim Tarihi: 25/3/2020).

PERU 21: “CIDH objeta falta de transparencia en proceso de selección para el TC”, <https://peru21.pe/politica/cidh-objeta-falta-de-transparencia-en-proceso-de-seleccion-para-el-tc-noticia/> (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

PERU 21: “Pleno rechazó cuestión previa para suspender la elección de los miembros del TC”, <https://peru21.pe/politica/pleno-rechazo-cuestion-previa-para-suspender-la-eleccion-de-los-miembros-del-tc-noticia/>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

“Profile: Yulia Tymoshenko”, BBC News, 23 Mayıs 2014, <https://www.bbc.com/news/world-europe-15249184> (Erişim Tarihi: 27/3/2020).

RFERL: “Final Ukraine Election Results Confirm Zelenskiy Landslide”, <https://www.rferl.org/a/final-ukraine-election-results-confirm-zelenskiy-landslide/30076731.html>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

“President of Ukraine”, <https://www.president.gov.ua/en/president/biografiya>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

Quartz: “Ukraine’s newly elected president already plays the role on TV”, <https://qz.com/1600884/volodymyr-zelensky-elected-as-ukraines-president-after-playing-the-role-on-tv/>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

YÜKSEK SEÇİM KURULU,

<http://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/Milletvekili/1Kasim2015/KesinSecimSonuclari/96-A.pdf>, (Erişim Tarihi: 22/3/2020).

Tablo 1: İncelenen Ülkelerde Fesih Yetkisinin Kullanımı, Gerekçeleri ve Sonuçları

Örnekler	Kohabitasyon	Başkan-Parlamento Krizi/ Siyasi-Sosyal Kriz	Fesih Nedeni	Feshin Amacı	Seçim Sonuçları ¹⁹¹
Fransa (1962)	(-)	Var ¹⁹²	Hükümet Krizi	Kriz Çözme	Başkan Lehine
Fransa (1968)	(-)	Var	Sosyal Kriz	Kriz Çözme	Başkan Lehine
Fransa (1981)	Var	(-)	Keyfi Fesih	Avantajlı Politik Durum	Başkan Lehine
Fransa (1988)	Var	(-)	Keyfi Fesih	Avantajlı Politik Durum	Başkan Lehine
Fransa (1997)	(-)	(-)	Keyfi Fesih	Avantajlı Politik Durum	Başkan Aleyhine
Portekiz (1979)	(-)	Var	Hükümet Krizi ¹⁹³	Kriz Çözme	Başkan Aleyhine ¹⁹⁴
Portekiz (1983)	(-)	(-)	Hükümet Krizi	Kriz Çözme	(-) ¹⁹⁵
Portekiz (1985)	(-)	(-)	Hükümet Krizi	Kriz Çözme	(-)
Portekiz (1987)	(-)	(-)	Hükümet Krizi	Kriz Çözme/ Keyfi	Başkan Aleyhine ¹⁹⁶
Portekiz (2004)	Var	Var	Keyfi Fesih	Avantajlı Politik Durum	Başkan Lehine

191 Seçim sonuçlarının boş bırakıldığı kısımlar, başkanın kendisini partiler üstü ilan ettiği durumlardır. Başkan fesih kararını alırken herhangi bir parti aleyhine ya da lehine hareket etmemektedir ya da yeni oluşan parlamento açıkça başkan lehine ya da aleyhine tavır almamıştır. Ekvador örneğinde ise başkan, sahibi olduğu fesih yetkisini kullanamadığı için ilgili alan boş bırakılmıştır.

192 Fransa'da 1962'de başkan ile parlamento arasındaki kriz, 1968'de ise başkan aleyhine başlayan sokak hareketleri erken seçim kararı için belirleyici olmuştur.

193 1979-1985 yılları arasında Başkan Eanes, kendini partiler üstü bir konumda tutmuş; partiler ile doğrudan mücadeleye girişmemiştir. Bu nedenle kohabitasyon ya da başkan-parlamento gerilimi söz konusu değildir. Bu dönemdeki erken seçim kararları, hükümetin parlamento tarafından güvensizlik oyları ile düşürülmesine dayanır.

194 1979 seçimleri öncesinde Başkan Eanes, parlamentodaki partilerden teknookrat kabineler kurmayı amaçlamış fakat bu kabineler parlamento tarafından güvensizlik oyları ile düşürülmüştür. Bu nedenle özel olarak seçim sonuçları olmasa bile parlamento başkana fesih kararı alarak dahi onun politikası karşısında üstün gelmiştir. Bu nedenle hem erken seçim kararı hem de seçim sonuçları başkan aleyhinedir.

195 1985 ve 1987 yıllarındaki erken seçimlerin sonuçları bakımından başkanın ne lehine ne de aleyhine bir sonuç vardır. Zira bu dönemde başkan partiler üstü bir konum tercih etmiştir.

196 Başkan, hükümet krizi sonrasında kendi partisi hükümeti kurabilecek olmasına karşın erken seçim kararı almış; bu seçimlerde rakip parti parlamento çoğunluğu sağlamıştır.

Polonya (1993)	Var	Var	Hükümet Krizi	Kriz Çözme	Başkan Aleyhine
Peru (2019)	(-)	Var	Hükümet Krizi	Kriz Çözme	Başkan Lehine
Ukrayna (2007)	Var	Var	Anayasaya Aykırı/ Keyfi Fesih	Kriz Çözme	Başkan Lehine
Ukrayna (2014)	(-)	(-)	Suni Hükümet Krizi	Avantajlı Politik Durum	Başkan Lehine
Ukrayna (2019)	Var	(-)	Anayasaya Aykırı/ Keyfi Fesih	Avantajlı Politik Durum	Başkan Lehine
Türkiye (2015)	(-)	(-)	Suni Hükümet Krizi	Avantajlı politik durum	Başkan Lehine
Ekvador (2019)	(-)	Var	(-)	(-)	(-)



CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ ANAYASA MAHKEMESİ YAKLAŞIMI

*The Legal Regime of Presidential Decrees and the
Constitutional Court's Approach*

Prof. Dr. Osman CAN*

ÖZET

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan ve Türkiye'ye başkanlık hükûmet modelini getiren Anayasa değişiklikleri, Türkiye'nin yüz yılı aşan parlamenter hükûmet modeli uygulamasında radikal kırılmalara yol açmıştır. Ne var ki bu kırılma yeni bir anayasal düzene geçiş suretiyle gerçekleşmemiş; mevcut anayasal düzenin üzerinde başkanlık sistemini işler hâle getirmekle sınırlı değişiklikler ve eklentiler ile kendini göstermiştir. Türkiye, parlamenter hükûmet modeline sahip bir anayasal düzeni terk etmeden başkanlık hükûmet modelini sisteme entegre etmiştir. Zaten sorunlu bir işleyişe sahip anayasal düzen, bu nedenle daha çok sorun üretmeye başlamıştır. Bu sorunların başında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi gelmektedir.

Anayasa değişikliklerine giden süreçte siyasal aktörlerin açıklamaları, değişiklik metninin gerekçeleri, değişikliklerin TBMM'de görüşülmesi sırasındaki açıklamalar, yapılan değişikliklere göre girilen yasal uyum çalışmalarının seyri, doktrindeki yaklaşım ve nihayet değişiklik metninin semantiği birbiriyle çelişik olduğundan bu durum genelde yeni hükûmet modeline dair anayasal kurgunun, özelde ise Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin rasyonel analizini ciddi bir şekilde zorlaştırmıştır. Anayasa Mahkemesi, 22 ve 23 Ocak 2020 tarihlerinde verdiği üç karar ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine dair anayasal çerçeveyi tayin etmeye ve bu kararları Anayasa'nın yetki ve iktidar haritasına rasyonel bir şekilde oturtmaya çalışmıştır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, osman.can@marmara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1045-9136

Bu makalede önce Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi analitik bir yöntemle ortaya konmaya çalışılmış; ardından Anayasa Mahkemesinin kararları analiz edilerek bu kararlardaki hukuki argümantasyon, yöntem ve ulaşılan sonuçların değerlendirmesi yapılmıştır. Sonuç olarak ise kararların rasyonelleştirme çabasının başarılı olup olmadığı ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: başkanlık sistemi, kararname, yasamanın genelliği ilkesi, Türk Anayasa Mahkemesi, normlar hiyerarşisi

ABSTRACT

The constitutional amendments that were held on April 16th 2017 and brought Turkey the presidential government model have led to a radical break in Turkey's practice of parliamentary government exceeding a hundred years. However, this break did not happen through transition to a new constitutional order; but instead, occurred with changes and extensions which were limited to making the presidential system function on the surface of the current one. Turkey has integrated presidential government to her already existing model without abandoning the constitutional order which involved the model of parliamentary government. The constitutional order which already had had a problematic functioning, has therefore started to generate further problems. The legal regime of Presidential decrees lies at the top of the list.

In general, the constitutional construction related to the new government model and in particular, a rational analysis of the presidential decrees have become more difficult due to the conflict between the statements of the political actors throughout the process leading to the constitutional amendments, the reason within the amending text, the speeches made during parliamentary negotiations, the ongoing flow of the legislative harmonisation with the amendments, the approach in the doctrine and finally the semantics of the amending text. The Constitutional Court, with the three judgments made on January 22nd and 23rd 2020, tried to determine the constitutional framework regarding the Presidential decrees and to rationally locate these decrees in Constitution's map of duties and authorities.

In this paper, firstly, the legal regime of Presidential decrees is tried to be presented by an analytical method; and then, by analysing the judgments of the Constitutional Court, an assessment of the legal argumentations, methods and the conclusions reached in these judgments is put forth. In conclusion, it is tried to be exhibited whether the rationalization effort of the decisions has been successful or not.

Keywords: presidential government system, decrees, the generality principle of legislation, Turkish Constitutional Court, hierarchy of norms.

GİRİŞ

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi; en azından kavram olarak Anayasa'nın ilk hâlinde de mevcuttu ancak bu kavram, 2017 Anayasa değişikliği ile esaslı bir nitelik dönüşümüne uğramıştır. Parlamenter hükûmet sistemi içinde ağırlığı olmayan ve Anayasa'da sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluş ve teşkilatı ile sınırlı bir düzenleme alanına sahip Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹, başkanlık sistemine geçilmesiyle birlikte yürütmenin birincil düzenleme aracı olarak yeniden tasarlanmıştır. Başkanlık sistemi, eski sistemin aşına olunan kavramları kullanılmak suretiyle “Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi” olarak isimlendirilirken başkanlık kararnameleri (presidential orders, executive orders) de “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” olarak isimlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, uzun erimli sistem dönüşümünün en çarpıcı ve etkili araçlarından biri olan 2017 değişiklikleriyle Anayasa'ya girmiştir.

2017 Anayasa değişikliği, kendisinden önceki anayasal gelişmelerin bir uzantısı mahiyetinde olup anayasal düzende radikal kırılmalara yol açmıştır. 1970'lerle başlayan yürütmenin güçlendirilmesi serüveni, 1982 Anayasası'nın *güçlendirilmiş Cumhurbaşkanlığı* tercihi ile devam etmiştir. Bu sistemde Cumhurbaşkanlığı bir vesayet kurumu olarak nitelendirilebilse de anayasal mekanizma içinde, yasama ve yürütme arasında -biraz da parlamenter sistemin Türkiye'de yetersiz, katılımcılığı dışlayan, hiyerarşik parti yapılanmalarının oyun alanı olarak tasarlanan doğası gereği- işleme gücü denge ve denetim ihtiyacının ikame edildiği bir merci görevi üstlenmiştir. Seçim barajları sayesinde ortaya çıkabilecek orantısız temsilin sağladığı iktidar yoğunlaşmasına karşı güçlü fren ve blokaj yetkileriyle Cumhurbaşkanı, 1961 Anayasası tasarımıyla farklılaştırılmış; sistemin merkezi bir kurumu hâline getirilmiştir. Parti politikalarının dışında, onlardan bağımsız ve tarafsız bir merci olarak konumlandırılması da bu tasarımı önemli bileşenlerinden biridir.

¹ Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenen önceki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi doktrinde normlar hiyerarşisinde ihmal edilebilir içe dönük bir düzenleme biçimi olarak ele alınmıştır, bkz. Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 438. Yine bu alanın yasayla düzenlenemeyecek mahfuz bir yürütme alanı olduğu kabul edilmişti, bkz. Teziç, E. (2017). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 19.

2007 yılında bu seyir beklenmedik bir siyasal krizle derinlik kazanmıştır. Hatırlanacağı üzere cumhuriyet tarihinin gördüğü bu en dramatik ve hukuken en tartışmalı Anayasa krizi, “Meclisin Cumhurbaşkanı seçmesi için en az 367 Milletvekilinin Genel Kurulda bulunması zorunludur.” iddiasının ortaya atılmasıyla başlamıştır². 27 Nisan 2007’de Genelkurmay Başkanlığı’nın darbe tehdidi gölgesinde bu iddia, kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmek zorunda kalınmıştır³. Mahkemenin kararı⁴ üzerine kilitlenen cumhurbaşkanlığı seçimi, TBMM tarafından cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi yönünde, hızlı ve acele bir Anayasa değişikliği yapılmak suretiyle çözülmüştür⁵. Ne var ki bu da başka bir sorunun kapısını aralamıştır⁶.

Doğrudan halk tarafından seçilecek bir cumhurbaşkanının sahip olacağı demokratik meşruiyetin ivmesiyle de olabilirlik menziline giren başkanlık sistemi, ilk defa 2012 Yeni Anayasa çalışmalarında Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) tarafından TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonuna sunulmakla somutlaşmış⁷ ancak diğer tüm partiler tarafından reddedilen başkanlık sistemi önerisinde ısrar, yeni Anayasa çalışmalarının 2013 yılında tıkanmasına ve askıya alınmasına yol açmıştır. Başkanlık sistemi, 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin sağladığı olağanüstü şartların da yardımıyla mümkün hâle gelmiştir. Başlangıç kısmından başlayarak parlamenter hükûmet modeli paradigmasının geçerli olduğu 1982 Anayasası, bu paradigma bütünüyle terk edilmeden başkanlık sisteminin temel özelliklerini barındıran bir hükûmet modeli montajına uğramıştır. Karşıtlarınca “siyasal ucube” (*monstre politique*), taraftarlarınca da “Türk tipi

² Bkz. Emekli Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu’nun 19 ve 26 Aralık 2006 tarihli Cumhuriyet Gazetesinde yayınlanan yazıları.

³ Göztepe, E. (2008). Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi’nin 367 Kararı İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, içinde *Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt II, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 339-363; Eroğul, C. (2007), “2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, *Yavuz Sabuncu’ya Armağan*, AÜSBFD, C. 62, S. 3, s. 167-181; Can, O. (2010). “Cumhurbaşkanlığı Seçimi”, *Güleriylü Frankoculuğun Dramı*, s. 236-243.

⁴ AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007. Kanaatimizce Mahkemenin kararındaki hukuki gerekçe bulma çabası ve başarısızlığı tehdidin izdüşümü olarak okunabilir.

⁵ Değişikliklerin tutarsızlıklarını gidermek için referanduma sunulan ve sınır kapılarında oy verme işlemine başlanılan değişiklik metninde tekrar değişiklik yapıldı. İptal davasına konu bu değişiklik için bkz. AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.

⁶ Bu değişikliklerin yol açacağı riskler için bkz. Uluşahin, N. (2011). “Türkiye’de Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, s. 29-38.

⁷ Anayasa Uzlaşma Komisyonu’na sunulan metinler için bkz. https://anayasa.tbmm.gov.tr/calismalara_iliskin_belgeler.aspx (Erişim tarihi: 16/6/2020).

başkanlık sistemi” olarak etiketlenen yapı; erkler ayrılığı, demokratik denge ve denetim mekanizmaları, hukukun üstünlüğü, parlamenter denetim ve gözetim gerekleri yönünden sicili çok parlak olmayan cumhuriyet tarihi anayasacılığında yeni ve dramatik bir *dip* durumuna işaret ederken aynı zamanda kendi içinde özensizlikten kaynaklı⁸ pek çok teknik çelişkiyi ve sorunu da barındırmaktadır.

Sorunların başında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi gelmektedir. ABD Başkanlık Sistemindeki “*executive order*” kurumuna benzediği ileri sürülen⁹ Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi üzerindeki tartışmalar ve kafa karışıklıkları, değişiklik teklifinin hazırlanmasına katkı sağlayan ve destekleyen akademisyenlerce¹⁰ de giderilememiştir. Bu konudaki tartışmalar geniş bir yelpazeye yayılmakta, siyasal pozisyonlara göre değişiklikler göstermektedir.

Yapılan Anayasa değişikliğinin politik mahiyeti veya arkasındaki siyasal aktörlerin politik hedefleri ne olursa olsun, bir pozitif hukuk metninin anlamlandırılması hukuk metodolojisi içinde işlenecek bir hukuk dogmatığı, dolayısıyla bir pozitif hukuk sorunudur. Anlamlandırma politik veya duygusal değil ancak hukuksal metodolojiyle yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli üç kararında¹¹ Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi eksenindeki tartışmaları hukuki bir metodoloji ile gidermeye, bu kararnameleri belirli bir hukuki zemine oturtmaya çalışmıştır. Eldeki çalışma, kararnamelerin hukuki rejimine dair ulaştığımız sonuçların yardımıyla bu kararların analizini konu edinmektedir. Bu çalışma karar analizine odaklandığından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri konusunda tüketici bir literatür

⁸ Ülgen, Ö. (2018). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GSÜHFD*, S. 1, s. 6 vd. Gözler, bu durumu, “21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanun Teklifini hazırlayan kişilerin ehliyetsizliği” ile ilgili görmektedir. Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 889.

⁹ Bu iddianın geçerliliğine ilişkin değerlendirme ve eleştiri için bkz. Boyar, O. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Executive Orders: Karşılaştırmalı Gözlemler” *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, İstanbul, s. 15-28.

¹⁰ Bkz. Atar, Y. (2017), “Neden Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, <https://www.star.com.tr/acik-gorus/neden-cumhurbaskanligi-sistemi-haber-1178668/>; Atar, Y. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39, S. 1, s. 241-259 Karşıt görüş için bkz., Can, O. (2017). Anayasa Değişikliği Teklifine Dair Değerlendirme” <http://mecliste.org/bakis-acisi/anayasa-degisikligi-teklifine-dair-degerlendirme>.

¹¹ AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020; AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020; AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

taramasından ve kararnamelere ilişkin her hukuki sorunun incelenmesinden sarfınazar edilmiştir. Ayrıca kararların sonuçlarının değerlendirilmesi, kararnamelerin anayasal statülerinin belirlenmesi doğrultusunda işlevsel bulunmadığından içeriksel bir değerlendirme de yapılmamıştır.

I. ANAYASAL ÇERÇEVE

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi; parlamenter hükûmet sisteminde Bakanlar Kurulunun sahip olduğu kanun hükmünde kararname ve tüzük çıkarma yetkisini başkanlık sisteminin mantığına uygun olarak ikame etmekte, bu kurumların kaldırılması ile doğan genel düzenleyici işlem ihtiyacını karşılama amacı taşımaktadır¹².

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi; kanun hükmünde kararname rejiminden farklı olarak ayrı bir maddede düzenlenmemiş, aksine Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddesine eklenen on yedinci fıkrada genel olarak, Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu, 106. maddesinin on birinci, 108. maddesinin dördüncü, 118. maddesinin altıncı ve son olarak 123. maddenin üçüncü fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimini belirleyen 104. maddenin on yedinci fıkrasına göre,

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

¹² Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini KHK ve Tüzük kurumlarının ikamesi olarak görmek, kurumun özgünlüğünü ve özerk bir nitelendirme gerekliliğini engellediği gerekçesiyle eleştirilebilir. Ancak hükümet modeli yeni bir anayasal paradigma üzerine inşa edilmediği ve mevcut anayasal paradigmaya eklemlendiği için bu eleştiri çok güçlü görünmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de aşağıda görüleceği üzere, doktrindeki yaklaşıma paralel olarak ikame yaklaşımından hareket etmiştir.

Anayasa, -mülga kanun hükmünde kararname (KHK) kurumundan farklı olarak- cumhurbaşkanına, yetki yasasına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya kararname çıkarma yetkisi vermektedir. KHK çıkarmak için yetki yasasına ihtiyaç duyulduğu hâlde burada bir yetkilendirme veya izne gerek görülmemesi, kararname çıkarma yetkisinin doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir yetki olduğu anlamına gelmektedir. O hâlde kararname çıkarma yetkisinin asli yani ilk elden kullanılabilir bir yetki olduğunun kabulü gerekir. 2017 öncesinde sadece olağanüstü yönetim (olağanüstü hâl ve sıkıyönetim) biçimlerinde geçerli olan ilk elden düzenleyici işlem yetkisi, 2017 sonrasında olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir¹³. Böylece yasama gibi asli bir yetki hâline gelen kararname çıkarma yetkisinin aynı zamanda genel bir yetki olup olmadığı, diğer bir ifadeyle yasamanın herhangi bir yaşam alanını dilediği soyutlukta veya somutlukta düzenlemesi anlamında¹⁴ bir *genellik* özelliğinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için de geçerli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda değerlendirmelere geçmeden önce kavramsal bir not düşmekte yarar vardır: Yasamanın genelliği ilkesinin evrensel ve pozitif hukuksal bir tanımı yoktur. Bu ilke Anayasa metinlerinin doktrin ve içtihat yoluyla yorumlanıp anlamlandırılması ve sistematize edilmesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. O hâlde yasamanın genelliği ilkesini sonraki değişiklikler için yasama yetkisiyle bağlantılı köklü Anayasa değişikliklerinin ardından değişmez bir kural gibi görüp ölçü olarak kullanmak sorunlu olabilir. Kanaatimizce doktriner veya içtihadi yolla elde edilmiş teorik tanımlar, tanıma vücut veren anayasal normların değişmesiyle birlikte, diğer bir ifadeyle anayasal mühendislikteki değişime paralel bir şekilde, değişmek durumundadır¹⁵. Bu bağlamda yasamanın

¹³ Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları 17. Bası, s. 251.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi bu konudaki yaklaşımını kurulduğu ilk yıl verdiği kararlarla oluşturmuştur, bkz. AYM, E.1962/198, K.1962/111, 10/12/1962: “Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisas ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olamaz.”

¹⁵ Anayasa Mahkemesi de Anayasa değişikliklerine dair bir kararında “1961 Anayasası döneminde bu Anayasanın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur” ifadesiyle benzer bir yaklaşım ortaya koymuştur. AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007.

genelliği ilkesini, “*yasamanın yaşamın her alanını dilediği soyutlukta veya somutlukta düzenleyebilme otoritesi ve yetkisi*” olarak görmek, 2017 Anayasa değişikliklerinden önceki anayasal mühendislik açısından doğru iken sonrasında bu değerlendirme değişebilir. Örneğin yasamanın her alanı düzenleme yetkisini muhafaza ederken bazı alanlarda derinlemesine düzenleme yapamayacak olması ve çerçeveyi belirledikten sonra o çerçeve içinde doğrudan uygulanır mahiyette normların ilk elden yürütme organı tarafından düzenlemesi yasamanın genelliği ilkesiyle çatışmayabilecek; aksine bu durum yasamanın genelliği ilkesinin yeniden tanımlanmasının meşru bir gerekçesi olarak kabul edilebilecektir.

Benzer bir değerlendirmeyi idarenin yasallığı ve türevselliği ilkeleri için de yapmak mümkündür. Bu sorulara cevap vermek için önce Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin pozitif hukuksal çerçeveyi ortaya koymak, ardından bunun Anayasa Mahkemesi kararlarıyla dogmatik hukuksal olarak belirlenen çerçeve ile ne oranda örtüştüğünü irdelemek, diğer bir ifadeyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasal sınırlarını netleştirmek gerekir.

A. KONU İTİBARIYLA SINIRLAR

Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ancak konu itibariyle sınırlı bir alanda çıkarılabileceğini göstermektedir.

1. Yürütme Yetkisine İlişkin Konularda Çıkarılabilir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. Bunun dışındaki bir alanda kararname çıkarılması mümkün değildir. Yürütme yetkisinin konusu ise *yürütme fonksiyonu*, diğer bir ifadeyle geleneksel olarak ve *maddi boyutu* itibariyle yasaların ve hukukun yürütülmesi/*icrası* olduğundan yetki, icra edilen hukuka yani Anayasa’nın 8. maddesi gereğince Anayasaya ve yasalara uygun olarak yerine getirilir.

Anayasa’nın 8. maddesi Devlete ve Cumhuriyete ilişkin “*Genel Esaslar*” kısmında yer almaktadır. Dolayısıyla yürütme yetkisinin Anayasa’ya ve yasalara uygun olarak kullanılması zorunluluğu, devletin ve cumhuriyetin genel esaslarından biridir. Yine devletin ve cumhuriyetin genel esaslarından birini düzenleyen 7. maddede yasama yetkisinin TBMM’ye ait olduğu ifade edilerek yasama fonksiyonunun TBMM’ye

özüldüğü ve bu yetkinin devredilemeyeceği vurgulanmıştır. 2017 Anayasa değişikliğiyle hükümet sistemi değiştirilirken bu hususlarda bir değişiklik yapılmadığına göre yürütme yetkisi kapsamındaki kararname yetkisini “*Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanma ve yerine getirme*” gereği dışında konumlandırmak, bu yetkiyi Anayasa’nın 7 ve 8. maddelerinin *ilişkisiz ve bağımsız bir istisnası* olarak ele almak mümkün değildir. Bu maddeler, diğer somut maddeler ile dışlayıcı bir *kural-istisna-ilişkisi* içinde ele alınamaz. Bu iki kural, devletin genel esaslarını düzenleyen “Birinci Kısım” içinde yer almakla yasama ve yürütmeye dair temel anayasal çerçeveyi ortaya koymakla birlikte aynı kısımda yer alan *cumhuriyetin nitelikleri* gibi uygulanırlık kazanmak için Anayasa’nın diğer maddelerinde somutlaşma zorunluluğu bulunan ilkeler kadar soyut değildir. Bu iki madde bir yandan yetki ve görev tanımı/tahsisi yaparken aynı zamanda kesin direktifler içermektedir. Bu nedenle yasama yetkisini yorumlarken bunu diğer somut maddelerin lafzıyla sınırlı olarak kabul etmek ve Anayasa koyucunun maddi anlamda bir fonksiyon olarak yasama yetkisinin TBMM’de olması gerektiğine dair iradesini göz ardı etmek mümkün değildir. Yine çeşitli zorunluluklar nedeniyle yürütmenin düzenleyici işlem yapabilmesine imkân tanıyan kararname ve yönetmelik gibi soyut, genel, objektif ve kişiye özgü olmayan norm ihdas etme yetkisine bakarak yürütmenin böyle bir yetkiye sahip olmasını doğal kabul etmek de zorunlu değildir. Yürütmeye zorunluluklar nedeniyle tanınan bu yetkinin 7 ve 8. maddelerdeki fonksiyon özgüleme amacı ışığında yorumlanması ve *yasama yetkisi devredilemez ile yürütme yetkisi... Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılır* şeklindeki kesin anayasal çerçevenin sınırları içinde geçerli kılınması, Anayasa’nın objektif amacına ve sistematik yorumuna daha uygun düşmektedir. Aksi yaklaşımın yaratacağı otoriterleşme sorunları da dikkate alındığında bu yorumun demokratik devlet ilkesi nedeniyle de tercih edilmesi gerektiği söylenebilir¹⁶.

Öte yandan *yürütme erkine ilişkin konu ile yürütme yetkisine ilişkin konular* birbirinden farklıdır. Yürütme erki Anayasa ve yasa ile düzenlenir, yaratılır ve yetkilendirilir. Yetkinin kullanımı ise Anayasaya ve yasaya uygun olmak zorundadır. Yürütmenin olağan fonksiyonunun ötesine taşan “düzenleme” yetkisi istisnaidir ve yürütme bu yetkiyi ancak Anayasa’da açıkça yetkilendirildiğinde kullanabilir.

¹⁶ Sorunlu örnekler ve yansımaları için bkz., Şirin, T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, s. 164.

Ayrıca “yürütme yetkisi/görevi Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılır” önermesi, yasama yetkisi için geçerli olan “yasalar Anayasaya aykırı olamaz” önermesine göre daha bağlayıcı, kuşatıcı ve takdir alanını daha fazla daraltıcı bir anlam taşır. Anayasaya *aykırı olmama* bir dışsal izin limitine -diğer bir ifadeyle çerçevenin sınırına kadar geçerli bir özerklik alanına ve özerklik karinesine- işaret ederken *uygun olma* her yönüyle uyum içinde olmayı anlatır¹⁷. Bu farklılık, yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde yasamanın takdir alanına; yürütme yetkisinin ise türevselliği gereği yasayla bağlılığına ve daraltılmış takdir yetkisine işaret eder. Bu nedenle *yürütme yetkisi* yasalara ve Anayasa’ya *uygun* bir şekilde kullanılırken *yasalar* Anayasa’ya *aykırı* olamaz. Anayasa’nın bu kurgusu Anayasa değişikliklerinden sonra da değişmemiştir.

O hâlde Anayasa’nın 104. maddesinde cumhurbaşkanına tanınan kararname çıkarma yetkisinin asli ve ilk elden bir yetki olduğu açıktır ancak Anayasa’nın yanında yasaya da uygun olarak kullanılması zorunlu olduğuna göre yasayla eş değer değildir. Eş değer olmadığına göre yasama yetkisine istisna olarak kabul edilemez. Yasama yetkisinin devredilmesinin istisnası olarak da yorumlanamaz. Yürütme yetkisi/görevinin yasaya uygun olarak kullanılma olgusu ise Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası ve 123. maddeleriyle birlikte yorumlanıp somutlaştırılmalıdır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri yönünden yasaya uygun kullanılmayı, maddi ve içeriksel olarak yürürlükteki tüm yasalara uygunluk olarak değil daha çok konu bakımından sınırlamalara riayet biçiminde somutlaştırmak gerekecektir. Bu da kararnameleri niteliksel olarak yasalardan ayırtırdığı gibi yönetmeliklerden de ayırtırmaktadır.

Bu sonuç, kanaatimizce Anayasa’nın 7 ve 8. maddeleriyle 104. maddenin on yedinci fıkrasının Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi ışığında birlikte yorumlanmasında doğan, maddelerin birbiriyle olan ilişkisini koparmadan her ikisine de geçerlilik kazandıran bir sonuç olduğundan daha isabetlidir. Netice itibariyle Anayasa’nın 8. maddesinde yer alan *yasaya uygunluk* kavramını, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi söz konusu olduğunda yönetmeliklerden farklı olarak, *konu itibariyle yetki sınırları içinde kalma zorunluluğu* olarak anlamak gerekir.

¹⁷ Aksi görüş için bkz. Eren, A. (2019). “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S.1, s. 57.

2. Temel Hakları, Kişi Haklarını ve Siyasal Hakları Düzenleyemez.

Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar (m. 12-16), kişi hakları ve ödevleri ile (m. 17-40) siyasi hak ve ödevler (m. 66-74) kararnamelerle düzenlenemez. Bu maddeler hem yürütme yetkisiyle ilgili değildir hem de Anayasa'nın negatif statü hakkı olarak kabul ettiği ve bu alana müdahaleyi ancak zorunlu şartlarda TBMM'nin çıkaracağı şekli anlamda bir yasaya bırakma amacıyla da uyumludur. Devletin Anayasa'nın 65. maddesine göre "*mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde*" yerine getirebileceği sosyal ve ekonomik hak ve ödevler (m. 41-65) ise kararname ile düzenlenebilir¹⁸. Ne var ki bu alanlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi *düzenleme* yetkisiyle sınırlı olup *sınırlama* yetkisi içeremez. 104. maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde kararnameler için getirilen yasak alan sadece 17. maddeyle başlayan somut kişi hakları ve ödevleriyle 66. maddeyle başlayan siyasal haklar ve ödevler değildir. Yasak alan, Anayasa'nın 12. maddesiyle başlayan *temel hakların niteliği, sınırlandırılması, durdurulması, haklar ve yetkilerin kötüye kullanılması ve yabancıların durumu* ile ilgili konuları da kapsamaktadır. Bu nedenle *sınırlama* kavramı ancak şekli anlamda bir yasa konusu olabilir¹⁹. Yürütmenin sosyoekonomik politikalarla doğrudan ilişkili olmasından dolayı sosyal ve ekonomik haklar alanının kararnamelerle düzenlenmesi de anlaşılabilir. Nitekim ilga edilen kanun hükmünde kararnameler için de aynı rejim benimsenmişti.

Hemen belirtelim ki bu alanlarda da *yasayla* düzenleneceği öngörülen hususlar, Anayasa'nın lafzında belirtilen ve emredici niteliği bulunan *güvenceler* veya *yasaklar* kararnameyle düzenleme konusu olamaz. Sadece yürütme yetkisinin kullanımına ilişkin olabilecek hususlar kararnameyle düzenlenebilir²⁰. Örneğin Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi üzerinden açıklarsak;

¹⁸ Bu noktada sosyal ve ekonomik hak ve ödevler kısmında yer almakla birlikte negatif statü niteliği ağır basan, çalışma, sözleşme, sendikal faaliyet, eğitim gibi hakların düzenlenemeyeceği görüşü de dile getirilebilir. Bkz. Şirin, T. (2019). s. 199 vd. Bu görüşe, söz konusu hakların bir kısmı devletin edimi gerektirmesi de kullanılması için düzenleme zorunluluğu içermesi ve bu düzenlemelerin kararnameler ile yapılacağı istisnasıyla, kısmen katılmak mümkündür. Kuşkusuz bu hakların bir kısmında da yasayla düzenleme şartı aranıyorsa, yine kararname ile düzenleme yapılamaz.

¹⁹ Aynı yönde Gözler, K. (2020). s. 882.

²⁰ Bu durum haklı olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mülga kanun hükmünde kararnameler göre daha dar bir düzenleme alanına sahip olduğunu göstermektedir.

- Birinci fıkradaki “Kimse eğitim ve öğretim haklarından yoksun bırakılamaz.” güvencesi kararnamenin düzenleme alanı dışındadır.
- İkinci fıkrada öğrenim hakkının kapsamı yasayla tespit edilir ve düzenlenir ifadesi yer alır. Tespit ve düzenleme kararname konusu olamaz.
- Üçüncü fıkradaki devletin gözetim ve denetimi hususu kararnameye konu olabilir; zira bu, esas itibarı ile yürütme yetkisi ile ilgilidir.
- Dördüncü fıkradaki Anayasa’ya sadakat borcunun kapsamı kararnameye konu olamaz.
- Beşinci fıkradaki ilk öğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu ve devlet okullarında parasız oluşu güvencesine dokunulamaz.
- Altıncı fıkrada özel okulların tabi olacağı esaslar yasayla düzenlenebilir denmektedir ve bu husus kararname konusu olamaz.
- Yedinci fıkradaki burslar, yardımlar ve tedbirler konusu kararnameyle düzenlenebilir alana işaret eder.
- Sekizinci fıkradaki eğitim ve öğretim kurumlarının faaliyet alanı, ikinci fıkrayla ilişkili olup kararnameyle düzenlenemez.
- Dokuzuncu fıkradaki güvenceler ve yasaklar doğaları gereği, öğretilecek yabancı diller ile yabancı dilde eğitim meselesi de yasayla düzenleneceği belirtildiğinden kararnameyle düzenlenemez.

Görüleceği üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri sosyal ve ekonomik hak ve ödevler kısmında mülga kanun hükmünde kararnamelerle aynı metin bütünlüğü içine yerleştirilmiş olsa da kanun hükmünde kararnamelere göre daha dar bir düzenleme alanına sahiptir²¹. Sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerde dahi hak güvencelerine dokunan veya sınırlama sonucunu doğuracak bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz²².

3. Münhasır Yasa Alanında Çıkarılamaz

Anayasa’da münhasıran yasayla düzenleneceği öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. *Münhasıran* sözcüğü

²¹ Eren, A. (2019). s. 66; Yılmaz, H. (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 1, s. 251.

²² Yasin, M. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 325.

doktrinde tartışma konusu olmuştur²³. Sözcüğün anlamlandırılması için hem sözcüğün kendisine hem de kararnameler konusunda Anayasa Mahkemesinin yorum seyrine bakmak gerekir. Münhasıran sözcüğü “*ancak*”, “*açıkça*” ve “*özgü*” biçiminde dar bir kullanım alanına yorumlandığında kişi ve siyasi hak ve ödevler hariç olmak üzere, Anayasa’da açıkça *ancak* yasayla sınırlanacağı vurgulanan alanlar dışındaki tüm alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlenmesi mümkün hâle gelir. Bu da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini mülga kanun hükmünde kararnamelerle eş değer kılar.

Buna karşın Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre Anayasa’nın mülga 91. maddesinde belirtildiği üzere temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasal hak ve ödevler gibi sadece yasayla düzenleneceği söylenen birkaç alan dışında tüm alanlar KHK ile düzenlenebilecektir²⁴; ki bu alanların da zaten KHK ile düzenlenemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu anlamlıdır, zira kararnameler yasama organının çıkardığı yetki yasasına dayanılarak çıkarılmakta, yürürlükteki yasa hükümlerini kaldırabilmekte ve değiştirebilmekte; başka bir anlatımla yasamanın kendisi belirli şartlarda ve sınırlı bir alanda *yasa yapma, değiştirme ve kaldırma* yetkisini vermekte, Anayasa da bu kararnamelerin yasa gücünde olduğunu açıkça söylemekte idi²⁵. Oysa Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri hakkında böyle bir değerlendirme yapmak için gerekli hukuki veri bulunmamaktadır. O hâlde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından Anayasa’da kararnameler ile düzenlenemeyeceği söylenen temel haklar, kişinin hakları ve ödevleri ile siyasal haklar ve ödevler ile merkezi yönetim bütçesinin harcama sınırının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle aşılamayacağına dair Anayasa’nın 161. maddesinin yedinci fıkrası hükümleri dışında tüm alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle yasayla düzenleneceği öngörülen her alan münhasır yasa alanına ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için yasak alana dönüşmektedir²⁶. Zira Anayasa’nın yasayla düzenlemekten kastı, artık KHK kurumu yürürlükten kaldırıldığına göre sadece TBMM

²³ bkz., Gözler, K. (2020). s. 882 vd., Şirin, T. (2019). s. 197; Ardiçoğlu, M. A. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, s. 38; Söyler, Y. (2018). s. 91; Eren, A. (2019). s. 34 vd. Sezer, münhasır alan tartışmasını yersiz bulmaktadır, bkz. Sezer, A. (2019). s. 397.

²⁴ AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/5/1989.

²⁵ AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5/2/1992.

²⁶ Aynı yönde Söyler, Y. (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 93.

tarafından çıkarılan *şekli anlamda* yasa olabilir. Bu sonuç Anayasa Mahkemesinin “‘yasa-yönetmelik ilişkisi’ bakımından yasaya atıf yapan her hükmü münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken alan olarak nitelendirme yaklaşımına²⁷ da uygundur. Diğer bir ifadeyle münhasıran yasa ile düzenlenme alanı, Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre yönetmelikle düzenlemenin meşru başlangıç noktasına kadar geçerli alanı kapsar ve bu alanda yürütmenin düzenleyici işlemlerdeki takdir alanı ancak yönetmelikle düzenlenebilecek alanlarla sınırlıdır. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ancak yasayla düzenleneceğine dair anayasal bir direktifin bulunmadığı alanlarda ilk elden/asli bir düzenleme olarak çıkarılabileceği, bu hususun kararnamelerin konu bakımından sınırını oluşturduğu anlaşılmaktadır²⁸.

Bu çerçevedeyaptığımız çıkarıma göre Anayasa’da yasayla düzenleneceği belirtilen alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacaktır. Yasa koyucunun yasa çıkarmamak veya çerçeve yasa çıkarmak suretiyle bu alanı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenleme alanı olarak sunması da mümkün değildir. Yine bu alanda yürütmenin düzenleyici işlemler konusundaki takdir alanı ancak yönetmelik düzenlemek için öngörülen alan kadardır.

4. Yasada Açıkça Düzenlenen Konularda Çıkarılamaz.

Anayasa’da yasayla düzenleneceğine dair bir kayıt olmasa dahi, bir alan yasayla *açıkça* düzenlenmişse bu alanda da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Dolayısıyla yasayla açıkça düzenlenmiş alanlar da kararnamelerin konu bakımından diğer bir sınırını oluşturmaktadır. Hâlihazırda yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler de yasa olarak değerlendirilmelidir²⁹. Burada *münhasıran* sözcüğünde gördüğümüz soruna benzer şekilde, *açıkça düzenleme* ibaresinin nasıl anlaşılması gerektiği hususu açık değildir.

Bu konuda farklı ihtimaller düşünülebilir.

a. *Açıkça düzenlemeden* söz edebilmek için yasanın uygulanması amacıyla somutlaştırıcı mahiyette düzenleyici işlemlere ihtiyaç

²⁷ Eren, A. (2019). s. 36.

²⁸ Yasaların uygulanmasını göstermek üzere yönetmelik çıkarmak yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışması da bu bağlamda önemini kaybetmektedir. Zira burada kanımızca esas olan yasama-yürütme ilişkisinin düzenlenmesi ve yasamanın alanının korunmasıdır.

²⁹ Gözler, K. (2020). s. 887; AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, §§34 vd.

duyulmamak gerekir. Diğer bir ifadeyle yasanın doğrudan uygulanır (self-executing) nitelikte olması gerekir³⁰. Dolayısıyla münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir alana ilişkin olmadığından konu bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme alanına girse bile bu alanı düzenleyen ve herhangi bir aracı işleme gerek kalmaksızın uygulanabilecek mahiyette yasa varsa³¹ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Yasa mevcut olsa bile uygulanabilmesi için bir düzenleyici işleme ihtiyaç duyuluyorsa bu alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilir³². Bu ihtimalde, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilecek alanlar genişler. Zira yasama yetkisinin genelliğinin de bir ifadesi olarak tüm yasalar doğrudan uygulanır mahiyette olmayabilir; ayrıca yasa, açıkça yönetmelik çıkarılmasına dair yetki kuralı da içermeyebilir. Bu durumlarda Anayasa'nın 8. maddesindeki genel görev ve yetki kuralına (yürütme yetkisi) uygun olarak yasanın uygulanmasını göstermek üzere ilk elden Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilir. Bu ihtimalde doğrudan uygulanır olmayan yasalar bakımından “çerçeve yasa-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ilişkisinden söz etmek mümkündür; aynı alanda iki düzenleme olmakla birlikte,

³⁰ Daha çok uluslararası hukukun iç hukukta geçerliliği ve uygulanırılığı bağlamında kullanılan bu kavram ulusal hukukta normlar hiyerarşisinde üstte bulunan hukuk normlarının uygulanırılığının belirlenmesinde de kullanılabilir mahiyettedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de içtihadında yasa karşısında doğrudan uygulanır mahiyette farklı anayasa kurallarının *lex-posterior* kuralı gereği (Any. m. 11) doğrudan uygulanabileceğini dile getirilmektedir: “Devletin temel hukuk düzeninin kaynağı ve belirleyicisi olan Anayasa'daki bu açıklık karşısında, Siyasi Partiler Yasasının farklı bir düzenleme getiren 89. maddesine geçerlik tanımak, Anayasa kuralının uygulama dışı bırakılması anlamına gelir. Oysa söz konusu Anayasa kuralı, 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasından sonra 23.7.1995'te yapılan Anayasa değişikliği ile getirilmiştir. Yasa koyucunun bu değişikliğe koşut olarak zaman geçirmeden Siyasi Partiler Yasasındaki uyumsuzlukları gidermesi gerekirken, bunu gerçekleştirmemiş olması, aynı konuda ayrıntılı düzenleme getiren ve Yasaya göre üst hukuk normu niteliğinde olan Anayasa kuralının, uygulanmaması sonucunu doğuramaz.” bkz. AYM, E.1996/3 (SPK-DBHP), K.1997/3, 22/5/1997. Mahkeme sonraki kararlarında teorik tartışmaya girişmeksizin doğrudan Anayasa hükümlerini uygulamaya devam etmiştir, bkz. AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003. Başka bir kararında kapatma nedenlerin anayasada sınırlı bir şekilde sayıldığını ve siyasi partiler yasanındaki hükümlerin ancak bu hükümlerle örtüştüğü ölçüde uygulanabileceği vurgulanmıştır, bkz. AYM, E.2002/1 (SPK-HAKPAR), K.2008/1, 29/1/2008, “Ön Sorunlar Yönünden” kısmı.

³¹ Doğrudan uygulanır örneklerine Anayasa yargısı ve idari yargıda da rastlamak mümkündür. Örnekler için bkz. Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 115.

³² Söyler, bu alana ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin *yasayla düzeleme* koşulunun gereğini yerine getirmediğinden, *hukuki belirlilik ilkesine* aykırılık gerekçesiyle iptal edebileceği mahiyette yasalar söz konusu olduğunda bu belirliliğin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle doldurulabileceğini ifade ederken, benzer bir ölçüt ima eder görülmektedir. Bkz. Söyler, Y. (2018). s. 99.

biri ötekinin somutlaşmasını veya uygulanma kabiliyeti kazanmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla düzenleme alanları kesişmekle birlikte *açıkça düzenleme* kavramı, düzenlemelerin derinliğine ilişkin bir kriter olarak işlev görmektedir. Bu ihtimalde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Anayasa'ya aykırı kabul edilebilmesi için aynı konuda bir yasanın varlığı yeterli olmayıp bu yasanın doğrudan uygulanır mahiyette olmasını da aramak gerekir. Yasa koyucu yönetmelik biçiminde bir somutlaşma iradesine sahipse yönetmelik çıkarmak için yetki verir, değilse cumhurbaşkanlığı doğrudan Anayasa'dan aldığı yetkiyle somutlaştırmak için kararname çıkarır. Yasama ve yürütme fonksiyonlarının doğasına daha uygun düşebilecek bu ihtimalin temel sorunu hangi yasanın doğrudan uygulanır mahiyette olup olmadığının tespitindeki zorluktur.

- b. *İkinci ihtimalde* açıkça düzenlemeden bahsedebilmek için bu alanda yasal bir düzenlemenin varlığı yeterlidir. Bu ihtimalde araştırılacak olan husus, mevcut düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile aynı alana ilişkin olup olmadığı, diğer bir ifadeyle aralarında bir kesişme olup olmadığıdır. Kesişme varsa Anayasa'ya aykırılıktan söz etmek gerekecektir. Kriter düzenlemenin derinliği değil düzenlemenin norm alanıdır. Bu ihtimalde “*açıkça*” vurgusu etkisini kaybetmektedir³³. Bu kriter uygulanma kabiliyeti oldukça yüksek olmakla birlikte, günümüzün modern hukuk düzenlerini dikkate aldığımızda yasa ile düzenlenmemiş bir alanın neredeyse bulunmadığı gerçeği karşısında, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme alanlarını esaslı bir şekilde daraltmakta,³⁴ neredeyse teknoloji ve bilişim alanındaki gelişmelerin yeni düzenleme alanları ortaya çıkarması ihtimaline indirmektedir.

Kanaatimiz birinci ihtimalin Anayasa'nın amacına daha uygun olduğu yönündedir. Yasada bir alanın soyut ve genel mahiyette düzenlenmiş olması, bu yasal düzenlemenin niteliğinden kaynaklı olabileceği gibi yasa koyucunun belirli bir hukuki çerçeve içinde kalmak şartıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için özellikle alan yaratma amacıyla

³³ Bu yaklaşım için bkz. Gözler, K. (2020). s. 885 vd.

³⁴ a.g.e., s. 886. Aynı endişe Mahkemenin kararlarına ilişkin karşı oylarda dile getirilmektedir. Bkz. AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, *Topal, Özkaya, Güleç, Akyel, Seferinoğlu ve Menteş* karşı oyları, §18.

da olabilir. Böyle bir durumda çıkarılacak kararname, yasa ile aynı soyutluk düzleminde geçerli olabilecek hükümler barındıramayacak; yasanın uygulanması mahiyetinde olmasa da somutlaşması niteliğini aşamayacaktır³⁵.

Dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkin olmak, temel hak ve özgürlük alanındaki sınırlamalara riayet etmek ve münhasıran yasayla düzenlenmesi öngörülen bir alana ilişkin olmamak kaydıyla, yasayla düzenlenebilecek tüm alanlarda yasa koyucu yasamanın genelliği ilkesi kapsamında belirli bir alanı soyut, genel ve çerçeve mahiyetinde düzenleyebilir; somutlaştırmayı ve doğrudan uygulanırlığı/icra edilebilirliği Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine bırakabilir. Bu yasa koyucunun takdir alanı içinde değerlendirilebilir.

5. Tartışmalı Alan: Mahfuz Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Alanı Var Mı?

Anayasa’da bazı alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörülmesi karşısında bu alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için münhasır bir alan anlamına gelip gelmediği, bununla bağlı olarak da yasayla bu alanların düzenlenip düzenlenemeyeceği hususu esaslı bir tartışma konusudur.

Bu alanları şöyle sıralayabiliriz:

- Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası: “*üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenir.*”
- 106. maddesinin on birinci fıkrası: “*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*”
- 108. maddesinin dördüncü fıkrası: “*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*”
- 118. maddesinin altıncı fıkrası: “*Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*”

³⁵ Alman Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği *Wesentlichkeitstheorie* (esaslılık teorisinin) çözüm yollarından biri olduğu düşünülse de Alman anayasa hukukunda yasamanın genelliği ilkesi, yasama ve yürütme ilişkilerinin dizaynındaki derin farklılıklar nedeniyle işlevsel olmayabilir. Öneri için bkz. Şirin, T. (2019). s. 186 vd.

Bu alanlarda Anayasa “düzenlenir” ifadesini kullanırken Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasında “Kamu tüzelkişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.” şeklinde, cumhurbaşkanına şartlı bir yetki tanınmıştır. Yasayla düzenlenmesi gereken bu alanda yasa koyucu düzenleme yapmayıp cumhurbaşkanına düzenleme alanı açabilir. Bu alan genelde doktrinde *yarışan/ortak/alternatif yetki* olarak kavramsallaştırılmıştır³⁶.

Yukarıdaki dört alan doktrinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz bir düzenleme alanı olduğu ve bu alanın yasayla düzenlenmesinin Anayasa’ya aykırı olacağı şeklinde yorumlanmıştır³⁷. Bazı yazarlar da Anayasa’da “*yasayla düzenlenemez*” şeklinde bir hüküm bulunmadığı sürece bu alanların yürütmenin mahfuz alanı olarak değerlendirilemeyeceğini dile getirmiştir³⁸.

Gerçekten de “düzenlenir” ifadesi norm tekniğinde daha çok *emrediciliğe* işaret eder. Anayasa’nın Geçici 21/B maddesiyle birlikte dört alana ilişkin normların lafzına bakarak yorum yapıldığında bu dört alanın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz düzenleme alanı olarak görüldüğü savunulabilir³⁹. Bununla birlikte 2017 Anayasa değişikliğiyle getirilen sistemin mevcut parlamenter sistem paradigması terk edilmeden, sisteme uyumlu olmayan, teknik yönden sorumlu ve özensiz bir ekleme mahiyetinde olduğu ve bu nedenle sadece lafzın anayasal iradeyi yansıtmayacağı da söylenebilir. Zira her bir norm içinde bulunduğu sistemle bir anlam bütünlüğü içinde yorumlanmak zorundadır. Nitekim;

³⁶ Eren, A. (2019). s. 46; Ülgen, Ö. (2018). s. 16. Ülgen haklı olarak Anayasa’da yasayla düzenleneceği öngörülen (üniversite, Kamu Kurumu Niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları) kamu tüzelkişilerinin bu madde hükmüne göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceğini belirtmektedir, s. 17; Yılmaz, H. (2020). s. 258.

³⁷ Atar, Y. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, s. 279; Tunç, H. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 234.; Ülgen, Ö. (2018). s. 17 vd.; Eren, A. (2019). s. 43. Gözler, K. (2020). s. 888, yazar yine de on yedinci fıkrasının son cümleleriyle mahfuz alan iddiasının bağdaştırılmasının güç olduğu, bunun da anayasa değişikliği teklifini hazırlayanların ehliyetisizliğinden kaynaklandığını ifade etmektedir, s. 889.

³⁸ Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 438; Şirin, T. (2019). s. 204 vd., 212.; Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 37 vd.; İba, Ş. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Yayınevi, s. 245 vd.

³⁹ Bu doğrultuda bkz. Ülgen, Ö. (2018). s. 19; Kanadoğlu, K. (2018). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *GSÜHFD*, S. 2, s. 645 vd.; Gözler, K. (2020). s. 887 vd.; Yıldırım, T. (2019). “İdarenin Kanuniliği Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 300 (yazar yine de düzenleme yapılabilmesinin Anayasa’ya daha uygun olacağını da not etmektedir, bkz. s. 301); Atar, Y. (2019). s. 246 ve 247; Yasin, M. (2019). s. 318; Yılmaz, H. (2020). s. 238 vd. *Sezer* ise bu düzenlemelerin kararname çıkarılmadan yasa çıkarılmayacağı anlamına geleceği, ancak sonra çıkarılabileceği görüşünü savunmaktadır, bkz. Sezer A. (2019). “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri-Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 377.

- a. Anayasa'nın başlangıç kısmında erkler arasındaki ilişki değişiklikten sonra bile başkanlık sisteminde olduğu gibi katı bir ayrılık değil, aksine erkler arasında belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasıyla sınırlı medeni bir iş bölümü ve iş birliği şeklinde ifade edilmekte, üstünlüğün ise Anayasa ve yasalarda bulunduğu vurgulanmaktadır. 2017 değişikliği sırasında Anayasa'nın parlamenter hükûmet modelinin özelliğini anlatan bu ifadelere dokunulmamıştır.
- b. Anayasa'nın 8. maddesinde sistem değişikliği nedeniyle yürütme yetkisinin cumhurbaşkanına ait olduğu düzeltilmesi yapılırken yürütme yetkisinin Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği hususuna dokunulmamıştır; örneğin Fransa'daki gibi yasama ile yürütmenin düzenleme alanları tüketici bir şekilde belirlenip düzenlenmemiştir. Oysa anayasal işleyişe ilişkin temel esaslar değiştirilmeksizin yeni bir hükûmet modelinin revizyon suretiyle bir Anayasa'ya eklenmesi durumunda, genelden sapmanın açık ve belirgin bir şekilde ortaya konması gerekirdi.
- c. Anayasa'nın yeni 104. maddesinin on yedinci fıkrasında kararnamelerin yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği genel kural olarak tespit edilmiştir. Yürütme yetkisinin ise yasaların icrası ve politikaların uygulanması olduğu dikkate alındığında kararnamelerin yasalara alternatif olarak ve yasaların düzenleyemeyeceği bir alanda çıkarılabileceği düşüncesi zayıflamaktadır.
- d. Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin yasayla düzenleneceği genel kuralına dokunulmamış, cumhurbaşkanına sadece kamu tüzel kişiliği oluşturma imkânı getirilmiştir.
- e. Sadece lafza bakılarak değerlendirme yapılması yeterli görülürse, Anayasa'nın 161. maddesinin yedinci fıkrasını da aynı şekilde kabul etmek gerekir. Zira bu hükmün lafzında yer alan "harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile aşılabileceğine dair bütçeye hüküm konamaz" ifadesinin pür lafızla sınırlı olarak ele alınması, aksiyle kanıt yöntemiyle, yasalarla cumhurbaşkanlığına yetki vermenin, daha açık bir ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin yasaya bağlanması girişiminin Anayasal iradeye aykırı olmayacağı sonucuna da elverişlidir.

Oysaki bu yaklaşım mantıklı olmazdı⁴⁰.

Bu nedenle Anayasa kurallarının özensiz değişiklikler neticesinde kendi aralarında bir sonuç çıkarmayı güçleştirdiği, tutarsızlık ve çelişki içinde kaldığı durumlarda, daha genel ilkelere giderek çelişkili yorumları ortadan kaldırma arayışına gitmek gerekir. Bunu yaparak devletin genel esasları ile cumhuriyetin temel niteliklerinin ışığında sistematik yorum öncelenir;

- a. Yasama asli norm otoritesi olarak, yürütme de Anayasa'ya ve yasaya uygun olarak icra edilecek bir görev ve yetki olarak korunur;
- b. Cumhuriyet de insan haklarına saygılı, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olarak işler kılacak bir yorumu öne çıkarılmış olur.

Kanaatimizce bu yorum Anayasa'nın objektif amacına daha uygun düşer.

Bu yorum bizi, *idarenin yasallığı* ve *yasamanın genelliği* ilkeleri ile kamu hukukunda *yetki istisna*, *yetkisizlik asıl* ilkelerinde bir değişim olmadığı kabulüne götürür⁴¹. Kuşkusuz bu yorumun sonuçlarından biri, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz bir alanın bulunmadığı sonucu olacaktır.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin yasalar ile kanun hükmünde kararnameler arasında kurduğu ilişki buraya taşındığında, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları ile ilgili Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulmasıyla ilgili 106. maddenin on birinci fıkrası, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleriyle ilgili 108. maddenin son fıkrası ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleriyle ilgili 118. maddenin son fıkrasında, "*ancak/ sadece Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebilir*" veya "*yasayla düzenlenemez*" şeklinde bir ifade yer almadığı için mahfuz bir alan olmayacağı söylenebilir⁴². Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın mülga

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Ülgen, Ö. (2018). s. 12; aksi yönde Yıldırım, T. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S.2, s. 17-26.

⁴¹ Sezer, yasa alanları tüketici bir şekilde sayılmadıkça, yasamanın genelliği ilkesi geçerliliğini devam eder görüşündedir. Katıldığımız bu görüş için bkz., Sezer, A. (2019). s. 377.

⁴² Ardiçoğlu, M. A. (2017). s. 37 vd., 44, 50 vd.; Günday, M. (2017). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi s. 659.

91 ve 163. maddelerdeki “düzenlenemez” ve “değişiklik yapma yetkisi verilemez” ifadelerindeki açık hükümler nedeniyle o alanların kanun hükümünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğine hükmetmiştir⁴³. Yeni hükümet sistemine geçişten sonra, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği söylenen hükümlerde bu şekilde açık bir yasaklayıcı ifade yer almadığı sürece, devletin temel esaslarına dair hükümler ışığında bu alanların yasayla düzenlenebileceğini söylemek de aynı muhakeme uyarınca mümkündür. Bu yaklaşım benimsendiğinde yasamanın genelliği ilkesi korunmuş olur. Bunun yanında yasama ve yürütme yetki ve görevlerinin yerine getirilmesinde kamu düzeni açısından bir sorun doğmaz; hukuki boşluk da ortaya çıkmaz.

Yine de burada bir bağdaştırma sorunu olduğu da göz ardı edilemez. Zira “düzenlenir” ifadesiyle cumhurbaşkanına tanınmış yetkiyi geçersiz kılacak bir yorum benimsenmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu alanlarda da yasama organı düzenleme yaptığında cumhurbaşkanlığı için bu alanlar Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki hükümler karşısında pratikte “düzenlenemez” alanlar hâline gelir ve bu da sorunlu bir yoruma dönüşebilir. Bunun Anayasa koyucunun amacı olduğunu söylemek güçtür. En azından dışlayıcı olmayan yorumlar tercih edilebilir.

Kanaatimizce bu alanda da yasa koyucunun yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasa çıkarma yetkisini dışlamadan iki yetkiye bir arada geçerlilik kazandırabilecek bir yol bulunabilir⁴⁴. Tartışma konusu dört alanda yasa koyucu çerçeve yasama faaliyetinde bulunabilir, genel bir çerçeve ortaya koymak suretiyle geri kalan alanın düzenlenmesini cumhurbaşkanlığına bırakabilir⁴⁵. Buradaki “genellik-özellik” ilişkisi yasa ile yönetmelik arasındaki gibi algılanamaz. Zira yasa-yönetmelik ilişkisinde yasa koyucu yönetmeliğe ihtiyaç bırakmayacak şekilde ayrıntılı hükümler koyabileceği

⁴³ AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/05/1989; AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.

⁴⁴ Bu yaklaşımın tipik bir uygulamasını Anayasa’nın 83. maddesinin 1. fıkrasında mutlak kürsü dokunulmazlığı ile, 84. maddesinin 2010 yılında kaldırılan ve “söz ve beyanlarıyla partisinin kapatılmasına sebep olan milletvekilinin” vekilliğinin düşeceğini öngören son fıkrası ilişkisinde gözlemlenmiştir. AYM, E.2008/1 (SPK-AKP), K.2008/2, 30/7/2008. Usule İlişkin Değerlendirmeler kısmı “c” bendi.

⁴⁵ Bununla birlikte yasaların kararnamelerin içeriğini ne usuli ne de maddi açıdan belirleyemeyeceği görüşü de ileri sürülmektedir, bkz. Aslan, V. (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 152, 155; aynı gerekçeyle Atar, Y. (2019). s. 287.

gibi, düzenlemenin derinliğini yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırı olmamak şartıyla kendi takdir yetkisine dayalı olarak belirleyebilir. Buna karşın “düzenler” ifadesi karşısında yasa ile kararnamenin bir aradalığını yasa koyucunun düzenleme derinliğindeki takdir yetkisinin sınırlanması biçiminde algılamak, diğer bir ifadeyle yasa koyucunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılması ihtiyacı bırakmayacak -yahut Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılsa bile- yönetmelik dururken neden kararname çıkarması gerektiği sorusunu anlamsız kılacak derinlikte yasa çıkarmayacağı şeklinde anlamak gerekebilir. Bu yaklaşımda belirtilen alanların “**ya yasayla ya da kararnameyle**” düzenlenmesi şeklinde bir seçim zorunluluğu yerine, birlikte ve bir arada düzenlenmesi imkânı söz konusudur. Bu şekilde dört alanın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının istisnası olduğu yönündeki tartışmalı argümana sığınmak yerine, yasamanın genelliği ilkesini ortadan kaldırmadan, diğer bir ifadeyle yasa koyucu için bir yasak alan üretmeden 123. maddenin birinci fıkrasındaki idarenin yasallığı ilkesine, dolayısıyla da münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken alana bir istisna olduğu yaklaşımıyla sınırlı kalınır⁴⁶.

Buradaki ayrım kriteri *alan* olmayıp *derinliktir*. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için bir *mahfuz* alandan söz edilecekse *norm alanı* olarak değil ancak *norm derinliği* olarak algılanabilir. Federal sistemlerde *federasyonun çerçeve yasama işlemi* ile *içini dolduracak eyalet yasama işlemi* ilişkisine benzetilebilir⁴⁷. Buna göre yasa doğrudan uygulanabilir (*self-executing*) nitelikte hükümler içeremez; yasanın uygulanabilmesi için mutlaka bir kararname çıkarılması zorunludur. Kuşkusuz bu yorum benimsendiğinde sınırını da Anayasa Mahkemesi içtihatları belirleyecektir.

Öte yandan kararname ile düzenleneceği öngörülen dört alanda çıkarılabilecek yasalar soyut ve çerçeve mahiyetinde kalacağı için bu alanlarda *açıkça* bir düzenleme de içermeyecektir. Dolayısıyla bu alanlarda yasalar bakımından *açıkça düzenleme yasağının* bulunduğu kabulü gerekir.

⁴⁶ Benzer görüş 36 sayılı CBK hakkında açılan iptal davası dilekçesinde de dile getirilmiştir (s. 4).

⁴⁷ Federal Almanya anayasasında 2006 yılı Anayasa değişikliğine kadar geçerli olan 75. maddenin 1. fıkrasında çerçeve yasaların detaylı ve bireyler için bağlayıcı hükümler içermeyeceği öngörülmekteydi. bkz. Klopfer, M. (2011). *Verfassungsrecht* Bd I., München, s. 723. Bu anayasa değişikliğinden sonra Anayasa’nın değişik hükümleri yorumlanmak suretiyle federasyonun ilkesel yasama yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Örneğin Federal Anayasa’nın 109. maddesinin 4. fıkrasına göre federal bir yasa federasyon ve tüm eyaletler için bütçe konusunda bağlayıcı ilkeler belirleyebilir.

Norm derinliği ölçütü Anayasa Mahkemesi içtihatlarına yabancı değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yasayla düzenleneceği öngörülen konularda *genel ifadelerle* yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilebileceğini söylerken “*münhasıran yasayla düzenleneceği öngörülen*” konularda yasanın “*temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş*” olmasını aramıştır⁴⁸. Mahkeme “*Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise yasanın çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür*”⁴⁹ demek suretiyle, kanaatimizce yasayla düzenleme konusunda bir derinlik ölçütüne işaret etmiştir. Mahkeme yürütmenin Anayasa’nın 124. maddesinden kaynaklanan yetkisini yok etmeksizin yasama alanını korumak için getirdiği bu kriteri, bu defa yeni hükûmet modelinde yasamanın alanını yok etmeksizin Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/son ve 118/son hükümlerindeki kararname çıkarma yetkisini korumak için uygulayabilir. Bu şekilde belirli bir soyutluk düzeyini aşıp doğrudan uygulanabilir hükümler içeren yasama tasarrufunu Anayasa’ya aykırı görmek suretiyle, somut düzlemi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin mahfuz alanı olarak görebilir. Bu derinlik kuşkusuz yönetmelikler için yasanın bıraktığı alandan daha fazla olacaktır.

Bu yaklaşımın sonucu olarak,

- Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası bu dört alan bakımından da genel kuraldır⁵⁰. Yani bu dört alanda çıkarılacak kararnamelerle temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmaz, sadece sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerde niteliği elverdiği ölçüde düzenleme yapılabilir⁵¹.
- Sadece yürütme yetkisinin kullanımına ilişkin hususlar içerebilir. Bunun dışında idarenin kuruluş ve görevleri (Any. m. 123/1), kamu görevlileri (Any. m. 128/2) üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları (Any. m. 128/3) kararname alanıyla çakışsa da yürütme yetkisinin kullanımına ilişkin olmadığından ve yasayla düzenleneceği belirtildiğinden kararnameyle düzenlenemez.

⁴⁸ AYM, E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9.

⁴⁹ AYM, E.2013/72, K.2013/126, 31/10/2013.

⁵⁰ Gözler, K. (2020). s. 880.

⁵¹ Benzer yönde bkz. Yıldırım, T. (2017). s. 310, Ardıçoğlu, M. A. (2017). s. 41; Yılmaz, H. (2020). s. 244. Aksi yönde görüş için bkz. Eren, A. (2019). s. 45; Söyler, Y. (2019). s. 89 vd.

- Anayasa'da yasayla düzenleneceği ifade edilen diğer konuları kapsayamaz⁵².

Diğer taraftan,

- Yasa koyucu “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.” denilen alanlarda sadece soyut, genel ve çerçeve mahiyetinde yasa çıkarılabilir. Yasa bu alanda açıkça düzenleme yapamaz, kararname çıkarılmasını gerektirmeyecek derinlikte düzenleme yapamaz.
- Sonradan çıkarılacak bir yasa dahi ancak çerçeve mahiyetinde olabilir ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ni yürürlükten kaldıramaz. Bu alanda yetki çatışması, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin yasama yetkisinin genelliğini ortadan kaldıracak soyutlukta ve ilkesellikte düzenlemesi durumunda söz konusu olabilir. Yasama organı yasa çıkarmadığı sürece sorun yoktur. Ancak çerçeve bir yasa çıkardığında soyut ve çerçeve düzleminde yaşanacak bir çatışma 104. maddenin on yedinci fıkrası gereği kararnamenin iptaliyle sonuçlanacaktır.
- Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bu alanda da asli nitelikte bir yetki kullanımı mahiyetindedir. Bu yetkiyi geçersiz kılacak bir yasama tasarrufunun mümkün olmaması gerekir.

Hemen belirtelim ki bu yorum her iki anayasal pozisyona da geçerlilik tanımakla birlikte, aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin ilk elden/asli bir yetki olduğu yorumuyla da uyumludur. Diğer yandan kararnameler için mahfuz alan görüşünün kabulü ile aynı zamanda bu alanlarda çıkarılacak kararnamelerin pratikte yasa gücünde düzenleme olup olmadığı tartışmalarının⁵³ da önü alınmış olur.

B. ARA SONUÇLAR

Yürütme yetkisine ilişkin olmak, açıkça yasayla düzenlenen bir konuda olmamak ve temel hak ve özgürlükler konusundaki sınırlara

⁵² Hemen belirtelim ki özellikle 106. maddenin son fıkrası ile 104. maddenin 9. Fıkrasındaki düzenleme alanının bir yandan temel hak ve özgürlüklerle, diğer yandan yasayla düzenlenmesi gereken alanlarla ilişkili olması nedeniyle sınır tayininde sorunlar yaşanabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak Anayasa’nın açık hükmü karşısında bu alanda kararname yetkisinin dar yorumlanması ve sadece bu alanlar dışında kalan hususları içerir şekilde anlaşılması gerekir.

⁵³ Yılmaz, H., (2020). s. 240. Tunç, bu alanlarda çıkarılan kararnamelerin kanun gücünde olduğu görüşündedir, bkz. Tunç, H. (2018). s. 234.

uymak *kaydıyla* Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleme imkânı bakımından şunları söyleyebiliriz:

1. Münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken alanda,

- Yürütmenin düzenleme yetkisi, Anayasa Mahkemesinin yönetmeliklerle düzenlenmesine izin verdiği alanla sınırlıdır. Bu sınırları aşan düzenlemeler yasamanın devredilmezliği ilkesine aykırı olacaktır. Bu alanda yasayla yarışacak veya yasayı ikame edecek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Ancak yönetmelik sınırlarını aşmamak ve sadece yasanın uygulanmasını göstermekle sınırlı bir işleve sahip Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılması mümkündür. Cumhurbaşkanlığı yönetmelik çıkarılabilecek sınırlı alanda düzenleme yetkisini Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kullandığında bunun Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek kanaatimizce isabetli olmaz. Böyle bir durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yasa ile ilişkisi, yönetmelik ile ilişkisinden farklı değildir.
- Bu alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yetkisi ilk elden kullanılsa bile idarenin yasallığı ilkesine tabidir.

2. Münhasıran yasayla düzenlenmesi zorunlu olmayan alanlarda

- Çıkarılan yasa,
 - o Detaylı ise: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi için münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken alana ilişkin çıkarımlar geçerlidir. Yani Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yasayla yarışamaz veya yasayı ikame edemez, sadece yönetmelikler için meşru alanda çıkarılabilir.
 - o Çerçeve mahiyetinde ise: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yasayı somutlaştırmak veya uygulanmasını mümkün kılmakla yetinir. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi somutlaşmanın yanında teknik detayları da düzenleyebilir veya bu alanı yönetmeliklere bırakabilir. Bu durumda *çerçeve yasa-CBK-yönetmelik zinciri* geçerli olur.
- Yasa çıkarılmamışsa,
 - o Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi bu alanda yasamanın genelliği ilkesine benzer bir genellikten yararlanır; teknik detayları yönetmeliğe bırakabilir veya kendisi düzenleyebilir.

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği öngörülen alanlarda

- Yasa çıkarılmamışsa Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bu alan tüketici/kapsayıcı bir şekilde düzenlenebilir.
- Yasa çıkarılmışsa⁵⁴
 - o Yasa genel çerçeve düzenlemesiyle sınırlı kalmak zorundadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bu alanda ilk elden düzenleme yetkisini geçersiz kılamaz.
 - o Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yasal çerçeveyi değiştiren veya onu ikame eden bir soyutlukta çıkarılamaz.
 - o Bu alanda *çerçeve yasa-CBK-yönetmelik zinciri* takdiri değil anayasal bir zorunluluktur.

C. HUKUKİ STATÜSÜ

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki statüsünü değerlendirmeden önce normlar hiyerarşisi teorisin ilişkin bir yöntem sorununu ele almak gerekir.

Normlar hiyerarşisi bir Anayasa kuralı olmaktan çok, mevcut bir hukuk düzeninde normların geçerliliklerini ve hukuki meşruiyetlerini açıklama modelidir. Bu nedenle de piramit olarak resmedilen normlar hiyerarşisi ülkeden ülkeye farklılık göstermekte, yine hiyerarşiye aykırılığa farklı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Doğaldır; zira model somutlaştırılırken yürürlükteki hukuk normları dikkate alınır. 2017 Anayasa değişikliklerinden önce yürürlükte olan Anayasa kuralları ışığında “Anayasa-Yasa/UAS/KHK-Tüzük-Yönetmelik” biçiminde kurulan normlar hiyerarşisi modelinde, KHK ve tüzükler kaldırılıp yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri getirildiğinden açıklama modellerinde değişikliklerin olması da kaçınılmazdır. Bu nedenle 2017’den önce yürürlükte olan anayasal normların yorumlanmasından türetilen bir hiyerarşi modeli 2017 değişikliklerinden sonra Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki statüsünü açıklamak için yeterli olmayabilir.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin inceleme konusu kararlarından ayrıştığımız temel noktalardan biri budur. Aşağıda da görüleceği üzere, Mahkeme bir ayırım yapmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen alanlarda da açıkça düzenlenen bir yasa varsa, kararname çıkarılamayacağına hükmetmiştir.

Bir yasada değişiklik yapamayan veya yasayı, eş değer normlar arasında geçerli çatışma kurallarından *lex posterior ilkesi* gereği ilga edemeyen, aksine her türlü çatışma ihtimalinde geçersizlik yaptırımıyla karşılaşan bir normun yasayla aynı hukuki statüye sahip olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası hükmünde yasayla düzenleneceği belirtilen hususlarda kararname çıkarılamayacağı, yasayla çatıştığı her durumda yasanın geçerli olacağı ve sonradan çıkarılacak bir yasanın kararnameyi hükümsüz kılacağı açıkça belirtildiğine göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasaların altında yer aldığını kabul etmek gerekir⁵⁵.

Bununla birlikte bazı görüşler Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasa gücünde olduğunu savunmaktadır⁵⁶. Gerekçe olarak da kararnamelerin denetiminin Anayasaya Mahkemesi'ne bırakılmış olması, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen çatışma kuralının mantık gereği eş geçerlilik düzeyindeki normlar arasında olabileceği veya yasayla düzenlenemeyecek mahfuz alana sahip olmanın yasa gücü olarak yorumlanması gerektiği hususları dile getirilmiştir.

Bir kuralın Anayasa Mahkemesince denetlenebiliyor olması, kuralların normlar hiyerarşisindeki sıralamasını belirlemek için yeterli değildir. Yine işlemin ilk elden olması da kanaatimizce normun hiyerarşik sıralamadaki yerini tek başına belirleyemez. Anayasa değişikliklerinin denetlenebiliyor olması, onu yasalarla eş değer kılmaz ve normlar hiyerarşisindeki konumunu etkilemez. TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa Mahkemesince denetlenmesi de onu yasalarla eş değer hâle getirmez⁵⁷. TBMM İçtüzüğü (İçtüzük) dış dünyada doğrudan etki doğurmayan bir TBMM iç işleyiş normudur. Asli/ilk elden olması da İçtüzük'e yasa niteliği kazandırmamaktadır. Benzer değerlendirme 2017 öncesi Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için de geçerlidir. Bunların denetlenmesinin yolu kapalı olduğu gibi, normlar hiyerarşisinde bir yerde de konumlandırılmamıştır. Esasen normlar hiyerarşisi, yürürlüğe

⁵⁵ Aynı yönde Gözler, K. (2020). s. 896.

⁵⁶ Ergül, O. (2018). Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, *Güncel Hukuk*, S. 173, s. 30 vd.; Atar, Y. (2019). s. 293 vd.; Söyler, Y. (2018). s. 252; Kanadoğlu, K. (2018). s. 640 vd., 643; Barın, T. (2020). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayınları, s. 33 vd.

⁵⁷ Aynı yönde Yılmaz, H. (2020). s. 234.

girdikleri andan itibaren herkes için (*erga omnes*) genel geçerlilik iddiası bulunan normların çelişkisiz geçerliliğini ve etkinliğini, diğer yandan normlar yoluyla siyasal ve hukuksal koordinasyonu sağlamaktadır⁵⁸. Dolayısıyla da bu niteliği bulunmayan normlar bakımından normlar hiyerarşisi tartışması yapmak çok anlamlı değildir. TBMM İctüzüğü'nün ve 2017 öncesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin böyle bir niteliği olmadığından, ilk elden/asli nitelikte işlemler olsa da normlar hiyerarşisi içinde konumlandırılmalarına da bu nedenle bir *hiyerarşi krizinden* söz etmeye de gerek yoktu.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasa gücünde olduğuna dair gerekçelerden biri, çatışma kurallarının eş değerde ve eş geçerlilik gücüne sahip normlar arasında geçerli olduğu ve Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesinin bir çatışma kuralı getirdiği hususudur. Ne var ki bu görüşe de katılmak güçtür. Zira ilk olarak *lex superior derogat legi inferiori* kuralı da bir çatışma kuralıdır⁵⁹ ve eş değer olmayan iki farklı norm arasındaki çatışmayı, alt normun geçersizliği yoluyla çözümler. 104. maddenin on yedinci fıkrası *lex posterior* veya *lex specialis* ilkelerine gitme ihtimalini ortadan kaldıracak şekilde geçersizlik ve hükümsüzlük mekanizması öngörmek suretiyle bizatihi eş-değerlik tartışmalarının önünü kesmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yasada farklı hükümlerin bulunması durumunda yasa hükümlerinin uygulanacağı hükmü sistemin bütünü içinde anlamlandırılmalıdır. Sistemin bütününde, yasaya aykırı kararnamelere hukuken geçerlilik tanınmadığı görülmektedir. Buradaki ilişkiyi özel nitelikli bir *lex superior* ilişkisi olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Kararnamelerin yasaya aykırı bir geçerlilik iddiası olamayacağı için olağan ama böyle bir aykırılığın denetimi ancak konu yönünden yapılabileceği için diğer bir ifadeyle yasaya uygunluk denetimi yapılamayacağı için de olağandışı sayılabilecek bir *lex-superior* ilişkisinden söz etmek daha doğrudur.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesi her iki yaklaşıma da örnek oluşturmaz çünkü bu fıkarda öngörülen “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” şeklindeki çatışma kuralını 90. maddenin bütünü içinde anlamlandırmak gerekir. Aynı fıkranın

⁵⁸ Zippelius, R. (2003). *Allgemeine Staatslehre*, 14. Aufl., München, s. 54 vd.

⁵⁹ Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin, s. 266 vd.

ilk cümlesinde yer alan “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*” hükmü meselenin eş düzey normlar arasında istisnai bir çatışma kuralı getirildiğini göstermektedir. Dolayısıyla 104. maddenin on yedinci fıkrası hükmü bir konuya uygulanacak iki farklı hüküm arasında bir çatışma kuralı getirirken bu çatışma kuralı maddenin anlam bütünü içinde ortaya çıkan *lex superior* kuralını pekiştirmektedir. Kararnameler aleyhine Anayasa Mahkemesine açılan bir iptal davasında yasayla yarışacak farklı bir hüküm içerdiği tespit edildiğinde kararname hükmünün iptal edileceği tabiidir. Oysa *antlaşma-kanun* ilişkisinde iptal söz konusu olamaz. 104. maddenin on yedinci fıkrasının öngörülen çatışma kuralı ise *anayasa-yasa* veya *yasa-yönetmelik* arasındaki çatışma kuralına benzerlik göstermektedir. Bu, çok gereksiz değildir zira yürütme yetkisini tek başına uhdesinde toplamış ve tüm devlet idaresi bakımından amir statüsünde bulunan cumhurbaşkanının genel düzenleyici işlem şeklindeki iradesiyle yasalar arasında bir uyuşmazlık çıktığında herhangi bir kuşkuyla yer bırakmaksızın yasalar bakımından *lex superior* kuralını ortaya koymak hem anlamlı hem gerekli hem de tutarlıdır.

Bir düzenlemenin yasayla eş değer, diğer bir ifadeyle yasa gücünde olması için yasama organının yasa şeklindeki işlemlerinin etki gücüne sahip olması gerekir. Sadece maddi anlamda yasa gibi objektif, soyut, genel mahiyette bir işlem olması yetmez, şekli anlamda yasa gibi bağlayıcı olması, Anayasa’nın 87. maddesinde ifade edildiği gibi yasayı değiştirebilmesi, yasaya ekleme yapabilmesi⁶⁰ veya yasayı yürürlükten kaldırabilmesi gerekir. Bunun sonucu olarak da yasa ile *lex posterior derogat legi priori* (sonraki yasa, önceki yasayı ilga eder) ilişkisi içinde olması gerekir⁶¹. Oysa 104. maddenin on yedinci fıkrası yasanın geçerlilik iddiasında bulunduğu her durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin geçerli olamayacağını

⁶⁰ Bu bağlamda kararname ile yasa metnine ek yapılması, açık bir anayasaya aykırılık anlamına gelir. Yılmaz’ın da tespit ettiği gibi, 5018 sayılı Kamu Yönetimi ve Denetimi Kanununun Ek Madde 5’indeki “Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan idarelerin, (ki bunlar Anayasa 123. maddesinin 3. Fıkrası uyarınca ancak kamu tüzel kişisi olabilir-OC) bu Kanuna ekli cetvellerden hangisinde yer alacağı ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde belirtilir” hüküm uyarınca yapılacak işlem yasaya ekleme işlemi olamaz. Ancak 23 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 11. maddesinin 4. Fıkrasıyla “...bölümüne ‘50) Türkiye Uzay Ajansı’ satırı ilave edilmiştir” cümlesi ilave edilmek suretiyle Anayasa açıkça ihlal edilmiştir. Bkz., Yılmaz, H. (2020). s. 252 vd. Bu yol yaratacağı teknik sıkıntıların yanında demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkeleri bakımından da oldukça sakıncalıdır. Zira yasanın üstünlüğü ilkesini, hukuk düzeninin çelişkisizliğini bozduğu gibi, yasa koyucuyu ikame etme tehlikesi de barındırmaktadır. Kanaatimizce yetki gaspı anlamına geldiğinden, Anayasa Mahkemesi tarafından yokluğu dahi saptanabilir.

⁶¹ Benzer yönde Yıldırım, T. (2017). s. 294 vd.; Yılmaz, H. (2020). s. 234.

öngörmektedir. Biraz da bu kabulden olsa gerek, 2018 Cumhurbaşkanlığı ve TBMM seçimlerinden hemen sonra ve Bakanlar Kurulunun hukuken tarihe karışmasından hemen önce 9/7/2018 tarihinde çıkarılan 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenecek konulara ilişkin yasalar ve kanun hükmünde kararnameler kaldırılmış⁶²; ardından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlemeler yapılmıştır. Bu şekilde kararnameler ile aynı konuda uygulanacak açık yasa (veya KHK) hükmü bulunmamasına dikkat edilmiştir.

Anayasa'nın 119. maddesinde olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasa gücünde olacağı açıkça belirtilirken, olağan dönem kararnameleri bakımından bu ifadeden sarfınazar edilmiş olması, 2017 Anayasa koyucusunun açık iradesini göstermektedir. Ayrıca Anayasa'nın 137. maddesinde idari emrin aykırılığına ilişkin hiyerarşik sıralamada "yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırılık" seyrini takip etmesini de Anayasal irade bakımından veri olarak kabul edebiliriz⁶³.

İster genel nitelikte ister Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen dört konuda olsun, *kanun hükmünde* kararnamelerin aksine, hiçbir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin TBMM'ye sunulma zorunluluğu getirilmemiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde yasa gücünde veya Türkiye Cumhuriyeti yasalarında değişiklik getiren her türlü uluslararası antlaşmaları ile yine yasa gücünde olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin TBMM'ye sunulma zorunluluğunu da dikkate aldığımızda başka bir sonuca ulaşmak kolay olmayacaktır.

Bu değerlendirmemiz, Anayasada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen dört konuda (md. 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6) çıkarılacak kararnameler için de geçerlidir. Bu kararnameler ile diğerleri arasında hukuki geçerlilik ve etkinlik bakımından bir fark yaratılmamıştır.

⁶² Bu KHK ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen dört alana dair pek çok kurum ve bakanlığa dair yasa ve teşkilat KHK'ları kaldırılırken, bazılarında yasayla düzenlenmesi gereken hususlar yürürlükten kaldırılmamıştır. Örneğin KHK'nın 42. maddesiyle Devlet Denetleme Kurulu hakkında 2443 sayılı Yasanın tüm maddeleri kaldırılırken, Anayasa'nın 128. Maddesi kapsamına girebilecek tazminat ve harcıraha ilişkin 8. maddesinin iki fıkrası ile yürürlük ve yürütme maddeleri yürürlükte bırakılmıştır. Bu da esasen "münhasıran" kelimesinin Anayasa değişikliğini gerçekleştiren siyasal irade tarafından da yasayla düzenleme olarak anlaşıldığını göstermektedir.

⁶³ Yılmaz, H. (2020). s. 236.

Bu dört alanın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından *mahfuz alan* olarak kabul edilmesi durumunda meselenin tartışmalı⁶⁴, ancak bir o kadar da çözümsüz hâle geleceğini söyleyebiliriz. Zira bu durumda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki çatışma kuralları anlamını yitirebilecektir⁶⁵. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi, Anayasa'nın dört alanda konu yönünden bir mahfuz alan tanımadığı, ancak yasama organına, çerçeve düzenlemesini aşmamak şartıyla yasa çıkardıktan sonra ayrıntıyı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine bırakması zorunluluğu öngörmüş olduğu, kısaca mahfuz alanın düzenlemenin konusuyla değil, düzenlemenin derinliğiyle ilgili olduğu düşüncesini savunduğumuzdan, kararnamelerin hiyerarşik olarak yasanın altında yer aldığı sonucuna ulaşmaktayız⁶⁶.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI BİLANÇOSU

İlk Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa'nın Geçici Madde 21/A uyarınca Başkanlık sistemine 9/7/2018 tarihinde geçilmesinin hemen ardından 10/7/2018 tarihinde yayımlanan 1 Sayılı *Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*'dir. 03/07/2020 itibariyle Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi sayısı 63 olup bunlardan yalnızca 22'si belirli bir alanı düzenlemeye özgülenmiştir. Diğer 41 kararname ise Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde değişiklik yapan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir⁶⁷.

Bu süreçte “genel kadro ve usulü” (2 sayılı CBK), “üst kademe yöneticileri ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usulleri” (3 sayılı CBK), “Bakanlıklara bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kurum ve kuruluşların teşkilatı” (4 sayılı CBK), “Devlet Denetleme Kurulu” (5 sayılı CBK), “Millî Güvenlik Genel Sekreterliği” (6 sayılı CBK), “Savunma Sanayii Başkanlığı” (7 sayılı CBK), “Yüksek Askeri Şura” (8 sayılı CBK), “Milletlerarası andlaşmaların onaylanmasına ilişkin usul ve esaslar” (9 sayılı CBK), “Resmî Gazete” (10 sayılı CBK), “Türkiye Adalet Akademisi” (34 sayılı CBK) alanları Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenen başlıca alanlardır.

⁶⁴ Söyler, Y. (2018). s. 116.

⁶⁵ Aynı yönde Gözler, K. (2020). s. 896 vd.

⁶⁶ Sezer bu konuda çok boyutlu normlar piramidi yaklaşımını ortaya koymaktadır, bkz., Sezer, A. (2019). s. 353 vd., özellikle 383 vd.

⁶⁷ Bununla ilgili bilanço çalışması ve değerlendirme için bkz. Gözler, K. (2020). “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri, Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço”, <http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm>, (Erişim tarihi: 21/6/2020).

Bu kararnamelerden bazılarının Anayasa’da özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği öngörölen alanlara ilişkin olduğu, diğerlerinin ise daha çok, biraz da 703 sayılı KHK ile yapılan alan temizliğiyle boşalan, diğer bir ifadeyle yasada açıkça düzenlenmemiş hâle getirilen alanlara ilişkin olduğu gözlemlenmektedir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine dair ilk⁶⁸ anayasallık denetimi kararlarını 13/5/2020 tarihinde 31126 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan üç kararıyla vermiştir. Kararlardan sadece 8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi belirli bir alanı bütöncöl olarak düzenleyen bir kararnamenin denetimiyle ilgili iken 28 ve 36 sayılı Kararnamelere ilişkin denetim ise 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde değişiklik yapan kararnameleri konu edinmektedir.

A. E. 2018/125: 8 SAYILI CBK

İlk kararda⁶⁹ 15/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (8) numaralı Yüksek Askeri Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 6. maddesindeki “Yüksek Askeri Şûranın sekretarya hizmetlerini Cumhurbaşkanınca belirlenecek merci yürütür.” kuralının “...belirlenecek merci...” ibaresinin Anayasa’nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürölerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir.

Dava dilekçesinde özetle, ilk olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasal çerçevesinin ne olması gerektiği açıklanmıştır. Bu bağlamda cumhurbaşkanına ilk elden düzenleme yetkisi verilmiş olsa da bu yetkinin kararnameyle yasalarda değişiklik yapmayı kapsamadığı,

⁶⁸ Hemen belirtelim ki, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimine dair ilk bu kararlar verildiyse de bu kararların yayımlanmasından önce yayınlanan başka bir kararın gerekçesinde esasa etkili olmasa da (obiter dictum) yasamanın asliliği ve idarenin yasallığı ilkelerine ilişkin genel açıklamalar kısmında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörölmeven konularda da yasamanın asliliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hâricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır.” AYM E. 2018/91, K. 2020/10, Kt. 19/2/2020, §110. Kararın gerekçesi diğer üç karardan (13/5/2020) 15 gün önce 30/4/2020 tarihinde yayınlanmış olsa da tarihi bu kararlardan 20 gün sonrasına denk gelmektedir. Bu nedenle ilk kararlardan biri olarak ele almamayı tercih ettik.

⁶⁹ AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020.

bu nedenle öncelikle kararnameler çıkarılırken yetki bakımından 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlara uyulup uyulmadığının denetiminin yapılması gerektiği, yasamanın genelliği ilkesinin geçerli olduğu ifadeleriyle yetinilmiştir. Ancak anayasal çerçeve çizilmeye çalışılırken aktarılan teorik bilgilerin iptal talebini güçlendirmesi çabası gözlemlenmemektedir. Anayasaya aykırılık iddiası, daha çok içeriksel/maddi yönden değerlendirmelerle sınırlı tutulmuştur. Buna karşılık kararnamedeki hükmün Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası hükümleriyle ilişkisine, diğer bir anlatımla konu bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme söz konusu değildir. Bu bağlamda “belirlenecek merci”nin hangi birim olduğunun düzenlemede yer almamasının hukuk devleti ilkesi kapsamında hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri yönünden sorunlu olduğu, hukuk normlarının öngörülebilir olmasının hukuk devletinin gereği olduğu, Yüksek Askerî Şûranın (YAŞ) sekreteryâ hizmetlerinin yürütülmesine yönelik temel ilkeler belirlenmeden anılan hizmetleri yürütecek merciin belirlenmesi konusunda cumhurbaşkanının yetkili kılınmasının belirtilen hizmetlerin yürütülmesinin tahmin edilebilir ve öngörülebilir olma imkânını ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§14).

Anayasa Mahkemesi kararname hükmünü hem konu hem de içerik yönünden incelemiş ve Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

B. E. 2019/31: 28 SAYILI CBK

İkinci kararda⁷⁰ 17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin

(a) 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın,

(b) 3. maddesiyle (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

⁷⁰ AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020.

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2, 7, 8, 104, 128 ve 161. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir.

Dava dilekçesinde özetle, idareye yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının tamamına kadar *bütçe dışı avans* olarak ön ödeme yapabilme yetkisi veren ve bu ödemeye ilişkin usul ve esasların da idarenin çıkaracağı bir yönetmelikle düzenlenebilmesine imkân sağlayan dava konusu kuralın Anayasa'nın 161. maddesine göre bütçenin uygulanması kapsamında olması nedeniyle münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenlediği, sınırları yasalarla çizilmiş bir alanda yasaların ötesine geçerek yeni bir düzenleme yaptığı, dolayısıyla dava konusu kuralla yürütme yetkisinin Anayasa ve yasaların üstünlüğüne aykırı olarak kullanıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2, 7, 8, 104 ve 161. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (§14).

Öte yandan 3. madde ile eklenen hükmün öngördüğü "koordinatör" başhekimliğin hiyerarşik bir ilişki içerdiği, bu nedenle Danıştayca (5.D. E. 2008/679) yasal temelinin bulunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı görüldüğü, bunun ikinci bir görev olması nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında münhasıran yasayla düzenlenmesinin zorunlu olması ve 657 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olması nedeniyle de açıkça kanunla düzenlenen bir alanda çıkarılmış olması nedeniyle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin iptal dava dilekçesinden farklı olarak bu dilekçede yasayla düzenlenmesi gereken bir alanın kararname ile düzenlenmiş olmasının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirlenen konu sınırlarını aştığı ve bu nedenle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi yönünden de Anayasa'ya aykırı olduğundan iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi; iptal başvurusuna konu olan ilk düzenlemeyi konu yönünden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş, ikinci düzenlemeyi ise konu ve içerik yönünden Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

C. E. 2019/78: 36 SAYILI CBK

Son kararda⁷¹ ise 14/5/2019 tarihli ve (36) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne eklenen 4/A maddesinin ikinci cümlesi ile üçüncü cümlesinin "...Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir." bölümünün Anayasa'nın 2, 8, 104 ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir.

Dava dilekçesinde özetle, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu (Kurul) üyelerinin niteliklerine, sayısına ve uzmanlıklarına ilişkin bir belirliliğin bulunmadığı, yürütme organının istisnai olarak sahip olduğu asli düzenleme yetkisinin Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen sınırlara aykırı olarak kullanıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2, 8 ve 104. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Mahkeme bu düzenlemeyi de Anayasaya aykırı görmemiştir.

IV. KARARLARIN ANALİZİ

A. YÖNTEM

Her üç kararda Mahkeme önce Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimini ortaya koymuştur. Ardından önce kararnamelerin bu rejim içinde kalıp kalmadığını, -diğer bir ifadeyle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan konu bakımından yetki yönünden sınırları ihlal edip etmediğini- son olarak da iptali istenen kararname kuralının maddi anlamda/içeriksel olarak Anayasa'ya uygun olup olmadığını incelemiştir⁷². Anayasa Mahkemesinin bu metodolojik yaklaşımı kanun hükmünde kararname içtihadından yararlanarak oluşturduğunu söylemek mümkündür. Sözü geçen içtihatlarda da önce kanun hükmünde kararnamelerin anayasal rejimi ortaya konmuş,

⁷¹ AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.

⁷² Benzer bir metodolojinin 28 ve 36 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aleyhine açılan iptal dava dilekçelerinde de (K. 2020/5 ve K. 2020/6 sayılı karar metinlerinin dilekçe kısmı) takip edildiğini söylemek mümkündür. Ancak K. 2020/4 sayılı kararda genel bir anayasal çerçeve tayininin ardından, 8 sayılı CBK'deki düzenlemenin konu yönünden öngörülen anayasal sınırlara uygun olup olmadığı irdelenmeksizin doğrudan içeriksel aykırılık gerekçeleri açıklanmıştır.

ardından yetki yasası ve Anayasa'nın 91. maddesinde öngörülen konu bakımından kapsam sınırlamaları içinde kalıp kalmadığı incelendikten sonra son olarak düzenlemenin içeriksel/maddi olarak Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenmişti⁷³.

Kararlarda “II. Esasın İncelenmesi” ana başlığı altında önce “A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi” konusu teorik ve dogmatik yönden ortaya konmuştur. “C. Anayasaya Aykırılık Sorunu” kısmında ise önce kural/kurallar konu bakımından yetki yönünden ele alınmıştır. Bu aşamada Anayasa'ya aykırılık saptanmadığında son aşama olarak içerik yönünden incelemeye geçilmiştir. Anayasa Mahkemesi, konu yönünden Anayasaya aykırı bulup iptal ettiği bir kuralı ayrıca içerik yönünden incelemeye gerek görmemiştir (K. 2020/5, §22).

İçerik incelemesinde Anayasa Mahkemesi yasaya uygunluk denetimi yapmamış, denetimi maddi yönden anayasallık denetimiyle sınırlandırmıştır.

B. ANAYASAL ÇERÇEVE VE YARGISAL DENETİM

1. Söylem Analizi

Mahkemenin karar gerekçesinde 2017 Anayasa değişiklikleriyle *yeni bir hükûmet sistemine geçilmiş* olduğu kabul edilmiştir. Bu tespit yapıldıktan sonra değişime rağmen devamlılıkların da bulunduğu izlenimi uyandırılmaktadır. Örneğin “Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin yeniden düzenlendiği” belirtilmiştir. Bir bakıma alt-metinde Cumhurbaşkanı bakımından devamlılık; görev ve yetkileri bakımından ise yenilik veya genişleme yapıldığının kabulü söz konusudur. Sonraki cümlede “... yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı'na verilmiştir” (abç) ifadesi alt-metin kabulünü daha da netleştirmektedir (§3). Bu ifadelerden *yeni* bir hükûmet modeli varsayılırken modelin *mevcut* bir Cumhurbaşkanlığı kurumuna göre yeniden dizayn suretiyle oluşturulduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Kavram seçimi retorik olarak yorumlanabilir veya bilinçli bir kabule işaret edebilir ya da Anayasa değişikliğinin genel gerekçesindeki açıklamalarla⁷⁴ uyum içinde bir hukuki yorum, dolayısıyla

⁷³ En son AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013; AYM, E.2011/147, K.2012/152, 11/10/2012.

⁷⁴ Gerçekten de Genel Gerekçe kısmının 5. paragrafında Cumhurbaşkanlığı makamı 1961

Anayasa Mahkemesinin hukuki bir tespiti olarak da okunabilir. Her hâlükârda buradaki retorik/tespit/yorum sonraki cumhurbaşkanı ve TBMM seçimlerinde görevdeki cumhurbaşkanının tekrar adaylığını koymasının hukuka mümkün olup olmayacağı tartışmasında göz ardı edilemeyecektir.

Aynı paragrafta yürütmenin artık tek elde toplandığı ifade edilmek suretiyle Mahkeme, başkanlık sisteminin ayırt edici özelliklerinden birinin varlığını tayin etmekte ve doktrindeki görüş birliğine katılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin olarak CBK kısaltmasını kullanmıştır. Ancak Resmî Gazete’de yayımlanan metinlerde CK kısaltması tercih edilmiştir.

Yine Mahkeme kararnameler için “(x) numaralı” Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ifadesini tercih etmiştir. Resmî Gazete’de “numaralı” sözcüğünü tercih etmesine rağmen Mevzuat Bilgi Sisteminde “sayı” sözcüğü kullanılmıştır.

2. Esas Analizi

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’yle yürütmenin *asli/ilk elden düzenleme yetkisine sahip kılındığını* tespit etmiştir. Buna göre yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak cumhurbaşkanı, Anayasa’da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir *yasaya dayanmadan* ya da *yasama organının onayı olmadan* Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla düzenleme yapabilecektir (§4).

Mahkemeye göre bu yetki yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla *genel bir yetkidir*. Bu sonuç Anayasa’nın 104. maddesinin gerekçesiyle desteklenmektedir. Mahkemenin aktarımına bakılırsa, bu sonuç gerekçedeki *“yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı’nın genel*

Anayasası tercihiyle birlikte ele alınmakta, bu makâmın 1982 Anayasası’nda yetkilerinin artırıldığı, 2007 değişiklikleriyle birlikte de “bürokratik” cumhurbaşkanından “siyasetçi” cumhurbaşkanı profiline geçiş yaşandığı ifade edilmekte, profil değişikliği nedeniyle yaşanan sistem karmaşasının çözümlenmesi ve yürütmenin rasyonelleştirilmesi bu değişikliğin yapılmasının ana gerekçesi olarak sunulmaktadır. Sonuçta değişikliğin istikrar sağlayacağı vurgusunun yanında, “Türkiye’nin sistem tecrübesi” de gözetilerek geliştirilmiş rasyonel bir model olduğu söylenmektedir. Bu ifadelerin hükümet modeli bakımından bir yenilik, en azından 2007 ve sonrası için, Cumhurbaşkanlığı bakımından bir devamlılık olarak yorumlanması mümkündür. Ancak kesin bir sonuç çıkarmak için lafzi ve tarihsel yorum analizinin diğer yorum yöntemleriyle de desteklenmesi gerekir ki, bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Teklif metni ve gerekçeler için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf> (Erişim Tarihi: 23/6/2020).

siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak” ifadelerinden çıkarılmıştır (§5).

Bu tespitle bağlantılı olarak Mahkeme genel yetkinin yanında, Anayasa’nın diğer bazı maddelerinde kimi konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği tespitine de yer vermiştir. Bu alanlar (1) üst düzey kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları (104/9), (2) bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (106/11), (3) Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (108/4) ve (4) Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (108/6) şeklinde sıralanmıştır. Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin yasayla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulacağı belirtilmiştir (§6).

Mahkeme bu yetkinin sınırsız olmadığını, yasalardan farklı olarak konu bakımından yetki yönünden Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde bu sınırların belirlendiğini tespit etmiştir (§8). Buna göre;

1. Kararname çıkarma yetkisi *yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlı* olup bu konular dışında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılması *“mümkün değildir”* (§9).
2. Temel hakların niteliği, sınırlandırılması, durdurulması, kötüye kullanılması ve yabancıların durumu gibi temel hakların genel rejimine ilişkin konular, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler kararname ile düzenlenemez. Mahkemenin açık ifadesiyle *“bu alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz”* (§10).
3. *Münhasıran* yasayla düzenlenmesi öngörülen alanlarda kararname çıkarılamaz. Mahkeme son yıllardaki içtihadına yaslanarak yasayla düzenlenmesi öngörülen *her* alanın münhasır yasama yetkisi içinde olduğunu tespit etmiştir. Bu alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi bulunmamaktadır (§11).
4. Son olarak yürütme yetkisine ilişkin bir konuda kararname çıkarılabilmesi için o alanın *yasada açıkça düzenlenmemiş olması* gerekir (§12). Ancak *“açıkça düzenleme”* kavramına dair bir somutlaşma denetim aşamalarında yapılmaktadır.

Mahkeme, bu anayasal sınırları tespit ettikten sonra Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin içeriği itibariyle Anayasa'ya aykırı olmasa bile bu anayasal sınırların dışına taşttıklarında Anayasa'ya aykırı olacağını kabul etmiştir (§13).

Mahkemenin çizdiği genel çerçeve ile ilgili olarak şu saptamaları yapmak mümkündür:

- Bu tespitler her üç karar için de geçerlidir. Diğer bir ifadeyle kararlarda anayasal çerçeve ve yargısal denetim başlığındaki metin ortak şablon olarak kullanılmıştır.
- Anayasal çerçeve bakımından hayati konulardan biri kararnamelerin hukuki statüsüdür. Ancak Mahkeme bu konuda açık bir ifade kullanmamış, konuyu genel çerçeve ve kuralların konu bakımından yetki yönünden incelendiği metinlerin ortak yorumundan çıkarılmasını beklemiştir. İzlenimimiz, Mahkemenin -adını koymamakla birlikte- kararnamelerin yasaların altında olduğu görüşünden hareket ettiği yönündedir⁷⁵.
- Mahkeme, kararnamelerin yasalara uygunluğunun denetlenmesi sorusunda da benzer belirsizliği sürdürmüştür.
- Mahkeme bu kısımda, 104. maddenin on yedinci fıkrasını *genel yetki* kuralı olarak değerlendirirken diğer dört düzenlemeyi özel hüküm gördüğüne dair bir ipucu vermemektedir. Bu düzenleme için “*Anayasanın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konular*” ifadesini tercih etmektedir.

C. ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU: KONU BAKIMINDAN YETKİ YÖNÜNDEN İNCELEME

1. E. 2018/125: 8 Sayılı CBK

İncelenen kural Yüksek Askerî Şûra (YAŞ) sekreteryaya hizmetlerinin cumhurbaşkanınca belirlenecek merci tarafından yürütüleceğine dair 8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesidir. Mahkeme, kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından sınırlar kapsamında kalıp kalmadığını, dolayısıyla bu alanda cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisinin olup olmadığını tespit etmek için *ilk aşamada* konunun, ardından somut düzenlemenin anlam ve kapsamını tayin etmeye çalışmıştır (§ 16-21).

⁷⁵ Yıldırım karşı oyunda bu görüşü açıkça savunmaktadır (§ 7).

İkinci aşamada YAŞ'ın Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği “özel”⁷⁶ olarak öngörülen diğer konular kapsamında olup olmadığını incelemiş ve olmadığını tespit etmiştir. İlişki ihtimali nedeniyle YAŞ'ın herhangi bir bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına dahil olmadığını özellikle belirtmiştir (§21). Bu aşamada kural bu dört alan kapsamında ise incelemenin seyri farklı olacaktır. Bu aşamadaki tespit, aynı zamanda kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kalıp kalmadığına yönelik tespit bakımından da önemlidir.

Üçüncü aşamada düzenlemenin temel hakların genel rejimine, kişi hakları ve ödevleri ile siyasal hak ve ödevlere ilişkin bir *düzenleme* mahiyetinde olup olmadığı incelenmiştir. Bu aşamadaki denetim çok tartışmalı olmamıştır, zira Mahkemenin de tespit ettiği üzere “YAŞ bünyesinde yürütülecek sekreteryâ hizmetleri; toplantıların organize edilmesi, ilgili birimler arasındaki koordinasyonun sağlanması gibi Kurulun düzenli bir şekilde çalışmasına yardımcı olmak amacıyla gerçekleştirilen faaliyetler” (§ 22) mahiyetinde olup temel hak alanına ilişkin değildir.

Dördüncü aşamada düzenlemenin münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olup olmadığı incelenmiştir. Mahkeme, kuralın cumhurbaşkanına “mevcut idari yapılanma içinde faaliyet gösteren bir birimi YAŞ'ın sekreteryâ hizmetlerini yürütmek amacıyla görevlendirme” yetkisini tanımasını Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmü kapsamında görmemiştir. Bunun yanında bir yetkilendirme işleminin idarenin kuruluşu ile olmasa bile neden görevleri ile ilişkili görülmediği hususu gerekçelendirilmemiştir. Oysaki karşı oy gerekçelerinde⁷⁷ ifade edildiği gibi YAŞ merkezi idare içinde yer alan, tüzel kişiliği bulunmayan nevi şahsına münhasır bir kuruldur ve Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da ifade edildiği gibi “İdarenin yasallığı ilkesi, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir.”⁷⁸ Mahkemenin bu konuda ikna edici bir gerekçe ortaya koyduğunu söylemek zor görünmektedir.

Mahkeme, içerik yönünden yaptığı incelemede de hukuk devletinin temel ilkelerinin kararnameler için de geçerli olduğu vurgulamıştır (§ 28).

⁷⁶ “Özel” sözcüğünün gerekçenin anayasal çerçeveye dair genel ilkeler kısmında kullanılmadığını belirtelim.

⁷⁷ Zühtü Arslan § 6-7; Hasan Tahsin Gökcan § 3-4; Engin Yıldırım § 9.

⁷⁸ AYM, E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013.

Dolayısıyla yasalar için söz konusu olan esasa dair kriterlerin kararnameler için de geçerli olduğunu söylemek gerekir.

2. E. 2019/31: 28 Sayılı CBK

İncelenen kurallar Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı ile ilgilidir. 17/1/2019 tarihli ve 28 sayılı Kararname'nin 2. maddesi ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen "(2) Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilir. Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağı ayrıca belirtilir. Ön ödemeye ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir" fıkrası ve anılan Kararname'nin 3. maddesiyle 372. maddesine eklenen ikinci fıkrasındaki "Aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir. Koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabilir. Hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetleri koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile iş birliği içerisinde yürütülür" kısmının Anayasa'ya uygunluğu incelenmiştir.

a) 2. Maddenin İncelenmesi

Bu kararda denetimin **ilk aşaması** olan anlam ve kapsam incelemesi önce bir paragrafta genel mahiyette yapılmıştır. **İkinci aşamada** doğrudan Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüyle ilişki kurulmuştur (§ 17). Diğer konu yönünden yetki sınırlamalarına dair bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir (§ 22). Düzenleme iptal edildiği için de böyle bir yol izlendiği söylenebilir. Zira Anayasa'ya aykırı bulunmayan bir düzenleme ile ilgili gerekçede uygunluk nedenleri belirlenirken, aykırı bulunan bir düzenlemeyle ilgili gerekçede Anayasa'ya uygunluk karinesini bozacak tek aykırılık tespitinin ortaya konmasıyla yetinilmesi doğaldır.

Anayasa Mahkemesi anayasal çerçeve ve yargısal denetime dair üzerinde görüş birliğinin bulunduğu kısımda yapmadığı "*yasada açıkça düzenleme*" kriterini somutlaştırmayı bu kısımda yapmıştır. Mahkemeye göre açıkça bir düzenlemeden söz etmek için,

- Öncelikle denetimde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir yasa olup olmadığının,
- Ardından incelenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kuralının yasanın açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediğinin belirlenmesi gerekir.

Bu değerlendirme yapılırken de,

- Önce ilgili yasanın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi,
- Son olarak da yasadaki düzenlemenin açık olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Mahkeme için “CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan yasa hükmünün somut olaya uygulanacak olması”, çatışmanın varlığına dair bir gösterge olacaktır (§ 17). Mahkeme burada çatışma için aynı alanda yapılan iki farklı düzenlemenin varlığını değil bu düzenlemelerin somut olayı, diğerinin katkısı olmadan çözmeye yeteneğini aramıştır.

Mahkeme incelemesinde iptali istenen kararname kuralı ile 10.12.2003 günlü ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun “Ön ödeme” başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki “Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir” hükmü arasında çatışma tespit etmiştir. Mahkemeye göre Yasanın bu hükmü, bakanlıklar da dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yurt içi ve yurt dışı bütçe dışı avans ödemelerinin hüküm ve şartlarını açıkça düzenlemekte, iptali istenen kuralın öngördüğü Türkiye’nin tanıtımına yönelik yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında belirli şartlarda yüklenilen tutarın tamamı kadar bütçe dışı avans ödemesi yapılacağı ve bunun için teminat alınmayabileceği hükmüyle çatışmaktadır (§ 19).

5018 sayılı Kanun’daki hüküm kararnamenin düzenleme iddiasında bulunduğu alanı açıkça düzenlediğinden bu alanda kararname çıkarmanın Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır (§ 20).

Anayasa Mahkemesi ilginç bir şekilde 5018 sayılı Kanun’un 35. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır” hükmünün, tespit edilen Anayasa’ya aykırılığı,

Anayasa'ya uygun hâle getirmeyeceğini vurgulamıştır. Mahkemenin gerekçesi oldukça iddialıdır: Açıkça yasayla düzenlenen bir alanda kararname çıkarma yetkisi yoktur. Kararname çıkarma yetkisinin olmadığı bir alanda yasayla yetkilendirme de yapılamaz, dolayısıyla yasa koyucu bu yaklaşımın aksine davranarak yasak alanda cumhurbaşkanına yetki tanıyamaz (§ 21).

Çoğunluk görüşü⁷⁹, Anayasa'nın yasayla açıkça düzenleme yapılmış bir alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı hükmünü, yasayla açıkça düzenlenmiş bir alanda yasa koyucunun ayrıca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile istisna getirmesine izin verilemeyeceği şeklinde yorumlamıştır. Bu maddeye ilişkin en tartışmalı nokta bu yorumdur. Karşı oylar da bu noktaya yoğunlaşmakta, ikinci cümlelerin Anayasa'ya aykırılığı ortadan kaldırdığı görüşünü ileri sürmektedir⁸⁰. Önemli bir nokta da 104. maddenin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki *yasada açıkça düzenlenen* kavramının heyetin görüşleri karara esas olan yarısı tarafından geniş yorumlanmış olmasına karşın, muhalefette kalan diğer yarısının geniş yorumlamanın Anayasa koyucunun amacı olamayacağı itirazıdır.

⁷⁹ Karar 8-8 alınmıştır. Ancak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 65. maddesi uyarınca oyların eşitliği nedeniyle başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiştir.

⁸⁰ *Özgüldür ve Üstün* ikinci cümledeki hükümle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenme alanı saklı tutulduğundan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasa ile aynı konuda düzenleme getirmiş olmadığı görüşündedir (§2). *Topal, Özkaya, Güleç, Akyel, Seferinoğlu ve Menteş*'in karşı oylarında ise daha farklı bir gerekçe ortaya çıkmaktadır. Altı üyenin karşı oyuna göre Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinin amacı kararname ile yasa arasında olası bir çatışmanın önlenmesidir. Aksi takdirde "konu" geniş bir kavram olduğundan ve bu alanların az veya çok yasalar tarafından düzenlendiği, yasaların sayı ve kapsamına bakıldığında düzenleme yapılmayan bir konunun tespitinin neredeyse imkânsız olduğu ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile hiçbir şekilde düzenleme yapılamayacağı sonucuna ulaşılır ki, Anayasa koyucunun amacı bu olamaz. Anayasa koyucunun amacı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının yasanın düzenleme alanına girerek onun hüküm ve sonuçlarından farklı bir düzenleme getirmesidir. 5018 sayılı Kanunun 35. maddesinin 2. Fıkrasının ikinci cümlesiyle getirilen kural yasayla düzenlenen konular dışındaki alanlarda hüküm ve sonuç doğuracağı için saklı tutulan konularda (104/17 kastedilmektedir) düzenlenmiş bir kural olarak nitelendirilemez. Altı kişinin bu kısımdaki karşı oylarının kanaatimce en önemli tarafı, 104/17 dördüncü cümledeki "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükmünün geniş yorumlamasının Anayasa koyucunun amacı olamayacağına dair amaçsal yorum ve "çatışma kuralı" sonucudur. Bu önemli bir eleştiridir ve eleştirinin gücü biraz da aralarında yetkin vergi hukuku ve hesap uzmanlığı arka planına sahip üyelerin katkısından gelmektedir. Bununla birlikte bu çatışma kuralının dikey (lex-superior) bir etkisinin olup olmayacağı, olmayacaksa beşinci cümleyle farkı hususunun irdelenmediğinin de not etmek gerekir.

Dolayısıyla heyet içi tartışma düzenlemenin derinliğinden çok, düzenlemenin sathı/yüzeyi ekseninde cereyan etmiş görünmektedir. Mahkemenin yasada açıkça düzenlenen konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin çıkarılamayacağı, çıkarılması için yetki de verilemeyeceği yaklaşımı, derinlik kriterini bütünüyle dışlayıcı mahiyette değildir. Zira Mahkemenin “CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan yasa hükmünün somut olaya uygulanacak olması” (§ 17) testi, bir derinlik kriterinin işareti olarak okunmaya müsait görünmektedir. Yine de bu konuda kesin bir yaklaşımdan söz etmek için Mahkemenin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin sonraki kararlarını beklemek gerekmektedir.

Son olarak Mahkeme konu yönünden yetki bakımından aykırılık tespit edip iptal kararı verdiğinden, içerik yönünden bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir (§ 22).

b) 3. Maddenin İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi bu maddeyi incelediği kısımda *ilk aşamada*, bir önceki maddede dile getirmediği bazı tespitlere yer vermiştir. İlk kararda ve bu karardaki ilk maddenin incelenmesinde örtülü olarak geçirtilen 104. maddenin on yedinci fıkrası ile Anayasa'da kararname ile düzenleneceği belirtilen diğer dört kural arasındaki ilişki bu kısımda çok net bir şekilde ortaya konmuştur. Netliği bu başlıkta kararın on bir üyenin desteğine sahip olması ve sadece beş üyenin farklı gerekçe ortaya koymasında da görebiliriz⁸¹.

Mahkemeye göre “Anayasada olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin **on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir.**” (§ 25)⁸². Bununla birlikte Mahkeme, bu geçerliliği Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne ilişkin diğer hükümleriyle birlikte yorumlanması gerektiğini belirterek yani sistematik yorumun alt unsuru olan Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi ışığında, düzenlemenin niteliğine

⁸¹ Özkaya, Güleç, Akyel, Seferinoğlu ve Menteş'in farklı gerekçeleri.

⁸² Bu ifadeden hareketle, ilk kararda geçen “özel” ifadesinin -ki, karar gerekçesini kaleme alan raportörün de katkısıyla olması ihtimal dahilindedir- metodolojik yönden “özel-genel” ilişkisine işaret etmediğini söyleyebiliriz. Bunda ilk kararda muhalif kalan grubun ikinci kararda kararın ana eksenini oluşturmada etkili olmuş olabilir.

göre yorumun yumuşatılabileceği izlenimini vermektedir. Bunun nasıl anlaşılması gerektiğine ise sonraki paragraflarda değinmiştir.

İkinci aşamada, iptali istenen kararname hükmünün anlam ve kapsamını irdelemiş; kuralın bakanlıkların (Sağlık Bakanlığının) teşkilatıyla ilgili bir düzenleme olduğunu ve aynı şekilde “yürütme yetkisine ilişkin bir konu”yu düzenlediğini tespit etmiştir (§ 26-27, 32). § 27’de esasen yapılan işlem, kanaatimizce özel olarak kararname ile düzenleneceği belirtilen alanda çıkarıldığını tespit ettiği hükme dair ilk test işlemidir ve Mahkeme kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında öngörülen ilk sınırlamaya uygun yani kuralın yürütme yetkisine ilişkin olduğunu tespit etmiştir.

Üçüncü aşamada, 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalardan ikinci cümle yönünden denetime devam etmiş ve ilk önce iptali istenen kararname kuralının Anayasa’nın ikinci kısım birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin bir düzenleme olmadığını tespit etmiştir (§ 28).

Karar gerekçesinin kilit noktası 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalardan üçüncü cümle yönünden yani “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” hükmüne göre yaptığı denetimdir. Mahkeme şöyle bir sıralama takip etmiştir:

- *Birinci önerme:* 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre Anayasa’da münhasıran yasayla düzenleneceği belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Anayasa’nın 123. maddesi idarenin bir bütün olduğu ve yasayla düzenleneceğini öngörmektedir.
- *İkinci önerme:* 106. maddenin on birinci fıkrası “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*” yönünden, bu konularla sınırlı olmak şartıyla (§ 31), Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleme yapılmasına **açıkça izin** vermiştir (§ 30)⁸³.

⁸³ “Açıkça izin” vermenin yasamanın genelliği ilkesini güçlendiren anlamda kullanıldığını belirtelim. Zira Mahkemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi alanını sınırlama gerekçelerini tayin ettiği metinde bu ifade, “ancak açıkça” izin verilmesi şartıyla idarenin yasallığı ilkesine istisna kabul edilebilir anlamı çıkmaktadır. §32’de yer alan ancak hizmet birimlerinin

- *Üçüncü önerme:* İptali istenen kural Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı içinde yer alan hastanelerin aynı yerleşke içinde birden fazla olması durumunda hizmetin örgütlenmesine ilişkin olduğu için kural izin verilen alana aittir ve yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ait olmadığı için Anayasa'ya aykırı değildir.

Bu sıralamadaki en önemli tespitlerden birinin de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği belirtilen alanların oldukça dar yorumlanması gereğine dair Mahkemenin eğilimidir. Mahkeme Anayasa'nın bütünlüğünden hareketle *ilk adımda* özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenen alanların "idarenin yasallığı ilkesi" ile "münhasıran yasayla düzenleme ilkesi" bakımından istisna oluşturduğunu kabul etmiş, ancak bu istisnayı da gerek "*bu konularla sınırlı olmak şartıyla*" (§ 31) ifadesiyle, gerekse § 32-33'teki daraltıcı yorum ameliyesiyle, yani özel olarak kararname ile düzenleneceği söylenen alanlara ilişkin olsa bile, Anayasa'nın 123 ve 128. maddelerle sınırlı bir şekilde anlaşılması gerektiği görüşüyle tekrardan sınırlamıştır.

Mahkeme iptali istenen "koordinatör başhekim görevlendirilir" kuralını Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" hükmü yönünden de incelemiştir (§33). Bununla birlikte, kuralın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenmesine izin verilen bir alana ilişkin olup olmadığı değerlendirmesi yapmamış; düzenlemenin doğrudan doğruya "*kamu görevlilerinin atanmaları*"na, dolayısıyla münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olup olmadığına bakmıştır. Sonuçta koordinatör başhekim görevlendirmenin atama düzenlemesi olmadığı, görevlendirmeye dair usul ve esaslarla da ilgili olmadığı tespitiyle Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir.

Dördüncü aşamada ise § 25'te belirtilen "*Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir*" önermesinin etkinleştirildiğini görüyoruz (§ 34). Buradaki denetimin can alıcı noktası, Anayasa'da özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği söylenen alanda dahi kararnamenin Anayasa'ya uygun kabul edilebilmesi

örgütlenmesiyle ilişkili olması nedeniyle kararname kuralının Anayasa'ya aykırı olmadığı tespiti bu sonucu pekiştirmektedir.

için bu alanda açık bir yasal düzenlemenin bulunmaması gerektiğinin tayin edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenecek alan dahi olsa Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi testine tabi tutulması gerekir.

Burada dikkat çeken bir nokta da §34'ta *"kanunda açıkça düzenlenen"* ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği hususunu yukarıda Kararname'nin 2. maddesinin incelendiği ve sekiz üyenin muhalif kaldığı gerekçeye atıfla açıklamış olmasıdır. Bu kısımda sadece beş üyenin muhalefet şerhi koymuş olması, 2. maddeye dair karara muhalefetin, 3. madde gerekçesindeki metodolojinin tamamına yönelik olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla Mahkemenin çizdiği 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki konu yönünden sınırlamaların özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen dört konu için de geçerli olduğu, dört alanın yalnızca idarenin yasallığı ve münhasıran yasayla düzenleme ilkelerinin dar yorumlanması gereken istisnası olduğu şeklindeki anayasal çerçevenin de genel çerçeveyi tamamladığı ve istikrarlı bir yaklaşım olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Mahkemenin bu yaklaşımı kanaatimizce doktrinde üç yıl boyunca tartışılan *"Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki statüsü"* ve *"Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin mahfuz alanı"* sorularına cevap vermiş durumdadır: **(1) Kararnameler yasayla eş değer değildir ve (2) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için mahfuz bir düzenleme alanı bulunmamaktadır.**

3. E. 2019/78: 36 Sayılı CBK

Son kararda incelenen kural Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyeleriyle onlara yapılacak ödemelerin cumhurbaşkanınca belirleneceğine dair 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne 36 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle eklenen 4/A maddesidir.

Anayasa Mahkemesi kuralın *"üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir"* şeklindeki 2. cümlesiyle *"Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir"* şeklindeki üçüncü cümlesinin ikinci kısmını ayrı ayrı incelemiştir.

Bu bağlamda önce Yüksek İstişare Kurulu'nun cumhurbaşkanlığı makamı altında tüzel kişiliği bulunmayan istişari bir birim olduğunu tespit etmiştir (§ 16, 18).

Birinci cümleye ilişkin olarak sırasıyla kuralın yürütme yetkisine ilişkin olduğunu (§16) ve temel haklar yönünden getirilen sınırlamalara aykırı olmadığını (§17) tespit ettikten sonra esas incelemesini münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olup olmadığı hususunda yapmıştır (§ 19-20).

Münhasıran yasa alanı incelemesinde Anayasa'nın 128. maddesi ile ilişki kurulmuş, Kurul üyelerinin Anayasa'nın bu maddesinde ifade edilen diğer *kamu görevlilerinden* olup olmadığı hususunu belirlemek için de kamu görevliliğine ilişkin genel idare esasları ortaya konmuştur. Mahkeme, yaptığı incelemede Kurulun cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde cumhurbaşkanına bağlı icrai bir karar alma ve bunu uygulatma yetkisi olmayan tamamıyla istişari nitelikte bir birim olarak düzenlendiğini, kurul hâlinde çalıştıklarını, tek başlarına bir hizmet yapmadıklarını, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıklarını, görevin ifası sırasında devletin emredici gücünü kullanmadıklarını, üyeleri için bir kadro ve pozisyonun belirlenmediğini, merkezi idare ile aralarında tam bir statüer ilişkinin kurulmadığını ve üyelerin üyelik dışında başka meslek ve uğraşlarına devam edebildiklerini, bu nedenle genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir işlevlerinin bulunmaması nedeniyle münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir konu olmadığını tespit etmiştir (§ 20).

Düzenlemenin bu boyutu pek tartışmalı görülmediğinden kural, tek bir üyenin muhalefet şerhiyle Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Anayasaya uygunluk gerekçelerinin bir önceki karardaki iddialı vurgulara sahip olmamasında muhalif oyların karara katılması etkili olmuş olabilir.

Bununla birlikte üçüncü cümlelerin ikinci kısmının, yani Kurul üyelerine yapılabilecek ödemelerin cumhurbaşkanlığınca belirleneceği kuralının incelendiği başlıkta bir önceki karara metodolojik ağırlıklarını koyan üyelerin muhalefet şerhi yazdıkları görülmektedir.

Bu kuralın incelenmesinde *üç aşamada* sırayla, yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kaldığı (§30), temel haklara ilişkin sınırlamalara aykırı olmadığı (§31) ve ikinci cümlelerin incelendiği başlıktaki açıklamalara atfen (§18-20) münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Hemen belirtelim ki karardaki esas itirazlardan birisi, *ödemelerin* mülkiyet hakkı kapsamında olması nedeniyle temel haklara ilişkin olduğu

ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu itirazdır⁸⁴. Ödeme olgusunun TBMM'nin bütçe hakkıyla ilişkisi nedeniyle yasayla düzenlenmesi zorunlu bir alan olduğu itirazı da dikkati çekmektedir⁸⁵.

Gerçekten de karşı oylarda ortaya konulduğu gibi⁸⁶, mülkiyet hakkı Mahkemenin de yerleşik içtihatları uyarınca *"ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını"* kapsamaktadır. Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılabilecek ödemelerin neden bu kapsamda değerlendirilmediğine dair kararda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu ödemenin kurul üyeliği fonksiyonunun bir karşılığı olarak sabit olmadığı, ödeme zorunluluğunun bulunmadığı (düzenlemede *"yapılabilecek"* ödemelerden söz edilmektedir) dolayısıyla cumhurbaşkanının inisiyatifinde olduğu, bu nedenle bu ödemelerin meşru bir beklentiye bağlı bir talep hakkı doğurmadığı şeklinde gerekçe oluşturulabilir veya bu yönden bir inceleme yapılabilirdi⁸⁷. Yine bu ödemelerin cumhurbaşkanınca artırılıp azaltılabiliyor olması bir sınırlama olmasa da düzenleme niteliğinde olması boyutuyla⁸⁸ da tartışma konusu olabilir, en azından karar gerekçesinde bu itirazlar karşılanabilirdi.

Mahkeme, yasayla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağına dair 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine uygunlukla ilgili dördüncü aşama denetiminde önemli bir metodolojik tespitte bulunmaktadır (§ 34 vd.). Mahkeme yürürlükten kaldırılmış kanun hükmünde kararnamelerin (KHK) niteliği, getiriliş amacı⁸⁹, Anayasa Mahkemesinin KHK'ler ile ilgili içtihadı ve uygulama⁹⁰ dikkate alındığında KHK'lerin 104. maddenin

⁸⁴ Arslan, Kömürcü, Hakyemez mülkiyet hakkıyla ilişkili olarak, Yıldırım ise mülkiyet hakkı ve kamu görevlilerine verilecek mali hakların Anayasa'nın 128. maddesi gereği münhasıran yasayla düzenlenmesi gereğiyle ilişkili olarak karşı oy yazmıştır.

⁸⁵ Kuz karşı oyunda bütçe hakkı ve 128. madde ilişkisinde münhasıran yasayla düzenlenmesi gereken bir alana işaret etmektedir.

⁸⁶ Arslan karşı oyu § 7, Kömürcü ve Hakyemez karşı oyu § 5, Yıldırım karşı oyu § 9.

⁸⁷ Nitekim Mahkeme meşru bir beklentiden söz etmek için "Mülkiyete konu olabilecek bir değeri elde etme konusundaki bir beklentinin "meşru bir beklenti" olarak kabul edilebilmesi için bu beklentinin temelsiz bir hak kazanma beklentisi değil; somut nitelikte, örneğin, belirli bir kanun hükmüne ya da istikrarlı bir içtihadı dayanan bir yargı kararı gibi sağlam ve yeterli bir hukuki temeli bulunan bir beklenti olması" gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. Murat İslamoğlu, B. No: 2013/614, 25/6/2014, § 33.

⁸⁸ Kömürcü ve Hakyemez karşı oyu § 5.

⁸⁹ Getiriliş amacını tespitte Mahkemenin 1971 Anayasa değişikliklerinin gerekçesine müracaat ederek pür genetik bir yorumu tercih ettiği gözlemlenmektedir.

⁹⁰ Burada KHK'lar ile yasalarda değişiklik yapıldığı, yine yasalar ile KHK'larda değişiklik yapıldığı bilgisine referans vermektedir bkz. § 38.

on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi anlamında yasa olduğu ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu bakımından sınırlarını tayinde yürürlükte bulunan KHK'lere da bakılması gerektiğini vurgulamıştır (§39). Buradan hareketle denetimde 375 sayılı KHK'nin ek 30. maddesiyle karşılaştırma yapmış, bu kuralın bir kadro ve pozisyona bağlı olmayan Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler bakımından uygulanabilecek kural niteliğinde olmadığını tespit ederek kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

V. TESPİTLER, DEĞERLENDİRMELER VE ELEŞTİRİLER

Yukarıdaki kararların analizi sonucunda Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine yaklaşımını şu şekilde somutlaştırabiliriz.

A. BELİRLİLİK SAĞLANAN HUSUSLAR

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme şekli, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (mülga OHAL KHK) bakımından 1982 Anayasası'nın ilk hâlinde bu yana kabul edilen yürütmenin ilk elden/asli olarak düzenleme yetkisinin olağan dönemlerde de geçerli olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla TBMM'den yetki alma zorunluluğu bulunmamaktadır.
2. Bu yetki 104. maddenin on yedinci fıkrası çerçevesinde kalmak koşuluyla genellik gösterir ve yürütmenin bu alanda takdir yetkisi vardır.
3. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için genel sınırlamalar içermekte olup, bu sınırlamalar kural olarak Anayasa'nın diğer maddelerinde düzenlenen kararnameler için de geçerlidir.
4. Mahkeme 104. maddenin on yedinci fıkrasındaki sınırlamaları sırayla denetimde kullanmaktadır. Buna göre bir düzenlemenin öncelikle yürütme yetkisine ilişkin olması gerekir. Bu testi geçen düzenleme temel haklar testine tabi tutulur. Bu testten de geçen düzenleme münhasıran yasayla düzenlenen bir alana ilişkin olup olmadığı yönünden incelenir. Anayasa'da özel maddelerde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği belirtilen dört konu bu testin dar yorumlanması gereken istisnasını oluşturmaktadır. Kararname

düzenlemesi bu alanda çıkarılmışsa, içeriği itibariyle bu alanla sınırlı olup olmadığı yönünden incelenir. Bu test geçildikten sonra tüm kararnameler yasada açıkça düzenlenmiş bir alanda çıkarılıp çıkarılmadığı yönünden son bir teste tabi tutulmaktadır. Bu test ile birlikte konu yönünden yetki bakımından anayasallık denetimi tamamlanmaktadır.

5. İdarenin yasallığı ilkesi kural olarak aynı şekilde geçerlidir. Anayasa'nın diğer maddelerinde özel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen dört konu, *"münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kararname çıkarılamaz"* hükmünün, dolayısıyla Anayasa'nın 123. maddesinde öngörülen idarenin yasallığı ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır ancak bu alanlar dahi yasamanın genelliği ilkesinin istisnası olarak kabul edilmemiştir.
6. Bu nedenle cumhurbaşkanlığı için mahfuz bir düzenleme alanı yoktur ve yasamanın genelliği ilkesi bakımından bir değişiklik söz konusu değildir. Sadece yasayla düzenlenmediği sürece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği belirtilen dört alan ilk elden kararnameyle düzenlendiğinde, sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı olmayacaktır. Bu yönüyle bakıldığında esasen 2017 öncesi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin sahip olduğu özerk alanın dahi ortadan kalktığı söylenebilir. Oysa bu alanlarda yasamanın genelliği ilkesini *çerçeve yasamayla* sınırlı kabul etmek ve cumhurbaşkanlığının ilk elden düzenleme yetkisini korumak, bu şekilde hem siyasal işleyişin rasyonelliğini sağlamak hem de yargısal aktivizm eleştirilerini karşılamak mümkündür.
7. Münhasıran yasayla düzenleme kavramı geniş yorumlanmıştır. 2017 öncesinde KHK'lara ilişkin içtihadta *KHK ile düzenlenemez* şeklinde açık hüküm bulunmadığı sürece (Any. 91 ve 163. madde dışında) her alanın KHK ile de düzenlenebileceğine dair yaklaşım bu nedenle değişmiş ve yasayla düzenlemenin öngörüldüğü hiçbir alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenemez yaklaşımına dönüşmüştür. Bu alanda yasa koyucu dahi cumhurbaşkanına kararname çıkarma imkânı ve yetkisi tanıyamaz. KHK'ler ile sosyal ve ekonomik haklar kısmında *yasayla* düzenleneceği öngörülen konular da düzenlenebilirken Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle

düzenlenemeyecektir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin düzenleme alanı, KHK alanına kıyasen dramatik bir şekilde daralmıştır. Anayasal açıdan sağlam bir gerekçeye dayanan bu sonucun değişikliği gerçekleştiren siyasi otoritelerin beklentilerine uygun olmadığını söylemek mümkündür.

8. Açıkça ifade edilmemiş olsa da kararnamelerin yasalarla eş değer olmadığı, normlar hiyerarşisinde yasaların altında yer aldığı hususu netlik kazanmıştır. Ancak kararnamelerin denetiminde içeriksel olarak anayasallık denetimiyle sınırlı kalmış olması ve yasallık denetimi yapılmamış olması, kararnameleri hiyerarşik olarak yasaların altında konumlandırmakla birlikte, denetim kriteri yönünden diğer düzenleyici işlemlerden ayırmaktadır. Bu nedenle yasa-kararname ilişkisinde geleneksel hiyerarşi kavramında bir farklılaşma bulunduğu anlaşılmaktadır.
9. Budeğerlendirmeye paralel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için bir yetki yasanına ihtiyaç duyulmamasının yol açacağı ciddi sorunlar, kararnamelerin hareket alanını esaslı bir şekilde daraltan, belki de zaten yetki yasası alınmasını gerektirmeyecek bir hareket alanı ve derinliğiyle sınırlandıran yorumuyla, en azından Anayasa dogmatikliği bakımından önemli ölçüde aşılmış görünmektedir.

B. BELİRSİZ KALAN HUSUSLAR

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarmak için bir yetki yasasına ihtiyaç olmamakla birlikte, yasamanın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için genel bir usul yasası çıkarıp çıkaramayacağı veya yasayla düzenlenmesi zorunlu olmayan alanlarda yetki yasası çıkarmak ya da çerçeve yasa çıkarmak suretiyle alt düzenlemeleri yürütmenin kararnameyle düzenleme yetkisine bırakıp bırakamayacağı soruları cevap bulamamıştır.
2. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi yönünden tartışmalar devam edecek görünmektedir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenleneceği söylenen dört konuda yasamanın genelliği ilkesi sınırlandırılmamış olmakla beraber, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin alışılmış yorumu değişmek zorunda olabilir. Zira bu iki ilke de birbiriyle ilişkili olarak yasama otoritesinin ayırt edici özellikleri olduğu için yaşamın

her alanının öncelikle yasayla veya kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi gerekiyordu. Bu alanlarda yürütmenin diğer düzenleyici işlemleriyle ilk elden düzenleme yapılması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülmekteydi. Ancak şimdi yasayla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmayan alanlarda yasa koyucu harekete geçmediği sürece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle ilk elden/asli düzenleme yapılabilecektir. Bu da yasama yetkisinin devredilmezliği eksenindeki tartışmaların derinleşmesine yol açacaktır.

3. Mahkeme 104. maddenin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesinde yer alan *“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır”* ifadesi yönünden bir değerlendirme yapmamıştır. Ancak yasada açıkça düzenleme bulunduğu her durumda Anayasa aykırılık sonucuna ulaşıldığı için bu cümle yönünden bir değerlendirme yapılması da güçtür. Altıncı cümle yönünden bir inceleme yapmak için Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle aynı konuda sonradan bir yasanın çıkarılmasıyla bu kararnamenin hükümsüzlüğüne dair bir ihtilafın çıkmasını beklemek gerekecektir.
4. Bu yaklaşım bir yandan somut çözüm sunarken diğer yandan on yedinci fıkranın dördüncü cümlesinde yer alan *“kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz”* hükmü ile beşinci cümlesindeki *“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır.”* hükmünü özdeşleştirebilir. Diğer bir ifadeyle dördüncü cümle yasanın önceki tarihli olması durumunda uygulanacak ve sonuçta çatışan kararname kuralının iptalini sağlayacak bir çatışma kuralına indirgenebilir. Eğer iptal edilebilirlik yasanın önce veya sonraki tarihli olmasına bakılmaksızın söz konusu olacaksa bu durumda beşinci cümleyi de Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmeyen yasa-kararname çatışmalarında geçerli bir çatışma kuralı biçiminde anlamamız gerekir ki bunun sonucunda inisiyatif bütünüyle derece mahkemelerine geçer. İptal davasına konu olmayan kararnameler somut norm denetiminde, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca hâkimin resen veya tarafların Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulması durumunda Anayasa Mahkemesinin önüne getirilebilir ve bu konu tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Diğer bir ifadeyle hâkim dilerse beşinci cümle uyarınca çatışan kararname kuralının uygulanacak kural olmadığına karar verebilir, dilerse yasada açıkça düzenlenen bir alana ilişkin olduğu gerekçesiyle normu Anayasa Mahkemesine gönderebilir. Bu belirsizlik sonraki dönemlerde çözüm bekleyen konulardan biri olacaktır.

5. Yine iptal veya hükümsüzlük durumunda kararların geriye yürütmesi yasağı nedeniyle yasama fonksiyonuna göre daha hızlı işleyecek bir kararname düzenleme politikası pek çok sorunu beraberinde getirecektir. Bu nedenle özellikle hükümsüzlük kavramına daha farklı hukuki sonuçlar bağlama hususu gündeme gelebilecektir.
6. Anayasa'nın 123. maddesinin son fıkrasında öngörülen “*kamu tüzel kişileri kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*” kuralının maddenin birinci fıkrası ve 104. maddenin on yedinci fıkrası karşısındaki durumu irdelenmeyi beklemektedir. Bu içtihat karşısında bu hükmün önemini yitirdiği de söylenebilir.
7. Son olarak 104. maddenin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesinde öngörülen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bulunduğu bir alanda TBMM'nin yasa çıkarması durumunda kararnamenin hükümsüz olacağı ifadesi, özellikle hükümsüzlük bakımından belirsizliğini korumaktadır. Mahkemenin bu konuda karar vermek için bu içerikte bir uyuşmazlığın Mahkemeye intikal etmesini beklemek gerekir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi inceleme konusu üç kararıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle ilgili temel noktaların önemli kısmını aydınlığa kavuşturmuştur. 2017 Anayasa değişikliklerinin hazırlanması, tartışılması ve kabul edilmesindeki sorunlar, metnin semantik yönden sahip olduğu teknik sorunlar ve nihayet parlamenter hükûmet modeline göre kurgulanmış bir anayasal sistematığe bütünüyle yabancı bir hükûmet modelinin uyarlanmasının yolaçması kaçınılmaz ontolojik sorunlar kümesi karşısında Anayasa Mahkemesini bekleyen meydan okumanın *Sisyphos lanetine* dönüşebilmesi ihtimali bulunmaktaydı. Ancak Mahkemenin bu meydan okumada, pek çok sorunun hâlâ çözüm beklediği gerçeği göz

ardı edilmeden Anayasa'nın bütünlüğü ve genel esaslara dair kurallar ışığında güçlü bir metodolojik çalışmaya imza atmış olduğu, bu yolla hukuk devletini ve sınırlı iktidar ilkesini güçlendiren bir yorumla dikkate değer bir performans gösterdiği inkâr edilemez.

Tarihsel gelişimde gittikçe güçlenen ve 2017 Anayasa değişikliğiyle denetimsiz bir güce kavuşan yürütme organı gerçeği, Anayasa Mahkemesi 2010 değişikliklerinden sonra özellikle norm denetimi işlevinde uyguladığı katı *judicial self-restraint*⁹¹ tutumunu -bu kararlar örneğinde- değiştirmesine yönlendirmiş görünmektedir.

Gerçekten de Mahkeme, norm ihdasında yaygın ve özerk yetki olarak dizayn edilmesi arzulanan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini, düzenlemelerin lafzının verdiği imkânlardan da yararlanarak, hukuk metodolojisinin ilke ve yöntemleri yardımıyla esaslı bir şekilde kayıtlamıştır. Esasen TBMM'nin Anayasa değişikliği teklifi görüşülüp oylanırken siyasal işleyişi demokratik ve hukuki yönden meşrulaştıran tek organ olarak sahip olduğu yasama otoritesi ve yürütmeyi denetleme otoritesini koruması beklenirdi. Ancak TBMM'nin otoritesi ve saygınlığı, TBMM'ye rağmen Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla korunmaya çalışılmıştır ki bunun da altının çizilmesi gerekir.

Genelgeçer söylemlerin aksine, anayasa mahkemelerinin yasama organında konjonktürel ya da kültürel/kimlikssel çoğunlukları, hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları ilkeleriyle sınırlamak suretiyle öncelikle yasama iradesini koruduğu gerçeğini bir yere not etmek gerekir. Ancak bu üç ilkeyi korumanın sadece Anayasa Mahkemesinin çabasıyla mümkün olmayacağı, yatay ve dikey erkler ayrılığı, denge ve denetim mekanizmaları ve katılımcılığın işlemediği bir yerde, anayasa mahkemelerinin etkisinin sınırlı olacağı da hatırdâ tutulmalıdır.

Mahkemenin kuruluş yıldönümü sempozyumlarında kapanış konuşmalarında çokça ifade edildiği gibi, cenazeyi yine Anayasa Mahkemesi kaldırmış ve anayasallık denetimini günümüzün konjonktüründe beklenenin ötesinde etkili bir şekilde yapmış görünmektedir. Bununla birlikte cenazenin kaldırılmasında hâlâ açığta

91 Judicial self-restraint (yargısal öz-sınırlama), judicial activism (yargısal aktivizm) karştı olarak kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi 2010 öncesinde yargısal aktivizm yaptığı gerekçesiyle eleştirilmişti. Ancak 2010 sonrasında norm denetiminde tersinde bir eğilimin baş gösterdiği ve özellikle olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin denetiminde çok belirginleştiği söylenebilir.

kalan hususların bulunduğu inkâr edilemez. Sonraki kararlarda bu soruların da cevabını bulacağını ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejiminde ince ayarların yapılacağını söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, s. 21-51.
- ASLAN, Volkan (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 139-161.
- ATAR, Yavuz (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ATAR, Yavuz (2019). "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39, S. 1, s. 241-259.
- BARIN, Taylan (2020). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayınları.
- BOYAR, Oya (2019). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Executive Orders: Karşılaştırmalı Gözlemler, içinde *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi.
- CAN, Osman (2010). Cumhurbaşkanlığı Seçimi, içinde *Gülyüzlü Frankoculuğun Dramı*, İstanbul: Agora Kitaplığı.
- EREN, Abdurrahman (2019). "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36, S.1, s. 1-72.
- ERGÜL, Ozan (2018). "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S. 173, s. 30-32.
- EROĞUL, Cem (2007), "2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler", *Yavuz Sabuncu'ya Armağan- AÜSBFD*, s. 167-181.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2020). "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri, Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço", <http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm>, (Erişim tarihi: 21/6/2020).
- GÖZTEPE, Ece (2008). Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesinin 367 Kararı İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, içinde *Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÜNDAY, Metin (2017). *İdare Hukuku*, 11. Bası, Ankara: İmaj Yayınevi.
- KANADOĞLU, Korkut (2018). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *GSÜHFD*, S. 2, 637-650

- KLOEPFER, Michael (2011). *Verfassungsrecht* Bd I., München: C.H. Beck Vlg.
- LARENZ, Karl (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin: Springer Vlg.
- ODER, B. Emrah (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- SEZER, Abdullah (2019). “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri-Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 353-412.
- SÖYLER, Yasin (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞİRİN, Tolga (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 2. Bası, Ankara: On İki Levha Yayınevi.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- TEZİÇ, Erdoğan (2017). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- TUNÇ, Hasan (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- ULUŞAHİN, Nur (2011). “Türkiye’de Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, s. 29-38.
- ÜLGEN, Özen (2018). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GSÜHFD*, S. 1, s. 3-40.
- YASİN, Melikşah (2019). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 315-350.
- YILDIRIM, Turan (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S.2, s. 13-28.
- YILDIRIM, Turan (2019). “İdarenin Kanuniliği Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, s. 293-314.
- YILMAZ, Halit (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 1, s. 225-263.
- ZIPPELIUS, Reinhold (2003). *Allgemeine Staatslehre*, 14. Aufl., München: C.H. Beck Vlg.

Köşe Yazıları

- ATAR, Yavuz (2017). “Neden Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, <https://www.star.com.tr/acik-gorus/neden-cumhurbaskanligi-sistemi-haber-1178668/>
- CAN, Osman (2017). Anayasa Değişikliği Teklifine Dair Değerlendirme”, <http://mecliste.org/bakis-acisi/anayasa-degisikligi-teklifine-dair-degerlendirme>
- KANADOĞLU, Sabih (2006). 19 Aralık 2006 ve 26 Aralık 2006 tarihli Cumhuriyet gazetesi yazıları.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1962/198, K.1962/111, 10/12/1962.
- AYM, E.1989/4, K.1989/23, 16/5/1989.
- AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.
- AYM, E.1990/22, K.1992/6, 5/2/1992.
- AYM, E.1996/3, K.1997/3, 22/5/1997.
- AYM, E.2003/21, K.2003/13, 1/4/2003.
- AYM, E.2007/45, K.2007/54, 1/5/2007.
- AYM, E.2007/72, K.2007/68, 5/7/2007.
- AYM, E.2007/99, K.2007/86, 27/11/2007.
- AYM, E.2008/1, K.2008/2, 30/7/2008.
- AYM, E.2002/1, K.2008/1, 29/1/2008.
- AYM, E.2011/147, K.2012/152, 11/10/2012.
- AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013.
- AYM, E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013.
- AYM, E.2013/72, K.2013/126, 31/10/2013.
- AYM, E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016.
- AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020.
- AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020.
- AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020.
- Murat İslamoğlu, B. No: 2013/614, 25/6/2014



HAK İHLALİNE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DANIŞTAY KARARLARINA YANSIMASI

*The Reflection of the Constitutional Court Judgements Finding Violation of
Rights on Danıştay (Council of State) Judgements*

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN*

ÖZET

Bireysel başvuru yolu, hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulması üzerine verilen ihlal kararında belirtilen şekilde ihlalin giderilmesi amacıyla hak ve özgürlüklerin yargısal yoldan korunmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncesinde Anayasa Mahkemesince verilen hak ihlali kararlarının etkili biçimde uygulanması gerekmektedir. Özellikle ihlal kararlarındaki ilkelerin yargı mercileri tarafından benzer uyuşmazlıklarda emsal olarak dikkate alınması hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önem taşımaktadır. Danıştay hak ihlali kararlarına eksiksiz uymakla birlikte benzer uyuşmazlıklarda verilen hak ihlali kararlarındaki ilkeleri de emsal karar olarak dikkate almaktadır.

ANAHTAR KELİMELELER: Bireysel başvuru kararları, hak ihlali kararlarının bağlayıcı etkisi, hak ihlali kararlarına Danıştay'ın uyması, bireysel başvuru kararlarının emsal karar niteliği.

* Danıştay Üyesi, drgurselozkan@hotmail.com,
ORCID ID: 0000-0003-1445-6881

ABSTRACT

Individual application is judicial protection of fundamental rights and freedoms in order to ensure elimination of infringements of rights when a person applies to the Constitutional Court alleging that the public power has violated his/her rights and freedoms. Before the European Court of Human Rights, it is necessary to apply effectively judgments finding violation of rights. Especially, it is important that judicial authorities should take into consideration the principles set out in judgments finding violation of rights as leading case judgments in terms of protecting rights and freedoms. While Danıştay (Council of State) execute the judgments finding violation of rights, it also takes into consideration the principles set out in the leading judgments finding violation of rights.

WORDS: Individual application judgments, binding effect of judgments finding violation of rights, Danıştay's (Council of State) execution of judgments finding violation of right, qualification of the judgments of individual application as leading case.

GİRİŞ

Bireysel başvuru, bireyin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler hakkında ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki haklardan¹ ve buna ek Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kabul ettiği ek protokollerde düzenlenen haklardan herhangi birinin *kamu gücü* tarafından *ihlal edildiği* iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma yoludur².

Bireysel başvuru yolu, yargı kararlarında ve kamu gücünün işlem ve eylemlerinde *ihlal* iddiasının irdelenerek insan hak ve özgürlüklerinin yargısal yoldan etkin bir şekilde korunması anlamına gelmektedir.

Mahkemelerin verdiği kararlarda yapılan yanlışlıkların düzeltilmesi ve kanunların uygulanmasında birliğin sağlanması için kanun koyucu, olağan ve olağanüstü kanun yolunu öngörmüştür³. Kanun yollarının asıl işlevi, ilk veya üst derece mahkemelerince verilen kararların sonuçlarının denetlenmelerini sağlayan birer araç olmalarıdır. Bu yolun varlığı, hukuka uygunluğun etkin olarak denetlenmesinde ve hak ve özgürlüklerin korunmasının sağlanmasında önem taşımaktadır. Bu nedenle bireysel başvurunun amacının -olağan kanun yollarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerçekleştirememesi hâlinde- bu hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak⁴ olduğu söylenebilir. Dolayısıyla olağan kanun yollarının tüketilmesi ve başvuruya ilişkin kararın kesinleşmesi zorunlu koşul olarak değerlendirilemez.

¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından 18 Mayıs 1954'te onaylanmış, 1987'de bireysel başvuru hakkı tanınmış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisi ise 1990'da kabul edilmiştir.

² Anayasa'nın Anayasa Mahkemesinin "*Görev ve yetkileri*" başlıklı 148. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*" kuralı yer almış, 3/4/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrasında ise "*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuruya yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*" hükümlerine yer verilmiştir.

³ Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından verilmiş olan yargı denetimine açık kararlara karşı temyiz ve itiraz gibi kanun tarafından verilmiş olan haklara kanun yolu denmekte, kararın kesinleşmesini engelleyen kanun yolları niteliği taşıyan *temyiz* ve *itiraz* olağan kanun yollarıdır. Olağanüstü kanun yolları ise, kararın kesinleşmesinden sonra gidilebilen *yargılamanın iadesi* ve *kanun yararına bozma* kanun yollarıdır.

⁴ Sabuncu, M. Y. ve Arnwine, S. (2004). "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, C. 21, s. 230.

Nitekim *twitter.com* kararında Anayasa Mahkemesi “...yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuru sahiplerinin ihlal iddiasına konu olan *twitter.com* isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁵.” şeklinde açıklama yapmıştır.

Bireysel başvurunun iki önemli işlevi bulunmaktadır: Birinci işlevi kişilerin kendilerini ilgilendiren anayasal hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler tarafından teminat altına alınan hakların korunmasını sağlamak, ikinci işlevi ise bireysel başvuru sonucu verilen kararlar aracılığıyla Anayasa’nın uygulanmasından kaynaklanan sorunlara açıklık getirilerek toplumsal sorunların çözümüne, Anayasa’nın yorumlanarak geliştirilmesine ve anayasal düzenin korunmasına katkı sağlamaktır⁶.

Ayrıca bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvence oluşturmaktadır. Belirtilen bu işlevlerin dışında bireysel başvuru yolu, ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapılan başvuruların azalmasında da önemli katkı sağlamıştır⁷.

Bireysel başvuruya konu haklar Anayasa’da ve AİHS’te yer alan haklardır. Sadece AİHS’te veya sadece Anayasa’da yer alan haklar bireysel başvuruya konu edilememektedir⁸. 6216 sayılı Kanun’da bireysel

⁵ Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 26.

⁶ Sabuncu ve Arnwine (2004). s. 232.

⁷ Nitekim bu husus, yapılan Anayasa değişikliklerinin gerekçesinde açıkça yer almıştır. Anayasa’nın 148. maddesinde değişiklik yapan 5982 sayılı Kanun’un gerekçesi.

⁸ Anayasa’da güvence altına alındığı hâlde AİHS ya da ek protokollerde yer almadığından dolayı bireysel başvurunun kapsamı dışında kalacak bazı haklar bulunmaktadır. Bu haklar, Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı ve ödevi, 50. maddesinde düzenlenen çalışma şartları ve dinlenme hakkı, 60. ve 61. maddelerinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı olarak sıralayabiliriz.

başvuruya konu olabilecek haklar sayma yöntemi ile belirlenmemiş⁹ olduğu gibi Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler ve Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamamaktadır. Ayrıca Anayasa'da güvence altına alınan haklardan olduğu hâlde AİHS'te yer almayıp Türkiye'nin taraf olmadığı 4., 7. ve 12. Protokollerde yer alan birtakım haklar da bireysel başvurunun kapsamı dışında kalmaktadır.

Bu makalede, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları üzerine Danıştay tarafından verilen kararların niteliği belirlenecek ve hukukun uygulanmasında yargının tutumu hakkında bilgi verilecektir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN HAK İHLALİ KARARLARI VE UYGULAMASI

Öncelikle AİHM'in verdiği hak ihlali kararlarının niteliğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Çünkü bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlara karşı ayrıca AİHM'e bireysel başvuru yolu bulunmakta ve yasal olarak yargılamanın yenilenmesi nedeni sayıldığından AİHM kararlarına uyma zorunluluğu söz konusu olmaktadır.

AİHS'in 46. maddesinde taraf devletlerin AİHM kararlarına uymaları düzenlenmiş olup (özellikle taraf oldukları davalarda) insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde çok önemli bir araç olan AİHS mekanizmasının devamlılığı bakımından da AİHM kararlarına uymanın özel önemi kuşkusuzdur.

Bakanlar Komitesi AİHS'ten kaynaklanan denetim yetkisinin bir gereği olarak, sunulan bilgiler ve uygulama üzerinde ayrıntılı inceleme yapmakta ve inceleme sonucunda hazırlanan Komite kararları gerek kamuoyuna gerekse de ilgili devlete bildirilerek incelenen önlemlerin yeterli olup olmadığı hususunda bilgi verilmektedir.

⁹ 1- Yaşama hakkı 2- İşkence yasağı 3- Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, 4- Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, 5- Adil yargılanma hakkı 6- Suç ve cezaların kanuniliği 7- Özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı 8- Düşünce, ifade, din ve vicdan hürriyeti, 9- Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti 10- Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü 11- Mülkiyet hakkı 12- Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi, 13- Serbest seçim hakkı 14- Temel hak ve hürriyetlerin korunması (etkili başvuru hakkı) 15- Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı

AIHM kararlarının uygulanmasının denetlenmesi ile benzer ihlallerle gelecekte karşı karşıya kalınmasının önlenmesi amacıyla ulusal düzeyde genel ve özel tedbirlerin alınması, ulusal düzeyde ihlal sonrası oluşan yeni durumun AIHM kararındaki tespitler ışığında değerlendirilmesi, yeterli olup olmadıklarının, ihtiyaca cevap verip vermediklerinin tespiti, yeterli olmamaları durumunda ilgili devlete tavsiyelerde bulunularak sorunun çözümünün sağlanması amacı taşımaktadır.

Mahkeme kararlarının gereğinin yapılmaması durumunda uygulanabilecek yaptırımlar ve kim tarafından uygulanacağı Avrupa Konseyi Statüsü'nde düzenlenmiştir. Statünün özellikle 8. maddesi bu konuya ilişkin hükümler içermektedir¹⁰.

AIHM içtihadı uyarınca Anayasal hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan geçerli yoruma dayanarak AIHS'e uygun yargısal uygulamaların gelişmesi, bireysel hakların korunması için önemli olmakla birlikte aynı zamanda gerek uluslararası, gerek Avrupa ve ulusal boyutlarıyla hukukun üstünlüğünün vazgeçilmez bir gereği olmaktadır. Yine Anayasa'nın 90/ son maddesi uyarınca uluslararası anlaşma olan AIHS hükümlerine uyma zorunluluğu bulunduğu, AIHS hükümlerinin bağlayıcılığı tartışmasızdır. Nitekim AIHM'in verdiği hak ihlali kararlarının hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmasına ilişkin adli (CMK ve HMK) ve idari yargı (İYUK) da uyulması zorunlu yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim 3/8/2002 gün ve 4771 sayılı Kanun ile AIHM kararlarının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer alması kabul edilmiştir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI VE HAK İHLALİ KARARLARI

A. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

Anayasa'nın 6. maddesinde, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait

¹⁰ Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. maddesinde "Avrupa Konseyi'nin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve hükmü altında bulunan her şahsın insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanma prensibini kabul eder. Birinci faslıda yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette iştirak etmeyi taahhüt eyler" kuralı yer almaktadır. Avrupa Konseyi Statüsü 8. maddesinde de "Avrupa Konseyi'nin üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir müddet için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından yedinci maddedeki şartlar dâhilinde Konsey'den çekilmeye davet edilebilir. Bu davet nazarı itibara alınmadığında Komite, bizzat Komite'nin tayin edeceği tarihten itibaren bahis mevzuu üyenin artık Konsey'e mensup olmadığına karar verebilir".

olduğu ve Türk Milleti'nin egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağı; hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı (m. 9), hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri (m. 138/1) kurala bağlanmıştır. Yine Anayasa, herkesin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu belirttikten sonra bu kararların hiçbir suretle değiştirilemeyeceğini ve yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceğini de belirtmektedir (m. 138/son).

Anayasa Mahkemesinin derece mahkemeleri üzerindeki etkisi sadece yol gösterici nitelikte değil aynı zamanda uyulması zorunlu mahiyetteki kararları ile Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin bir sonucu olarak devlet yapısının dengesinin korunması ve kuvvetler ayrılığının gereği olarak demokratik sistemin sürdürülmesine katkı sağlayacaktır. Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının getirilmesi, ulusal düzeyde etkili şekilde insan haklarının korunmasında çok önemli bir işlev görmektedir.

Bireyin vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna özellikle güven duyması öncelikle toplumsal aidiyet duygusunun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Anayasa Mahkemesinin verdiği hak ihlali kararının diğer yargı mercilerince dikkate alınmaması hukuka geniş anlamda devlete güven duygusunun sarsılmasına yol açacaktır.

Kendini bir yere, topluluğa, aileye, millete ait hissetmek anlamına gelen *ait olma* duygusu, *aidiyet* hissetme ancak güven duygusunun varlığı hâlinde mümkündür. Aidiyet, *mensubiyet*, *ait olma hâli* anlamına gelmekte; aslında bir bilinç/şuur durumuna işaret etmektedir¹¹. Aidiyet, bireyin bağlılık ve sadakat ilişkileri geliştirebileceği bir toplumla özdeşleşme tecrübesini oluşturmaktır; aidiyet duygusu sosyal ve kültürel etkileşimlerin sonucuna bağlı olarak güçlenip zayıflayabilmektedir.

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı anayasal kuraldır. Nitekim Anayasa'nın 153. maddesinin birinci fıkrasında "*Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesin olduğu; son fıkrasında ise, Anayasa*

¹¹ Alptekin, D (2011). *Toplumsal Aidiyet ve Gençlik: Üniversite Gençliğinin Aidiyeti Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 20.

Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığı” kuralı yer almaktadır.

Bireysel başvuru sonucu verilen kararlar bakımından da kesin hüküm ve bağlayıcı etkileri yönüyle Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin genel hükümler geçerlidir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlar, egemenlik yetkileri kullanan tüm devlet organlarını bağladığı gibi bu bağlayıcı etki benzer nitelikteki olaylar bakımından da geçerlilik taşımaktadır¹².

Bağlayıcı etkinin hukuki sonucu, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen Anayasa’ya aykırılığın gecikilmeksizin Anayasa’ya uygun duruma dönüştürülmesi yükümlülüğüdür. Başta yeniden yargılama yapan mahkeme olmak üzere tüm mahkemeler, bu kararı gelecekteki davalarda ölçü almak zorundadır; Anayasa Mahkemesinin Anayasa’ya aykırı olarak tanımladığını yapmamak ve Anayasa’ya uygun gördüğü çerçevede hareket etmekle yükümlüdür.

Böyle bir bağlayıcılık olmaksızın mahkeme kararlarına karşı bireysel başvurunun bir anlamı kalmayacak, etkisiz bir başvuru yoluna dönüşecektir¹³. Aynı yöndeki başka bir görüşe göre Anayasa’da bu yönde farklı bir düzenleme yapılmamış olması, bireysel başvurunun objektif yönü nedeniyle bağlayıcılığı ve etkisi bakımından Anayasa Mahkemesinin diğer kararlarından farklı bir niteliğe sahip olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Anayasa’nın 153/1 ve 153/son maddelerinde yer alan “kesin” ve “bağlayıcı” ifadeleri sadece norm denetiminde verilen iptal kararları için değil Anayasa Mahkemesinin tüm yargısal kararları açısından geçerlidir¹⁴.

Derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama kararından kaynaklanan yükümlülüğü bir sonuç yükümlülüğü değildir. Derece mahkemelerinin de AİHM kararları bakımından tarafların sahip olduğu takdir yetkisine benzer bir takdir yetkisi vardır ve bireysel başvuruya konu yargılamada benzer bir karar vermesi ya da aksi yönde yeni bir karar vermesi mümkündür. Hatta kimi durumlarda Anayasa

¹² Kanadoğlu, K. (2015). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 258.

¹³ a.g.e., s. 263.

¹⁴ Karan, U. (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası- Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 134.

Mahkemesi kararı, derece mahkemesinin ilk kararından aksi yönde hüküm kurmasını zorunlu kılabilir.

Anayasa Mahkemesi, ihlalin sonuçlarını gidermek için yeniden yargılama yapılmasına ilişkin yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirileceğini yine bir bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu Mehmet Doğan kararında açıklamıştır: *“Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kuralın, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması olduğunu; bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerektiğini¹⁵”* vurgulamış ve *“ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerektiği¹⁶”* ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesinin kendi yorum tarzını diğer mahkemelere empoze etmesi mümkün değildir. Hukuk sistemimizde adli veya idari yargı kollarında bulunan mahkemelerin Anayasanın bir maddesini Anayasa Mahkemesinin anladığı şekilde yorumlama zorunluluğu bulunmamaktadır ve Anayasa Mahkemesi, Danıştay veya Yargıtayın üst mahkemesi değildir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının Yargıtay ve Danıştay bakımından bağlayıcılığı bu mahkemelerin iptal edilen bir yasaya göre artık hüküm verememelerini ifade eder. Ayrıca gerekçelerin bağlayıcı olması hâkimlere yöneltilmiş bir talimat anlamına gelmekle hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin ihlaline sebep olur¹⁷. Anayasa Mahkemesinin diğer yüksek mahkemeler karşısında bir *süper temyiz mahkemesi* olmadığı ve yapmış olduğu yorumların diğer mahkemeler için bağlayıcı olarak kabul

¹⁵ Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 55.

¹⁶ Mehmet Doğan [GK], § 60.

¹⁷ Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yay. s. 1120-1144.

edilmesinin hâkimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığına aykırılık teşkil edeceğine ilişkin bu görüş ve gerekçeler, bireysel başvuruya ilişkin verilen kararların etkisi bakımından da önem taşımaktadır.

B. HAK İHLALİ KARARLARI VE YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurulara ilişkin yapacağı incelemede bir süper temyiz Mahkemesi gibi davranarak derece mahkemesi kararını vakıaların ve delillerin değerlendirilmesi yahut hukukun uyuşmazlık konusu somut olaya uygulanması gibi yönlerden incelememektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, Necati Gündüz ve Recep Gündüz başvurusuna ilişkin vermiş olduğu kararda:

“...bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz¹⁸.” şeklinde ifadelere yer vermiştir.

Bireysel başvuru yolunun kendisi yargılanmanın yenilenmesi gibi olağanüstü bir kanun yolu olmayıp yargı organının temel hakların ihlaline karşı tanınmış olan özel bir düzenlemedir.

Ancak 6216 sayılı Kanun’un “Bireysel başvuru” başlıklı bölümde yer alan 50. maddesinin ikinci fıkrasında “Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.” kuralına yer verilmiştir.

Yeniden yargılama büyük oranda yargı organları tarafından gerçekleştirilen ihlaller açısından gündeme gelmektedir. Kanunda

¹⁸ Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013.

açıklanmayan *yeniden yargılama yapılması* kavramı, olsa olsa *yargılamanın yenilenmesi* anlamına gelmektedir. Ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 53. maddesinde -5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 311. maddesinde ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 375. maddesinde olduğu gibi- yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında “*kararın bir hak ihlaline sebep olduğunun Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararıyla tespit edilmiş olması*” sayılmamıştır. Dolayısıyla bu durum her üç muhakeme kanunu bakımından da bir yargılanmanın yenilenmesi sebebi değildir¹⁹.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşü ise 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesiyle işaret edilen yeniden yargılama kavramının ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan belli yönlerden farklılık taşıdığı ancak Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılamaya hükmettiği durumlarda da derece mahkemesinin kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığı yeniden ele aldığı, bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında bir farklılık bulunmadığı yönündedir²⁰.

Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuruya konu olan bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verilmesi durumunda ilk derece mahkemelerinin ne şekilde yargılamanın yenilenmesi yolunu işleteceğine ilişkin belirsizliğin ortadan kaldırılması ve *yeniden yargılama yapılması*nın yargılamanın yenilenmesi mi yoksa kendine özgü bir usul mü olduğuna ilişkin bir tartışmaya mahal vermemek için önerilen çözüm yolu, bu hususun yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak ilgili kanunlarda düzenlenmesidir²¹.

Mevcut durumda derece mahkemesinin *ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılamayı reddetme imkânı* bulunmamaktadır. Nitekim konuyu düzenleyen 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin ikinci fıkrası düzenleniş biçimi itibarıyla yalnızca Anayasa Mahkemesine değil

¹⁹ Gözler, K. (2018). s. 1086.

²⁰ Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018.

²¹ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları bakımından “kararın İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme’nin veya eki protokollerinin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM’in kesinleşmiş kararıyla saptanmış olması” CMK, HMK ve İYUK’ta yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmış ve kişilerin bu durumda AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren HMK’da üç ay, CMK ve İYUK’ta bir yıllık süre içerisinde bu yola başvurabilmelerine imkân sağlanmıştır.

aynı zamanda ihlale yol açan kararları veren derece mahkemelerine de hitap etmektedir²².

Olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi talebi, bir dilekçe ile kararı veren mahkemeden istenebilmekte, diğer bir ifade ile talep olmadan kararı veren mahkemenin resen yeniden yargılama yapması mümkün olmamaktadır²³. 6216 sayılı Kanun'da Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek yeniden yargılama kararından sonra başvurucunun yeniden yargılamayı talep etmesi öngörülmediğinden Anayasa Mahkemesinin dosyayı ve kararını ilgili mahkemeye göndermesiyle yeniden yargılama süreci kendiliğinden başlamaktadır²⁴. Dolayısıyla bireysel başvuru üzerine verilen kararlarda, yeniden yargılama yapmak için talep gerekmemektedir. Anayasa Mahkemesi, hak ihlalinin bir mahkeme kararından kaynaklanması durumunda, dosyayı resen ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir.

III. HAK İHLALİ KARARLARININ DANIŞTAY KARARLARINA ETKİSİ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği *hak ihlali* kararları üzerine karar gerekleri doğrultusunda yargı mercileri tarafından ihlalin giderilmesine yönelik yeniden yargılama yapılması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Uyulması zorunlu kararların gerekleri eksiksiz olarak yerine getirilmekte, ancak asıl önemlisi *hak ihlali* kararında belirtilen ilkelere uygun olarak, bu kararın emsal nitelikte değerlendirilerek karar verilmesi hususu önem taşımaktadır.

A. UYULMASI ZORUNLU KARAR OLARAK DİKKATE ALINMASI

Anayasa Mahkemesi tarafından ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamaya hükmedildiği durumlarda dosyanın gönderildiği mahkemece ihlalin giderilmesi doğrultusunda

²² Gözler, K. (2018).

"... (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir..."

²³ Özbay, İ. ve Kaya, S. (2019). 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. Maddesinin İkinci Fıkrasında Düzenlenen Yargılamanın İadesi Sebebi Üzerine Düşünceler, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 1, s. 72.

²⁴ Doğru, O. (2013). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul, Legal Yay., s. 94.

karar verilmektedir. Yeniden yapılan yargılama sonucunda verilen karar ihlalin niteliğine göre önceki kararın tersi yönde olabildiği gibi önceki karar gibi de olabilmektedir. Bu ve benzeri konularda Danıştayın yaklaşımının bilinmesi ihlal kararlarının Danıştay kararlarına yansması bakımından önem taşımaktadır.

1. Anayasa Mahkemesinin Hukuki Nitelemede Hata Yapması Durumunda Bile Danıştay İhlal Kararının Gereğini Yerine Getirmektedir: Bir yayın kuruluşunun Ankara, İstanbul, İzmir ve Denizli illerinde izinsiz yayın yaptığından bahisle radyo yayınlarının durdurulmasına ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) kararının iptali istemiyle açmış olduğu davada davanın reddi yönündeki yargı kararının kesinleşmesi üzerine başvuru radyo yayınlarının RTÜK tarafından durdurulması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak yaptığı bireysel başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ve 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca gereği yapılmak üzere kararın bir örneğinin mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir²⁵.

Bu karar üzerine İdare mahkemesi tarafından "Anayasa Mahkemesi kararında, davacının, RTÜK ve Derece Mahkemesi kararlarında adı geçtiği gibi "izin almadan yayın yapan" değil "yayınlarına ara veren" statüsünde bulunduğu, Danıştay kararlarında bu iki statüye farklı hukuki sonuçlar bağlandığı, bu hususlar dikkate alındığında RTÜK ile Derece Mahkemelerinin kararlarında belirtilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olmadığı ve bu nedenle de ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin "arzulanan hedeflere uygun" olmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlâl edildiği kanaatine varıldığından; ihlâlî ve sonuçlarını ortadan kaldırmak "adına" dava konusu uyuşmazlıkta, davacı yayıncı kuruluşun durumunun, davalı idare tarafından "yayınlarına ara veren" statüsünde bulunduğu gözetilerek, 3984 sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesi kapsamında hak sahibi olup olmadığı göz önüne alınarak ve ilgili Kanun ve Yönetmelik kuralları uyarınca yayıncı kuruluşlarca yerine getirilmesi gereken idarî, malî ve teknik şartlar yönünden yeniden değerlendirilmesi gerektiği" sonucuna varılarak dava konusu işlemin iptaline²⁶. karar verilmiş, karara karşı yapılan temyiz istemi reddedilerek karar onanmıştır²⁷.

²⁵ R. V. Y. A.Ş., B. No: 2013/1429, 14/10/2015.

²⁶ Ankara 8. İdare Mahkemesi, E. 2015/3442, K.2016/1212, 29/4/2016.

²⁷ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2016/4155, K.2019/2332, 3/7/2019.

Hâlbuki davacı yayın kuruluşu *yayınlarına ara veren değil izin almadan yayın yapan* statüsünde bulunmaktadır. Bu iptal kararı ile davalı idare olarak RTÜK'ün işlem tesisi aşamasında Danıştayın ilke kararlarında belirttiği hususa göre yayıncı kuruluşlarca yerine getirilmesi gereken idari, mali ve teknik şartlar yönünden değerlendirme yapılarak sıralama ihalesi yapıncaya kadar yayın izni verilir verilmeyeceğinin değerlendirmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmeden sonra RTÜK, değerlendirme sonucuna göre işlem tesis etmek durumunda olacağı ve tesis edilecek yeni işleme karşı da yargı yoluna başvurulması hâlinde yargısal denetimin yapılacağı açıktır.

2. Danıştay Hak İhlalinin Giderilmesini Yeniden Yargılama Sonucunda Yarmaktadır: Vergi Mahkemesince, davacı banka tarafından doğrudan ödenen ücrete ek olarak kendisine hizmet akdiyle bağlı çalışanlarına menfaat temin etmek üzere kurulan Sandık aracı kılınarak işverenin tek taraflı iradesi ile sağlanan menfaatlerin Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesi hükmü kapsamında ücret niteliğini taşıdığı ve vergi kesintisine tabi tutulması gerektiği sonucuna varılarak davanın tek kat vergi ziyai cezalı tarhiyatlar yönünden kısmen reddine tekerrür uygulanarak artırılan vergi ziyai cezaları yönünden kısmen kabulüne karar verilmiş; söz konusu karar Danıştayın temyiz ve karar düzeltme incelemelerinden geçerek kesinleşmiştir.

Yapılan bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesince mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilerek kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Vergi Mahkemesine gönderilmesi üzerine *“bireysel başvuru sonrasında verilen Anayasa Mahkemesi kararı ile Vergi Dava Daireleri Kurulunun benzer uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlar birlikte değerlendirildiğinde, uyuşmazlık konusu dönemde Vakfa ödenen katkı paylarının ücret sayılarak vergilendirilmesine ilişkin işlemlerin, öngörülebilir kanuni dayanağının bulunmadığı, öngörülebilirliğin ancak 2013 yılında verilen Danıştay Daire kararlarıyla söz konusu olduğu anlaşıldığından uyuşmazlık konusu cezalı tarhiyatlarda hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılarak davanın kabulüne”* karar verilmiş, bu karar Danıştayca onanmıştır²⁸.

²⁸ Danıştay Dördüncü Dairesi, E.2018/8770, K.2019/4315, 30/5/2019; karşı oyda ise “2577 sayılı Kanunun yargılamanın yenilenmesini düzenleyen maddesinde yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sınırlı olarak sayılması ve bu sebepler arasında Anayasa Mahkemesi kararlarının bulunmaması karşısında, bireysel başvuruya imkân veren Anayasa değişikliği sonrası bir dizi uyum yasasının çıkarıldığı göz önünde bulundurularak bu durumun 6216 sayılı Kanunun 50. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde dava konusu uyuşmazlıkta var ise hak ihlalin yeniden yargılama sonucu değil

3. Yaptırılan Bilirkişi İncelemesi Sonucu Tekrar Davanın Reddine Karar Verilebilmektedir: Davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararının kesinleşmesinden sonra bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesince maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine²⁹, yeniden yargılama yapılması için dosyanın idare mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

İdare mahkemesince yeniden yargılama sürecinde Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirtilen ve hak ihlali doğuran hususlar dikkate alınarak “söz konusu tesisin çalışması sonucu meydana gelen çevresel rahatsızlığın sağlık ve yaşam kalitesini olumsuz etkileyip etkilemediği, idarece yapılan çevresel değerlendirmenin yeterli olup olmadığı yönlerinden değerlendirilmesi amacıyla” keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporlar da dikkate alınarak tekrar davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz başvurusu üzerine kararı birlikte inceleyen Danıştay Sekizinci ve Altıncı Dairesi tarafından, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gerekçesinde “davacının iddialarının yargı mercileri önünde gerektiği gibi ele alınıp karşılanmadığı, delillerin etkili bir biçimde incelenmediği ve değerlendirilmediğinin belirtildiği ve fakat uyuşmazlık konusu sahanın doğrudan davacının iddia ettiği şekilde çevreye ve sağlığa olumsuz etkisi olduğu sonucuna varılmadığı, bu iddiaların karşılanması aşamasında etkili ve yeterli bir yargısal sürecin işlememiş olduğundan bahisle yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın Mahkemeye gönderildiği, Mahkemece Anayasa Mahkemesi kararının gerekçeleri doğrultusunda inceleme yapılabilmesi için yeniden delil toplandığı, davacının iddialarının Mahkemece değerlendirilebilmesi ve karşılanabilmesi için dava konusu işlemin sonuçlarının bilimsel ve teknik yönden incelenmesi gerektiği, bu itibarla İdare Mahkemesinin dosyada mevcut bulunan ve daha önce yaptırılmış bilirkişi incelemesini yeterli görmeyerek keşif ve bilirkişi deliline başvurmasında, özellikle ilk yargı sürecinde delillerin ve itirazların değerlendirilmesi aşamasının Anayasa Mahkemesince yetersiz bulunduğu da gözetildiğinde, hukuka aykırı bir yön bulunmadığı” gerekçelerine de yer vermek suretiyle davanın reddi yönündeki kararın onanmasına karar verilmiştir³⁰.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek olan tazminat kararıyla beraber giderilmesi gerektiği zira yeniden yargılama yapılmasını gerektirecek mevzuat alt yapısının halihazırda İdari yargı yerlerinde bulunmadığı, nitekim dava konusu ihlal kararında atıf yapılan Anayasa Mahkemesi kararında da yeniden yargılama yapılmasına gerek duyulmadığı ve tazminata hükmedildiği bu sebeple yapılan yeniden yargılamanın yerinde olmadığı” yorumunda bulunulmuştur.

²⁹ Mehmet Kurt [GK], B. No: 2013/2552, 25/2/2016.

³⁰ Danıştay Sekizinci Dairesi, E.2018/4049, K.2019/3786, 29/4/2019.

4. Danıştay Hak İhlalinin Giderilmesi Amacıyla Tazminen Ödeme Yapılmasını Kabul Etmektedir: İdare Mahkemesince, inşaat mühendisi olarak görev yapmakta iken hakkındaki soruşturma nedeniyle 15/7/1998 tarihinde açığa alınan ve 16/5/2005 tarihinde emekliye ayrılan davacıya, eksik ödenen aylık ödemelerinin yapılmasına karşın faiz ödemesi yapılmaması nedeniyle bu işlemin iptali istemiyle açılan davada verilen iptal kararının bozulması üzerine Danıştay bozma kararına uyularak davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra yapılan bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine³¹ ve ihlalin giderilmesi için kararın yeniden yargılama yapılmak üzere mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereği olarak idare mahkemesince *“hakkındaki ceza davasının ortadan kalkması nedeniyle açığa geçirdiği sürelerle ilişkin maaş ve parasal hakları kendisine ödenen, aynı döneme ilişkin terfisi yapılarak emekli kesenekleri Sosyal Güvenlik Kurumuna yatırılan davacıya, açığa alındığı 15/07/1998 tarihinden itibaren başlamak ve yasal olarak maaş ödenmesi gereken tarihler esas alınmak suretiyle hesaplanacak faiz alacağıının davalı idarece ödenmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, davacının tazminat isteminin kabulü ile 15/07/1998-16/05/2005 tarihleri arasında davacıya maaşının 1/3 oranında eksik ödenmesinden kaynaklanan yasal faizin hesaplanarak tazminen davacıya ödenmesine”* hükmedilmiş, karara karşı yapılan temyiz istemi reddedilerek karar onanmıştır³².

5. Danıştay Hak İhlali Kararını Uygulamak Amacıyla Usule İlişkin Kazanılmış Hak İlkesini İhmal Etmektedir: Türk hukuk sisteminde istikrarın sağlanması, kişilerin yargıya olan güveninin sarsılmasının önlenmesi amacı ile usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi kabul edilmiştir. Usule ilişkin kazanılmış hak bir davada taraf veya mahkeme usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve uyulması zorunlu olan haktır³³.

Davanın esası incelenmeden reddedilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği ileri sürülerek yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin 27/2/2019 tarihli ve 2015/15100 sayılı kararıyla *“... başvuruocuların mülkiyet haklarına yapılan müdahale ölçüsüz olduğu gerekçesiyle*

³¹ Vildan Utku Atalay, B. No: 2015/4812, 7/2/2019.

³² Danıştay İkinci Dairesi, E.2019/1357, K.2019/3950, 27/6/2019.

³³ Usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi hakkında bilgi için bkz. Özkan, G. (2014). “Danıştay Kararları Işığında Usuli Kazanılmış Hak İlkesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S.1, Temmuz 2014, s. 11-48.

Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine, kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere vergi mahkemesine gönderilmesine" karar verilmiştir.

Danıştay "Her ne kadar; dava konusu uyuşmazlık hakkında, Mahkemece, bozmaya uymak suretiyle yapılan inceleme sonucunda karar verilmiş ise de; bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin bulunduğu belirtilerek yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda, bu karara uyulması zorunluluğunun, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesi gereği olduğu dikkate alındığında, bozma kararına uyulmuş olmasından hareketle usulî kazanılmış hakkın varlığından söz edilemeyeceğinden, yasal süresinden sonra verilen düzeltme beyannamelerine ihtirazi kayıt konulmasının, tahakkuk eden vergi ve hesaplanan gecikme faizine karşı dava açılmasını ve bu davaların esasının incelenmesini engelleyeceği bir durum oluşturduğundan söz edilemeyeceğinden, ulaşılan aksi yöndeki yargı uyarınca davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının yürütmesinin durdurulması isteminin kabulü gerekmiştir³⁴". gerekçesiyle mahkeme kararının yürütmesini durdurmuştur.

6. Devlet İşlemlerinde Başvuru Yolları ve Sürelerinin Gösterilmesi Zorunluluğuna İlişkin (Anayasa mad. 40/2) Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Uygulaması: Anayasa'nın 40. maddesinin 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" ve 125. maddesinde de "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmüne yer verilmiştir.

Bu kural, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1977 yılında aldığı 31 sayılı kararında yer alan idari usul ilkelerinden³⁵ biri olan *başvuru yolları ve sürelerinin işlem metninde gösterilmesi* gerektiğine ilişkin ilkenin hukukumuzda aktarılmasından ibarettir.

İdari işlemlerin sürekli bir biçimde dava açılma tehdidi altında kalmasını engellemek, kamu hizmetinin hızlı, düzenli ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak düşüncesi ile idari davaların açılması kanunlarla

³⁴ Danıştay Üçüncü Dairesi, E.2019/3503, 20/6/2019

³⁵ Anılan kararda yer alan diğer idari usul ilkeleri ise bilgi edinme hakkı, gerekçe ilkesi, hukuki yardım ve temsil ve dinlenilme Hakkıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, G. (1998) "İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri", T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, s. 55-79.

belli sürelerle bağlanmıştır. Ancak dava açma süresinin başlangıcı dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolunun bulunup bulunmadığı, başvurulacak merci gibi konularda mevzuatta dağınık bir şekilde bulunan hükümlerin bilinebilmesindeki zorluk dikkate alındığında süresi içinde ve doğru mercie dava açılması çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Anayasa kuralları, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer aldığından bu kuralların birbirine üstünlüklerinden söz edilemeyeceği açık olmakla birlikte anayasal normlar değerlendirilirken normun kabul edildiği tarihe bakılarak yorum yapılması gerekmektedir. Her ne kadar Anayasa'nın 125. maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmişse de 40. maddeye eklenen fıkra ile idari işlemlerde, ilgililerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmesi zorunluluğu getirildiğinden kişilere bildirilen idari işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir.

AIHM, süre koşulu gibi dava açmaya ilişkin usul koşulları birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise mahkemeye erişim hakkı kapsamında o yorumlardan birinin davayı açmak isteyen kişileri engelleyecek şekilde katı bir biçimde kullanılmaması veya söz konusu koşulların katı bir uygulamaya tabi olmaması gerektiğini belirtmektedir³⁶.

Anayasa Mahkemesi de *“Dava açma sürelerini düzenleyen, son derece karışık ve dağınık olan bir mevzuatın aşırı şekilci (katı) yorumu, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Özellikle başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalarda mahkemelerin usul kurallarını yorumlarken mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde katı yorumdan kaçınmaları gerekir”*³⁷.” şeklinde değerlendirme yapmaktadır.

Yine Anayasa Mahkemesi *“5225 sayılı Kanun'da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasa da özel*

³⁶ AIHM, Beles/Çek Cumhuriyeti, B. No: 47273/99, 12/11/2002, p. 51; Tricard/Fransa, B. No: 40472/98, 10/7/2001, §. 33.

³⁷ Mohammed Aynosah, B. No: 2013/8896, 23/2/2016.

bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir³⁸.” tespitini yapmakla Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanır nitelik taşıdığını kabul etmiştir.

Ancak Danıştay “...davacı tarafından, dava konusu işlemde başvuru süresi ve yerinin gösterilmemesinin Anayasa’nın 40/2. maddesi hükmüne aykırı olduğu dolayısıyla şekil açısından sakat olduğu ve davanın süresinde olduğu ileri sürülmekte ise de, idarenin Anayasa’dan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesi esas olmakla birlikte belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmemesinin, idari işlemlere karşı açılan davalarda dava açma süresinin işletilmeyip, ihmal edilmesi sonucunu doğurmayacağı, zira Anayasa’nın 125. maddesinde idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağının açıkça belirtilmesi karşısında, usulüne uygun tebliğ olunan idari işlemler üzerine, 2577 sayılı Kanunu’nda düzenlenen 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması zorunlu olduğundan, davacının bu iddiasına itibar etme olanağı bulunmadığı”³⁹ gerekçesiyle süre aşımı nedeniyle davanın reddine ilişkin kararı onamıştır

Danıştay Onüçüncü Dairesinin “Anayasanın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” amir hükmüne aykırı olarak, yukarıda anılan işlemlerde dava açma süresi ve başvuru yolları belirtilmediği için dava açma süresinin başlatılmasına olanak bulunmadığından, Mahkemece işin esasının incelenmesi gerekirken davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmesinde usule uygunluk bulunmadığı”⁴⁰ gerekçesiyle bozma kararı vermesi üzerine idare mahkemesince süre ret kararında ısrar edilmiştir.

İsrar kararı üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu “...davacının, ihale dosyasına ilişkin bilgi ve belge istemiyle idareye yeniden başvuru yaptığı 06/09/2011 tarihi itibarıyla söz konusu işlemde haberdar olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, 06/09/2011 tarihinden itibaren 60 (altmış) günlük dava açma süresi geçtikten sonra 09/05/2012 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin ısrar kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır⁴¹.” gerekçesiyle Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü dikkate almayarak ısrar kararını onamakla işlemde başvuru yolları ve

³⁸ AYM, E.2004/84, K.2004/124, 8/12/2004.

³⁹ Danıştay Onikinci Dairesi, E.2019/267, K.2019/2375, 1/4/2019.

⁴⁰ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2012/3208, K.2015/782, 2/3/2015.

⁴¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2017/389, K.2019/875, 4/3/2019.

sürelerinin gösterilmemiş olmasını bilgi eksikliği nedeniyle hak kaybına uğranılması sonucunu doğuracak biçimde mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açmaktadır.

Yine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu “İdari işlemlere karşı açılan davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı kuralı idari işlemlerin idare tarafından ilgililere açık ve anlaşılır bir biçimde duyurulması ve bu işlemlere karşı idari yollara veya dava yoluna başvurmalarına olanak sağlama amacını taşımaktadır. Bununla birlikte, idari işlemin niteliğinin ve hukuki sonuçlarının davacı tarafından bütünüyle öğrenildiği kimi davalarda, bilgi edinmenin (ittılanın) yazılı bildirimin sonuçlarını doğuracağı ve dava açma süresine başlangıç alınacağı Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiştir.” tespitini yaparak davacının dava konusu işlemi yazılı bildirim veya ittila yolu ile öğrenme tarihinden itibaren dava açma süresi içinde dava açılması hâlinde davanın süresinde olduğunu belirtmiş⁴²; işlem metninde başvuru yolları ve süresinin gösterilmemiş olmasını, dava açma süresinin tespitinde esas almamıştır. Dolayısıyla Danıştay tarafından, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrası hükmü düzenleniş gerekçesine uygun olarak anlaşılmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki Danıştay, dava açma sürelerine ilişkin mevzuatı yorumlarken Anayasa’nın 36. ve 40. maddelerini birlikte değerlendirmekte ve idarece tesis edilen bir işlemde başvurulacak merci ve süresinin gösterilmediği hâllerde yazılı bildirimin süreyi başlatmayacağı yönünde kararlar vererek bu konuda katı bir yorum yapmaktan kaçınarak⁴³ genellikle bu ilkeye uygun kararlar vermektedir⁴⁴. Nitekim Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, başvuru veya *dava açma* süresi gösterilmeyen ödeme emrine ilişkin yazılı bildirim süreyi başlatmayacağı için davanın süresinde açılmadığından söz edilemeyeceğinden ödeme emrine karşı açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin ısrar kararında hukuka uygunluk görmemiştir⁴⁵.

Yine Danıştay “Devletin bir kurumu olan vergi dairesi tarafından düzenlenen ödeme emrinde de, ödeme emrine karşı başvurulacak kanun yolu veya varsa idari makamın ve başvuru sürelerinin gösterilmesi gerekmekte olup, bu gereklilik

⁴² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2014/5776, K.2015/3204, 5/10/2015; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2014/3050, K.2015/3200, 5/10/2015; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2014/392, K.2015/3203, 5/10/2015

⁴³ Mohammed Aynosah, B. No: 2013/8896, 23/2/2016

⁴⁴ Özellikle Vergi Dava Daireleri, Vergi Dava Daireleri Kurulu ve Danıştay Onüçüncü Dairesi

⁴⁵ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E.2014/613, K.2014/791, 17/9/2014

ise ilgili makamların takdirinde olmayıp, en üst hukuki norm olan Anayasanın bağlayıcılığının zorunlu bir sonucudur. ... Bu nedenle, özel yasasında yer alan düzenleme gereği tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde dava açılması gereken ödeme emirlerinin içeriğinde, bu bilgiye yer verilmemiş olduğundan, bu ödeme emirlerine karşı açılan davada, anılan Anayasa hükmü karşısında dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır⁴⁶.”

“Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da hatalı hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmek gerekir⁴⁷.” şeklinde kararlar vermektedir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü amacına uygun bir biçimde değerlendirerek hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından mahkemeye erişim hakkının genişletici yorum yapmak suretiyle önündeki engeli kaldırmıştır.

Danıştay Yedinci Dairesi, Vergi mahkemesinin davacının davaya konu vergi ve cezaların düzeltme yoluyla kaldırılması istemiyle İstanbul Gümrük ve Ticaret Bölge Müdürlüğüne yapmış olduğu itiraz başvurusu üzerine otuz gün içinde cevap verilmemek suretiyle kurulan olumsuz işleme karşı açılan davanın süresinde olmadığı gerekçeyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin kararını,

“Davacı adına tescilli muhtelif tarih ve sayılı 132 adet serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşyanın kıymetinin noksan beyan edildiğinden bahisle ek olarak tahakkuk ettirilen kaynak kullanımı destekleme fonu payı ve katma değer vergisi ile anılan vergi tutarı üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezasına ilişkin olarak tesis edilen itiraza konu işlemde, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makamın belirtilmesine, bu işleme itiraz edilmesi ve itiraz üzerine tesis edilecek işleme dava açılması halinde izlenecek yol ve sürelerin de gösterilmesine karşın, itiraz üzerine idari makamın sükutu durumuna ilişkin başvuru yolu ve süreleri gösterilmediği gibi dava yoluna başvurulması için “Bölge Müdürlüğü tarafından verilen ret kararı” üzerine denilmek suretiyle kesin cevabın beklenilmesi gerektiği belirtilerek davacı eylemsiz

⁴⁶ Danıştay Dördüncü Dairesi, E.2005/2134, K.2006/2156, 13/11/2006

⁴⁷ Garantibankası A.Ş.başvurusu, B. No: 2013/4553, 16/4/2015.

birakılmıştır. Bu ifade Anayasanın 40. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla Anayasanın 36. maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmuş ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40. maddesine açıkça aykırılık oluşturmuştur. Bu itibarla; Anayasanın 40. maddesindeki düzenlemeye aykırı olarak, davacı adına tesis edilen itiraza konu ceza kararında, idari makamın sükutu halinde izlenecek yol ve süre gösterilmediği gibi dava yoluna başvuru için öncelikle idari makamlarca verilecek açıkça ret işleminin beklenilmesi gerektiğine dair izlenim veren "...Bölge Müdürlüğü tarafından verilen ret kararı..." şeklindeki ifade hak arama özgürlüğünü sınırladığından, zımni redde ilişkin davaya konu işlemin iptali istemiyle açılan davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir⁴⁸." gerekçesiyle bozmuştur.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, bozma kararı üzerine süre ret kararında ısrar edilmesine ilişkin vergi mahkemesi kararını Danıştay Yedinci Dairesinin bozma kararı doğrultusunda bozmuştur⁴⁹.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, Danıştay Onüçüncü Dairesi ve Danıştay Yedinci Dairesi, Anayasal düzenlemeler ve Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinden devletin, kurumları vasıtasıyla tesis edilen her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargı yeri veya idari makamlar ile başvuru süresinin gösterilmesinin bir anayasal zorunluluk hâline getirildiği, Anayasa'nın bağlayıcılığı karşısında bu zorunluluğa yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü olduğu değerlendirilmesi yapmakta ve Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün bir özel yasa ya da yürürlükteki yasalarda uygun değişiklik yapılması gerekmezden doğrudan uygulanacağını kabul etmektedir⁵⁰.

⁴⁸ Danıştay Yedinci Dairesi, E.2014/2450, K.2017/3559, 27/04/2017

⁴⁹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E.2019/183, K.2019/816, 23/10/2019

⁵⁰ Danıştay Yedinci Dairesi "Anayasal düzenlemeler ve değinilen gerekçeden Devletin, kurumları vasıtasıyla tesis edilen her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargı yeri veya idari makamlar ile başvuru süresinin gösterilmesinin bir anayasal zorunluluk haline getirildiği anlaşılmaktadır. Anayasanın bağlayıcılığı karşısında, bu zorunluluğa; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin 18/10/2003 tarih ve E:2003/67, K:2003/88 sayılı kararında; hukukun üstünlüğünün egemen olduğu ve bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanmasının, hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesinin zorunlu koşullarından olduğu ve hukuki güvenliğin, statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak, açık ve belirgin hukuk kuralları yürürlüğe koyup, uygulayarak sağlanacağı

a. Anayasa Mahkemesi, Devlet İşlemlerinde Başvuru Yolları ve Sürelerinin Gösterilmesi Zorunluluğuna Uymamaktadır: Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki güvencenin bireysel başvurudan bağımsız bir güvence olarak ele alınamayacağını,

şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan; Devletin bir kurumu olan gümrük idaresinin de tesis ettiği idari işlemlerde; işleme karşı başvurulacak kanun yolunu, idari mercii ve başvuru süresini göstermesi ilgili makamların takdirinde olmayıp, en üst hukuki norm olan Anayasa'nın bağlayıcılığının zorunlu bir sonucudur. Diğer yünden, uygulama yasalarında bu zorunluluğu öngören bir düzenleme bulunmayan durumlarda, Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasının, doğrudan uygulanabilirliği sorunu yönünden de değerlendirilme yapıldığında, Anayasa normları, kural olarak doğrudan uygulanacak hükümlerden olmayıp, yasalarda gerekli düzenlemeler yapılarak yaşama geçirilirler. Ancak, öğretilerde ve Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında, yürürlüğe konulması gereken yasal düzenlemede yer verilmesi gereken konuların anayasa metninde açıkça kurala bağlandığı durumlarda, bir özel yasa ya da yürürlükteki yasalarda uygun değişiklik yapılması gerekmeksizin Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanması gerektiğini, 5225 sayılı Kanun'da, başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak düzenlenmemiş olmasının, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmadığını belirterek benimsediği 08/12/2004 tarih ve E:2004/84, K:2004/124 sayılı kararında; bireyler hakkında kurulan işlemlere karşı kanun yolları, başvurulacak merciler ile sürelerin belirtilmesi yönünden Devlete verilen görevin bir zorunluluk içerdiğine, bu zorunluluk nedeniyle her yasa da özel bir düzenleme yapılması gerekmediğine değinerek, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, doğrudan uygulanır nitelik taşıdığını kabul etmiştir.

Bu durumda; Devletin, işlemlerinde, bireylerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari veya yargı mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmesi zorunludur. Davacı tarafından ödenen gümrük ve katma değer vergilerinin iadesi istemiyle, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 211. maddesi uyarınca, davalı Gümrük Müdürlüğüne süresi içinde yapılan başvurunun reddine dair işlemlerde, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makam ile başvuru süresi gösterilmediğinden, bu durum, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçe belirtilmediği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlandıran bir sonuç doğurmuş ve Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40. maddesine açıkça aykırılık oluşturmuştur. Bu itibarla; Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenlemeye aykırı olarak, davacı adına tesis edilen işlemlerde, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makam ile başvuru süresinin gösterilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığından, davaya konu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir." gerekçesine yer vermektedir (Danıştay Yedinci Dairesi, E.2016/317, K.2019/6050, 18/11/2019). Danıştay Onüçüncü Dairesi ise "Dava açma süresini başlatacak olan bildirim, Anayasanın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Anayasanın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresi işlemeye başlamaz. Bu itibarla, Anayasanın 40. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, başvuru süresi bildirilmeyen işlemlerin ilgisine tebliği dava açma süresini başlatmayacağından, bu tür davalarda dava açma süresinin geçmesinden sonra açılan davalar süre yönünden reddedilmeyip işin esasının incelenmesi gerekmektedir." (Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2016/1013, K.2017/1127, 21/4/2017); Danıştay, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü genel olarak dava açma süresinin tespitiye yönelik olarak değerlendirmektedir. "Anayasa'nın 125. maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmişse de; 40. maddeye eklenen fıkrayla idari işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmesi zorunluluğu getirildiğinden, kişilere bildirilen idari işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir. Dava açma süresini başlatacak olan, Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresi işlemeye başlamaz. Bu itibarla, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, başvuru süresi bildirilmeyen işlemlerin ilgisine tebliği dava açma süresini başlatmayacağından, bu tür davalarda dava açma süresinin geçmesinden sonra açılan davaların süre yönünden reddedilmemesi gerekmektedir." (Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2019/3157, K.2019/3007, 10/10/2019)

başta mahkemeye erişim hakkı olmak üzere diğer hakların ihlal edildiğine ilişkin iddiaları incelerken -Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği- anılan hükmün dikkate alınmasına engel olmayacağına⁵¹ vurgu yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi “dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsızlaştırmadıkça -hukuki belirlilik ilkesinin gereği olarak mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ancak mevzuatta öngörülen süre kurallarının hukuka açıkça aykırı olarak yanlış uygulanması veya bu sürelerin hatalı hesaplanması nedenleriyle kişilerin dava açma ya da kanun yollarına başvuru haklarını kullanmasına engel olunması mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir⁵².” “... dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmaz⁵³.” demek suretiyle bu konudaki temel yaklaşımını ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasını mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Ancak Anayasa’nın 40. maddesinin ihlal edildiği ileri sürülerek yapılan bireysel başvuruda “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde ve etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesinde, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ‘Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.’ şeklinde bir güvence öngörülmemiştir.” gerekçesiyle Anayasa ve AİHS’in ortak koruma alanının dışında kalan söz konusu güvencenin bireysel başvuru kapsamında incelenemeyeceğini belirtmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi “Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki güvencenin, bireysel başvuruda bağımsız bir güvence olarak ele alınamayacağını, bununla birlikte bu durumun, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialar incelenirken -Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi gereği- anılan hükmün dikkate alınmasına engel olmadığını⁵⁴” belirtmiştir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun ikincillik ilkesi gereği, dava açma süresinin başlatılacağı tarihin belirlenmesi noktasında kendisinin bir görevinin bulunmadığını kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu hususta üstleneceği rol, dava açma süresinin hangi tarihten itibaren

⁵¹ Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017.

⁵² Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017.

⁵³ Mohammed Aynosah, B. No: 2013/8896, 23/2/2016.

⁵⁴ Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017, § 3.

⁵⁵ “Başvurucu, mahkemeye erişim hakkına yönelik bir ihlal iddiasında bulunmadığından Anayasa’nın 40. maddesine yönelik olarak ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.” Eczacıbaşı Yapı Gereçleri San. ve Tic. A.Ş., B. No: 2015/16697, 8/5/2019, § 24.

başlatılması gerektiğiyle ilgili derece mahkemelerinin yorumlarının mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olayın koşulları ışığında incelemek olduğunu⁵⁶ belirtmekte, dava açma süresinin henüz dava hakkının doğmadığı ya da hak sahibinin dava hakkının doğduğundan haberdar olmadığı ve somut koşullar çerçevesinde haberdar olduğunun kabulünü haklı kılan nedenlerin bulunmadığı bir dönemde işlemeye başlaması dava hakkının varlığını anlamsız kılabileceğinden ölçülülük ilkesini zedeleyebileceğini açıklamakta ve “Anılan hükümle devlete, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlüğü yüklenmiştir⁵⁷.” tespitini yapmaktadır. Ancak kararlarında bu tespitin gereğini yerine getirmemektedir.

Nitekim bireysel başvuruya konu kararın süre aşımından ret hükmüne ilişkin gerekçede öncelikle Anayasa'nın 40. maddesi hükmünün dava açma sürelerine etkisiyle ilgili değerlendirmelere yer verilmiş ve idarenin Anayasa'nın 40. maddesinde öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmesinin esas olduğu ancak bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin idari işlemlere karşı açılan davalarda dava açma süresinin işletilmeyip ihmal edilmesi sonucunu doğurmaması gerektiği belirtilmiştir.

Özel yasalarda genel dava açma süreleri dışında ayrı -daha kısa- dava açma sürelerinin öngörülmüş olması hâlinde idare tarafından idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığı, bu durumda dava konusu idari işlemin tebliği tarihinden itibaren özel dava açma süresinin değil altmış günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği, anılan düzenlemenin genel dava açma süresinin aşılmasına sebep olacak şekilde yorumlanmasına imkân bulunmadığı ifade edilmiştir.

Söz konusu değerlendirmenin ardından başvurunun müstafi sayılmasına ilişkin işlemin 8/4/2013 tarihinde MERNİS adresinde annesinin imzasıyla tebellüğ edildiği tespitine yer verilen kararda, tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde dava açılması gerekirken bu süre geçtikten çok sonra idareye yapılan ve dava açma süresini canlandırmayan başvurunun reddi üzerine açılan davanın bu kısmının süresinde olmadığı belirtilmiştir.

⁵⁶ Ahmet Yıldırım, B. No: 2014/18135, 20/9/2017, § 46.

⁵⁷ Eczacıbaşı Yapı Gereçleri San. ve Tic. A.Ş., B. No: 2015/16697, 8/5/2019, § 24.

Anayasa Mahkemesi “*Maddi olayın niteliği de gözönünde bulundurularak gerekçeli kararda yer verilen hukuki tespitler ve dayanaklar irdelendiğinde derece mahkemesinin dava açma süresinin başlangıcına esas aldığı tarih itibarıyla başvurunun dava konusu işlemde haberdar olduğunun ya da olması gerektiğinin kabulünü haklı kılan nedenlerin bulunmadığı söylenemez.*” değerlendirmesini yapmış ve şikâyetle konu yargılama işlemlerinde mahkemeye erişim hakkı yönünden bir ihlalin olmadığı açık olduğu⁵⁸ sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının “*devlete, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlüğü yüklediğini*” kabul etmesine karşın yüksek yargı organı olarak idarenin bu hükme uygun olmayan işlemleri nedeniyle bireylerin dava açma süresini kaçırmalarına neden olunmasına göz yummaktadır. Hâlbuki Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin idarenin işlem metninde işleme karşı başvuru yolu ve süresinin gösterilmemesi nedeniyle davanın süreden reddine ilişkin kararlarının mahkemeye erişim hakkı kapsamında hak ihlali olarak nitelemek suretiyle Anayasa’nın amir hükmünü uygulamak yolunu seçerek idare karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini mahkemeye erişim hakkı kapsamında korumayı sağlaması gerekmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi kendisine yapılan başvuruyu da başvuruya konu işlem metninde başvuru yolu ve süresi gösterilmeyerek ilgilisinin yanıltılmış olmasını dikkate almayarak başvuruyu süresinde yapılmadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.

Özellikle belirtmek gerekir ki devlet işlemi olan Yargıtay Başkanlık Kurulu kararında, karara karşı başvuru yolunun bulunmadığı, dolayısıyla kararın kesin olduğu ancak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidilebileceği belirtilmemiş olmasına karşın bu karara yapılan itirazın da Yargıtay Başkanlar Kurulunca kararın kesin olduğu belirtilerek incelenmemiş olması sonucunda itiraz üzerine verilen karara karşı süresinde kendisine yapılan başvuruyu, önceki kesin olduğu belirtilen kararın bildirim tarihini esas alarak süresi geçtiği gerekçesiyle incelememiştir.

Ayrıca asıl önemlisi Anayasa Mahkemesi, devletin yüksek mahkemesi sıfatıyla kendisini de kapsamayı ve kararlarının devlet işlemi olması

⁵⁸ Veli Özdemir, B. No: 2015/15674, 3/7/2018.

dikkate alındığında Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki anayasal zorunluluğa uyarak verdiği kararlara karşı AİHM'e yapılacak başvuru yolunu ve süresini de göstermemektedir. Bu durum, hak ihlalinin gidermekle görevli yüksek mahkemenin bizzat kendisinin hak ihlaline neden olması sonucunu doğurmaktadır.

b. Anayasa Mahkemesi Hatalı Niteleme Yapmak Suretiyle İdareye Zımni Ret Yetkisi Tanımıştır: Zımni ret kurumu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ile hak ihlaline konu olmamıştır. Ancak Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen *“devlete, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğüne”* ilişkin kuralın incelenmesi yapılırken Anayasa Mahkemesinin bu kurum hakkındaki değerlendirmesinin açıklanması yararlı olacaktır.

Danıştay Onüçüncü Dairesince 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun, 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 55. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan *“Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini...”* ibaresinin ve beşinci fıkrasında yer alan *“...süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini...”* ibaresinin Anayasa'nın 36., 40. ve 74. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri istemiyle Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinde yapılan değişiklikle *“Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimi...”* şeklinde düzenlenen hükmün iptali istemiyle yaptığı başvuruyu Anayasa Mahkemesi *“İtiraz konusu ibareyi içeren kural, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla ilgililerin ihaleyi gerçekleştiren idareye yaptıkları şikâyet başvurusu üzerine, on günlük inceleme süresinde gerekçeli bir karar verilmemesi başka bir deyişle zımni ret halinde, ihaleyle ilgili işlemler için kanun yolu olarak itirazın şikâyet yoluna ve merci olarak Kamu İhale Kurumuna, idarenin karar vermesi için belirtilen sürenin bitiminden itibaren on günlük süre içinde, başvurulabileceğini açık bir şekilde düzenlemiştir. Böylece başvurulacak kanun yolu ve merci ile başvuru süresi gösterildiğinden, muhtemel muhatapların mevcut şartlar altında ihale işleminin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmeleri mümkün kılındığından kuralın Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılığından bahsedilemez.”* gerekçesiyle reddetmiştir.

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde *"Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir."* şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir.

Buna göre devletin (idarenin) gerek resen tesis ettiği gerek kendisine yapılan başvurular üzerine tesis edilen tüm işlemleri bakımından *"hangi kanun yolları ve mercilerine başvurulabileceği ve bunlara ilişkin süreleri"* belirtmek zorunda olduğu, cevap vermemek ya da suskun kalmak gibi bir seçeneğinin bulunmadığı tartışmasızdır.

Suskun kalmak ya da cevap vermemek suretiyle bu anayasal gerekliliği işlevsiz hâle getirmek düşünülemez. Bütün koşullarda bir cevap verilmesi ve bu cevapta başvuru yolları ile sürelerinin gösterilmesi anayasal bir mecburiyettir.

Bu hükmün anlamı, idarenin gerek resen tesis ettiği gerek kendisine yapılan başvurular üzerine tesis edilen tüm işlemleri bakımından *"hangi kanun yolları ve mercilerine başvurulabileceği ve bunlara ilişkin süreleri"* belirtmek zorunda olduğu, cevap vermemek ya da suskun kalmak gibi bir seçeneğinin bulunmadığı sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla suskun kalmak ya da cevap vermemek suretiyle bu anayasal gerekliliği işlevsiz hâle getirmek söz konusu olamayacağından gerek resen gerek yapılan başvurular üzerine tesis edilen tüm işlemler bakımından mutlaka bir cevap verilmesi ve bu cevapta da başvuru yolları ile sürelerinin gösterilmesi anayasal bir zorunluluktur.

Anayasa Mahkemesi kararı, idareye cevap vermeme (zımni ret) gibi bir hak tanındığı sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla idareye cevap vermeme hakkı tanındığı takdirde idare Anayasa'nın 40. maddesindeki bildirim zorunluluğundan kurtulmuş olacak, böylelikle anayasal yükümlülük idare açısından bir anlam ifade etmeyecektir. Oysa Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenlemenin gerçek amacının böyle bir duruma cevaz verdiğinin kabulü mümkün değildir. Yine hukuk devletinde idareye *cevap vermemek* suretiyle kişilerin başvurularına itibar etmemek gibi üstün bir yetkinin tanınması da söz konusu olamaz.

Anayasa Mahkemesinin zımni ret sisteminin varlığı ve devamı

sonucunu doğuran anlayışı hatalı nitelemeye dayalıdır. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararda “Öte yandan ihale sürecindeki tüm işlem veya eylemler için ve her türlü gerekçeyle Kuruma başvurulabilmesinin önünde bir engel bulunmadığı gibi ihale sürecindeki ilgili kişilerin davacı veya davalı olarak yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal hakları da engellenmemekte ve yargı yolu herhangi bir şekilde kapatılmamaktadır. İlgililer tarafından şikâyet ve itirazen şikâyet olarak nitelendirilen idari başvuru yollarının tüketilmesinden sonra ihaleyle ilgili işlemlerin yargı mercilerinin önüne taşınarak, idarenin işleminin yargısal denetiminin sağlanması mümkündür⁵⁹.” gerekçesine de yer vererek 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 56. maddesinin üçüncü fıkrasını hatalı nitelemiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Kuruma itirazen şikâyet” başlıklı 56. maddesinin üçüncü fıkrası “Kurum itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare tarafından şikâyet veya itirazen şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.” şeklindedir.

Bu düzenleme uyarınca Kurum, itirazen şikâyet başvurularını “başvuru sahibinin iddiaları” ile “idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar” ve “itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından” incelemektedir. Yine şikâyet veya itirazen şikâyet üzerine alınan “ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle” sınırlı incelenmektedir.

Yoksa Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihale işlemleri resen iptal nedenleri bakımından yargısal denetime tabi tutulmamaktadır. Kararda yer verilen “...ihaleyle ilgili işlemlerin yargı mercilerinin önüne taşınarak, idarenin işleminin yargısal denetiminin sağlanması mümkündür.” şeklindeki gerekçeden anlaşılacağı gibi yargı mercileri tarafından itirazen şikâyet sonrasında açılan iptal davası sırasında resen işlemin bütün yönleri ile denetlendiği kabul edilmiştir ki böyle bir denetim gerek itirazen şikâyet aşamasında Kurum tarafından gerekse iptal davası açıldıktan sonra yargı mercileri tarafından yapılamamaktadır.

7. Gerekçeli Karar Hakkının İhlali: Adil yargılanma hakkının en

⁵⁹ AYM, E. 2016/143, K.2017/23, 9/2/2017, § 20.

önemli unsurlarından biri olan gerekçeli karar hakkı Anayasa'nın 141. maddesinde, yargıya yüklenen bir sorumluluk olarak ayrıca düzenlemiştir. Kişilerin taraf oldukları davada varılan hukuki sonucu bilmeleri psikolojik tatminin yanı sıra kamusal düzen ve sosyal adaletin tesisi bakımından önem taşımaktadır. Kişi aynı zamanda talep ettiği ve ileri sürdüğü iddia ve savunmaların dikkate alınıp alınmadığını gerekçeden görerek kanun yollarına başvurup başvurmayacağına da karar verecektir. Ayrıca gerekçeli karar hakkı, hukukun gelişimi için de önemli bir işlev görmektedir.

Özellikle de nihai kararın yargılamada yapılan muhakemenin özünü oluşturması bakımından hukuki bir kaynak olduğu tartışmasızdır. Buna o özelliğini veren sonucu olduğu kadar gerekçedir. Öte yandan gerekçeli karar hakkı, yargılamada ileri sürülen tüm iddialara ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir⁶⁰.

Belirtmek gerekir ki kanun yolu incelemesi yapan mercinin yargılamayı yapan mahkemeyle aynı sonuca ulaşması hâlinde derece mahkemesiyle aynı gerekçeyle veya söz konusu gerekçeye atıfla karar verebilir. Bu gerekçeli karar hakkının ihlali olmaz⁶¹.

Buna karşılık kararın sonucuna etki edebilecek iddia ve savunmaların mutlaka kararda tartışılmış olması gerekmektedir⁶². Anayasa Mahkemesi vergi mahkemesince verilen bir kararla ilgili taraf iddialarının yeteri kadar değerlendirilmeden karar verilmesini gerekçeli karar hakkının

⁶⁰ Mehmet Yavuz, B. No: 2013/2995, 20/2/2014.

⁶¹ Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013.

⁶² Örneğin AYM bir kararında idare mahkemesince karara bağlanan bir uyuşmazlık için resen araştırma kapsamında yapılması gereken incelemeleri şu şekilde ifade etmiştir: "Yukarıda da açıklandığı üzere uluslararası sözleşmeler ve AIHM kararları dikkate alındığında kamu görevlileri tarafından kurulan sendikalara, üyelerinin çıkarlarını korumak amacıyla toplu görüşme ve toplu sözleşme yapma hakkı verildiği, somut olayda da sendika ile belediye arasında 'Sosyal Yardım Sözleşmesi' yapıldığı hâlde Mahkemece bu hususlar değerlendirilmemiş, anılan sözleşme ve bu sözleşmenin geçerliliği tartışılmamış, sözleşmedeki hükümlere değinilmemiş, başvurunun iddiaları ve davalı belediyenin savunmaları tartışılmamış, sadece Anayasa ve ilgili kanunlar göz önünde bulundurularak davanın reddine karar verilmiştir. Adil yargılanma hakkı açısından başvurunun bulunduğu tüm deliller, belediye tarafından yapılan savunma ve 'Sosyal Yardım Değerlendirme Yönergesi' sendika ile belediye arasındaki sözleşme hükümleri, belediye tarafından başvurucuya ödeme yapılmamasının temel gerekçesi tartışılarak, sendika ile belediye arasında sosyal yardım sözleşmeleri yapılabileceği de kabul edilmek suretiyle tüm deliller değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Mahkemece, bu hususlar değerlendirilmeksizin ve tartışılmaksızın davanın reddine karar verildiği, dolayısıyla, yargılamanın tümü ve sonucu bakımından adil ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmadığı anlaşılmaktadır." Adalet Mehtap Bulur, B. No: 2013/5447, 16/10/2014

ihlali saymıştır⁶³. Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere yargılamanın adil olup olmamasının tarafların sonuca etki eden iddia ve savunmalarının muhakkak surette tartışılması, söz konusu tartışma ve değerlendirme süreçlerinin de karara yansıtılması gerekmektedir.

Nitekim “...davacı hakkında yapılan tarhiyatın sebebi olan kayıt dışı teslim edilen emtianın büyük çoğunluğunun pamuk olduğu, pamuk teslimlerinde KDV oranının Bakanlar Kurulunca %1 olarak belirlendiği, %18 oranı üzerinden KDV hesaplandığı yönündeki davacı iddiasının kararın gerekçesinde karşılanmadığı, ayrıca dava konusu KDV tarhiyatı ile aynı döneme ilişkin olarak yapılan geçici vergi tarhiyatına karşı açılan davada verilen kararı itiraz mercii olarak inceleyen Denizli Bölge İdare Mahkemesince vergi alacağının zamanaşımına uğradığı yolunda karar verilmesine rağmen bu davada bu husus hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı gerekçesiyle davacının **gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği** sonucuna varılarak ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin Vergi Mahkemesine gönderildiği⁶⁴”, Mahkemece davacı iddiasının karşılanmaması ve zaman aşımı iddiasının hak ihlali kararının gerekçesini oluşturmamasına karşın “... iş yerinde ve yükümlü dışında bir kişiye yapılan tebliğin geçerli olabilmesi için tebliğin yapıldığı sırada muhatabın işyerinde bulunmaması, bu hususun tebliğ tutanağına kaydedilmesi ve tebliğin yapıldığı kişinin de muhatabın memur ya da müstahdemi olması gerektiği, olayda ise, vergi ceza ihbarnamesinin davacının bilinen adresinde işçisi olduğunu beyan eden ...kişilere müşterek imza karşılığı tebliğ edildiği, memur eliyle yapılan tebliğe ait alındıda, tebliğin yapıldığı sırada yükümlünün iş yerinde bulunmadığına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği gibi adı geçen kişilerin o tarihte yükümlünün işçisi olduğu yolunda bir tespitin yapılmadığı, dolayısıyla tebliğin usulsüz olarak gerçekleştiği, buna göre de dava konusu verginin 2003 yılına ilişkin olduğu dikkate alındığında, uyuşmazlık konusu cezalı tarhiyata ilişkin ihbarnameler en geç 31/12/2008 tarihi itibarıyla davacıya 213 sayılı Kanun hükümlerine uygun şekilde tebliğ edilmediğinden, zamanaşımına uğrayan cezalı tarhiyatlarda hukuka uyarlık bulunmadığı” gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, bu karar Danıştayca onanmıştır⁶⁵.”

⁶³ “...uyuşmazlığın çözümünde büyük önem taşıyan KDV oranına yönelik iddiasının, bu hususa ilişkin olarak ilk derece mahkemesi tarafından bir değerlendirme yapılmadığından temyiz merciince ilk derece mahkemesi kararına atfı yapılarak karşılanacak iddia niteliğinde olmadığı, temyiz merciince bu iddianın açık bir şekilde kararlarında değerlendirilmediği ve karşılanmadığı görülmektedir. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” Münür Ata, B. No: 2014/4958, 22/1/2015

⁶⁴ Münür Ata, B. No: 2014/4958, 22/1/2015

⁶⁵ Danıştay Dördüncü Dairesi, E.2016/12689, K.2019/1247, 18/2/2019

B. HAK İHLALİ KARARLARININ EMSAL KARAR OLARAK DİKKATE ALINMASI

1. Danıştay Hak İhlali Kararlarını, Benzer Davalarda “Hukuk Devleti İlkesi” Uyarınca Emsal Karar Olarak Dikkate Almaktadır:

a. Danıştay, benzer olaylarda verilen ihlal kararlarının diğer kararlara etkisine ilişkin yaptığı yorumda anayasal ve yasal düzenlemelerde bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin bulunduğu belirtilerek yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda bu karara uyulması zorunlu olmakla birlikte diğer davalarda ihlal kararına uyulmasını zorunlu kılan yasal bir düzenleme bulunmadığı ancak Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiğini tespit eden hak ihlali kararlarının tarafları, konusu ve sebepleri farklı olan diğer davalarda göz önünde bulundurulmamasının Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralını da içeren ve Anayasa’nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesi ile evrensel hukuk kurallarına aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.

“...Bu durumda davacı sigorta şirketinin ortaklarından olan bankanın bir şubesi adına aynı hukuki sebebe dayanan tarhiyatın yargı kararıyla aleyhine kesinleşmesinden sonra yaptığı bireysel başvuru sonucu, **Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararıyla** mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi karşısında, dava konusu vergilendirme dönemi itibarıyla davanın reddi yolundaki vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği” sonucuna ulaşmıştır⁶⁶.

Kararın karşı oy yazısında ise bireysel başvuruda bulunan ve davacıyla hiçbir ilgisi bulunmayan başka bir davacı hakkında verildiğinden işbu davada gözetilmesi mümkün olmayan söz konusu ihlal kararı çerçevesinde değerlendirme yapılamayacağı belirtilmiştir.

⁶⁶ Danıştay Üçüncü Dairesi, E.2015/1244, K.2019/1705, 3/3/2019; Anayasa Mahkemesinin 21/2/2015 tarihli ve 29274 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 12/11/2014 tarihli ve 2014/6192 sayılı kararının bozulması istenen vergi mahkemesi kararının dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında kararın değiştirilmesini ve istemin kabulünü gerektirecek durumda bulunmadığı belirtilmiştir; Danıştay Dokuzuncu Dairesi, E.2016/4548, K.2018/5820, 2/10/2018; Danıştay Üçüncü Dairesince verilen bozma kararına uyan vergi mahkemesince davacı sigorta şirketinin ortaklarından Türkiye İş Bankası Anonim Şirketinin bir şubesi adına aynı hukuki sebebe dayanan tarhiyatın yargı kararıyla aleyhine kesinleşmesinden sonra yaptığı bireysel başvuru sonucu Anayasa Mahkemesinin 21/07/2015 tarihli ve 29274 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 12/11/2014 tarihli ve 2014/6192 sayılı kararıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi karşısında dava konusu vergilendirme dönemi için yapılan tarhiyatlarda da aynı nedenle hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, cezalı tarhiyatın kaldırılmasına karar verilmiş; bu karar onanmıştır. Danıştay Dokuzuncu Dairesi, E.2019/1593, K.2019/2570, 13/6/2019

b. Hak ihlali tespiti yapılan ancak yeniden yargılama yapılması yerine tazminat ödenmesine ilişkin karar, Danıştayca hukuk devleti ilkesi uyarınca dikkate alınmıştır.

*“...Başvurucu tarafından 2007 yılında Vakfa ödenen katkı paylarının ücret sayılarak vergilendirilmesine ilişkin işlemlerin, öngörülebilir kanuni dayanağının bulunmadığı anlaşıldığından, vergi asılları bakımından varılan sonuç dolayısıyla vergi cezaları bakımından ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek görülünce, Vakfa yaptığı katkı payı ödemeleri üzerinden vergi ve ceza tahsil edilmesi nedeniyle başvurunun, Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan **mülkiyet hakkının** ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir” gerekçesiyle başvurunun Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucudan tahsil edilen tutarın tahsil tarihi itibarıyla yasal faizi ile birlikte tazminat olarak ödenmesine⁶⁷” karar verilmiştir.*

Bu karar ile yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı belirtilerek tazminat ödenmesine hükmedildiği hâlde Danıştay, bu kararı tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan diğer davalarda dikkate almıştır.

Yine aynı hukuki sebeple İş Bankası Anonim Şirketi adına yapılan tarhiyata karşı açılan davada verilen kararın kesinleşmesinden sonra mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği ileri sürülerek yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararını⁶⁸ dikkate alan Danıştay “...bir başka davacı adına aynı hukuki sebebe dayanan tarhiyatın yargı kararıyla aleyhine kesinleşmesinden sonra yaptığı bireysel başvuru sonucu, Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararıyla mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi karşısında, yukarıda yer verilen açıklamalar bağlamında dava konusu vergilendirme dönemi dikkate alındığında, tarhiyatın kaldırılmasına yönelik Vergi Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.” gerekçesiyle davanın kabulüne ilişkin mahkeme kararını onamıştır⁶⁹.

c. Danıştay, hak ihlaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararını emsal olarak almak suretiyle verdiği bir kararında “...ikamet ettiği yerleşim yeri tamamen boşaltılmayan/boşalmayan davacının, eşinin teröristlerce

⁶⁷ Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014.

⁶⁸ Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014.

⁶⁹ Danıştay Dokuzuncu Dairesi E.2016/4548, K.2018/5820, 2/10/2018.

öldürüldüğünü belirtmek suretiyle, terör saldırısı ya da tehdidi nedeniyle yerleşim yerini terkettiği yönündeki iddiası göz önüne alındığında, sözü edilen duruma bağlı olarak güvenlik kaygısıyla köyünü terkettiği ve bu sebeple malvarlığına ulaşamadığı iddiasının ayrıca öznel bir kriter olarak irdelenmesi gerekmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 16/07/2014 günlü, 2013/2744 sayılı bireysel başvuru sonucu verdiği kararı da bu yöndedir ...davacının ikamet ettiği yerleşim yerinin tamamen boşaltılmaması/boşalmamış olması nedeniyle nesnel kriterin sağlanamamasına karşın, kişisel güvenlik kaygısına dayalı olarak ileri sürdüğü hususlar irdelenip öznel kriter yönüyle 5233 sayılı Yasanın öngördüğü şartların gerçekleştiği gerekçesiyle, aksi yönde tesis edilen işlemin iptali yolunda verilen kararın ısrara ilişkin kısmında hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır⁷⁰ gerekçesiyle iptal kararını uygun bulmuştur.

d. Danıştay “...Anayasa Mahkemesi’nce bireysel başvuru üzerine verilen bir kararda,...başvurucu tarafından sadece idari para cezasının hukuki denetimi ile sınırlı olarak itirazda bulunulduğu hâlde Sulh Ceza Hâkimliğince hukukçu bir bilirkişiye rapor düzenletirildiği, bilirkişiden hâkimin hukuk bilgisiyle aydınlatılması mümkün olmayan teknik veya bilimsel herhangi bir konuda görüş istenmediği, bilirkişinin de raporunda, hukuki denetim ile ilgili olarak görüş bildirdiği, somut olayda bilirkişi görüşüne başvurulmasının gerekli olmadığına anlaşıldığı, itirazı bakımından hiçbir yarar sağlamadığı hâlde bilirkişi ücreti ödemek durumunda kalan başvurucunun aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvurucuya yüklediği külfetin, içerdiği kamu yararı amacıyla dahi meşru kılınmadığı gerekçesiyle Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiştir (Başvuru No: 2015/10393, T:09/01/2019, §§ 84-87)...çözümün hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektirdiği düşüncesiyle bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verildiği görülmekle birlikte, Mahkemece hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan bir uyuşmazlıkta bilirkişi raporu alınması ve bu bilirkişi raporunun hükme esas alınarak karar verilmesinde usul hükümlerine uygunluk görülmemiştir” gerekçesiyle benzer nitelikli hak ihlali kararını esas alarak bilirkişi incelemesi yapılmasının gerekli olmadığına karar vermiştir⁷¹.

e. Danıştay terör eylemleri nedeniyle oluşan zararların tazmini istemlerini Anayasa Mahkemesinin emsal nitelikli kararlarını esas alarak kabul etmektedir. Nitekim “Anayasa Mahkemesi’nin işbu uyuşmazlığa da

⁷⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2015/89, K.20017/577, 13/2/2017.

⁷¹ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2013/1369, K.2019/1237, 16/4/2019

emsal olabilecek nitelikteki kararında da belirtildiği gibi, 5233 sayılı Kanuna göre malvarlığına ulaşamama nedeniyle uğranılan zararların tazmini ancak yerleşim yerinin tamamen boşalmış/boşaltılmış olması halinde mümkün olmakla birlikte, kişilerin yerleşim yerini terör olaylarından kaynaklanan güvenlik kaygısı nedeni ile terk ettiği noktasındaki öznel durumlarının da dikkate alınması; kişinin kendisine veya ailesine yönelik bir terör saldırısı meydana gelmişse ya da ciddi, somut ve açık bir tehdit varsa ve bu nedenle de yerleşim yeri terkedilerek malvarlığına ulaşamama söz konusuysa oluşan zararın da 5233 sayılı kanun kapsamında tazmin edilmesi gerekir⁷².” şeklindeki karar bu tür kararlara örnek oluşturacak niteliktedir.

2. Danıştay, “Hukuka Saygı” ve “Yargıya Güven” Duygusunun Muhafazasını Gerektirmesi Durumunda da Benzer Konuda Verilen Hak İhlali Kararlarını Emsal Karar Olarak Dikkate Almaktadır: Danıştay, Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararıyla⁷³ “... başvuru konusu olayda, mal ve hizmet alımında bulunduğu firmanın sahte fatura düzenlediği yönünde tespitler bulunmasından dolayı kendilerinin de kod listesine alınma baskısı altında serbest iradelerini yansıtmayan düzeltme beyannameleri vermek durumunda bırakılan başvurusuların bu işleme karşı açtığı davaların vergi mahkemelerince esas yönünden incelenmediği, sonuç olarak başvurusuların, mülkiyet haklarına müdahale teşkil eden vergilendirme işlemlerinin yargı yoluyla denetlenebilmesi imkânına sahip olamadıkları” belirtilerek Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığı yolundaki kararını dikkate almakta ve “genelde ‘adil yargılanma’ hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlar, sadece geçmişteki bir hukuki uyumsuzluğu çözen bir sonuç olarak değil, tam aksine gelecekteki benzer hukuki ihtilaflara da bir bakış açısı ortaya koyan kararlar olduğu, zira, uygulamada ‘eşitlik prensibi’ gereği, ülke çapında benzer durumda olan mükellefler arasında ‘hukuka saygı’ ve ‘mahkemelere güven’ duygusunun muhafazasının gerektiği⁷⁴” değerlendirmesini yapmaktadır.

3. Nispi Vekâlet Ücretine Hükmedilmemektedir: Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla gelen bir uyumsuzlukta⁷⁵ hak edilen tazminatın 3/4’ünün vekâlet ücreti adı altında idareye verilmesini hak

⁷² Danıştay Onbeşinci Dairesi, E.2013/10449, K.2016/ 5898, 8/12/2016

⁷³ Arbay Petrol Gıda Turizm Taşımacılık Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ve Arbay Turizm Taşımacılık İthalat İhracat İnşaat ve Organizasyon Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. [GK], B. No: 2015/15100, 27/2/2019

⁷⁴ Danıştay Dördüncü Dairesi, E.2019/2197, K.2019/5109, 11/7/2019; Danıştay Dördüncü Dairesi, E.2019/288, K.2019/4672, 19/6/2019

⁷⁵ Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013

arama özgürlüğü kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Danıştay “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 10. maddesinde, manevi tazminat davalarının reddedilmesi durumlarında, vekâlet ücretine ne şekilde hükümlenacağına açıkça düzenlendiği, buna karşın maddi tazminat taleplerinin reddedilmesi durumuyla ilgili olarak özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, mahkemeye erişim hakkı ve yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararı ışığında değerlendirme yapıldığında davanın maddi tazminata ilişkin kısmının reddedilmesi durumunda, temyize konu Mahkeme kararının verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken, nispi vekâlet ücretine hükmedilmesinde isabet bulunmamaktadır⁷⁶.” gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi halinde maktu vekâlet ücreti ödenmesini benimsemiştir.

Ayrıca Danıştay “Kısmen kabul, kısmen ret ile sonuçlanan maddi tazminat davalarında, taraflar lehine hükmedilecek vekâlet ücretinin, kişilerin hak arama özgürlüğü kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmeden ne şekilde hesaplanacağı konusundaki eksik düzenleme nedeniyle Tarifenin ilgili kısmında hukuka uygunluk bulunmadığından ihmali gerektiği sonucuna varılmıştır. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 27/02/2017 tarih ve E:2017/4, K:2017/848 sayılı kararı da bu yöndedir. Bu durumda, reddedilen maddi tazminat yönünden davalı idare lehine nispi vekâlet ücretine hükmedilmesinin mahkemeye erişme ya da başvuruyu anlamsız/etkisiz kılma sonucunu doğurduğu açık olduğundan, davalı idare lehine nispi vekâlet ücretine değil, maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁷⁷.” gerekçesiyle nispi

⁷⁶ Danıştay Altıncı Dairesi, E.2014/7802, K.2019/6539, 27/6/2019; Danıştay Altıncı Dairesi, E.2014/9818, K.2019/2252, 8/4/2019; Danıştay Sekizinci Dairesi, E.2014/8023, K.019/6706, 8/7/2019; Danıştay Sekizinci Dairesi, E.2018/5138, K.2019/5731, 18/6/2019; Danıştay Sekizinci Dairesi, E.2014/11006, K.2019/5337, 31/5/2019

⁷⁷ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2013/3669, K.2019/2318, 2/7/2019; Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2018/2435, K.2018/2748, 9/10/2018; Ancak yine Danıştayın davanın reddine karar verilmiş olmasına rağmen idare lehine nispi vekâlet ücretine hükmettiği de görülmektedir. “Anayasa Mahkemesi kararlarında, vekalet ücretinin mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde ihlal olup olmadığının her davada kendi özel şartları içerisinde değerlendirildiği, verilen ihlal kararının tazminat müessesesinin özelliği gereği hak kazanılan tazminat miktarının dava açılmadan önce tam olarak bilinmesi veya öngörülmesinin mümkün olmaması ve davanın açıldığı sırada ıslah imkanının olmaması nedeniyle hak kaybına uğramak istemeyen davacıların tazminat taleplerine ilişkin miktarları yüksek tutmaktan başka seçeneklerinin olmadığı gerekçelerine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Keza, davacı aleyhine hükmedilen vekalet ücretinin mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde olup olmadığı tespiti ancak davanın özel şartlarının ve somut olayın değerlendirilmesi sonucunda yapılabileceği, öngörülen vekalet ücreti yükümlülüğünün dava açmayı imkânsız hale getirmedikçe ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinin kabul edilemeyeceği yönünde olduğu görülmektedir.” Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2017/462, K.2018/3053, 2/11/2018

vekâlet ücreti verilmesini mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması ya da başvuruyu anlamsız kılma olarak nitelemiştir.

4. Danıştay Emsal AİHM Kararına Rağmen Müdahilin Kanun Yolu Başvurularını İncelememektedir: AİHM, *Menemen Minibüsçüler Odası/ Türkiye* kararında⁷⁸, yargıya erişim hakkının AİHS'in 6. maddesinin *yargılanma hakkı* ile ilgili birinci fıkrasının yalnızca bir yönünü oluşturduğuna, erişim hakkının etkin olabilmesi için haklarına müdahale edilen bir kimsenin açık ve kesin bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesi ve bu itirazların mahkemece tartışılabilmesi ve incelenmesi gerektiğine, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin mahkemeye erişim hakkını doğrudan etkilediğine işaret etmiştir⁷⁹.

AİHM kararında, *"Taraflardan birinin temyiz ya da kararın düzeltilmesi safhasında sunduğu bir dilekçenin bir gerekçe olmaksızın reddedilmesi ya da incelenmemiş olması adil yargılanma hakkının bir alt başlığı olan mahkemeye erişim hakkına da aykırı düşmektedir. Bu nedenle, davanın konusunun müdahilin sahip olduğu hak ya da şey olduğu hallerle sınırlı olarak; müdahilin tek başına kanun yoluna başvurması halinde, müdahilin talebinin yanında katıldığı tarafın iddia ve savunmalarına aykırı olmaması durumunda incelenmesi gerekmektedir."* açıklamasına yer verilmiştir.

Ancak buna rağmen Danıştay, müdahilin tek başına kanun yollarına başvuramayacağı görüşündedir⁸⁰. Müdahilin yanında yer aldığı tarafın

⁷⁸ AİHM, 2. Daire, B No: 44088/04, 9/12/2008

⁷⁹ Menemen Minibüsçüler Odası-Türkiye Davası: İzmir İl Trafik Komisyonunca geçici güzergâh izin belgesi verilmesine ilişkin genelgenin iptali istemiyle açılan davada verilen iptal kararının İzmir Valiliğince (davalı idare) temyizinden sonra Danıştay aşamasında Menemen Minibüsçüler Odasının davalı idare yanında davaya müdahil olma talebi kabul edildikten sonra iptal kararı onanmıştır. İptal kararından sonra İzmir İl Trafik Komisyonunca tekrar aynı konuda ikinci bir genelge çıkarılmış, bu işlemin iptali istemiyle açılan davada yine iptal kararı verilmiştir. Bu karara karşı temyiz talebinde bulunulmamış ve karar kesinleşmiştir. Menemen Minibüsçüler Odası idare yanında müdahil olarak dahi davaya katılamamış, tamamen dışarıda kalmıştır. AİHM tarafından başvuranın mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakıldığına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

⁸⁰ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2018/4024, K.2019/383, 13/2/2019; Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2015/2243, K.2015/4822, 29/1/2015; Danıştay Onbeşinci Dairesi, E.2018/1565, K.2018/4488, 7/5/2018; Danıştay Altıncı Dairesi, E.2019/13383, K.2019/3324, 30/04/2019; Danıştay Onbirinci Dairesi, E.2016/7925, K.2016/4213, 8/11/2016; Danıştay Beşinci Dairesi, E.2015/1757, K.2015/7553, 7/10/2015; Danıştay Sekizinci Dairesi, E.2018/93100, K.2018/5194006, 6/7/2018; Danıştay Sekizinci Dairesi, E.2019/9806, K.2020/519, 4/2/2020; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E.2015/859, K.2015/769, 11/11/2015; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2018/4551, K.2018/5688, 20/12/2018; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2019/783, K.2019/2453, 20/5/2019; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2019/1947, K.2019/3695, 12/9/2019

temyiz isteminin süresinde yapılmaması durumunda da müdahilin temyiz istemi incelenmemektedir⁸¹. Yine “*Davanın taraflarından olmayan, dava sonucunda hakkında hüküm kurulmayan ve ancak yanında katıldığı tarafa yardımcı olabilen müdahilin yanında davaya katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması durumunda tek başına kanun yollarına başvurmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.*” gerekçesiyle müdahilin kanun yollarına başvuramayacağına karar verilmiştir.

Kararın karşı oyunda ise “*Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye kararında, yargıya erişim hakkı veya diğer bir deyimle hukuk davası açma hakkının, AİHS’nin 6. maddesinin “yargılanma hakkı” ile ilgili birinci fıkrasının yalnızca bir yönünü oluşturduğu, erişim hakkının etkin olabilmesi için, haklarına müdahale edilen bir kimsenin açık ve kesin bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesi ve mahkemece tartışılabilmesi ve incelenmesi gerektiği, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinin mahkemeye erişim hakkını doğrudan etkilediğine işaret etmiştir*⁸².” açıklaması yapılmıştır.

Belirtmek gerekir ki son dönemde müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceğine ilişkin kararlar da verilmektedir. Nitekim Danıştay Altıncı Dairesi ve Danıştay Onuncu Dairesi müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceğine karar vermektedir⁸³. Ancak Danıştay Altıncı Dairesince müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceği kabul edilmesine karşın davalı yanında müdahilin hâkimin reddi isteminin reddine ilişkin bölge idare mahkemesi kararına karşı yapılan temyiz istemini incelenmeksizin reddedilmiştir⁸⁴.

Davalı yanında müdahil tarafından açıklama ve yanlışlığın düzeltilmesinin talep edilmesi de kabul edilmemektedir. Danıştay “*davalı idare tarafından böyle bir istemde bulunulmadığı dikkate alındığında, müdahilin, yanındakatıldığı tarafla birlikte hareket etme koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle, istemin incelenmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu durumda; davalı yanında müdahilin açıklama ve yanlışlığın düzeltilmesi isteminin incelenmeksizin reddine*⁸⁵” karar verilmiş ise de aynı Daire “*davanın konusunun müdahilin*

⁸¹ Danıştay Ondördüncü Dairesi, E.2019/724, K.2019/1462, 27/02/2019

⁸² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2018/4551, K.2018/5688, 15/10/2018.

⁸³ Danıştay Altıncı Dairesi, E.2017/915, K. 2017/2524, 12/4/2017; Danıştay Altıncı Dairesi, E.2017/2261, K.2018/2250, 15/3/2018; Danıştay Onuncu Dairesi, E.2015/11509, K.2019/258, 15/1/2019; Danıştay Onuncu Dairesi, E.2018/5540, K.2020/866, 25/2/2020.

⁸⁴ Danıştay Altıncı Dairesi, E.2019/21516, K.2019/15117, 25/12/2019.

⁸⁵ Danıştay Altıncı Dairesi, E.2019/2331, K.2019/1852, 1/4/2019.

sahip olduğu hak ya da şey olduğu hallerde müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda müdahil tarafından yapılan istinaf başvurusunun da bu kapsamda olduğu görüldüğünden, davanın tarafı olan davalı idarelerce istinaf yoluna başvurulmamış olması nedeniyle tek başına yaptığı istinaf başvurusunun incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davalı yanında yer alan müdahilin istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” gerekçesiyle müdahilin temyiz isteminin inceleyebileceğine karar vermiştir⁸⁶.

Müdahilin yargılamanın yenilenmesi istemi de incelenmemektedir. “Davalı tarafın yargılamanın yenilenmesi yolunda herhangi bir talebi olmadığı hâlde davalı yanında davaya müdahilin yargılamanın yenilenmesi talebinin incelenmesine olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Belirtilen gerekçelerle yargılamanın yenilenmesi talebinin incelenmeksizin reddine” karar verilmiş, karar onanmıştır⁸⁷.

Danıştay davanın ihbarını resen yapmaktadır. Davanın ihbarı konusunda taraflardan birinin talebi olmasa bile ihbarın Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından resen yapılması gerekmektedir. Ayrıca yargılanan işlem olmakla birlikte dava sonucunda verilecek karardan doğrudan etkilenecek kişiye ihbarda bulunulmayıp onun bilgisi dışında ve uyuşmazlığa ilişkin beyanları alınmadan davanın sonuçlandırılması kanunun amir hükmünün ihlali olacağı gibi Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da ihlali sonucunu doğuracaktır⁸⁸.

5. Danıştay İdari Yaptırımlarda Lehe Kanun Uygulamasını Kabul Etmektedir: Hak ihlaline konu olacak bireysel başvuru kapsamında yapılmış bir başvuru olmamasına karşın AİHM kararı uyarınca Anayasa Mahkemesince ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca da dikkate alınan lehe kanun uygulaması hakkında bilgi vermek uygun ve yararlı olacaktır.

İptal davalarında yargılanan idari işlemlerdir. İdari işlemlerin, tesisine sebep olan kanun hükmüne uygun olması gerekmektedir. Sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün geçmişe yönelik olarak idari işlemi sakatlamayacağı açıktır. İdari işlemin tesisinden sonra yürürlüğe giren

⁸⁶ Danıştay Altıncı Dairesi, E.2017/2261, K.2018/2250, 15/3/2018.

⁸⁷ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2017/1005, K.2019/229, 5/2/2019; Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2017/1275, K.2019/227, 5/2/2019.

⁸⁸ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E.2017/2325, K.2018/4505, 27/12/2018.

mevzuat hükmüyle, açıkça belirtilmek suretiyle geçmişe yönelik olarak ancak af niteliğinde düzenleme yapılması mümkündür.

İptal davası bakımından yargısal denetim işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata uygunluğu bakımından yapılırken ceza hukukunun lehe kanun uygulaması önce AİHM kararları ile sonra da Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar üzerine idari yaptırımların yargısal denetiminde uygulama alanına geçmiştir. Danıştay idari para cezalarının yargısal denetiminde ceza hukukunun lehe kanun uygulamasını esas almaktadır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun *"Zaman Bakımından Uygulama"* başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında *"5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir."* hükmüne yer verilmiştir.

5237 sayılı Kanun'un *"Zaman Bakımından Uygulama"* başlıklı 7. maddesinin ikinci fıkrasında ise *"(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."* kuralı yer almıştır.

AİHM, bu ilkenin Avrupa temel şartı da dâhil temel bütün metinlerde tanındığını, artık Avrupa ceza hukuku geleneğinin bir parçası olduğunun kabul edildiğini, hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince hâkimin suç oluşturan eyleme kanun koyucunun orantılı bir ceza olarak belirlediği cezayı vermesinin tutarlı olduğunu, suç işleyene sadece suç işlediği tarihte daha ağır bir ceza öngörüldüğü gerekçesi ile ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini, lehte olan ceza hükmünün geriye yürütmesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğunu, buna göre eğer suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise hâkimin sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirtmiştir⁸⁹.

⁸⁹ AİHM, *Scoppola/İtalya* No. 2, B. No: 10249/03, 17/9/2009; Yargıtaya göre de ceza yargılaması bakımından lehe kanun uygulaması olması gerektiği gibi değerlendirilmektedir. *"5237 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca; sonradan yürürlüğe giren yasanın, bir fiili suç olmaktan çıkarması, suçun unsurlarında veya diğer cezalandırılabilme şartlarında, bu suçtan*

Lehe kanun uygulaması için ortada ceza hukuku anlamında bir suç veya cezanın bulunması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kabahatin suç niteliğinde olduğu saptamasını yapmakta ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca lehe kanun hükmünün uygulanmasını kabul etmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5/(1). maddesinin yaptığı yollama ile Türk Ceza Kanunu'nun *"Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."* kuralı uyarınca idari yaptırımlar hakkında da lehe kanun uygulaması yargı kararları ile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Nitekim Danıştay *"...İdari yaptırımlar bakımından ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği⁹⁰..."* ne karar vermekte, yine *"Ceza hukuku kökenli bir ilke olan lehe olan hükmün uygulanması, işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiil sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunuyorsa veya sonradan yürürlüğe giren düzenleme suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehinde ise, sonraki normun daha önce işlenmiş olan fillere uygulanmasını öngörmektedir⁹¹."* şeklinde açıklama yapmaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bireysel başvuru yolunun kabulüyle birlikte yargı bakımından hem yargılama süreçlerinde hem de yargılama sonucunda verilecek karar ile herhangi bir hak ihlaline neden olmamak bir gerekliliğin ötesinde artık anayasal bir zorunluluk hâline gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararları ile hak ve özgürlüklerin somut hayata yansımaları ve korunmasını sağlamak suretiyle bireylerin devlete güven duygusunun gelişmesine ve aidiyet bağının güçlenmesine katkı vermektedir. Ayrıca hak ihlali kararları toplumsal birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak bakımından da önemli işlev görmektedir.

dolayı mahkûmiyetin yasal neticelerinde, ceza ve hatta güvenlik tedbirlerinde değişiklik yapması ve bu değişikliğin failin lehine sonuç vermesi durumunda, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar hakkında da uygulanması gerekecektir. Bu değişiklik, kesinleşmiş ancak infazı henüz tamamlanmamış hükümler ile infazı tamamlanmış hükümler bakımından da söz konusudur." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/5-74, K.2011/147, 28/6/2011; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2008/5-220, K.2009/28, 17/2/2009

⁹⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2015/4256, K.2017/2345, 29/5/2017

⁹¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2014/5191, K.2016/211, 10/2/2016

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve AİHS'te öngörülen hak ve özgürlüklerin ulusal düzeyde daha iyi güvence altına alınmasının sağlanması yanında yargılama yetkisini kullanan hâkim, savcı ve avukatların temel hakların uygulanması konusundaki duyarlılıkları gelişmiştir.

Yine yargı organının Avrupa kurumlarıyla iş birliğinin geliştirilmesi sağlanmış ve temel hakların uygulanması konusundaki duyarlılığın artırılmasında bireysel başvuru yolu etkili olmuştur.

Belirtmek gerekir ki Anayasa, hâkimlerin uygun karar vermeleri gereken hukuku sadece iç hukuk olarak değil uluslararası hukukun da buna dâhil olduğu şeklinde düzenlemiştir. Nitekim Anayasa'nın 90/(son) maddesinde öngörülen şekilde hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olması hâlinde bu sözleşmelerde düzenlenen organın kararlarına uygun davranılması zorunluluk taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesinin derece mahkemeleri üzerinde sadece yol gösterici nitelikte değil aynı zamanda uyulması zorunlu mahiyetteki kararları ile Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin bir sonucu olarak devlet yapısının dengesinin korunması ve kuvvetler ayrılığının gereği olarak demokratik sistemin sürdürülmesine katkı sağlayacaktır. Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının getirilmesi, ulusal düzeyde etkili şekilde insan haklarının korunmasında çok önemli bir işlev görmektedir.

Danıştay, benzer olaylarda verilen ihlal kararlarının diğer kararlara etkisine ilişkin yaptığı yorumda anayasal ve yasal düzenlemelerde bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince hak ihlalinin bulunduğu belirtilerek yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda bu karara uyulmasını zorunluluk olarak nitelemektedir.

Yine Danıştay, benzer davalarda ihlal kararına uyulmasını zorunlu kılan yasal bir düzenleme bulunmadığı hâlde Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiğini tespit eden hak ihlali kararlarının tarafları, konusu ve sebepleri farklı olan diğer davalarda da göz önünde bulundurmaktadır. Bunu Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralını da içeren ve Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesi ile evrensel hukuk kurallarına uygun davranmakla açıklamaktadır.

Anayasa yargısının bireysel başvurulara ilişkin işleviyle haklar, somut hayatta karşılık bulmaktadır. Dolayısıyla haklara ilişkin anayasal düzenlemeler genel norm olmalarının yanı sıra artık doğrudan uygulanması gereken kurallar hâline dönüşmüştür.

Bireysel başvuru hakkına ilişkin bir sistem etkili şekilde işlediğinde iki önemli sonuç ortaya çıkarmıştır. Öncelikle tüm yargı kurumlarının Anayasa Mahkemesi içtihadını takip etmesinin sağlanması ve AİHM'e başvuru sayısının azalması için Anayasa Mahkemesinin de hak ve özgürlükleri koruyucu nitelikte ve hukuk uygulamasını etkili bir şekilde yapması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ALPTEKİN, Duygu (2011). *Toplumsal Aidiyet ve Gençlik: Üniversite Gençliğinin Aidiyeti Üzerine Sosyolojik Bir Araştırma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- DOĞRU, Osman (2013). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- KANADOĞLU, Korkut (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası-Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- ÖZBAY, İbrahim ve Kaya, Seyithan (2019). "6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. Maddesinin İkinci Fıkrasında Düzenlenen Yargılamanın İadesi Sebebi Üzerine Düşünceler", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Ankara, Yıl: 6, S. 1, ss. 41-96.
- SABUNCU, M. Yavuz ve Arnwine-Esen, Selin (2004). "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, C. 21. ss. 229-246.



KÖTÜ MUAMELE YASAĞININ KAPSAMI VE İKİNCİLLİK İLKESİ

Scope of the Prohibition of ill-Treatment and the Principle of Subsidiarity

Hasan MUTAF*

Özet

Bu makalede, Anayasa'nın 17. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde düzenlenen kötü muamele yasağı, daha genel bir çerçevede de Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının ilk derece mahkemeleri tarafından uygulanması konusu işlenmektedir.

Kötü muamele yasağı başlığı altında, uygulama kıstasları arasında sayılabilecek olan "savunulabilir iddia", "ispat külfeti" ve "asgari seviye" konuları açıklanmakta, ardından mağdur sıfatına ilişkin bir incelemeyle giriş yapılmaktadır.

İkinci bölümde, devletin yükümlülükleri hakkında kısa bir bilgiden sonra, "zor kullanma", "tutulma koşulları", "tutuklu ve mahkûmların sağlık durumları" ile "sınır dışı ve iade hâlinde, geri gönderilen ülkede kötü muameleye maruz kalma riski" ve nihayet, "devletin usule ilişkin yükümlülükleri" hakkında, her iki yüksek mahkemenin içtihatlarına atıfla bilgi verilmektedir.

Son bölüm, Mahkemenin reform süreci ile ilgili deklarasyonların ana konusu olan "Sözleşme'nin iç hukukta uygulanması" hususuna ayrılmış, yargı sistemimizde son dönemde gerçekleştirilen iyileştirmelerin birkaçına yer verilmiştir. Bunun yanı sıra kişilerin haklarına daha erken kavuşmalarını, ayrıca Anayasa Mahkemesinin iş yükünün de azaltılmasını sağlamak üzere ilk derece mahkemelerinin içtihadı doğrudan uygulamasının önemine işaret edilmiştir.

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Raportörü, Hasan.Mutaf@echr.coe.int., ORCID ID: 0000-0002-3668-4657.

Metinde yer alan görüşler yazarın kendisine aittir. Bu görüşlerin, çalıştığı kurum açısından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

AIHM kaynaklarında (HUDOC) daha derin araştırma yapmak isteyen okuyucunun içtihat taramasını kolaylaştırmak amacıyla bazı terimlerin İngilizce ve Fransızca karşılıkları dipnotlarda verilmektedir.

Anahtar kelimeler : kötü muamele, asgari seviye, güç kullanımı, tutulma koşulları, sözleşme'nin uygulanması

Kısaltmalar

AIHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM : Anayasa Mahkemesi

BD : AIHM Büyük Dairesi

GK : AYM Genel Kurulu

k.e. : kabul edilebilirlik hakkında karar

vd. : ve diğerleri

§ : paragraf numarası

Abstract

This article aims first to provide information on the case-law of the Turkish Constitutional Court (“TCC”) and the European Court of Human Rights (“ECtHR”) regarding the prohibition of ill-treatment, governed by Article 17 of the Constitution of the Republic of Turkey and Article 3 of the European Convention on Human Rights. On a more general perspective, particular attention is brought to the implementation of the case-law of both high Courts, by the courts of first instance.

Under the heading “Prohibition of ill-treatment”, key terminology such as “arguable claim”, “the burden of proof”, “minimum level of severity” and “victim status” are explained.

In the second section, after a brief presentation of the States’ obligations, some of the main topics within the framework of the prohibition of ill-treatment, such as “the use of force”, “conditions of detention”, “health issues related to detainees”, and the “risk of ill-treatment in case of extradition or expulsion” are explained with references to the case-law of TCC and ECtHR.

The last section is devoted to “the implementation of the Convention in domestic law”, which is the common subject of the high-level conferences held during the reform process of the ECtHR, and some of the recent improvements in the Turkish judicial system. Emphasis is given on the importance of the application of the case-law by the courts of first instance in order, not only to enable individuals to have their rights recognised at an earlier stage, but also to reduce the workload of the TCC.

The English and French equivalents of some keywords are given in the footnotes in order to provide a starting point to the reader who wishes to do extensive research in ECtHR database (HUDOC).

Keywords: ill-treatment, minimum level of, severity, use of force, conditions of detention, implementation

I. KÖTÜ MUAMELE YASAĞI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Anayasa'nın 90. maddesiyle hukukumuzda doğrudan uygulanma imkânı bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme), temel hak ve hürriyetleri, Protokoller hariç toplam 13 hükümle düzenlemiş olsa da hayatın her alanına dokunabilmektedir. Bu sebeple Sözleşme hükümlerinin lafzından ziyade kapsadığı alanların somutlaştırılarak anlatılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin reformuna ilişkin deklarasyonlara¹ uygun bir şekilde, AİHS'nin iç hukukta daha etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayabilir.

Sözleşme'nin kapsamına fiiliyatta hangi konuların girebildiği hususundaki farkındalığın artırılması ve Sözleşme'nin ilk derece mahkemeleri tarafından uygulanması, ilgililerin haklarına bir an önce kavuşmalarını sağlayacaktır. Bu şekilde, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) getirilen davaların sayısı azaltılabilecek, her iki yüksek mahkemenin “ilke belirleyici” görevini daha etkili bir şekilde yerine getirmeleri de bu sayede kolaylaşabilecektir.

Bu yazıda, AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen kötü muamele yasağının kapsamına giren belli başlı konulara dikkat çekmek ve yargı mensuplarının önlerine gelen davalarda AYM ve AİHM içtihatlarını doğrudan uygulayabilmesine katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.

Gerçekten AİHS'in 3. maddesinin kapsamı, güvenlik kuvvetlerine atfedilen eylemlerden ve alışılagelmiş “işkence” veya “kötü muamele” tarifinden çok daha geniştir. Örneğin hapisanede mahkûm nüfusunun yoğunluğu sebebiyle doğan problemler veya bunun tam aksine tecrit veya hücre cezası “kötü muamele” konusuna girebilmektedir. Bunun yanı sıra yakalama veya nakil sırasında güç kullanımı, sınır dışı ve iade hâlinde ilgilinin gönderileceği ülkede maruz kalabileceği riskler, tutuklu veya mahkûmun sağlık durumunun hapiste tutulmaya elverişli olup olmaması, kelepçe uygulaması, çıplak arama, aile içi şiddet ve özel kişiler arasındaki şiddet olayları yine bu hüküm altında incelenmiştir. Esasen bu konular çok daha geniş bir biçimde AYM ve AİHM'in yayınlarında da anlatılmaktadır².

¹ <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=>

² Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/kitaplar-ve-sunumlar/> ; <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/bireysel-basvuru-el-kitaplar/> ; <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets/turkish>

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 3. MADDESİNİN METNİ

İşkence yasağı

“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

Sözleşme'nin 3. maddesi en kısa biçimde yazılmış ve demokratik toplumların en temel değerlerinden birini düzenleyen hükmüdür. Hak düzenlemekten ziyade bir yasak getiren bu hüküm, Sözleşmeciler devletlere, hâkimiyet alanlarında bulunan kişilere karşı kötü muamelede bulunmama yükümlülüğünü, bunun yanı sıra kişileri kötü muameleden koruma yükümlülüğünü getirmektedir. Bu düzenleme, gerçek kişilerin fiziki ve manevi bütünlüğünü korumayı amaçlar ve Sözleşme'deki birçok maddenin aksine -içtihatla geliştiren gerekli ve orantılı güç kullanımı halleri dışında- hiçbir istisna içermez. Esasen AİHM içtihatlarına göre terörle mücadele, organize suçlarla mücadele veya çocuk kaçırma gibi olağanüstü hallerde bile 3. madde yasağına istisna getirilemez³. Bir çocuğu kaçıran ve saklayan şüphelinin, polis tarafından çocuğun bulunduğu yeri söyletme amacıyla “işkenceyle tehdit edilmesi” konusunu içeren Gaefgen/Almanya⁴ kararının 107. paragrafında Mahkeme şu ifadeyi kullanmıştır:

“3. maddedeki hakkın mutlak niteliğinin ardında yatan ilke, ilgilinin davranışları veya kendisine isnat edilen suçun niteliği ne olursa olsun hiçbir istisna tanımaz, hiçbir açıklayıcı unsura ve hiçbir şekilde iki değer kıyaslanması işlemine imkân vermez.”

Bu açıklamaya ve mutlak ifadeye rağmen, güvenlik kuvvetlerinin, ilgilinin davranışları sebebiyle zor kullanmaya mecbur kaldıkları hâllerde AİHM, Sözleşme'nin yaşam hakkına ilişkin ilkelerini uygulamış ve bu gücün gerekli ve orantılı olup olmadığı yönünde inceleme yapmıştır. Güç kullanımı konusu işlenirken bu konuya tekrar değinilecektir.

³ Mocanu vd. / Romanya, B. No: 10865/09, 17/09/2014, § 315; El-Masri / Makedonya, B. No: 39630/09, 13/12/2012, § 195; Gaefgen / Almanya [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, § 87; Labita / İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 119; Selmouni / Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 95.

⁴ Gaefgen / Almanya, § 131.

1. Tanımlar ve Genel İlkeler

a. Savunulabilir İddia⁵, İspat Külfeti⁶ ve 3. Maddenin Uygulanması İçin Aranılan Asgari Seviye⁷

İç hukuk yollarının tüketilmesi, dava süresine riayet edilmesi gibi klasik kabul edilebilirlik kıstasları bir kenara bırakılırsa ilk inceleme aşamasında, başvurunun kötü muamele iddiasının “savunulabilir” nitelikte olması yani birtakım deliller ve olgularla destekleniyor olması gerekmektedir. Bundan başka şikâyetin somut detaylar içermesi yani kötü muamelenin yapıldığı zaman, mekân ve işleniş biçimi hakkında açıklamalar getirmesi, ayrıca bu açıklamaların delillerle uyumlu olması gerekmektedir⁸; aksi hâlde başvuru temelden yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilecektir.

Çok basit örnekler olarak gözaltından çıkış raporunun doğru olmadığını iddia eden başvurunun, tutuklanmışsa herhangi bir engeli olmamasına rağmen iddialarını destekleyen bir rapor talebinde bulunmaması⁹ veya serbest bırakılmışsa kısa bir zaman dilimi içerisinde bir rapor edinmemesi¹⁰ gibi hâller gösterilebilir¹¹.

AIHM bu konuda, “makul her türlü şüpheden uzak delil”¹² kıstasını kullanmaktadır. Bununla birlikte, çıtayı çok yüksek tutan bu kıstasa, birbirini destekleyen unsurlar ve çıkarımlarla da ulaşılabileceğini kabul etmektedir¹³. Ancak başvuru devletın gözetim ve denetimi altında bulunduğı bir sırada vücudunda yaralar oluşmuşsa devletın, söz konusu yaraların kendi hatasından kaynaklanmadığını¹⁴, mesela “başvurucunun

⁵ Arguable complaint; Grief défendable.

⁶ Burden of proof; Charge de la preuve.

⁷ Minimum level of severity/Threshold of severity; Seuil de gravité.

⁸ Bouyid / Belçika, B. No: 23380/09, 28/9/2015, § 82; Dikme / Türkiye, B. No: 20869/92, 11/7/2000, §§ 78-85.

⁹ Turan Talay / Türkiye (k.e.), B. No: 45909/99, 10/6/2003; Fırat Koç / Türkiye (k.e.), B. No: 24937/94, 14/11/2000.

¹⁰ Coşar / Türkiye, B. No: 22568/05, 26/3/2013. Bu davada, gözaltından çıktıktan iki gün sonra alınan rapor, yara tespit etmesine rağmen esastan ihlal sebebi olarak görülmemiştir çünkü yaranın oluştuğı tarihe ilişkin bir bilgi yoktur ve gözaltı raporları darp cebir izi olmadığını belirtmektedir. Fakat bu davada usul yükümlülükleri bakımından ihlal kararı verilmiştir çünkü raporlar arasındaki söz konusu çelişkiye rağmen ek rapor talep edilmemiş ve polisler sorgulanmamıştır.

¹¹ Anayasa Mahkemesinin ispat külfeti ve delil meselelerini işlediğı kararlara örnek olarak Hamdiye Aslan (B. No: 2013/2015, 4/11/2015, §§ 92 ve 106) ve Hıdır Öztürk ve Dilif Öztürk (B. No: 2013/7832, 21/4/2016, §§ 105, 107 ve 174) kararları verilebilir.

¹² Beyond reasonable doubt; Au-delà de tout doute raisonnable.

¹³ Bouyid / Belçika, § 82.

¹⁴ Bouyid / Belçika, § 83.

davranışları sebebiyle aleyhine orantılı bir güç kullanılmış olması” gibi makul bir gerekçeyle dayandığını ispatlaması gerekmektedir. Bununla birlikte böyle bir durumda bile ilk ispat külfetinin başvuruçunun üzerinde olduğu söylenebilir zira başvuruçunun aktif bir tutum göstermeli, herhangi bir şekilde ilgili makamların önünde (ifade, dilekçe), şikâyet ettiği durumu somut olarak dile getirerek olayların varlığı hakkında yetkili makamları işlem yapmaya -olumsuz da olsa en azından kendisine cevap vermeye- sevk etmelidir. Bu durum, başvuruçunun açısından iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesine uymanın gereği olduğu kadar, devlet açısından da yaşam hakkı ve işkence yasağı çerçevesinde ortaya çıkan etkili soruşturma yükümlülüğüne riayet etmenin gereğiyle uyumludur. Unutulmaması gereken husus ise ihlalin söz konusu olduğu durumlarda, ilk derece mahkemelerinin bu ihlali gidermek üzere işlem yapmalarının da bu şekilde sağlanabileceğidir.

Kötü muamele iddiası hakkında etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü, iddianın “savunulabilir” olması hâlinde ortaya çıkacağından¹⁵ şikâyetin temelden yoksun bulunması durumunda (esas bakımından inceleme) iç hukukta etkili bir soruşturma yürütülmemiş olması (usul yükümlülükleri bakımından inceleme) bir eksiklik oluşturmayacaktır, meğerki soruşturmadaki eksiklik, şikâyet konusu olayların ortaya çıkmasına engel olacak seviyede olsun¹⁶.

Mahkeme, iddianın savunulabilir olduğunu düşünmüşse başvuruçunun maddi ve manevi bütünlüğüyle ilgili olarak 3. maddenin uygulanması için gerekli gördüğü seviyenin aşıp aşılmadığı incelemesini yapmaktadır. Bu husus, mesela kişinin vücudunda tespit edilen yaraların sayısı ve niteliği ile veya maruz kaldığı herhangi bir durumun rencide edici olup olmaması haliyle ilgili olabilir. Bu son duruma, kelepçe uygulamasının kişiyi rencide etme maksatlı olarak, ifşa gayesi güdülerek yapılmış olması hâli¹⁷ veya hapisanede kişi başına düşen alanın yetersiz olması hâli¹⁸ örnek olarak gösterilebilir.

¹⁵ Öcalan / Türkiye (k.e.), B. No: 12261/10, 4/9/2018, §§ 34-35; Maļinovskis / Letonya (k.e.), B. No: 48435/07, 4/3/2014, § 53; Bazjaks / Letonya, B. No: 71572/01, 19/10/2010, § 79.

¹⁶ Döndü Erdoğan / Türkiye, B. No: 32505/02, 23/3/2010, §§ 48-58; Danelia / Gürcistan, B. No: 68622/01, 17/10/2006, §§ 42-65. Bu davalarda, delil yokluğu, soruşturmanın düzgün yürütülmemiş olması sebebiyle devlete atfedilmiştir.

¹⁷ Raninen / Finlandiya, B. No: 20972/92, 16/12/1997, § 55 (İhlal olmadığı yönünde karar verilmiştir.).

¹⁸ Mursic / Hırvatistan [BD], B. No: 7334/13, 20/10/2016, § 91 ve devamı.

Savunulabilir bir iddia olmaması veya 3. maddenin uygulanması için aranan seviyeye ulaşılmamış olması hâllerinde dava temelden yoksun olması sebebiyle reddedilmektedir¹⁹. 3. madde kapsamına girmediği ilk bakışta varsayılan hâllerde de Mahkeme, “konu bakımından yetkisizlik”²⁰ kararından ziyade, kötü muamele iddiasına konu edilen durumun 3. maddenin uygulanması için aranan seviyeye erişmediği gerekçesini tercih ediyor görünmektedir. Örneğin emekli maaşının insanca yaşamaya yeterli olmadığı yönünde bir şikâyeti dile getiren başvurucunun davasında Mahkeme bu yolu tercih etmiş ve şikâyetin anılan son gerekçeyle temelden yoksun olduğuna karar vermiştir²¹.

Mahkeme söz konusu “seviye” veya “eşik” incelemesini yaparken eylemin süresi, eylemin mağdur üzerindeki maddi ve manevi etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi kıstaslara bakmaktadır²². Aynı kıstaslar, gerekli olduğunda işkence ve kötü muamele ayrımı için de kullanılmaktadır. Esas itibarıyla bu kıstaslar 3. maddeyi ilgilendiren hemen hemen her davada ele alınmakta ve genel prensip olarak tekrar edilmektedir.

AIHM’in eylem veya durumun kötü muamele seviyesine erişmediği yönünde verdiği kararlara birkaç örnek şu şekilde sıralanabilir:

- ihtiyar bir adamın, mülkiyeti kendisine verilen bir eve ilişkin kararın uzun süre icra edilmemesine yönelik şikâyeti²³,
- polisin sarhoşluk ve saldırganlık sebebiyle aleyhine zor kullandığı kişinin elinde küçük yaralar oluşması sebebiyle yaptığı şikâyet²⁴,
- kaçma riski yüksek görülen tehlikeli bir mahkûmun dönemsel olarak yerinin değiştirilmesine ilişkin şikâyeti²⁵,
- geri gönderme merkezinde on ay süreyle tutulan kişinin salt bu duruma ilişkin şikâyeti²⁶,

¹⁹ “Temelden yoksun olma” gerekçesi dışındaki kabul edilmezlik kıstasları bu yazıda incelenmeyecektir.

²⁰ “Incompatibility ratione materiae”. Hapis cezasının uzunluğu sebebiyle verilen çok eski bir kabul edilmezlik kararında böyle bir gerekçeye rastlanmaktadır (X / İngiltere, AIH Komisyonu kararı, B. No: 5871/72, 30/09/1974).

²¹ Budina / Rusya (k.e.), B. No: 45603/05, 18/06/2009.

²² Bouyid / Belçika, § 86; Mursic / Hırvatistan, § 97.

²³ Popov / Moldova (no. 1), B. No: 74153/01, 18/1/2005, §§ 26-28.

²⁴ Stefan Iliev / Bulgaristan, B. No: 53121/99, 10/5/2007, §§ 40-45. Bununla birlikte bu davada, güç kullanımının gerekli olup olmadığı konusunda etkili bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle usul açısından ihlal kararı verilmiştir.

²⁵ Payet / Fransa, B. No: 19606/08, 20/01/2011, §§ 57-64.

²⁶ Ntumba Kabongo / Belçika (k.e.), B. No: 52467/99, 2/6/2005.

- şüpheliye birtakım fotoğrafların gösterilmesi ve seslerin dinletilmesi, kendisiyle yakınlık kurulması vs. gibi yöntemler kullanılarak ileri psikolojik taktik uygulamalarıyla yapılan bir sorgulama tekniğine ilişkin şikâyet²⁷,
- tehlikeli bir şüphelinin kelepçelenmesi, ayaklarının bağlanması ve başına çuval geçirilmesi ve bu hâlde iki saat tutulmasına yönelik şikâyet²⁸.

Delillerin “makul her türlü şüpheden uzak” bir şekilde kötü muameleyi ortaya koyduğunun kabul edilmediği davalara örnekler ise şu şekilde verilebilir:

- Bulgaristan’a karşı açılan bir davada, 14 yaşındaki bir çocuğun suç şüphesiyle yakalanması ve daha karakola götürülmeden babası tarafından görgü tanıkları önünde dövülmesi söz konusu olmuştur. Ancak daha sonra hem çocuk hem de çocuğun babası, gözaltında polis dayacağı olduğu yönünde şikâyetle bulunmuşlardır. Mahkeme, çocuğun vücudunda, gözaltından çıktıktan iki gün sonra alınan doktor raporunda yara tespit edilmiş olmasına rağmen bu yaranın polis tarafından yapıldığının makul her türlü şüpheden uzak bir şekilde ispatlanamadığına karar vermiştir²⁹.
- İtalya’ya karşı açılan bir davada, hapisshanede kötü muameleye maruz kaldığını iddia eden kişi hakkında, herhangi bir delil bulunmadığı gerekçesiyle ihlal olmadığı yönünde karar verilmiştir. Bu kararın önemi, uluslararası bir sivil toplum örgütünün bu hapisshanede kötü muamele yapıldığına ilişkin raporuna ve bir yerel hâkimin aynı hapisshanede keşifte bulunarak bazı mahkûmların kötü muameleye maruz kaldığına ilişkin tespitler yapmış olmasına rağmen AİHM’in, başvuruyla ilgili olarak somut delil bulunmamasını kararına gerekçe yapmasıdır³⁰.
- Türkiye’yle ilgili bir davada da ölen kişinin gözaltında bulunduğu sırada işkence gördüğü iddiası hakkında, ceset üzerinde sonradan yapılan incelemelerin kesin bulgular belirtmemesi sebebiyle delil yetersizliğine

²⁷ Ebbinge / Hollanda (k.e.), B. No: 47240/99, 14/3/2000.

²⁸ Portmann / İsviçre, B. No: 38455/06, 11/10/2011.

²⁹ Assenov / Bulgaristan, B. No: 24760/94, 28/10/1998, §§ 96-100.

³⁰ Indelicato / İtalya, B. No: 31143/96, 18/10/2001, §§ 34-35.

karar verilmiştir³¹. Başka bir davada, polise taş ve sopalarla saldıran göstericilerin vücudunda tespit edilen yaraların makul her türlü şüpheden uzak bir şekilde, polis tarafından yakalama işlemi sırasında aşırı güç kullanımı sebebiyle oluştuğunun ortaya konamadığı gerekçesiyle esas bakımından ihlal olmadığına karar verilmiştir³².

b. İşkence

Birtakım eylemlerin işkence olarak kabul edilmesi için gerekli unsurlar, söz konusu eylemlerin işlenmesindeki kasıt, eylemlerin uygulanmasındaki yoğunluk ve mağdurun büyük acı ve eziyet çekmesi hâlidir. Kasıt unsurunun içerisinde, sadece fiildeki kasıt değil bilgi elde etme, cezalandırma veya korkutma gibi amaçlar da sayılmıştır³³.

AIHM'in işkence olarak nitelediği durumlara örnekler şu şekilde verilebilir:

- yakalama esnasında kaba dayak, ayakta bekletme, hakaret³⁴,
- saç çekme, koşturup çelme takma, erkek cinsel organı gösterilip taciz etme, şırına ve kaynak makinasıyla tehdit³⁵,
- elektrik verme, ıslatma, dayak, mağdurun çocuğuna yönelik tehditler³⁶,
- “Filistin askısı”³⁷,
- askı, falaka, şiddet, tehdit³⁸.

Mutlak yasak niteliği itibarıyla “gözetim işkence” konusundaki ilkelerin açıklanması çerçevesinde söylenecek fazla bir şey bulunmamaktadır. Bu sebeple, takip eden bölümlerde, bu konuda “Hükmün esasına ilişkin konular” kısmında ayrıca inceleme yapılmayacak, bu bölümde iki ilke kararına değinilmesiyle yetinilecektir.

³¹ Tanlı / Türkiye, B. No: 26129/95, 10/4/2001, §§ 158-160. Bununla birlikte bu kararda yaşam hakkıyla ilgili olarak hem esastan hem usulden ihlal kararı verildiği unutulmamalıdır (§§ 143-147 ve 150-154).

³² Nasrettin Aslan ve Zeki Aslan / Türkiye, B. No: 17850/11, 30/9/2016, §§ 44-49.

³³ Akkoç / Türkiye, B. No: 22947/93, 10/10/2000, § 115; İrlanda / İngiltere (devlet başvurusu - esas hakkında karar), B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167.

³⁴ Azzolina vd. / İtalya, B. No: 28923/09, 26/10/2017, §§ 127-137.

³⁵ Selmouni / Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, §§ 103-105.

³⁶ Akkoç / Türkiye, §§ 116-117.

³⁷ Aksoy / Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 64.

³⁸ Batı vd. / Türkiye, B. No: 33097/96, 3/9/2004, § 114-123.

Bu kararlardan ilki olan Azzolina vd./İtalya kararı, yakın tarihli olması ve işkence denince ilk akla gelen fiillerden ziyade kaba dayak, uzun süre ayakta bekletme ve hakaret gibi fiillerin toplu olarak değerlendirilip olayda işkence seviyesine erişildiği yönünde yorum yapılmış olması sebebiyle büyük önem arz etmektedir³⁹. Bu yönü itibarıyla anılan karar, diğer bir ilke kararı olan İrlanda/İngiltere kararındaki değerlendirmeye kıyasla bir ilerleme göstergesidir. Gerçekten İrlanda kararında, “beş teknik” olarak adlandırılan ve sorgulamada kullanılan ağır eylemler (ayakta duvara dönük bir şekilde parmak uçlarında bekletmek, kafaya çuval geçirmek, gürültüye maruz bırakmak, uykusuz ve aç bırakmak), karar tarihi olan 1978’de “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” olarak nitelendirilmiştir. Oysa bu fiiller, toplu olarak değerlendirildiklerinde 2017 tarihli Azzolina/İtalya kararına göre eşit veya daha ağır nitelikte görünmektedir. Bu durumda Mahkeme’nin işkence olarak kabul ettiği eylemler bakımından koruma alanını genişlettiği söylenebilir.

Bu durum, Mahkemenin sözleşmeyi güncel olarak yorumlaması ilkesi ve 3. maddeye ilişkin değerlendirmesini “gelişmeye açık” görmesi gerekçeleriyle açıklanabilir. AİHM’in tabiriyle Sözleşme, “yaşayan bir belge” olduğu için mutlak olmayan işkence ve kötü muamele ayrımı, “zamanla değişebilir” ve geçmişte kötü muamele olarak kabul edilmiş birtakım eylemler, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasında sürekli yükselen kıstaslar aranması gereğinden hareketle daha sıkı bir değerlendirmeye tabi tutulup işkence olarak kabul edilebilir.

Bu itibarla Türk yargı makamlarının, Azzolina kararındaki yaklaşımın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 94 (işkence), 95 (neticesi itibarıyla ağırlaştırılmış işkence) ve 96. (eziyet) maddelerinin uygulanması bakımından yeni sınırlar çizip çizmediğini tartışması faydalı olabilir.

Bu konuda, İrlanda’nın yakın tarihli bir talebine de değinmekte yarar bulunmaktadır. 2014 yılında İrlanda, 1978 tarihli İrlanda/İngiltere kararı hakkında, o tarihte Mahkemenin bilgisi dâhilinde olmayan ve mağdurların psikolojisi üzerinde uzun vadede ortaya çıkabilecek olan yeni bulgular olduğunu iddia etmiştir. İrlanda, bu bulguların “beş teknik” uygulamasının “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” olarak değil “işkence” olarak nitelenmesini sağlayacağı gerekçesiyle AİHM İçtüzüğü’nün 80. maddesi uyarınca karar düzeltme talebinde

³⁹ Azzolina vd. / İtalya, §§ 128-137.

bulunmuştur. Ancak bu talep, söz konusu unsurların, Mahkemenin 1978'deki esas davada bilgisi dâhilinde olmayan yeni hususlar içermediği şeklinde teknik bir gerekçeyle reddedilmiştir⁴⁰.

c. İnsanlık Dışı Muamele/Ceza, Aşağılayıcı Muamele/Ceza

İşkence olarak kabul edilmeyen, işkence seviyesine erişmeyen eylemler veya durumlar, insanlık dışı muamele veya aşağılayıcı muamele (veya ceza) olarak değerlendirilecektir.

Esas itibarıyla işkence seviyesine erişmemekle birlikte mağdurda yine fiziki acıya sebebiyet veren⁴¹ veya korku, endişe ve aşağılanma duygusu uyandırıp psikolojik acı oluşturan eylemler veya durumlar bu kapsama girer. Bu kategorinin en bilinen hâli yakalama sırasında güvenlik güçleri tarafından fiziki güç kullanılmasıdır ve bu durum, niteliği itibarıyla gereklilik ve orantılılık incelemesi yapılmasını gerektirir.

En düşük seviyedeki “kötü muamele” değerlendirmelerine örnek aramak için Bouyid/Belçika⁴² ve Gaefgen/Almanya⁴³ kararlarına bakmak faydalı olabilir. Bu kararlarda, sırasıyla aşağılayıcı niteliği sebebiyle tokat, mağdur bakımından inandırıcılığı sebebiyle de “işkence etme tehdidi” kötü muamele sayılmış ve her iki konuda ihlale karar verilmiştir.

Şüphelinin yuttuğu kokain paketini kusturmak maksadıyla zorla ilaç verme işlemi⁴⁴, köy yakma⁴⁵, sağlık problemi olan mahkûmun hastane yatağına kelepçelenmesi⁴⁶, oğlunun kaybolması ve cesedinin bulunmaması sebebiyle bir babanın çektiği acı⁴⁷ ve yukarıda anılan “işkence etme tehdidi”, AİHM tarafından “insanlık dışı muamele” olarak nitelendirilmiştir.

Hücre cezasına çarptırılan mahkûmun saçlarının kazınması⁴⁸, açlık grevi

⁴⁰ İrlanda / İngiltere (devlet başvurusu - karar düzeltme talebi hakkında karar), B. No: 5310/71, 20/3/2018, §§ 136-137.

⁴¹ AİHM'in bu konuda “muamelenin doğurduğu acının yoğunluğu” ifadesini kullandığı görülmektedir (“intensity of the suffering inflicted” veya “suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood”), İrlanda / İngiltere (esas hakkında karar), § 167.

⁴² Bouyid / Belçika, § 103.

⁴³ Gaefgen / Almanya, §§ 94-108.

⁴⁴ Jalloh / Almanya [BD], B. No: 54810/00, 11/7/2006, §§ 69-82.

⁴⁵ Selçuk ve Asker / Türkiye, B. No: 23184/94, 24/4/1998, §§ 74 ve 77-79.

⁴⁶ Henaf / Fransa, B. No: 65436/01, 27/11/2003, §§ 48-60.

⁴⁷ İpek / Türkiye, B. No: 25760/94, 17/2/2004, §§ 181-183.

⁴⁸ Yankov / Bulgaristan, B. No: 39084/97, 11/12/2003, §§ 112-120.

yapan hasta mahkûmun zorla beslenmesi⁴⁹, ağır sakatlığı olan mahkûmun uygun koşullarda tutulmaması⁵⁰, başvurucunun evinde yakalanması esnasında gerekliliği ortaya konulamayan çıplak arama⁵¹, hapisshane, gerekliliği ortaya konulamayan haftalık çıplak arama⁵² “aşağılayıcı muamele”; sopa cezası⁵³ “aşağılayıcı ceza” olarak vasıflandırılmıştır.

Yukarıda anılan İrlanda/İngiltere davasındaki eylemler ile, sağlık problemleri olan mahkûmun içinde bulunduğu fiziki şartlar ve kendisine sağlanan tedavinin yetersizliği⁵⁴ hem “insanlık dışı” hem “aşağılayıcı” muamele olarak değerlendirilmiştir.

AIHM’in bu şekilde ayrıma gitmeyip “kötü muamele”⁵⁵ ibaresini kullanmakla yetindiği de görülmektedir.

2. Kapsam

a. Doğrudan Mağdur

AIHS’in 3. maddesi, kişinin maddi ve manevi bütünlüğüyle ilgili bir düzenleme olduğu için sadece gerçek kişilere uygulanabilir. Mağdur, devleti temsil eden kişi ve kurumların faaliyetleri sebebiyle veya bunların atıl kalması sebebiyle maddi veya manevi bütünlüğüne zarar verildiğini ortaya koyabilmelidir.

Prensip itibarıyla Mahkeme, başvurucunun davasını geçerli bir şekilde kendisine sunmasından sonra ölmesi hâlinde, davayı mirasçılarının devam ettirebileceğine karar vermektedir.⁵⁶

3. maddedeki yasağın mağdur bakımından doğurduğu haklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için başvurucunun ölmesi hâlinde, mirasçılarının davayı devam ettirebilmesi hâli de kısıtlıdır. Mirasçılar, tazminat alma potansiyeli dışında, manevi olarak çok güçlü yararları veya benzer önemli yararları bulunduğunu⁵⁷ veya davanın

⁴⁹ Nevmerzhitsky / Ukrayna, B. No: 54825/00, 5/4/2005, §§ 93-99.

⁵⁰ Price / İngiltere, B. No: 33394/96, 10/7/2001, §§ 25-30.

⁵¹ Wieser / Avusturya, B. No: 2293/03, 22/2/2007, §§ 40-41.

⁵² Lorse vd. / Hollanda, B. No: 52750/99, 4/2/2003, §§ 73-74.

⁵³ Tyrer / İngiltere, B. No: 5856/72, 25/4/1978, §§ 32-35.

⁵⁴ Koval / Ukrayna, B. No: 65550/01, 19/10/2006, §§ 76-82.

⁵⁵ Ill-treatment / Mauvais traitement.

⁵⁶ Malhous / Çek Cumhuriyeti (k.e.) [BD], B. No: 33071/96, 13/10/2000.

⁵⁷ Kaburov / Bulgaristan, (k.e.), B. No: 9035/06, 19/6/2012, § 56.

incelenmesinin “kamu menfaati” benzeri bir kıstasla⁵⁸ gerekli olduğunu ortaya koyabilmelidir. Kaburov/Bulgaristan davasında, mirasçılarının iç hukuktaki tazminat davasına taraf olarak kabul edilmiş olmalarına rağmen böyle bir gerekçe sunamamaları sebebiyle 3. madde şikâyetini devam ettiremeyeceklerine karar verilmiştir. Buna karşılık Aksoy/Türkiye davasında, AİHM’e başvurduktan sonra ölen kişinin davasını, şikâyetlerin vahim bir nitelik taşıması ve bu şikâyetlerin araştırılmasının kamusal yararı ilgilendirmesi sebebiyle mirasçılarının devam ettirebileceğine karar verilmiştir⁵⁹.

b. Potansiyel Mağdur

Bu kavram özellikle mülteciler bakımından geçerlidir ve ilgilinin geri gönderileceği ülkede kötü muamele görme ihtimali sebebiyle verilen “şarta bağlı ihlal” kararlarında ortaya çıkmaktadır. Bu kararlarda AİHM, “geri gönderme işleminin uygulanması hâlinde 3. maddenin ihlal edilmiş olacağı” şeklinde hüküm kurmaktadır⁶⁰.

c. Dolaylı Mağdur

Devletin bir eylemi, bazı hâllerde dolaylı olarak da kişilerin mağdur olmasına sebebiyet verebilir. “Gözaltında kayıp” olarak adlandırılan davalarda, ölen kişinin yerine yakınları Sözleşme’nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesini ileri sürebilecekleri gibi bu kayıp sebebiyle çektikleri acı için kendi adlarına da 3. maddeyi ileri sürebilirler⁶¹. Bu tür davalarda Mahkeme’nin kabul ettiği uygulama, kişinin ortadan kaybolmuş olması ve nerede olduğunun bilinmemesi sebebiyle çekilen acının 3. madde anlamında ihlal oluşturabileceği yönündedir. Buna karşılık, bir çatışmada öldürülen kişi söz konusuysa kişinin yakınlarının bu ölümden dolayı çektikleri acı 3. maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır⁶².

d. Mağdur Sıfatının Yitirilmesi

Mağduriyetin ortadan kalkması için ilgili devletin, Sözleşme’nin ihlal edildiğini dolaylı da olsa kabul etmiş olması ve yeterli bir şekilde bu

⁵⁸ AİHS md. 37/1-c son cümlesinde geçen “insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâller” de bu kapsamda bir kıstas sayılabilir.

⁵⁹ Aksoy / Türkiye (k.e.), B. No: 21987/93, 19/10/1994.

⁶⁰ Paposhvili / Belçika [BD], B. No: 41738/10, 13/12/2016. Kararın hüküm kısmındaki ifade şu şekildedir: “For these reasons, the Court (...) 1. Holds that there would have been a violation of Article 3 of the Convention if the applicant had been removed to (...)”.

⁶¹ İpek / Türkiye, §§ 181-183.

⁶² Makbule Kaymaz vd. / Türkiye, B. No: 651/10, 25/2/2014, § 149.

durumu telafi etmesi, prensip itibarıyla etkili bir soruşturma yürütmüş ve tazminat ödemiş olması gerekmektedir⁶³.

Yaşam hakkı ve işkence yasağıyla ilgili davalarda ihlal söz konusu ise tazminat verilmesinin yanı sıra soruşturmanın tekrar açılması da aranmaktadır⁶⁴. Türk hukukuyla ilgili olarak bu konudaki en güzel örnek Kaya ve diğerleri kararında söz konusu olmuştur. Hapishanede odasını ateşe vererek yaralanan ve sonra ölen bir mahkûmun, daha önce de dengesiz davranışlar sergilemiş olması sebebiyle, Anayasa Mahkemesi, idarenin tedbir almış olması gerektiğine ve bu ihmal sebebiyle ölen kişinin yakınlarına tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Bundan başka, takipsizlik kararının yangına zamanında müdahale edilmesi konusunu incelemekle sınırlı olduğu ve işin tedbir alma/ihmal yönünü kapsamadığı gerekçesiyle soruşturmanın tekrar açılması gerektiğine karar vermiştir⁶⁵. Bu karardan sonra başvuruçular davayı AİHM'e taşımıştır. Bu Mahkeme, iç hukukta verilen tazminatın yeterli olması ve ihmale ilişkin soruşturmanın tekrar açılması sebepleriyle başvuruçuların mağduriyetinin ortadan kalktığına hükmetmiş ve davayı reddetmiştir⁶⁶.

II. DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ: NEGATİF/POZİTİF

AİHS'in 3. maddesi, Sözleşmeciler devletler için bir yasak getirerek bu devletlerin, hâkimiyet alanlarında bulunan kişilere karşı kötü muamele sayılabilecek davranışlardan veya durumlardan kaçınması mecburiyetini ortaya koymaktadır; bu durumda devletin negatif yükümlülüğünden söz edilir.

Düzenlemenin getirdiği pozitif yükümlülükler ise kötü muameleye karşı koruyucu düzenlemeler getirme mecburiyetini (ceza hukuku anlamında yasal koruma, idari düzenlemeler, fiili tedbirler), kötü muamele kapsamına girebilecek türde bir olayın gerçekleşmesi hâlinde ise bu olayın soruşturulması ve faillerinin cezalandırılması gerekliliğini ortaya koymaktadır⁶⁷.

⁶³ AİHM'in kabul ettiği genel anlamdaki diğer giderim yollarına Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin çalışmalarından bakılabilir. Davanın niteliğine göre eski hâle iade, yeniden yargılama, bir taşınmazın iadesi gibi hâller söz konusu olabilir.

⁶⁴ Jeronovics / Letonya [BD], B. No: 44898/10, 5/7/2016, § 123. Ancak bu davanın icrası aşamasında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ceza zamanaşımının dolmuş olması sebebiyle davanın tekrar açılmamasını kabullenmiş ve denetim işlemini sonlandırmıştır.

⁶⁵ Mehmet Kaya vd., B. No: 2013/6979, 20/5/2015, §§ 74-110.

⁶⁶ Kaya ve diğerleri / Türkiye (k.e.), B. No: 9342/16, 20/3/2018, §§ 38-46.

⁶⁷ Negatif ve pozitif yükümlülükler konusunda bkz. Harris, D.J., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley,

Pozitif yükümlülüğün korumaya ilişkin birinci kısmı, devlet memurlarının eylemlerinin yanı sıra kişinin devletin kontrolü altında bulunduğu gözaltı merkezleri, hapishaneler, akıl hastaneleri, mültecilerin tutulma merkezleri gibi yerlerde, içerisinde bulunduğu koşulları kapsar.

İçtihat geliştirme yoluyla 3. maddenin kişiler arası ilişkilerde de devlete koruma yükümlülüğü getirdiği kabul edilmiştir. Bu durumda, özellikle korunmaya muhtaç gruplardan birine dâhil olan kişiler hakkında gerekli yasal, idari ve fiilî tedbirlerin alınması ve bunların etkili olarak uygulanması hususları incelenir. Bu durumda Sözleşme hükümlerinin yatay etkisinden bahsedilir⁶⁸.

Pozitif yükümlülüğün ikinci kısmı usule ilişkin yükümlülük olarak da adlandırılır ve etkili bir soruşturma yürütülmesi, suçun ve failin tespiti hâlinde de etkili bir cezalandırmaya gidilmesi gerektiği anlamına gelir⁶⁹. Bu konu ayrı bir başlık altında incelenecek, ayrıca esasa ilişkin her bölüm içinde de gerekli olması hâlinde örneklendirilecektir.

A. HÜKMÜN ESASINA İLİŞKİN ANA KONULAR

AİHM içtihatlarıyla, 3. maddenin kapsamına giren konular çeşitlendirilmiştir. Yukarıda değinildiği üzere yakalama veya nakil sırasında güç kullanılması, tutulma koşulları, sınır dışı ve iade hâlinde ilgilinin gönderileceği ülkede maruz kalabileceği riskler, tutuklu veya mahkûmun sağlık durumunun hapisteye tutulmaya elverişli olup olmaması, kelepçe uygulaması, çıplak arama, aile içi şiddet, özel kişiler arası şiddet gibi çok geniş bir yelpazede işkence ve kötü muamele yasağı incelenmiştir. Bu konulardan birkaçı hakkında bu başlık altında bilgi verilecektir.

1. Güvenlik Kuvvetlerinin Güç Kullanması

AİHS'nin 3. maddesiyle ilgili davaların çoğunun güvenlik kuvvetlerinin güç kullanma meselesiyle ilgili olması, ayrıca, içtihatla geliştirilmiş bir

C., (2014), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, s. 24-27.

⁶⁸ "Horizontal effect"; "Effet horizontal". Almanca ifadesi olan "Drittwirkung" teorisinin dolaylı uygulanması olarak bilinir (a.g.e., s. 26). Bu terimlerden hiçbirisi AİHM tarafından benimsenmemiş gibi görünmekle birlikte anılan ilkenin uygulandığı kararlara örnekler şu şekilde verilebilir: Durdevic / Hırvatistan, B. No: 52442/09, 19/7/2011, § 51; Ebcin / Türkiye, B. No: 19506/05, 1/2/2011, § 35; Opuz / Türkiye, B. No: 33401/02, 9/6/2009, § 128; Pantea / Romanya, B. No: 33343/96, 3/6/2003, §§ 177-196; Z vd. / İngiltere [BD], B. No: 29392/95, 10/5/2001, § 73; Osman / İngiltere, B. No: 23452/94, 28/10/1998, §§ 115-121 (Yaşam hakkı ve özel hayat hakkı bakımından inceleme yapılmış ve bu hakların ihlal edilmediğine karar verilmiştir); A / İngiltere, B. No: 25599/94, 23/9/1998, §§ 22-24.

⁶⁹ Ovey, C., White, R. (2002), *European Convention on Human Rights*, s. 66-68.

“istisna” oluşturması sebebiyle bu konu önem arz etmektedir. Mahkeme, ilke kararlarının tamamında 3. maddenin istisnasının olmadığı yönündeki ifadesine rağmen güvenlik kuvvetlerinin faaliyetlerini toplum yararına yerine getirmeleri ilkesi ile bu görevlilerle muhatap olan kişilerin haklarının korunması gereğinden hareketle bu iki değer arasında bir denge kurma yoluna gitmiş ve AİHS’in 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkına ilişkin kıstasları bu hüküm bakımından uygulamıştır.

Mahkemenin aradığı ilk kıstas, g kullanmanın, ilgili kişinin davranışlarıyla mecburi hâle gelmesi meselesidir⁷⁰. Bir kişinin silah veya bomba taşıması, kullanması, kaçma teşebbüsünde bulunması, saldırgan olması gibi hâller güvenlik kuvvetlerinin g kullanmasını gerekli kılan hâller kapsamında sayılabilir. Bununla birlikte, daha hafif nitelik taşıdığı düşünülebilecek olan, mesela koğuş değişikliğine direnen veya nakil aracına binmek istemeyen bir mahkma karşı gardiyanların zor kullanması veya toplumsal olaylarda saldırgan tutumu olan veya etrafa zarar veren kişilere karşı cop kullanılması, gaz fişeği atılması gibi hâller de 3. madde kapsamına girmektedir. Gaz fişeği veya plastik mermi gibi araçların kullanımına ilişkin davalarda, ölüm meydana gelmişse veya kişide oluşan yaralar yaşamını tehdit edecek boyutta ise yaşam hakkı çerçevesinde inceleme yapılması da mmkndr⁷¹.

Mahkemenin aradığı ikinci kıstas, kullanılan gücün, yakalama veya etkisiz hâle getirme gibi güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığı meselesidir. Bu incelemede, kişinin vücudunda oluşan yaraların niteliği ve sayısı önem arz etmektedir ancak Mahkemenin incelemesi bununla sınırlı kalmamaktadır. Her davanın somut özellikleri nazara alınarak müdahalenin tüm yönleri incelenmektedir. Daha önce hazırlıkları yapılmış olan ve birçok görevlinin katılımıyla gerçekleştirilen bir operasyonla aniden ortaya çıkan beklenmedik bir durum sebebiyle polisin şüpheliyi kovalaması hâlinde oluşan durumlar farklı değerlendirilmektedir. Birinci hâlde devletin omuzlarına yüklenen sorumluluğun seviyesi daha yüksek görülmekte ve kullanılan gücün gerekli ve orantılı olduğunu savunmacı devletin ispatlaması beklenmektedir⁷².

⁷⁰ zen vd. / Türkiye, B. No: 29272/08, 23/2/2016, ř 81.

⁷¹ Ataykaya / Türkiye, B. No: 50275/08, 22/7/2014, şş 45-59; Turan Uytun ve Kevzer Uytun, B. No: 2013/9461, 15/12/2015, şş 43-50.

⁷² Rehbock / Slovenya, B. No: 29462/95, 28/11/2000, şş 71-77.

Anayasa Mahkemesinin güvenlik kuvvetlerinin güç kullanması konusunda verdiği ihlal kararlarına örnek olarak Pınar Durko⁷³ ve Özlem Kır⁷⁴ kararları sayılabilir.

Bu kararlardan birincisi, başvurunun, bir gösteri sırasında güvenlik kuvvetlerinin boyalı plastik top atması neticesinde gözünden yaralanmasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle bu tür silahların, uygun olmayan bir şekilde ateşlenmesi sonucunda ölüm veya yaralanmalara yol açma riski bulunması sebebiyle ateşli silah kullanımına ilişkin olarak kabul ettiği ilkelerin uygun düştüğü ölçüde bu silahların kullanımında da değerlendirme kriteri olarak dikkate alınması gerektiğini hatırlatmıştır (§ 84). Bu tutum, yukarıda izah edildiği üzere AİHM'in güç kullanımı konusunda 3. maddedeki mutlak yasağı içtihatla "gereklilik ve orantılılık" değerlendirmesi yaparak genişletmiş olması yaklaşımıyla uyumludur. Kararda, polislerin gerekli tedbirleri almaksızın kontrolsüz bir şekilde anılan silahı kullanması sebebiyle kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edildiğine karar verilmiştir (§§ 90-95). Kötü muamele yasağının usule ilişkin boyutu hakkında ise failin tespiti için zamanında atılması gereken adımların atılmaması, olay hakkında polisler aleyhine "zor kullanma yetkisinin aşılması" konusunda açılan kamu davasının fail tespit edilmeden açılması ve bu sebeple beraatla neticelenmesi, bunun yanı sıra soruşturmanın on yıldan daha uzun bir süre devam etmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından eksiklik olarak görülmüştür (§§ 103-105).

Özlem Kır kararında da benzer şekilde gaz fişegi kullanımı ve başvurunun yüzünden yaralanması söz konusudur. Bu olayda atışın, talimatlara aykırı bir açıyla gerçekleştirilmiş olması, tedbirsiz bir şekilde ve olaya karışmamış bir kişiye doğru yapılmış olması, hükmün maddi boyutu bakımından ihlal olarak görülmüştür (§§ 73-83). Usul bakımından ise polislerin müdahaleyi hangi koşullar altında gerçekleştirdiğinin, göstericilere müdahale sırasında sınırı kasten veya taksirle aşip aşmadıklarının ve maddi olayın somut gerçekleşme şeklinin açıklanmaması sebebiyle etkili bir soruşturma yürütülmemiş olduğuna karar verilmiştir (§§ 89-101).

Anılan her iki kararda da ayrıca, soruşturmadaki eksikliklerin giderilmesi ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyanın ilgili savcılığa gönderilmesine karar verilmiştir⁷⁵.

⁷³ Pınar Durko, B. No: 2015/16449, 28/6/2018.

⁷⁴ Özlem Kır, B. No: 2014/5097, 28/9/2016.

⁷⁵ Pınar Durko, § 112; Özlem Kır, § 108.

2. Tutulma Koşulları

Gözaltında, hapiste, nakil sırasında ve mülteci kamplarında, ilgililerin içinde tutuldukları fiziki ve sosyal koşullar AİHS'in 3. maddesinin kapsamına girmektedir. Kural olarak bir cezanın infazı tek başına 3. maddeye aykırı değildir⁷⁶ ancak infaz koşulları insanlık dışı veya aşağılayıcı ceza olarak nitelendirme yapılmasına sebep olabilir. Bununla birlikte, ihlalin oluşabilmesi için daha önce anlatılan “asgari seviye” aşamasının geçilmiş olması gerekmektedir. Bu değerlendirme için tutulma koşulları toplu hâlde değerlendirilmeli ve kişinin ne kadar süreyle bu ortamda tutulduğu incelenerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Bu çerçevede, somut şikâyetler davanın incelenmesinde temel teşkil edecektir⁷⁷.

Devletin, özgürlüğünü kısıtladığı kişileri insani koşullarda tutma mecburiyeti olarak özetlenebilecek bu kategoride, fiziki şartların yanı sıra (oda yüzölçümü, tuvalet-banyo mahremiyeti, tuvalet ve banyoya erişim kısıtlamaları, yatak sayısı, pencere sayısı ve ebadı, yaşam ünitesi dışında geçirilen süreler vb.) sosyal, kültürel ve sportif faaliyet imkânlarının ve kişinin dış dünyayla ilişkisinin de asgari bir seviyede sağlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Kural olarak karakoldaki gözaltı odaları, tutukevi, cezaevi, hürriyeti kısıtlanan kişilerin taşındığı araçlar, yabancılar için geri gönderme merkezi, ruh ve sinir hastanesi gibi yerler için bu çerçevede inceleme yapılmaktadır.

Tutukevleri ve cezaevleri için en büyük problem olarak görülen kalabalık konusunda aranan ilk kıstas, kişi başına düşen alandır. Mursic/ Hırvatistan kararında⁷⁸ Mahkeme, kişisel alanın sağlanan diğer imkânlarla ve fiziki şartlarla birlikte değerlendirileceğini belirtmiştir. Ancak koğuştaki veya çoklu odalarda tutulan kişiler için kişisel alanın, banyo ve tuvalet için ayrılan kısımlar hariç 3 metrekareden daha az olması hâlinde karine olarak Sözleşme'ye aykırılık olacağını karara bağlamış, böyle bir hâlde koğuş dışında geçirilen zaman ve bu zaman dilimi içerisinde sağlanan imkânların durumu 3. maddeye uygun hâlde getirdiğini devletin ispatlaması gerektiğini belirtmiştir. Kişisel alanın 3 ila 4 metrekare arasında olması hâlinde ihlale karar verebilmek için gezinti alanına çıkışla ilgili kısıtlamalar, havalandırma, ısıtma sisteminin yetersizliği veya aşırı

⁷⁶ Mursic / Hırvatistan, § 99.

⁷⁷ Mursic / Hırvatistan, § 101.

⁷⁸ Mursic / Hırvatistan, §§ 91-177.

sıcaklık, tuvalet mahremiyetinin sağlanması, genel temizlik koşulları gibi unsurlar değerlendirilerek ihlal olup olmadığına karar verilecektir. Kişisel alanın 4 metrekarenin üstünde olması hâlinde ise hapishanenin kalabalık olmadığı ilke olarak kabul edilmekte, diğer şartların kötü muamele seviyesine erişip erişmediği yönünde inceleme yapılmaktadır⁷⁹.

Devletin bu konudaki sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple devletin ceza infaz sistemini insan haysiyetiyle bağdaşır şekilde düzenlemesi gerektiği karara bağlanmıştır; ulusal yargı mercilerinin, bütçe yetersizliği, fiziki imkân yokluğu veya benzeri gerekçelerle bu tür davaları reddetmeleri mümkün değildir⁸⁰.

Bu konuda dikkate değer bir başka husus, Avrupa Konseyi İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin 4 metrekarelik kişisel alanı asgari seviye olarak kabul etmesidir. AİHM, anılan Komite'nin inceleme konusu hapishane ile ilgili veya o ülkeyle ilgili raporlarına atıfta bulunmakta ve bu raporlardaki verileri dikkate almaktadır. Buna rağmen hapishane koşullarıyla ilgili kararlarında AİHM, ihlal için aradığı kıstası, açıklandığı üzere daha sıkı tutarak 3 metrekareyi esas almaktadır.

İç hukuk yolları bakımından ise önleyici nitelik yani kötü tutulma koşullarının sona ermesini sağlayacak etki, ayrıca maddi tazminat sağlayacak nitelik aranmaktadır⁸¹. Hâkimlerin cezaevlerinde keşif yapmasının da kararların gerekçelendirilmesi bakımından çok fayda sağlayacağı düşünülebilir.

Aynı çerçevede incelenen tecrit iddiaları ise kişiye sağlanan faaliyet imkânlarının ve dış dünyayla irtibat düzenlemelerinin yeterli olması hâlinde reddedilmektedir⁸², meğerki tecridin kişinin ruh sağlığı üzerinde olumsuz etkileri görülmeye başlansın⁸³. Disiplin cezası olarak verilen hücre cezasına ilişkin tecrit iddiaları da ceza hâkim denetimine açık olduğu müddetçe, hapishanede düzenin sağlanması gerekçesi ve uygulamanın süre bakımından sınırlı olması hallerinde reddedilmektedir⁸⁴.

⁷⁹ Hapishane koşullarına ilişkin diğer örnek kararlar: Rezmiveş vd / Romanya, B. No: 61467/12, 25/4/2017; Ananyev vd. / Rusya, B. No: 42525/07, 10/1/ 2012.

⁸⁰ Mursic / Hırvatistan, § 100; Mamedova / Rusya, B. No: 7064/05, 1/6/2006, § 63.

⁸¹ Torreggiani vd. / İtalya, B. No: 43517/09, 8/1/2013, § 50; Ananyev / Rusya, § 98.

⁸² Ramirez Sanchez / Fransa, B. No: 59450/00, 4/7/2006, §§ 113-150; Öcalan / Türkiye, B. No: 46221/99, 12/5/2005, §§ 190-196; Bora / Türkiye, B. No: 30647/17, 28/11/2017, §§ 22-27.

⁸³ Öcalan / Türkiye (no. 2), B. No: 24069/03, 18/3/2014, §§ 146-147.

⁸⁴ Güngör / Türkiye (k.e.), B. No: 14486/09, 4/7/2017, §§ 25-37.

Tutuklu ve hükümlülerin naklis sırasında, bu kişilerin içinde bulundukları şartların incelendiği davalarda ise araçta geçirilen süre, aracın kapasitesi, kişi sayısı, havalandırma, ısıtma/soğutma, beslenme ve ihtiyaç molaları gibi unsurlar incelenmektedir⁸⁵. Hasta olan bir mahkûmun taşınma koşullarında aranan kıstaslar doğal olarak daha yüksek tutulmaktadır⁸⁶. Gözaltı koşulları da benzer kıstaslarla incelenmektedir ancak gözaltı süresinin uzaması hâlinde yatak imkânlarının da değerlendirileceği aşîkârdır⁸⁷. Bu son iki kategoride “asgari seviye” değerlendirmesi bakımından asıl önemli olan, şikâyet edilen şartlar içerisinde geçirilen sürenin uzunluğudur.

Geri gönderme merkezlerindeki tutulma koşullarıyla ilgili olarak benzer kıstaslardan söz edilebilirse de bu çerçevede karşılaşılan önemli bir başlık, refakatsiz çocukların yetişkin insanlarla bir arada tutulmasına ilişkindir. Belçika’da transit bölgede iki ay süreyle tutulan beş yaşındaki refakatsiz çocuğa ilişkin olarak kendisiyle ilgilenecek veya eğitim verebilecek bir görevli bulunmaması sebebiyle verilen 3. madde ihlal kararı kayda değer⁸⁸. Benzer şekilde, Yunanistan’da çocuklar için öngörülen bir merkeze nakledilinceye kadar ortalama olarak bir ay süreyle farklı karakollarda tutulan refakatsiz çocuklarla ilgili olarak da ihlal kararı verilmiştir⁸⁹.

Bununla birlikte geri gönderme merkezlerinde aileleriyle birlikte kalıyor da olsalar çocukların 18 günlük özgürlük kısıtlaması, havalimanı gürültüsüne maruz kalmaları, ebeveynlerin yaşadığı zorluklara şahit olmaları ve geliş gidişlerde etraflarında silahlı polislerin bulunmasının oluşturacağı tedirginlik hususları, topluca değerlendirilerek 3. maddeye aykırı görülmüştür⁹⁰. R.M. vd. / Fransa (yedi günlük hürriyet kısıtlaması) ve Muskhadzhiyeva vd. / Belçika (bir aylık hürriyet kısıtlaması) kararlarında da çocukların yaşının küçük olması, tutulma süreleri ve tutulma koşullarının çocuklar ve bebekler için uygun olmaması sebepleriyle 3.

⁸⁵ Khoudoirorov / Rusya, B. No: 6847/02, 8/11/2005, §§ 117-119; Yakovenko / Ukrayna, B. No: 15825/06, 25/10/2007, §§ 107-109; Retunscăia / Romanya, B. No: 25251/04, 8/1/2013, § 78. Mahkûmların nakline ilişkin olmakla birlikte iç hukuk yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle reddedilen Türkiye’yle ilgili bir davaya örnek olarak bkz., Günay / Türkiye, B. No: 44601/09, 9/1/2018.

⁸⁶ Tararieva / Rusya, B. No: 4353/03, 11/10/2005, §§ 112-117.

⁸⁷ Duman vd. / Türkiye, B. No: 30126/11, 2/10/2018, §§ 25-28.

⁸⁸ Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga / Belçika, B. No: 13178/03, 12/10/2006, §§ 50-59.

⁸⁹ H.A. vd / Yunanistan, B. No: 19951/16, 28/2/2019, §§ 166-170.

⁹⁰ A.B. / Fransa, B. No: 11593/12, 12/7/2016, §§ 110-115.

maddenin ihlaline karar verilmiştir⁹¹. Bu kararlardan hareketle tutulma merkezlerinin gerekli donanım ve imkânlarla sahip olması hâlinde çocuklar bakımından ihlal olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Elbette çocukların ebeveynlerden ayrılması hâli de Sözleşme'nin özel hayat ve aile hayatı hakkını düzenleyen 8. maddesi bakımından problem doğurabilecek niteliktedir⁹². Bu sebeple bu tür kararlarda Mahkeme, başka bir alternatif bulunmaması hâlinde ancak çok kısa süreli tutulmaların Sözleşme'ye uygun görülebileceğini özellikle belirtmiştir⁹³.

Türkiye'yle ilgili yakın tarihli bir kararla da 2014 ve 2015 yıllarında iki farklı geri gönderme merkezinde çocuklarıyla birlikte tutulan mültecilerin içinde bulundukları koşulların çocuklar için uygun olmaması sebebiyle ihlal kararı verilmiştir⁹⁴. Nazara alınan olumsuzluklar çocuklar için uygun yemek çıkarılmaması, çocuklu aileler için özel bölüm bulunmaması, ranza demirlerinin çocuklar için tehlikeli nitelikte olması, kişisel alan yetersizliği ve yoğun sigara dumanına maruz kalma hâli olarak özetlenebilir.

Yetişkin mülteciler için tutulma koşulları incelenirken, hapishane koşullarından farklı olarak, bu kişilerin yabancı ve yardıma muhtaç olması sebepleriyle maruz kaldıkları tedirginlik de nazara alınmaktadır⁹⁵.

Anayasa Mahkemesinin geri gönderme merkezlerindeki tutulma koşulları hakkında verdiği ihlal kararlarına değinecek olursak, A.S. kararında⁹⁶ Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde başvurunun Ocak 2014'te 17 gün tutulması söz konusudur. Bu dönemde kişi başına düşen alanın azami 3 metrekare olması (§ 75) ve açık havaya çıkma imkânlarının çok kısıtlı olması (§ 82) gerekçeleriyle ihlale karar verilmiştir. Aynı merkezle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in 2010-2014 dönemini ilgilendiren ihlal kararları bulunmaktadır⁹⁷.

⁹¹ R.M. vd. / Fransa, B. No: 33201/11, 12/7/2016, §§ 71-76; Muskhadzhiyeva vd. / Belçika, B. No: 41442/07, 19/1/2010, §§ 55-63. Aynı çerçevede örnek kararlar: Popov / Fransa, B. No: 39472/07, 19/1/2012, §§ 91-103; Kanagaratnam / Belçika, B. No: 15297/09, 13/12/2011, § 61-69.

⁹² Madeline Togher / İngiltere, B. No: 28555/95, AİH Komisyonu dostane çözüm kararı, 16/4/1998. Bu davada, tutuklanan annenin bebeğinden ayrılması sebebiyle getirdiği bir şikâyet söz konusuydu.

⁹³ R.M. vd. / Fransa, §§ 75 ve 86.

⁹⁴ G.B. / Türkiye, B. No: 4633/15, 17/10/2019, §§ 102-117.

⁹⁵ M.S.S. / Belçika ve Yunanistan [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011, § 233.

⁹⁶ A.S., B. No: 2014/2841, 9/6/2016.

⁹⁷ Yarashonen / Türkiye, B. No: 72710/11, 24/6/2014, §§ 74-81; K.A., B. No: 2014/13044, 11/11/2015, §§ 103. ve 108; A.V. vd., B. No: 2013/1649, 20/1/2016, §§ 92 ve 99; T.T., B. No: 2013/8810, 18/02/2016, § 86.

Bu davalarda tutulma koşullarının ortaya konulması için uluslararası kurumların konuyla ilgili ziyaret raporlarının yanı sıra Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları İnceleme Komisyonunun “yerinde inceleme yapma” yöntemiyle oluşturduğu raporuna atıf yapılmış olması büyük önem arz etmektedir. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin gerekirse, somut tutulma koşullarını belirlemek için tutulma merkezleri hakkında 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na göre çeşitli yetkileri bulunan sulh ceza hâkiminden veya hapisaneyle ilgili bir davada, yetkili infaz hâkiminden keşif talebinde bulunması şeklinde destekleyici çözümler üretilmesinin de faydalı olabileceği akla gelmektedir.

3. Tutuklu ve Hükümlülerin⁹⁸ Sağlık Durumları

Kural olarak hasta veya sakat bir kişinin hapsedilmemesi veya hapisten saliverilmesi mecburiyeti yoktur⁹⁹. Özgürlük kısıtlamasının söz konusu olduğu bu durumlarda, devletin yükümlülükleri arasında bu kişilerin sağlıklarını gözetmek, gerekli hâllerde tedavilerini hapisanede veya hastanede sağlamak ve her halükârda hastalığa veya sakatlığa uygun tutulma koşullarını temin etmek yer almaktadır¹⁰⁰.

Mouisel/Fransa davasında, lösemi hastası hükümlünün tedavi maksadıyla cezasının infazının ertelenmesi kararına kadar geçen süre içerisinde, ilerleyen hastalığına uygun şekilde tutulma koşullarının değiştirilmemesi ve başvurucunun kemoterapi seansları sırasında kelepçelenmiş olması sebebiyle 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Buna karşılık Sakkopoulos/Yunanistan davasında, diyabet ve kalp hastası olan hükümlünün hastalığının ağırlaşmasının hapisanedeki koşullara bağlı olmaması, idarenin bakım ve gözetim yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmesi sebepleriyle tutulma koşullarının 3. madde ihlali oluşturmadığına karar verilmiştir¹⁰¹.

⁹⁸ AİHM içtihadında İngilizce “detainee”, Fransızca “détenu” terimleri tutuklu ve hükümlüleri kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

⁹⁹ Mouisel / Fransa, B. No: 67263/01, 21/3/2002, §§ 38-40.

¹⁰⁰ Gömi / Türkiye, B. No: 38704/11, 19/2/2019, §§ 70-88; Gengoux / Belçika, B. No: 76512/11, 17/1/2017, §§ 48-62; Güler Zere / Türkiye (k.e.), B. No: 31223/09, 15/2/2011; Tekin Yıldız / Türkiye, B. No: 22913/04, 10/11/2005, §§ 70-84; Kudla / Polonya [GC], B. No: 30210/96, 26/10/2000, § 94.

¹⁰¹ Sakkopoulos / Yunanistan, B. No: 61828/00, 15/1/2004, §§ 36-46.

Türkiye’de 2000’li yılların başında hapisanelerde yapılan açlık grevleri sebebiyle de çok sayıda dava AİHM’e gelmiştir. Bu davalarda genel olarak ilgililerin uzun süreli açlık grevine bağlı olarak sağlık durumlarının kötüleşmesi üzerine Adli Tıp Kurumu, ceza infazının ertelenmesi yönünde mütalaa vermiş, savcılıkların erteleme kararlarına binaen de ilgililer salıverilmiştir. Altışar aylık dönemlerde tekrar muayene edilen bu insanlar, iyileştiklerine dair raporlarla tekrar hapsedilmiş veya kaçak konumuna düşmüştür. Tam bu aşamada, AİHM’e ihtiyati tedbir talepli başvurular yapılmıştır. Bazı davacıların, hastalık tablosuna ilişkin karşı raporlar sunması üzerine AİHM bu dosyalarda ihtiyati tedbir kararı vermiş, bilahare 56 dosyada, kendi tespit ettiği tıp uzmanlarına bu kişileri muayene ettirmiştir. Anılan heyetin, muayene edilenler arasında dört başvurusunun hasta olduğuna karar vermesi üzerine bu kişilerden Tekin Yıldız¹⁰² hakkında, muayene edilmeden tekrar hapsedildiği için 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiş, diğer üç kişi hakkında ise şarta bağlı ihlal kararı yani “güncel rapor alınmadan hapsedilmeleri hâlinde ihlal olacağı” yönünde hüküm kurulmuştur¹⁰³. Kalan dosyaların tamamı hakkında kabul edilmezlik kararı¹⁰⁴ veya ihlal olmadığı yönünde karar verilmiştir¹⁰⁵.

Esasen devletin, kontrolü altında bulunan insanların sağlıklarını gözetme mükellefiyeti o kadar geniştir ki daha basit hususlar olarak görülebilecek bazı konularda bile ihlal kararlarının verildiği görülmektedir. Bunlar arasında, diyabetik olan hükümlüye bu yönde bir beslenme imkânı sağlanmaması sebebiyle verilen ihlal kararı¹⁰⁶ veya hapisanede “pasif sigara içiciliği” olarak anılan duman altında kalma hali için verilen ihlal kararı¹⁰⁷ sayılabilir.

Anayasa Mahkemesi tarafından Mete Dursun kararında, tıbbi raporlarda kronik bronşit hastası olan başvurusunun tek kişilik koğuşlarda kalmaması, toz, rutubet, sigara dumanı, soğuk hava, keskin kokular, hava

¹⁰² Tekin Yıldız / Türkiye, §§ 70-84.

¹⁰³ Uyan / Türkiye, B. No: 7454/04, 10/11/2005, §§ 44-54; Kuruçay / Türkiye, B. No: 24040/04, 10/11/2005, §§ 41-52; Gürbüz / Türkiye, B. No: 26050/04, 10/11/2005, §§ 63-71.

¹⁰⁴ Örneğin, Paksoy / Türkiye, B. No: 33901/04, 17/10/2006; Tahir Özgür vd. / Türkiye, B. No: 28480/04, 20/11/2005.

¹⁰⁵ Örneğin, Sinan Eren / Türkiye, B. No: 8062/04, 10/11/2005, §§ 40-50; Balyemez / Türkiye, B. No: 32495/03, 22/12/2005, §§ 71-74.

¹⁰⁶ Ebedin Abi / Türkiye, B. No: 10839/09, 13/3/2018, §§ 28-57.

¹⁰⁷ Florea / Romanya, B. No: 37186/03, 14/9/2010, §§ 57-62.

kirliliği gibi faktörlerden uzak durması gerektiği vurgulanmasına rağmen bu gerekliliklere uygun olmayan bir şekilde hapiste tutulması, kötü muamele yasağının ihlali olarak görülmüştür¹⁰⁸.

Murat Karabulut kararında, kanser hastası olan hükümlünün sağlık durumunun hapisanede tutulmaya elverişli olup olmaması meselesi, Anayasa Mahkemesi tarafından daha geniş kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Kararda, ilk olarak hükümlünün hastalığının ilerlediği dönemlerde günlük ihtiyaçlarını görmekte doğal olarak zorlanacağı kabul edilmiş ve refakatçisi olmaksızın vefat etmesi nazara alınarak cezaevi idaresince kendisine yeterli imkânların sağlanmadığına kanaat getirilmiştir. Bu kanaat, hükümlünün vefatından iki gün önce acil olarak hastaneye sevk edilmesine rağmen hastanede yatarak tedavi imkânından da mahrum bırakılmasıyla güçlendirilmiştir. Karar, ikinci olarak kişinin cezasının infazının sağlık nedenleriyle ertelenmesine yönelik hükümlerin veya özel affa ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için gerekli işlemlerin makul hız ve özende yapılmamış olması sebebiyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlalini tespit etmiş ve bu konuda örnek bir karar olmuştur¹⁰⁹.

Benzer bir konuyu ilgilendiren Eskibağ kararında ise Anayasa Mahkemesi, Adli Tıp Kurumundaki bürokratik işlemlerin doğru ve zamanında yürütülmemesi sebebiyle hükümlünün cezasının infazının ertelenmesine ilişkin kararın vefat tarihinden önce verilmemiş olduğunu tespit etmiştir. Bu sebeple hastalığının son döneminde yemek dahi yiyemez bir duruma düşen kişinin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye maruz kaldığına karar vermiştir¹¹⁰.

Bu son iki kararda, ilgilere gerekli tedavilerin sağlanmış olduğunun tespit edildiğini, bu noktadan hareketle hasta veya sakat bir kişinin hapsedilmemesi veya hapisten salıverilmesi yönünde mecburiyet olmadığı yönündeki içtihadın teyit edilmiş olduğunu hatırlatmak da yerinde olacaktır. Bu itibarla olayla karşı karşıya olan birinci derecedeki görevlilerin gerekli dikkat ve özeni göstermesinin, kişinin ihtiyaç duyduğu tedavilerin sağlanmış olmasının, kişisel bakım ve gerekirse refakatçi temin edilmesinin belirleyici olduğunun altını çizmek gerekmektedir.

¹⁰⁸ Mete Dursun, B. No: 2012/1195, 18/11/2015, §§ 93-101.

¹⁰⁹ Murat Karabulut, B. No: 2013/2754, 18/2/2016, §§ 67-87

¹¹⁰ Temur Eskibağ ve Mehmet Rıza Eskibağ, B. No: 2014/5098, 20/12/2017, §§ 94-110.

4. Sınır Dışı veya İade Hallerinde Geri Gönderilen Ülkede Kötü Muameleye Maruz Kalma Riski

Sözleşme'ye taraf olan bir ülkenin, yabancıları sınır dışı etme¹¹¹ veya suçluları iade etme¹¹² kararını uygulaması hâlinde ilgililerin, gönderilecekleri ülkede hayatlarının tehlikeye girmesi ya da kötü muamele görmesi ihtimali varsa gönderme işlemini yapacak olan ülkenin sorumluluğu doğmaktadır. Bu konudaki belli başlı risk örnekleri şu şekilde sıralanabilir:

- ölüm cezasına veya salıverilme ihtimali olmayan müebbet hapis cezasına mahkûm edilme riski¹¹³,
- örgüt üyeliğiyle suçlanma¹¹⁴,
- kötü muamele gören bir etnik azınlığa mensup olma hâli¹¹⁵,
- inançları ve ırkı sebebiyle zulme uğrayan kişilerin durumu¹¹⁶,
- yakınları veya toplum tarafından yapılabilecek bir kötü muameleye maruz kalma riski olan kişilerin durumu¹¹⁷.

Gerçekleşme ihtimali olan bu türde bir risk varsa davanın görüldüğü süre boyunca kişinin sınır dışı edilmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmekte ve AİHS'in yaşam hakkı veya işkence yasağı hükümleri, bazı hâllerde ise "özel hayat hakkı"¹¹⁸ çerçevesinde inceleme yapılmaktadır. Suçlunun iade edilmesine ilişkin bir başvuruda, kişinin iade edileceği ülkedeki mahkemece yargılanmasıyla ilgili olarak "adil yargılanma hakkı"¹¹⁹ çerçevesinde inceleme yapıldığı da görülmüştür¹²⁰.

¹¹¹ Expulsion.

¹¹² Extradition.

¹¹³ Trabelsi / Belçika, B. No: 140/10, 4/9/2014, §§ 110-139.

¹¹⁴ Abdolkhani ve Karimnia / Türkiye, B. No: 30471/08, 22/9/2009, §§ 7 ve 77-92.

¹¹⁵ Makhmudzhaz Ergashev / Rusya, B. No: 49747/11, 16/10/2012, §§ 64-77.

¹¹⁶ M. E. / Fransa, B. No: 50094/10, 6/6/2013, §§ 46-53.

¹¹⁷ Sufi ve Elmi / İngiltere, B. No: 8319/07, 28/6/2011, §§ 293-296, 301-304 ve 309-312. Başka örnekler için AİHM'in ihtiyati tedbir konusundaki bilgi notuna bakılabilir: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf

¹¹⁸ K.A.B. / İspanya, B. No: 59819/08, 10/4/2012, §§ 81-94 ve 99-117; Üner / Hollanda [BD], B. No: 46410/99, 18/10/2006, §§ 54-67.

¹¹⁹ Omar Othman / İngiltere, B. No: 8139/09, 17/1/2012, §§ 258-287.

¹²⁰ Bu konulardaki genel ilkeler veya başka örnekler için şu kararlara da bakılabilir: F.G. / İsveç [BD], B. No: 43611/11, 23/3/2016, §§ 111-158; Hirsi Jamaa vd. / İtalya [BD], B. No: 27765/09, 23/2/2012, §§ 113-138; Saadi / İtalya [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008, §§ 124-149.

Riskin varlığı incelenirken, geri gönderilecek ülkedeki genel duruma ve başvuruçunun kişisel durumuna bakılarak değerlendirme yapılır¹²¹. Sınır dışı kararına itirazı inceleyen idare mahkemeleri¹²² ile iade davalarına bakan ağır ceza mahkemelerinin¹²³ bu davalarda AYM ve AİHM kıstaslarına göre davacının kişisel ve somut durumunu değerlendirerek sonuca ulaşmaları iç hukuk yollarının etkili olması bakımından büyük önem arz etmektedir.

İç hukukta başvuruçunun hukuki yolun, düzenleme itibarıyla “etkili” olarak kabul edilebilmesi için de sınır dışı kararını, başvuruçunun yapıldığı andan itibaren otomatik olarak askıya alıcı özelliği bulunmalıdır. Yargı makamlarının yürütmeyi durdurma yetkisine sahip olmaları, sınır dışı işlemi ile ilgili olarak etkili başvuru hakkı kapsamında yeterli güvence temin etmemektedir çünkü dava açma süresi içerisinde uluslararası koruma verilmesi gereken kişinin ülkede kalabilmesini ve davasını takip edebilmesini güvence altına alacak bir sistem bulunmalıdır¹²⁴.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 53. maddesiyle bu husustaki eksikliğimiz giderilmiş olmakla birlikte 29/10/2016 tarih ve 676 sayılı kanun hükmünde kararname ile 53. maddenin 3. fıkrasına birtakım kişi ve gruplar hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararının alınabileceği düzenlemesi eklenmiştir¹²⁵. Buna göre anılan kanunun 54. maddesinin

¹²¹ J.K. vd. / İsveç [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016, §§ 111-123. Ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin “İltica taleplerinde ispat yükü ve standardı hakkında bilgi notu” (<https://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/pendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa67074>) (The UNHCR Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims - <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html>).

¹²² Bkz. 11/4/2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 53. maddesi.

¹²³ Bkz. 5/5/2016 tarih ve 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu’nun 15. maddesi.

¹²⁴ Conka / Belçika, B. No: 51564/99, 5/2/2002, §§ 79-85; A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017, §§ 60-62; Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019, §§ 48-51.

¹²⁵ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun’u, Madde 53- (3) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde 54’üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç, yargılama sonuçlanuncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez (Madde 53’ün 3. fıkrasında yer alan “54’üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç,” ibaresi 24.12.2019 tarih ve 30988 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6.12.2019 tarih ve 7196 sayılı Kanun’un 75. maddesi hükmü

(1) numaralı fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerine giren kişilerin sınır dışı edilmelerine karar verilmesi hâlinde dava açma süresi boyunca ve dava açıldığı takdirde de yargılama süresince, sınır dışı etme işlemi derhal icra edilebilir hâle gelmişti.

Bu yeni düzenlemenin önemi sebebiyle, hakkında sınır dışı işlemi uygulanan ve bu gruba giren kimselerden olan Y.T.'nin başvurusunda Anayasa Mahkemesi, İçtüzüğü'nün 75. maddesi doğrultusunda pilot karar uygulamasını benimsemiştir¹²⁶. Olayda, ülkesine geri gönderilmesi hâlinde siyasi görüşü ve dinî inançları sebebiyle kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu belirten bir başvuru söz konusudur. Anılan düzenlemenin getirdiği kısıtlamayla bu kişinin, sınır dışı işlemine karşı İdare mahkemesinde açtığı davanın sonucunu beklerken sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran yasal bir güvenceye sahip olmaması sebebiyle yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak

gereğince madde metninden çıkarılmıştır.).

Madde 54- (1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:

- a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler
- b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar
- c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar
- ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar
- d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar
- e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler
- f) İkamet izinleri iptal edilenler
- g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler
- ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler
- h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler
- ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler
- i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar
- j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar
- k) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/madde 36; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/madde 31) "Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler."

Madde 54 § 2 (Değişik: 3/10/2016-KHK-676/madde 36; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/madde 31) "Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir."

¹²⁶ Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

etkili bir başvuru imkânına sahip olma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Bu kararla ayrıca Anayasa Mahkemesi, yasama organından, “6458 sayılı Kanun’un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının değişiklikten önceki hâle getirilmesini 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 yapılmasını” talep etmiştir (§ 76). Pilot karar uygulaması doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, aynı düzenleme sebebiyle önünde derdest olan 1545 davanın çözümü için de yasal veya idari tedbirlerin alınması gerektiğine hükmetmiştir (§ 77). Son olarak başvuruçunun ülkesinde kötü muameleye maruz kalabileceği yönündeki iddialarının değerlendirilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılması için dosyanın idare mahkemesine gönderilmesine, ayrıca bu yargılama sonuçlanıncaya kadar kişinin sınır dışı edilmemesine karar vermiştir (§§ 80-82).

Bu karar doğrultusunda anılan kanunun 53. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “54’üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç,” ibaresi, 24.12.2019 tarih ve 7196 sayılı Kanunun 75. maddesi hükmü gereğince madde metninden çıkarılmış, bu şekilde yargısal yollar, sınır dışı kararını, başvurunun yapıldığı andan itibaren otomatik olarak askıya alıcı özelliğe tekrar kavuşmuştur.

B. DEVLETİN USULE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

AİHM’in içtihatla geliştirdiği usule ilişkin yükümlülük, özetle devletin hâkimiyet alanında bulunan bir kişinin, “savunulabilir” bir şekilde AİHS’in 3. maddesine aykırı bir muameleye maruz kaldığı yönündeki iddialarının olması hâlinde, bu iddiaların etkili, sonuç alıcı bir şekilde soruşturulmasına/kovuşturulmasına¹²⁷ imkân veren yargı yollarının bulunması anlamına gelmektedir¹²⁸.

Bu tür bir soruşturmanın etkili olarak kabul edilebilmesi için öncelikle soruşturmayı yürüten kişilerin, şüpheli veya sanıktan bağımsız bir kurumsal kimliğinin bulunması şarttır. Bu bağımsızlık, hiyerarşik bakımdan ve çalışma ilişkileri bakımından olduğu kadar, kişisel ve somut

¹²⁷ AİHM içtihadında İngilizce “investigation”, Fransızca “enquête” terimleri hem savcılık hem yargılama aşamalarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu yazıda da “soruşturma” terimi bu şekilde kullanılacaktır.

¹²⁸ El-Masri / Makedonya, §§ 182-185; Mocanu vd. / Romanya, §§ 316-326.

açıdan da var olmalıdır. Soruşturmanın, olayı aydınlatma kapasitesi yani sorumluları tespit edebilecek, her türlü ihtimali değerlendirebilecek vasıfta olması, yargılama neticesinde suçun ve suçlunun sabit olması hâlinde ise sanıkları etkili bir şekilde cezalandırabilecek yeterlilikte olması gerekmektedir. Soruşturmanın ve yargılamanın kısa sürede neticeye ulaşması, mağdurların etkin bir şekilde bu aşamalara katılabilmesi de aranan diğer önemli kıstaslar arasındadır¹²⁹.

Usule ilişkin yükümlülükler, yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı bakımından büyük oranda birbirine benzemektedir. Bu sebeple AİHM kararlarında Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri incelenirken karşılıklı olarak bu konulardaki içtihatlarla atıflar yapılmaktadır. Bununla birlikte, soruşturmanın niteliği gereği, somut soruşturma işlemlerinin farklı olması doğaldır. Örneğin yaşam hakkına ilişkin bir soruşturmada olay yeri incelemesi, otopsi, parmak izi, atış mesafesi, kıyafetlerde veya ellerde barut artığı araştırması, balistik incelemesi gibi ölüm olayına yönelik farklı işlemler aranabilecektir¹³⁰.

Türk hukuku açısından, kötü muamele iddialarını kapsayan usule ilişkin yükümlülüklerde en fazla karşılaşılan problemler fiilî olarak cezasızlıkla neticelenmeye sebep veren durumlardır. Tahfif sebeplerinin uygulanmasıyla cezanın ertelenmesi¹³¹ veya davanın zamanaşımı sebebiyle sona erdirilmesi¹³² bu konuda en somut örnekler olmuştur.

¹²⁹ Bouyid / Belçika, §§ 114-134; Cezmi Demir, B. No: 2013/293, 17/7/2014, §§ 110-138; Süleyman Göksel Yerdut [GK], B. No: 2014/788, 16/11/2017, §§ 42-64; Hamdiye Aslan, §§ 128-161.

¹³⁰ AİHS'in 2. ve 3. maddelerine yönelik usul yükümlülükleri için bakılabilecek belli başlı kararlara ek örnekler: McCann vd. / İngiltere, B. No: 18984/91, 27/9/1995, § 161; Güleç / Türkiye, B. No: 21593/93, 27/7/1998, §§ 77-83; Assenov vd. / Bulgaristan, B. No: 24760/94, 28/10/1998, §§ 101-106; İlhan / Türkiye [GC], B. No: 22277/93, 27/6/2000, §§ 91-93; McKerr / İngiltere, B. No: 28883/95, 4/5/2001, §§ 111-115 ve 122-161; Hugh Jordan / İngiltere, B. No: 24746/94, 4/5/2001, §§ 116-145; Slimani / Fransa, B. No: 57671/00, 27/7/2004, §§ 43-50; Tanguiyeva / Rusya, B. No: 57935/00, 29/11/2007, §§ 88-95; Jelic / Hırvatistan, B. No: 57856/11, 12/6/2014, §§ 72-95; Jaloud / Hollanda [BD], B. No: 47708/08, 20/11/2014, §§ 183-228; Mustafa Tunç ve Fecire Tunç / Türkiye [BD], B. No: 24014/05, 14/4/2015, §§ 169-182; Jeronovics / Letonya [BD], 44898/10, 5/7/2016, §§ 103-124.

¹³¹ Çiğirhun Öner / Türkiye (no. 2), B. No: 2858/07, 23/11/2010, § 100; Taylan / Türkiye, B. No: 32051/09, 3/7/2012, §§ 26 ve 46; Eski / Türkiye, B. No: 8354/04, 5/6/2012, §§ 18 ve 36.

¹³² Abdülsamet Yaman / Türkiye, B. No: 32446/96, 2/11/2004, §§ 38, 55 ve 59. Zamanaşımı sebebiyle AYM'nin verdiği ihlal kararlarına örnek olarak bkz. Muzaffer Özer vd., B. No: 2013/1146, 4/2/2016, §§ 65-74; Feride Kaya, B. No: 2013/2365, 20/1/2016, §§ 65-83; Tuncay Alemdaroğlu, B. No: 2012/827, 15/10/2014, §§ 48-51. Başka örnekler: Gülkanat / Türkiye, B. No: 38176/08, 9/7/2019, §§ 17-21 ve 34-36; Dağabakan ve Yıldırım / Türkiye, B. No: 20562/07, 9/4/2013, §§ 24-28 ve 62-66. Bu davalarda, birinci derece mahkemesinde ceza ertelemesi, Yargıtay'da zamanaşımı işlemi söz konusudur. Aynı konuda AYM'nin verdiği Cezmi Demir (§§ 136-138) ihlal kararına bakılabilir. Zamanaşımı konusunda başka bir ülkeyle ilgili AİHM

Polislerin sorgulanmadığı veya yakalama sırasında kullanılan gücün gerekli ve orantılı olup olmadığı incelemesinin olaya özgü, detaylı ve somut bir şekilde izah edilmediği takipsizlik kararları da ihlale sebebiyet vermektedir¹³³.

Kıyas yapmak ve konunun daha anlaşılabilir hâle gelmesi maksadıyla bu konuda çarpıcı iki AİHM kararı örnek olarak gösterilebilir. Yakınlarının gözaltına alınması sebebiyle karakolu basan bir topluluğa karşı güç kullanılmasına ilişkin birbirine çok benzeyen iki davada AİHM, Özen vd./Türkiye kararında¹³⁴, kullanılan gücün gerekli ve orantılı olması ve takipsizlikle sonuçlanan soruşturmanın etkin bir şekilde yürütülmüş olması sebepleriyle kabul edilmezlik kararı verirken Güngör vd./Türkiye kararında¹³⁵, soruşturmanın zamanaşımına bırakılmış olması sebebiyle ihlale karar vermiştir.

Kısacası, zor kullanma yetkisi her ülke sisteminde kabul edilen güvenlik kuvvetlerinin, görev kapsamı içinde kalması ve soruşturmanın da kusursuz bir şekilde yürütülmüş olması durumunda takipsizlik veya beraat kararına rağmen Anayasa Mahkemesinden veya AİHM'den ihlal kararı çıkmayacaktır. Soruşturmanın kusursuz olmasının bir başka anlamı da güvenlik kuvvetlerinin gereksiz veya aşırı güç kullanması hâlinde, olayı aydınlatmaktan ziyade, bu görevlileri koruma güdüsüyle hareket etmemektir¹³⁶. Aynı husus, AYM tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen bir davada,

“eziyet ve kötü muamele eylemlerini gerçekleştirdikleri tespit edilen görevlilerle ilgili ulaşılan bu nihai sonucun, bu tür olaylara karışan kamu görevlilerine müsamaha ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve dolayısıyla bu tür fiilleri gerçekleştirme temayülü olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyebileceği açıktır.”¹³⁷

ifadesiyle teyit edilmiştir.

kararına örnek için bkz. Beganovic / Hırvatistan, B. No: 46423/06, 25/6/2009, §§ 85-87.

¹³³ Taşarsu / Türkiye, B. No: 14958/07, 18/12/2012, §§ 52-56; Bouyid / Belçika, §§ 123.

¹³⁴ Özen vd. / Türkiye, B. No: 29272/08, 23/2/2016, § 64-70 ve 77-90.

¹³⁵ Güngör / Türkiye, B. No: 24451/12, 23/10/2018, §§ 19-20 ve 33-34.

¹³⁶ Bouyid / Belçika, § 123.

¹³⁷ Hamdiye Aslan, § 160. Benzer ifadeler, AYM'nin Deniz Yazıcı (B. No: 2013/6359, 10/12/2014, §§ 113-114), Mehmet Şah Araş vd. (2014/798, 28/9/2016, §§ 107-108) ve Elif Aydın Dost (B. No: 2014/19954, 12/6/2018, §§ 65-67) kararlarında da yer almıştır.

Anayasa Mahkemesi, özel kişiler arasındaki darp-cebir olaylarının söz konusu olduğu davalarda da¹³⁸ fiillerin vahamet arz etmesi halinde ceza ertelemesi veya zamanaşımı sebebiyle ihlal kararı vermeyolunubenimsemiş görünmektedir. Silahlı saldırıyı ilgilendiren Tuncay Alemdaroğlu kararı ile cinsel saldırıyı ilgilendiren E.A. kararındaki¹³⁹ bu yaklaşım, AİHM'in -iç hukuk yargılamasında aranan hususlar ve yargılamanın neticesi itibarıyla farklı da olsa- benzer konuları ilgilendiren Osman/İngiltere ve M.C./Bulgaristan kararlarındaki¹⁴⁰ yaklaşımlarla örtüşmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi Bilal Çiçek kararında¹⁴¹, üçüncü kişiler tarafından darp edilen başvuruçunun vücudunda tespit edilen yaraların çok olması ve 15 gün raporlu bulunması sebebiyle mağdurun ifadesinin alınmamış olması ve sanıklar hakkında açılan davanın zamanaşımına bırakılmış olması hususlarını eziyet yasağının usul boyutunun ihlali olarak görerek bu konudaki koruma alanını haklı olarak geniş tutmuştur.

AİHM, olayların vahamet arz ettiğinin söylenemeyeceği ve özel kişiler arasında cereyan eden darp-cebir hâlinin söz konusu olduğu Çalışkan/Türkiye kararında¹⁴² hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını ihlal sebebi saymamıştır. Buna karşılık bir bayan öğretmenin yüzüne kezzap atılması olayını ilgilendiren ve yukarıda anılan Ebcin kararında¹⁴³, sanıkların altı yıl boyunca bulunamaması ve devamında yargılamalarının uzun sürmesi sebebiyle ihlal kararı vermiştir.

III. AİHS'İN İÇ HUKUKTA UYGULANMASI VE SONUÇ

AİHM bugüne kadar, kötü muamele yasağıyla ilgili olarak Türkiye aleyhine 400'e yakın ihlal kararı vermiştir. Kararların icrasını denetleyen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önünde, devletimiz 2016 tarihinde sunduğu Eylem Raporu'nda¹⁴⁴, yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı

¹³⁸ Kötü muamele yasağının yatay etkisi, bkz. yukarıdaki başlık "B. DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ: NEGATİF / POZİTİF".

¹³⁹ Tuncay Alemdaroğlu, B. No: 2012/827, 15/10/2014, §§ 30-51; E.A., B. No: 2014/19112, 17/5/2018, §§ 39-68.

¹⁴⁰ Osman / İngiltere, §§ 115-123. Bu kararda devletin, tehlikenin varlığı karşısında kişileri silahlı saldırıdan koruma mükellefiyeti incelenmiş ve ihlal olmadığına karar verilmiştir. M.C. / Bulgaristan, B. No: 39272/98, 4/12/2003. Bu kararda, cinsel saldırının varlığını ispatlamak için iç hukukta aranan yüksek kriterler incelenmiş ve ihlale karar verilmiştir.

¹⁴¹ Bilal Çiçek, B. No: 2014/29, 13/7/2016, §§ 41-61.

¹⁴² Çalışkan / Türkiye, B. No: 47936/11, 1/12/2015, §§ 34-53.

¹⁴³ Ebcin, §§ 52-56.

¹⁴⁴ Türkiye'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdindeki "Aksiyon planı - Batı vd., B. No: 33097/96", 21 Haziran 2016 (Action report, 21 June 2016, Communication from Turkey concerning the case Batı and others v. Turkey (Application no. 33097/96)

çerçevesinde yapılan hukuki değişiklikleri ve uygulamadaki iyileştirmeleri özetlemiştir. Bu belgede yer alan hususlardan ikisinin altını çizmekte fayda var. Birincisi, ihlal sebeplerinin başında gelen zamanaşımı meselesi için 11 Nisan 2013 tarih ve 6459 numaralı kanunla Türk Ceza Kanunu'nun "İşkence" başlıklı 94. maddesine, "Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez" hükmünün eklenmiş olmasıdır. Aynı doğrultuda hem işkence hem kötü muamele davalarının hızlı bir şekilde görülebilmesi için, en uzun 370 gün olan "hedef süreler" belirlenmiştir.

Yakın dönemdeki bu gelişmelere rağmen 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana bireysel başvuruları inceleyen Anayasa Mahkemesinin de kötü muamele yasağı ile ilgili olarak yaklaşık 160 ihlal kararı verdiği gözden uzak tutulmamalı, bu itibarla savcılara ve ilk derece mahkemelerine büyük görev düştüğü tekrar edilmelidir.

Daha geniş bir çerçeveden bakılacak olursa Anayasa Mahkemesinin verdiği her ihlal kararı, prensip itibariyle ilgilinin hakkına daha erken kavuşmasını sağladığı gibi aynı zamanda AİHM önünde de mağdur sıfatının ortadan kalkmış olmasını sağlayarak ülkemizin uluslararası karnesini iyileştirmeye hizmet etmektedir¹⁴⁵. Bu itibarla AYM bireysel başvuru yolunun, Interlaken, İzmir, Brighton, Brüksel ve Kopenhag deklarasyonlarının¹⁴⁶ tamamında ifade edilen "Sözleşme'nin iç hukukta uygulanması" ve "iç hukuk mekanizmalarının oluşturulması" konularına, Avrupa Konseyi'ne üye 47 ülke arasında en iyi örneklerden birini teşkil ettiğinin altını çizmek gerekmektedir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi önüne getirilen dava sayısı, bu yolun etkili olma özelliğini tehdit eder boyutlara gelmiştir. 31 Aralık 2019 tarihi itibariyle 43 000 civarında¹⁴⁷ derdest dava ile karşı karşıya olan yüksek mahkemenin, bu iş yükü sebebiyle dava görme süresinin makul seviyelerin üzerine çıkması hâlinde, AİHM'in bu yolun artık etkili olmadığı yönünde bir karar vermesi ihtimali görmezden gelinemez.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016809527d1>

¹⁴⁵ Bkz. yukarıdaki başlık "d. Mağdur Sıfatının Yitirilmesi" ve aynı bölümde adı geçen her iki yüksek mahkeme tarafından verilen Kaya vd. kararları.

¹⁴⁶ <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=>

¹⁴⁷ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/>

Bu itibarla hâkim ve savcılar, ilk derece yargılama mercilerinden itibaren Sözleşme içtihadını uygulamak konusunda aktif davranmaları ve bu şekilde davaların Anayasa Mahkemesine kadar gitmesine ihtiyaç kalmamasını sağlayarak bu iş yükünü paylaşmaları kaçınılmaz hâle gelmiştir. Söz konusu deklarasyonlarda ifadesini bulan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin iç hukukta uygulanması”¹⁴⁸ hususu da esasen tam olarak budur. Ayrıca, Sözleşme’nin iç hukukta doğrudan uygulanmasının ek faydası da ulusal yargı makamlarının, ülkedeki yaşam seviyesi, tarih, kültür ve geleneklerle, ayrıca iç hukuk sistemiyle daha uyumlu kararlar verebilmelerinden doğan avantajdır. Aynı çerçevede kişi lehine daha yakın ve doğrudan bir koruma sağlanmış, olayların tespit edilmesi ve incelenmesi hızlı ve etkili bir şekilde gerçekleşmiş olacaktır¹⁴⁹.

Ulusal yargı makamları ile AİHM’in aynı ilkeleri uygulaması, bu ilkelerin Sözleşme’ye taraf ülkelerin tamamında uygulanabilir nitelikte olduğunun görünür hâle gelmesi bakımından da önem arz etmektedir¹⁵⁰.

Geçmişte, AİHM kararlarının yargı bültenlerinde düzenli bir şekilde yayınlanması bile, tercüme kokan bu kararların hâkim ve savcılar tarafından yeterince benimsenmesini sağlayamamıştı. Ancak bugün, Anayasa Mahkemesinin yargı camiasının birinci elden görüp anlayabileceği, Türk hukuk terminolojisine uygun şekilde kaleme alınmış geniş içtihadı bu faydayı sağlayabilecek niteliktedir.

AİHM’in yukarıda anılan Kaya vd./Türkiye kararında da belirttiği üzere (Ş 45) ihlal tespitinden sonra dosyanın Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili savcılığa veya ilk derece mahkemesine ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması, yani soruşturmanın tekrar açılması veya yargılamanın yenilenmesi için iade edilmesi imkânı, Türk hukukunda Sözleşme’nin bütün ulusal yargı organlarınca uygulanması ilkesi bakımından anahtar rolü görmektedir. Esasen savcılar ve ilk derece yargı makamlarının, faaliyetleri sırasında, Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar hak ve hürriyetlerin özellikle “usule ilişkin” boyutları hakkında gerçekleştirdiği

¹⁴⁸ Implementation / Mise en œuvre

¹⁴⁹ Ando, N. (2013). “National Implementation and Interpretation”, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, s. 717. Ayrıca bkz. Cocchiarella / İtalya [BD], B. No: 64886/01, 29/3/2006, ŞŞ 79-80; Bédat/ İsviçre, [BD], B. No: 56925/08, 29/3/2016, Ş 54.

¹⁵⁰ Andenas, M., Bjorge, E. (2013), “National Implementation of ECHR Rights”, *Constituting Europe*, Cambridge University Press, s. 261.

tespitleri nazara almaları hâlinde hem Anayasa Mahkemesinin iş yükünün azalması sağlanacak hem de bu makamların vermiş oldukları kararların ihlal tespitiyle kendilerine dönmelerinin de önüne geçilecektir.

Bu konuda Yargıtay ve Danıştayın da Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarındaki kıstasları, Anayasa veya AİHS'deki hak ve özgürlüklere göre gruplandırmaktan ziyade dava konularına göre düzenleyerek hâkim ve savcılarının günlük işlerinde kullandıkları terimler ve gerçekleştirdikleri hukuki işlemlere somut olarak tekabül edecek nitelikte yol gösterici ve güncel çalışma belgelerine dönüştürmesi uygulama bakımından büyük kolaylık sağlayabilir. Örneğin hapisli olanın kalabalık olmasına yönelik şikâyetler hakkında kontrol edilmesi gereken somut ve asgari hususlara ilişkin liste oluşturulması hâlinde, uygulayıcılar, böyle bir listede yer alacak olan “kişi başına düşen alan hesaplaması”, “sağlanan sosyal, sportif ve kültürel imkânların süresi ve sıklığı”, “aile ziyaretleri ve telefon görüşmelerinin süresi ve sıklığı”, “tuvalet ve banyo mahremiyeti, bu bölümlere erişim kısıtlaması olup olmadığı” gibi ana hususlara cevap vererek incelemelerini tamamlayabilecek ve bu şekilde AİHS'in 3. maddesinin bu alandaki gereğini daha etkili bir şekilde yerine getirebileceklerdir. Özetle temel hak ve özgürlüklere ilişkin soyut ilkelerden veya akademik kavramlardan ziyade bu kıstasların, uygulayıcıların günlük hayatlarındaki karşılıklarının üzerinden hareket edilmesinin ve kendilerine bu şekilde iç çalışma malzemesi sağlanmasının, Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarının gözetilmesi bakımından uygulamaya önemli bir katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

AİHM Başkanı Robert Spano, Sözleşme'nin ikincil niteliğine atıfla Mahkemenin artık, “dava konusu olayları, ulusal yargı makamlarının benzer şekilde Sözleşme'nin ışığında incelemeleri konusuna ağırlık verdiği bir çağa girildiğini” ifade etmektedir¹⁵¹.

Bu iradenin ve Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar ortaya koyduğu başarılı çalışmanın devamını sağlayabilmek için ilk derece mahkemelerinin önlerindeki her davada ilgili içtihadı gözetmeleri büyük önem arz etmektedir. Bu “gereklik” ve “görev”, esasen Anayasa'nın 90.

¹⁵¹ Spano, R. (2018). “The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, *Oxford University Press, Human Rights Law Review*, C. 18, S. 3, s. 473-494. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy015>

maddesindeki değişiklikle uzun yıllar önce ortaya konmuş¹⁵² ve AİHS'in iç hukukta doğrudan uygulanabilir olma niteliği güçlendirilmiştir¹⁵³.

Bir sonraki aşamada ise idarenin karar, eylem ve işlemlerinde; yasama organının ise yasama faaliyetinde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını dikkate alması ve bu şekilde ihlalin en baştan itibaren oluşmasının önlenmesi hedeflenebilecektir. 6458 sayılı kanuna getirilen değişiklikler hakkında Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan Y.T. kararı bu konuda iyi bir örnek teşkil etmektedir.

¹⁵² 22 Mayıs 2004 ve 5170 sayılı kanunla getirilen ek cümle: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

¹⁵³ AİHS'in iç hukukta uygulanma şekilleri hakkında karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Bourgeois, S. (2016). “The Implementation of the European Convention on Human Rights at the Domestic Level”, *Comparative Study on the Implementation of the ECHR at National Level*, Council of Europe publications, s. 8-28.

KAYNAKÇA

I. Anayasa Mahkemesi kararları:

- A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017.
- Elif Aydın Dost, B. No: 2014/19954, 12/6/2018.
- E.A., B. No: 2014/19112, 17/5/2018.
- Mehmet Şah Araş vd., B. No: 2014/798, 28/9/2016.
- Bilal Çiçek, B. No: 2014/29, 13/7/2016.
- Hıdır Öztürk ve Dilif Öztürk, B. No: 2013/7832, 21/4/2016.
- Muzaffer Özer vd., B. No: 2013/1146, 4/2/2016.
- Feride Kaya, B. No: 2013/2365, 20/1/2016.
- Hamdiye Aslan, B. No: 2013/2015, 4/11/2015.
- Deniz Yazıcı, B. No: 2013/6359, 10/12/2014.
- Tuncay Alemdaroğlu, B. No: 2012/827, 15/10/2014.
- Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları:

- A / İngiltere, B. No: 25599/94, 23/9/1998.
- A.B. / Fransa, B. No: 11593/12, 12/7/2016.
- Abdolkhani ve Karimnia / Türkiye, B. No: 30471/08, 22/9/2009.
- Abdülsamet Yaman / Türkiye, B. No: 32446/96, 2/11/2004.
- Akkoç / Türkiye, B. No: 22947/93, 10/10/2000.
- Aksoy / Türkiye (k.e.), B. No: 21987/93, 19/10/1994.
- Aksoy / Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996.
- Ananyev vd. / Rusya, B. No: 42525/07, 10/1/ 2012.
- Assenov / Bulgaristan, B. No: 24760/94, 28/10/1998, §§ 96-100.
- Assenov vd. / Bulgaristan, B. No: 24760/94, 28/10/1998.
- Ataykaya / Türkiye, B. No: 50275/08, 22/7/2014
- Azzolina vd. / İtalya, B. No: 28923/09, 26/10/2017.
- Balyemez / Türkiye, B. No: 32495/03, 22/12/2005.
- Batı vd. / Türkiye, B. No: 33097/96, 3/9/2004.

- Bazjaks / Letonya, B. No: 71572/01, 19/10/2010.
- Bédat/ İsviçre, [BD], B. No: 56925/08, 29/3/2016
- Bora / Türkiye, B. No: 30647/17, 28/11/2017.
- Bouyid / Belçika, B. No: 23380/09, 28/9/2015.
- Budina / Rusya (k.e.), B. No: 45603/05, 18/06/2009.
- Cezmi Demir, B. No: 2013/293, 17/7/2014.
- Ciğerhun Öner / Türkiye (no. 2), B. No: 2858/07, 23/11/2010.
- Cocchiarella / İtalya [BD], B. No: 64886/01, 29/3/2006.
- Conka / Belçika, B. No: 51564/99, 5/2/2002.
- Coşar / Türkiye, B. No: 22568/05, 26/3/2013.
- Dağabakan ve Yıldırım / Türkiye, B. No: 20562/07, 9/4/2013.
- Danelia / Gürcistan, B. No: 68622/01, 17/10/2006.
- Dikme / Türkiye, B. No: 20869/92, 11/7/2000.
- Döndü Erdoğan / Türkiye, B. No: 32505/02, 23/3/2010.
- Duman vd. / Türkiye, B. No: 30126/11, 2/10/2018.
- Durdevic / Hırvatistan, B. No: 52442/09, 19/7/2011.
- Ebbinge / Hollanda (k.e.), B. No: 47240/99, 14/3/2000.
- Ebcin / Türkiye, B. No: 19506/05, 1/2/2011.
- Ebedin Abi / Türkiye, B. No: 10839/09, 13/3/2018.
- El-Masri / Makedonya, B. No: 39630/09, 13/12/2012.
- Eski / Türkiye, B. No: 8354/04, 5/6/2012.
- F.G. / İsveç [BD], B. No: 43611/11, 23/3/2016.
- Fırat Koç / Türkiye (k.e.), B. No: 24937/94, 14/11/2000.
- Florea / Romanya, B. No: 37186/03, 14/9/2010.
- G.B. / Türkiye, B. No: 4633/15, 17/10/2019.
- Gaefgen / Almanya [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010.
- Gengoux / Belçika, B. No: 76512/11, 17/1/2017.
- Gömi / Türkiye, B. No: 38704/11, 19/2/2019.
- Güleç / Türkiye, B. No: 21593/93, 27/7/1998.
- Güler Zere / Türkiye (k.e.), B. No: 31223/09, 15/2/2011.
- Gülkanat / Türkiye, B. No: 38176/08, 9/7/2019.

- Günay / Türkiye, B. No: 44601/09, 9/1/2018.
- Güngör / Türkiye (k.e.), B. No: 14486/09, 4/7/2017.
- Güngör / Türkiye, B. No: 24451/12, 23/10/2018.
- Gürbüz / Türkiye, B. No: 26050/04, 10/11/2005.
- H.A. vd / Yunanistan, B. No: 19951/16, 28/2/2019.
- Henaf / Fransa, B. No: 65436/01, 27/11/2003.
- Hirsi Jamaa vd. / İtalya [BD], B. No: 27765/09, 23/2/2012.
- Hırvatistan, B. No: 46423/06, 25/6/2009.
- Hugh Jordan / İngiltere, B. No: 24746/94, 4/5/2001.
- İlhan / Türkiye [GC], B. No: 22277/93, 27/6/2000.
- Indelicato / İtalya, B. No: 31143/96, 18/10/2001, §§ 34-35.
- İpek / Türkiye, B. No: 25760/94, 17/2/2004.
- İrlanda / İngiltere (devlet başvurusu-esas hakkında karar), B. No: 5310/71, 18/1/1978.
- İrlanda / İngiltere (devlet başvurusu-karar düzeltme talebi hakkında karar), B. No: 5310/71, 20/3/2018.
- J.K. vd. / İsveç [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016.
- Jalloh / Almanya [BD], B. No: 54810/00, 11/7/2006.
- Jaloud / Hollanda [BD], B. No: 47708/08, 20/11/2014.
- Jelic / Hırvatistan, B. No: 57856/11, 12/6/2014.
- Jeronovics / Letonya [BD], 44898/10, 5/7/2016.
- Jeronovics / Letonya [BD], B. No: 44898/10, 5/7/2016.
- K.A.B. / İspanya, B. No: 59819/08, 10/4/2012.
- Kaburov / Bulgaristan, (k.e.), B. No: 9035/06, 19/6/2012.
- Kanagaratnam / Belçika, B. No: 15297/09, 13/12/2011.
- Kaya ve diğerleri / Türkiye (k.e.), B. No: 9342/16, 20/3/2018.
- Khoudoiorov / Rusya, B. No: 6847/02, 8/11/2005.
- Koval / Ukrayna, B. No: 65550/01, 19/10/2006.
- Kudla / Polonya [GC], B. No: 30210/96, 26/10/2000.
- Kuruçay / Türkiye, B. No: 24040/04, 10/11/2005.
- Labita / İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000.
- Lorse vd. / Hollanda, B. No: 52750/99, 4/2/2003, §§ 73-74.

- M. E. / Fransa, B. No: 50094/10, 6/6/2013.
- M.S.S. / Belçika ve Yunanistan [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011.
- Makbule Kaymaz vd. / Türkiye, B. No: 651/10, 25/2/2014.
- Makhmudzhah Ergashev / Rusya, B. No: 49747/11, 16/10/2012.
- Malhous / Çek Cumhuriyeti (k.e.) [BD], B. No: 33071/96, 13/10/2000.
- Maļinovskis / Letonya (k.e.), B. No: 48435/07, 4/3/2014.
- Mamedova / Rusya, B. No: 7064/05, 1/6/2006.
- M.C. / Bulgaristan, B. No: 39272/98, 4/12/2003
- McCann vd. / İngiltere, B. No: 18984/91, 27/9/1995.
- McKerr / İngiltere, B. No: 28883/95, 4/5/2001.
- Mehmet Kaya vd., B. No: 2013/6979, 20/5/2015.
- Mocanu vd. / Romanya, B. No: 10865/09, 17/09/2014.
- Mouisel / Fransa, B. No: 67263/01, 21/3/2002.
- Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga / Belçika, B. No: 13178/03, 12/10/2006.
- Mursic / Hırvatistan [BD], B. No: 7334/13, 20/10/2016.
- Muskhadzhiyeva vd. / Belçika, B. No: 41442/07, 19/1/2010.
- Mustafa Tunç ve Fecire Tunç / Türkiye [BD], B. No: 24014/05, 14/4/2015.
- Nasrettin Aslan ve Zeki Aslan / Türkiye, B. No: 17850/11, 30/9/2016.
- Nevmerzhitsky / Ukrayna, B. No: 54825/00, 5/4/2005.
- Ntumba Kabongo / Belçika (k.e.), B. No: 52467/99, 2/6/2005.
- Öcalan / Türkiye (k.e.), B. No: 12261/10, 4/9/2018.
- Öcalan / Türkiye (no. 2), B. No: 24069/03, 18/3/2014.
- Öcalan / Türkiye, B. No: 46221/99, 12/5/2005.
- Omar Othman / İngiltere, B. No: 8139/09, 17/1/2012.
- Opuz / Türkiye, B. No: 33401/02, 9/6/2009.
- Osman / İngiltere, B. No: 23452/94, 28/10/1998.
- Özen vd. / Türkiye, B. No: 29272/08, 23/2/2016.
- Özen vd. / Türkiye, B. No: 29272/08, 23/2/2016.
- Paksoy / Türkiye, B. No: 33901/04, 17/10/2006.
- Pantea / Romanya, B. No: 33343/96, 3/6/2003.
- Paposhvili / Belçika [BD], B. No: 41738/10, 13/12/2016.

- Payet / Fransa, B. No: 19606/08, 20/01/2011.
- Popov / Fransa, B. No: 39472/07, 19/1/2012.
- Popov / Moldova (no. 1), B. No: 74153/01, 18/1/2005.
- Portmann / İsviçre, B. No: 38455/06, 11/10/2011.
- Price / İngiltere, B. No: 33394/96, 10/7/2001.
- R.M. vd. / Fransa, B. No: 33201/11, 12/7/2016.
- Ramirez Sanchez / Fransa, B. No: 59450/00, 4/7/2006.
- Raninen / Finlandiya, B. No: 20972/92, 16/12/1997.
- Rehbock / Slovenya, B. No: 29462/95, 28 Kasım 2000.
- Retunscaia / Romanya, B. No: 25251/04, 8/1/2013.
- Rezmiveş vd / Romanya, B. No: 61467/12, 25/4/2017.
- Saadi / İtalya [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008.
- Sakkopoulos / Yunanistan, B. No: 61828/00, 15/1/2004.
- Selçuk ve Asker / Türkiye, B. No: 23184/94, 24/4/1998.
- Selmouni / Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999.
- Selmouni / Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999.
- Sinan Eren / Türkiye, B. No: 8062/04, 10/11/2005.
- Slimani / Fransa, B. No: 57671/00, 27/7/2004.
- Stefan İliev / Bulgaristan, B. No: 53121/99, 10/5/2007
- Sufi ve Elmi / İngiltere, B. No: 8319/07, 28/6/2011.
- Süleyman Göksel Yerdut [GK], B. No: 2014/788, 16/11/2017.
- Tahir Özgür vd. / Türkiye, B. No: 28480/04, 20/11/2005.
- Tanguiyeva / Rusya, B. No: 57935/00, 29/11/2007.
- Tanlı / Türkiye, B. No: 26129/95, 10/4/2001
- Tararieva / Rusya, B. No: 4353/03, 11/10/2005.
- Taşarsu / Türkiye, B. No: 14958/07, 18/12/2012.
- Taylan / Türkiye, B. No: 32051/09, 3/7/2012.
- Tekin Yıldız / Türkiye, B. No: 22913/04, 10/11/2005.
- Torreggiani vd. / İtalya, B. No: 43517/09, 8/1/2013.
- Trabelsi / Belçika, B. No: 140/10, 4/9/2014.
- Turan Talay / Türkiye (k.e.), B. No: 45909/99, 10/6/2003.

- Tyrer / İngiltere, B. No: 5856/72, 25/4/1978.
- Üner / Hollanda [BD], B. No: 46410/99, 18/10/2006.
- Uyan / Türkiye, B. No: 7454/04, 10/11/2005.
- Uytun, B. No: 2013/9461, 15/12/2015.
- Wieser / Avusturya, B. No: 2293/03, 22/2/2007.
- Yakovenko / Ukrayna, B. No: 15825/06, 25/10/2007.
- Yarashonen / Türkiye, B. No: 72710/11, 24/6/2014.
- Yankov / Bulgaristan, B. No: 39084/97, 11/12/2003.
- Z vd. / İngiltere [BD], B. No: 29392/95, 10/5/2001.

III. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararları:

- Madeline Togher / İngiltere, B. No: 28555/95, 16/4/1998.
- X / İngiltere, B. No: 5871/72, 30/09/1974.

IV. Uluslararası diğer belgeler:

- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin "İltica taleplerinde ispat yükü ve standardı hakkında bilgi notu",
<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa67074> .
(The UNHCR Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html>).
- Türkiye'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdindeki "Aksiyon planı" - Batı vd., B. No: 33097/96", 21 Haziran 2016
(Action report, 21 June 2016, Communication from Turkey concerning the case Batı and others v. Turkey (Application no. 33097/96), <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016809527d1>).
- Interlaken Bildirisi (2010), https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf .
- İzmir Bildirisi (2011), https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf .
- Brighton Bildirisi (2012), https://www.echr.coe.int/Documents/2012_

Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf .

- Brüksel Bildirisi (2015), https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf .
- Kopenhag Bildirisi (2018), https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf .

V. Kitap ve makaleler:

- Ando, N. (2013). "National Implementation and Interpretation", *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press.
- Andenas, M., Bjorge, E. (2013), "National Implementation of ECHR Rights", *Constituting Europe*, Cambridge University Press.
- Bourgeois, S. (2016). "The Implementation of the European Convention on Human Rights at the Domestic Level", *Comparative Study on the Implementation of the ECHR at National Level*, Council of Europe publications, ss. 8-28.
- Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C., (2014), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Ovey, C., White, R. (2002), *European Convention on Human Rights*, s. 66-68.
- Spano, R. (2018). "The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, C. 18, S. 3, s. 473-494. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy015>.



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN FAZLI ASLANER/ TÜRKİYE KARARI BAĞLAMINDA TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI

*The Right to Impartial Tribunal in the Context of the European Court of
Human Rights's (ECtHR) Fazlı Aslaner/Turkey Decision*

Fatih TORUN*

ÖZET

Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, modern demokrasilerin ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisidir. Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisini teşkil etmekte olup kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de doğrudan bağlantılıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), tarafsızlık kavramını nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) olmak üzere iki açıdan ele almaktadır. İlk aşamada, hâkimin birey olarak davadaki kişisel tarafsızlığı yani öznel tarafsızlık, ikinci aşamada ise kurum olarak mahkemenin tarafsızlığı, yani nesnel tarafsızlık incelenmektedir.

Danıştay, hem idarenin danışma organı sıfatıyla idari görevleri olan hem de idari işlem ve eylemlere karşı ilk derece ve temyiz mahkemesi olarak yargısal görevleri yerine getiren bir kurumdur. Bu noktada Danıştayın bazı uyuşmazlıklarda çifte rol üstlenmesinin tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun oluşturma ihtimali bulunmaktadır.

Ayrıca temyiz incelemesi aşamasında idari yargı yerlerinin kararını bozan Danıştay dairesi üyelerinin aynı zamanda ısrar kararı üzerine kararı inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna (VDDK) da katılmalarının nesnel tarafsızlık açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırılık oluşturup oluşturmadığı tartışmalı bir konudur. Bu konu AİHM tarafından Fazlı Aslaner/Türkiye

* Anayasa Mahkemesi Raportörü., fatih.torun@anayasa.gov.tr,
ORCID ID: 0000-0002-4616-3345

başvurusunda incelenmiştir. Bu uygulama nedeniyle tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

AİHM anılan kararında, kurula katılan hâkimlerin sayısal ağırlıklarının az ya da çok olması açısından değil oynadıkları rolü -üyelerden birisinin İDDK'de başkanvekili olarak bulunması- ön plana çıkararak ele almıştır. Ayrıca Mahkeme, bir zorunluluk veya önemli bir gerekçe olmadığı sürece aynı konuda karar veren hâkimlerin yargılamanın sonraki aşamalarında rol oynamasını söz konusu hak açısından ihlal olarak değerlendirmiştir. Karar, AİHM ve Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatları çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, nesnel tarafsızlık, Danıştay, İDDK

ABSTRACT

The right to independent and impartial tribunal is one of the indispensable element of modern democracies and principles of the state of law. Right to independent and impartial tribunal established by law is essential elements of right to due process and directly connected with principles of the checks and balances (seperation of powers).

The European Court of Human Rights (ECHtR) considers the concept of impartiality from two perspectives: objective and subjective. In the first stage, the impartiality of the judge as an individual, namely subjective impartiality in the case, and in the second stage, the impartiality of the court as an institution, that is, objective impartiality, are examined.

The Council of State is an institution which has both administrative duties as an advisory body of the administration and performs judicial duties as a first-instance and appeal court against administrative procedures and actions. At this point, it is possible that the Danıştay's double role in some disputes may cause problems for the right to be tried in an impartial court.

It is also a matter of controversy whether the members of the Council of State, which disrupted the decision of the administrative jurisdictions during the appellate review process, also participated in the Board of Administrative Litigation Offices or Board of Tax Litigation Offices, which reviewed the decision upon the decision of insistence, in violation of the right to an impartial trial in terms of objective impartiality. This issue was examined by ECHR in its application to Fazlı Aslaner /Turkey. The Court held that there had been a violation of the right to be tried in an impartial court.

In its judgment, the Court did not deal with the numerical weight of judges participating in the committee, but rather with a focus on the role they played that one of the members to be the Vice President of the Board of Administrative Litigation Offices. Furthermore, the Court considered that the judges who had decided on the same matter to play a role in the subsequent stages of the proceedings, unless there was a requirement or an important justification, as a violation of that right. The decision was examined within the framework of the case-law of the Court and the Turkish Constitutional Court.

Keywords: The right to a fair trial, the right to be tried in an independent and impartial court, objective impartiality, Council of State, Board of Administrative Litigation Offices.

GİRİŞ

Yargının bağımsız ve tarafsız olması, modern demokrasilerin ve hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Devletin en temel görevlerinden birisi adalet dağıtmak olup adaletin dağıtımında devlete düşen görev, tarafsızlığı ve eşitliği sağlamaktır.

1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil hukuk düzeni kuran ve bu sistemi devam ettirmekle kendini yükümlü sayan devlettir. Bu ilke devletin kendi koyduğu kurallarla kendisini bağlı hissetmesini de gerektirir. Bir hukuk devletinin devamlılığı için ihtiyaç duyulan en önemli hususlardan birisi de temel hak ve hürriyetlerin korunması ve bu korumanın güvence altına alınabilmesi için adil bir yargılama yapılmasıdır. Bu hususların sağlanabilmesi ise yargı erkini kullananların yani hâkimlerin bağımsız olmalarına ve görevlerini tarafsız bir şekilde yerine getirebilmelerine bağlıdır.

Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de doğrudan bağlantılı olan bu hak, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler sayesinde bireye hem diğer bireyler hem de devlet karşısında koruma sağlamaktadır. AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasında da herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul sürede, hakkaniyete uygun ve aleni surette yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.

Ülkemizde 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetine 2001 yılında AİHS ile paralel şekilde "*adil yargılanma hakkı*" ibaresi eklenmiştir. Böylelikle AİHS'in 6. maddesi ile koruma altına alınmış olan adil yargılanma hakkı doğrudan anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur.

Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının kapsamı Anayasa'mızda belirlenmemiş olmakla birlikte bu hakkın kapsamı ve unsurları AİHS çerçevesinde AİHM'in geliştirdiği içtihatlar ile 2010 yılında Anayasa'mızda yapılan değişiklikle birlikte AYM'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin ardından AYM içtihatları yoluyla şekillendirilmiştir. Bu bağlamda bağımsız ve tarafsız

mahkemede yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesi ile 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının alt güvencelerinden birisini oluşturmaktadır.

I. ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, olayın herhangi bir yargı merciine intikal ettiği andan kesin hüküm verilene kadar devam eden yargılama sürecinin tümünde gözetilmesi gereken bir haktır. Adil yargılanma hakkı ile güvence altına alınması istenen husus, adil bir karar verilmesinin yanı sıra adil bir karara ulaşılabilmesi için gerekli şartların yargılama öncesi ve sırasında sağlanmasıdır¹. Adil yargılanma hakkı açısından önemli olan, yargılamanın bitiminde varılan sonuçtan ziyade yargılama sürecidir. Diğer bir deyişle *içerik olarak adil bir karar verilip verilmediği değil adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı* önem kazanmaktadır. Adil yargılanma hakkı bütün yargılama sürecine ilişkin olduğundan bu hakkın içerdiği güvenceler ilk derece yargılaması kadar istinaf ve temyiz aşamaları için de geçerlidir.

1982 Anayasası'nın 36. maddesi, "*Hak arama hürriyeti*" başlığını taşımakta olup bu maddeye göre "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" Adil yargılanma hakkı, söz konusu maddeye 4709 sayılı Kanun ile eklenmiş ve böylece AİHS'in 6. maddesinde yer alan "*adil yargılanma hakkı*"² Türk hukuk düzeninde anayasal bir hak hâline getirilmiştir. 1982 Anayasası'nın 36. maddesine *adil yargılanma hakkı* ibaresinin eklenmesi ile birlikte hak arama özgürlüğünün tümünü en geniş anlamıyla kapsayan adil yargılanma hakkının, ulusal hukuk düzenimiz bakımından AİHM'in bakış açısıyla aynı perspektif içinde göz önüne alınması gereği ortaya çıkmıştır. Bir başka deyişle AİHS'in öngördüğü bu genel ilke anayasal pozitif hukuk normuna

¹ Takçı, T. (2017). *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 6.

² AİHS'in "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*" denilmektedir.

dönüştürülmek suretiyle AİHM'in belirlediği içerikte bir hukuksal güç ve değere ulaşmıştır³.

AİHS'e bakıldığında adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yapılacak inceleme ve denetim alanının sınırlandığı görülmektedir. AİHS'in 6/1. maddesinde, adil yargılamaya ilişkin hak ve ilkelerin *medeni (civil) hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzlukların ve bir suç isnadının (criminal charge)* esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilmektedir. Bu iki durumun söz konusu olmadığı zaman adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası maddenin uygulama alanı içinde görülmeyerek AİHM tarafından değerlendirilmemektedir⁴. 1982 Anayasası'nın 36. maddesi bakımından ise norm alanı sınırlaması bulunmamaktadır. Buna rağmen AYM, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının norm alanını AİHS'in 6. maddesine paralel bir biçimde dar yorumlamaktadır. AYM, bireysel başvuru kararlarında AİHS metni ve AİHM kararları ile ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve hakların esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurları olduğunu belirtmektedir⁵. Bir başka anlatımla AYM kural olarak adil yargılanma hakkının norm alanını AİHM'in AİHS'in 6. maddesinin norm alanına ilişkin içtihadı ile paralel bir biçimde belirlemektedir.

Bunun yanı sıra AİHM içtihatlarında, AİHS'in diğer maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin iddiaların da sıklıkla adil yargılanma hakkına ilişkin sorunlarla birlikte incelendiğini görmek mümkündür. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı bir nevi diğer hakların da etkili bir biçimde kullanılmasını ve savunulmasını temin eden usule ilişkin bir hak olduğu için AİHS ve AİHM bünyesinde oldukça önemli bir yere sahiptir⁶.

Adil yargılanma hakkının kapsamına bakıldığında AİHS'in 6. maddesi metninden açık biçimde anlaşılan hakların yanı sıra bu maddenin

³ Erkut, C. (2004). *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul: Yenilik Basımevi, s. 216.

⁴ İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4)*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, s. 4.

⁵ Yılmaz Özel, N. (2016). *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 45; Takçı, T. (2017). s. 7.

⁶ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 44.

lafzında yer almamakla birlikte maddenin ruhunda mündemiç olduğu için mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulan hakların da bulunduğu görülmektedir. Maddede açıkça zikredilen alt ilke ve haklar; bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı, aleni hüküm hakkı ve ceza davalarında sanıklara tanınan asgari haklar (masumiyet karinesi, suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı, kendini savunma ya da kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanma hakkı, tanıkları sorgulama hakkı, tercüman yardımından faydalanma hakkı) olarak sayılabilir. Maddenin anlam ve kapsamı dâhilinde varlığı kabul edilen alt ilke ve haklar ise mahkemeye erişim hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı, silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi, gerekçeli karar hakkı ve delillerini gerçeğe uygun olarak sunma hakkı olarak sıralanabilir⁷.

Belirtildiği üzere, ülkemizin de taraf olduğu AİHS'in 6. maddesi ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi, herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözülmesi gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş *bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından* yargılanması zorunluluğudur. Bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesinde açıkça düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının alt ilke ve haklarından birisidir. AİHM, yargılama işlevini yerine getirirken başvuru konusu olayla ilgili ulusal yargı yerinin bağımsız ve tarafsız olup olmadığını yukarıda aktarılan AİHS'in 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemektedir.

II. BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI

A. GENEL OLARAK

Yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından birisidir. Ayrıca adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturmaktadır. AYM, son dönemde verdiği kararlarında hukuk devletini eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek

⁷ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 76, 77., İnceoğlu, S. (2018). s. 3.

sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet olarak tanımlamaktadır⁸. Hukuk devletinin bir gereği olarak yargı bağımsızlığı, kişi hak ve hürriyetlerinin bir güvencesidir. Zira Anayasa güvencesi altına alınan kişi hak ve hürriyetlerini çiğneyen, etkisiz kılan bütün devlet işlem ve eylemleri ancak bağımsız ve tarafsız yargı yerlerinde yapılacak yargılama sonucunda verilen yargı kararları aracılığıyla ortadan kaldırılabılır⁹.

Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı kaynağını esasen kuvvetler ayrılığı ilkesinden almaktadır. Yargının yasama ve yürütmeden emir almaması, bağımsız ve tarafsız olması kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olup gerçekten demokratik hukuk devletinin birincil koşulu olan kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargının öncelikle yasama ve yürütme organına karşı bağımsızlığını içermektedir. Daha da önemlisi, demokratik bir hukuk devletinde yasama ve yürütme organlarının yargı erki tarafından denetlenmesi, temel hak ve hürriyetler açısından en önemli güvenceyi oluşturmaktadır¹⁰.

Türk hukuku açısından, adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan *bağımsız ve tarafsız mahkeme* ilkesine ilişkin olarak 1982 Anayasası'nda birçok hükme rastlamak mümkündür. Yargının öncelikle yasama ve yürütmenin olası baskı ve müdahalelerine karşı korunması gerektiğinden bu ilkenin yasama ve yürütme organlarını da bağlayan ve kolaylıkla değiştirilemeyen anayasalarda yer alması en uygun düzenleme yöntemidir. Yargı bağımsızlığına ilişkin ilke ve kurumlara anayasalarda yer verilmesi tek başına yargının bağımsızlığını sağlamaya yeterli olmasa da kolay değiştirilemeyen ve devletin temel yapısını belirleyen anayasaların bu ilkeyi güvence altına alması son derece önemlidir¹¹.

Anayasa'nın 9. maddesinin ilk hâlinde, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağına vurgu yapılmış ancak mahkemelerin tarafsızlığına ilişkin bir ifade yer almamıştır. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair

⁸ Bkz. AYM, E.2017/137, K.2017/161, 29/11/2017; AYM, E.2017/121, K.2017/121, 12/7/2017.

⁹ Atay, E. E. (2013). "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S 1, 2, s. 1140.

¹⁰ a.g.e., s. 1136.

¹¹ İştin, İ. (2014). "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, C. 13, S. 2, s. 295.

Kanun'un 1. maddesi ile Anayasa'nın 9. maddesine “bağımsız” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve tarafsız” ibaresi eklenmiş ve böylece madde “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” şeklini almıştır. Söz konusu değişiklik ile yargının, dolayısıyla da mahkemelerin tarafsızlığı anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur¹².

Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'nın 138. ve devamı maddelerinde yargı bağımsızlığı ve bunu sağlamaya yönelik güvencelere yer vermiştir. 1982 Anayasası'nın 138/1. maddesinde “Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.” düzenlemesine yer verilmiştir. Ayrıca Anayasa'mızın 139. maddesinde hâkimlik teminatına ilişkin düzenlemeler yer almakta ve 140. maddesinde de hâkim ve savcılık mesleğine ilişkin esaslar düzenlenmekte olup bu hükümler de mahkemelerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurallar içermektedir.

AİHM içtihatları uyarınca mahkemelerin kanunla ve kanuna uygun kurulmuş olması gerektiğinden Anayasa'mızın 142. maddesinde “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.” denilerek kanunla kurulmuş mahkeme kuralına atıf yapılmaktadır. Anayasa'nın 37. maddesinde ise “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” hükmü ile kanuni hâkim güvencesinden yararlanmak kişilerin haklarından biri olarak tanımlanmaktadır.

AİHS'in 6/1 maddesinde de adil yargılanma hakkının unsurları olarak herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul sürede, hakkaniyete uygun ve aleni surette yargılanma hakkına vurgu yapılmakta olup anılan kuralda “Herkes, davasının ... **kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme** tarafından ... görülmesini istemek hakkına sahiptir.” hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta herkesin kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkını sağlamaya yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Bireylerin bu haktan yararlanmasının sağlanabilmesi için kanunla kurulmuş bir mahkemenin

¹² Topuz, G./Konan, B. (2017). “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66 (4), s. 775.

bulunması, ayrıca bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız nitelikte olması gerekmektedir. Bu durumda bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından adil yargılanma hakkının gereklerini anlayabilmek için, hükmün içinde geçen “mahkeme” ile “bağımsızlık ve tarafsızlık” kavramlarının ne ifade ettiğinin incelenmesi gerekmektedir.

B. MAHKEME KAVRAMI

AİHM, mahkemeyi kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makam olarak tanımlamaktadır¹³. Bir anlaşmazlık veya suçlamanın, bu niteliklere sahip bir organ önüne götürülmesi, AİHS’in 6. maddesinin bireye sağladığı adil yargılanma güvencesinin temel ve yapıcı unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir¹⁴.

AİHS’te yer verilen mahkeme kavramı özerk bir kavramdır. İlgili karar organının bazı özelliklere sahip bulunması, iç hukukta mahkeme olarak değerlendirilmese de AİHM tarafından bu organın mahkeme olarak nitelendirilmesine neden olabilmektedir¹⁵.

AİHM içtihatlarına göre bir organa yargı yeri özelliği kazandıran şey, onun yargısal fonksiyonudur. Yargı yeri kavramı, yargısal olmayan bir makam tarafından bireyin aleyhine değiştirilemeyecek bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olmayı içerir. Bu tür bir yetki, yine AİHS’in 6. maddesinin 1. fıkrasındaki “karar verme” sözcüğüyle teyit edilmiştir. Bu yetki, yine aynı fıkradaki “bağımsız” olma kavramının bütünüleyici bir parçasıdır. AİHM, yargısal olmayan bir makam tarafından, bireyin aleyhine değiştirilemeyecek bağlayıcı karar verme yetkisinin mahkeme kavramının en önemli ögesi olduğunu ve bu ilkenin aynı zamanda AİHS’in 6. maddesinin 1. fıkrasının gerektirdiği mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin de bir unsuru olarak görülebileceğini belirtmektedir¹⁶.

Bu bağlamda bir kurumun adı iç hukukta *mahkeme* olsa dahi, AİHS anlamında *mahkeme* olarak kabul görmesi için önüne gelen davayı

¹³ AİHM’in, AİHS’te yer verilen mahkeme tanımına ilişkin kararları için bkz. AİHM, *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, 29/4/1998; AİHM, *Sramek/Avusturya* B. No: 8790/79, 22/10/1984; AİHM, *Zumtobel/Avusturya*, B. No: 12235/86, 21/9/1983; AİHM, *Bentham/Hollanda*, B. No: 8848/80, 23/10/1985; AİHM, *Van De Hurk/Hollanda*, B. No: 16034/90, 19/4/1994; AİHM, *Findlay/İngiltere*, B. No: 22107/93, 25/2/1997.

¹⁴ AİHM, *Ringelsen/Avusturya*, B. No: 2614/65, 16/7/1971, § 95.

¹⁵ İnceoğlu, S. (2018). s. 69.

¹⁶ AİHM, *Van De Hurk/Hollanda*, § 45; AİHM, *Findlay/İngiltere*, § 77.

kesin karara bağlama yetkisine sahip olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle AİHM içtihadı uyarınca bir karar mercisinin mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için yasal olarak bağlayıcı kararlar alabilmesi gerektiğinden yalnızca görüş bildirmekle görevli makamlar ile dava konusu olayı usul ve esas yönlerinden inceleme yetkisine sahip olmayan merciler mahkeme olarak kabul edilmemektedir¹⁷. Aynı şekilde bir mahkemenin verdiği kararın yerine getirilip getirilmeyeceğine başka bir yetkili merci karar veriyorsa söz konusu mahkeme, AİHS karşısında uyuşmazlığı veya suç isnadını karara bağlayan bir *mahkeme* olarak kabul görmemekte ve bu durumun AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁸. Bunun yanı sıra yukarıda belirtildiği üzere AİHM uygulamasında, mahkeme kavramı sadece olağan mahkemeleri kapsamamakta, kesin karar verme yetkisine sahip bazı disiplin kurulları veya uzmanlık kurulları da *mahkeme* kavramı içerisinde değerlendirilmektedir¹⁹.

Bir kurumun mahkeme olarak kabul edilmesi için gerekli olan şartlardan bir diğeri, kanunla kurulmuş olmasıdır. Kanunla kurulmuş olma, mahkemenin yasama organı tarafından çıkarılmış kanun ile düzenlenmesini ifade etmektedir. Bunun amacı mahkemenin bağımsızlığını sağlamak üzere demokratik bir toplumda yargı sistemini yürütmenin takdirine bırakmamak ve bu sistemin parlamento tarafından düzenlenmesini sağlamaktır²⁰. Ülkemiz açısından bakıldığında yukarıda belirtildiği üzere 1982 Anayasası'nın 142. maddesinde de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Mahkemenin yetki ve görevleri kanun ile tanımlanmalıdır. Kanun ile önceden kurulmuş bir mahkemenin tarafsız, bağımsız ve her bakımdan

¹⁷ Harris, D. /O'Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara, s. 289.

¹⁸ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 82.

¹⁹ İnceoğlu, S. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler)*, İstanbul: Beta Yayınları. s. 159, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 80.

AİHM, Baro yönetim kurulunun idari, düzenleyici, yargısal, istişari ve disiplin gibi birden çok görevi yerine getirmesinin AİHM içtihatları kapsamında yargı yeri olmasını engellemeyeceğine karar vermiştir (AİHM, H./Belçika, B. No: 8950/80, 13.11.1987, § 50). AİHM benzer şekilde, disiplin yargılaması yanında hapislinin gözetimini de yürüten hapisane disiplin kurulunun mahkeme kavramına dâhil olduğuna hükmetmiştir (AİHM, Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, B. No: 7819/77, 7878/77, 28.06.1984, § 76).

²⁰ Harris, D. /O'Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 300.

yani madde, yer, kişi ve görev bakımından yetkili hâkimine tabii (kanuni) hâkim denilmektedir. Tabii hâkim ilkesi, AİHS'in 6. maddesi ve Anayasa'mızın 36. maddesinin birinci fıkrasıyla güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan "kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma"nın alt ögesi konumundadır²¹. 1982 Anayasası'nın "Kanuni hâkim güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesi, "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz." hükümlerine yer vererek yargılamayı yapan mahkemenin kanunla kurulması gerektiğini ayrıca ve açık bir biçimde belirlemiştir. Bu kural gereğince gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkilerinin gerekse izleyecekleri yargılama usulünün dava konusu olay ortaya çıkmadan önce kanun ile saptanmış olması gerekmektedir²². Böylece kişi veya olaya göre yargı organı oluşturma yolu kapatılarak bu yolla keyfiliklerin önüne geçilebilecektir.

Kanuni hâkim güvencesi, mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyecekleri yargılama usulünün yasal düzenleme ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmesini gerektirir. Bu düzenleme AYM kararlarında, kişinin hangi mahkemede yargılanacağını önceden ve kesin olarak bilmesini gerektiren doğal hâkim ilkesini koruyan bir hüküm olarak ele alınmaktadır²³.

Mahkemenin kanunla kurulmuş olma ilkesi, aynı zamanda *kanuna uygun olarak kurulmuş olma* ilkesini de kapsamaktadır. Kanunla kurulmuş bir mahkeme, kendisini düzenleyen kurallara uygun olarak çalışmıyorsa bu ilke yine ihlal edilmiş olacaktır²⁴. Diğer bir deyişle kanunla kurulmuş olma ifadesi, sadece mahkemenin kurulmasına yönelik kanuni temelin

²¹ Tanrıver, S. (2013). "Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, s. 18.

²² İnceoğlu, S. (2018). s. 71.

²³ AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, 5/5/2004: "(...) Hukuk devletinde yasal yargıç, doğal yargıç (tabii hâkim) olarak anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da belirtildiği gibi, doğal yargıç kavramı suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecektir yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla doğal yargıç ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına engel oluşturur; sanığın veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez. (...) "

²⁴ Harris, D. /O'Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 300, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 84, Şahbaz, İ. (2008). "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı*, (25), s. 244., İnceoğlu, S. (2013). s. 165.

varlığına dayanmamakta, hâkimler için öngörölmüş usule ilişkin güvencelerin sağlanması ve mahkemenin işleyişinin de ilgili kurallara uygun olmasını kapsamaktadır²⁵.

C. BAĞIMSIZ MAHKEME KAVRAMI

Bağımsızlık, iki organ arasındaki ilişkinin niteliği ile ilgili bir kavram olup başka bir kişi yahut organdan emir almamak, özellikle yürütme kuvveti ve davadaki tarafların etki alanı dışında olmak demektir. Yargı bağımsızlığı ilkesi kısaca, yargı organının, önündeki uyuşmazlık hakkında herhangi bir tarafın, herhangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın maddi olaylara ve hukuka dayanarak karar vermesini ifade eder²⁶.

Yargı bağımsızlığının tam sağlanabilmesi için, yargılama erkini kullanan hâkimin yasama ve yürütme organı yanında muhakeme içi diğer tüm etki edici faktörlerin baskısından uzak karar vermesi zorunludur. Yargının bağımsızlığı, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturmaktadır. Aynı şekilde yargı erkinin bağımsızlığı ve buna bağlı olarak kabul edilen hâkim teminatı, hak arama özgürlüğünün de odağını oluşturmaktadır²⁷.

Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı ile eş anlamlı kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır. Hâkimlerin bağımsızlığı, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak olarak adalet dağıtacakları yolundaki güven ve inancı yerleştirme amacına yöneliktir.

Anayasa'nın 138/1. maddesinde *"Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler."* hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'mızın 139. maddesinde²⁸ hâkimlik teminatına ilişkin düzenlemeler de mahkemenin bağımsızlığı ilkesinin önemli bir güvencesini oluşturmaktadır. Hâkimlik teminatı; hâkimlerin mesleki konumlarının ve özlük haklarının korunması suretiyle her türlü korku ve endişeden uzak bir şekilde, görevlerini gerektiği gibi

²⁵ İnceoğlu, S. (2018). s. 72.

²⁶ İşten, İ. (2014). s. 287.

²⁷ Özen, M. (2010). "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, S. 2010/1, s. 31-32.

²⁸ Anayasa madde 139/1: *"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 kılınmaz."*

yapmalarına hizmet eder. Anayasa'nın 140. maddesinde de hâkim ve savcılık mesleğine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

AIHM içtihatlarına göre yargı bağımsızlığından maksat, mahkemenin yürütmenin ve yasamanın etkisi altında kalmaması, taraflarla herhangi bir bağının bulunmaması ve mahkeme üyelerinin görevlerini yaparken herhangi bir kişi, organ, kurum ya da kuruluştan emir ve talimat almamasıdır. Başka bir organın bir mahkemenin kararını salt değiştirme veya kararın uygulanmasını askıya alabilme ihtimali, söz konusu bu yapıyı bir *bağımsız* yargılama makamı özelliğinden yoksun bırakacaktır.

AIHM bir kararında, önündeki davada, ilgili yargı yerinin “*bağımsız mahkeme*” sıfatını taşımadığını şu gerekçeyle ortaya koymuştur: “*Yargı yeri kavramı, yargısal olmayan bir makam tarafından bireyin aleyhine değiştirilemeyecek bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olmayı içerir. Bu tür bir yetki, yine Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasındaki “karar verme” sözcüğüyle teyit edilmiştir. Bu yetki, yine aynı fıkradaki “bağımsız” olma kavramının bütünleyici bir parçasıdır. Sözleşme’nin 6’ncı maddesindeki şartların karşılanıp karşılanmadığı, başvurunun bir davada sadece başarı şansının bulunup bulunmamasıyla değerlendirilemez. Çünkü 6’ncı madde, belirli bir makam tarafından verilen kararlar belirli sonucun elde edilmesini güvence altına almaz. Birey için önemli olan şey, yargılamanın sonucudur; yani kararın hüküm fıkrasıdır. Çünkü başvurunun kişisel hakkının gerçek içeriği hüküm fıkralarıyla tespit edilir. Olay tarihinde Bakanlık, konuyla ilgili yargı yeri tarafından verilen kararın etkisini bireyin aleyhine olarak değiştirme yetkisine sahiptir. Bu nedenle “yargı yeri” kavramında yer alan temel unsurlardan biri bulunmamaktadır. Mevcut olaydaki heyetin Kraliyetin verdiği karardan ayrılması mümkün olmadığı için, aynı heyetten yeniden yargılama yapmasını istemek etkili bir yol değildir²⁹.*”

Belirtmek gerekir ki bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birbirine çok yakın kavramlar olmakla beraber mahkemenin davanın taraflarından bağımsız görev yapması bağımsızlıktan çok tarafsızlıkla ilgilidir. Çünkü bağımsızlık, mahkemenin kendi dışında olan ve özgür karar verilmesini etkileyen bir husustur. Oysa tarafsızlık hâkimin kendinden yani şahsından kaynaklanan bir durumdur. Hâkimin kendisinden kaynaklanan nedenlerle davada tarafsız olamaması, karar verirken duygularına esir olması bağımsızlıktan çok tarafsızlık ilkesi ile açıklanabilir. Bir başka deyişle tarafsızlık mutlaka bağımlı olmak anlamına gelmemekle beraber

²⁹ AIHM, Van De Hurk/Hollanda, §§ 45-55.

bağımsızlığı etkileyen her durum hâkimin tarafsızlığını etkiler. O nedenle yargı bağımsızlığı kavramının tarafsızlığı içerecek biçimde geniş kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁰. Başka bir deyişle AİHM, bağımsızlık kavramını, genellikle tarafsızlıkla ve çoğunlukla nesnel (objektif) tarafsızlıkla birlikte incelemekte ve bu iki unsur arasında net bir ayrım yapmamaktadır.

AİHM; bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken üyelerinin niteliğine, atanma ve görevden alınma usullerine, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak tedbirlerin alınıp alınmadığına ve nihayet mahkemenin bağımsız bir görünüm³¹ verip vermediğine bakmaktadır³².

D. TARAFSIZ MAHKEME KAVRAMI

Bağımsızlık kavramıyla yakından ilgili bulunan tarafsızlık kelime olarak “*yansız, taraflar arasında ayırım yapmayıp hepsine eşit olarak davranma*” anlamına gelmektedir. Hâkimin tarafsızlığı ise yargılamayı yaparken hiç kimseyi kayırmaması, kendisinin veya taraflardan birinin çıkarını gözetmemesi, davanın taraflarına karşı sübjektif değil objektif davranması, taraflardan birinin veya diğerinin olumlu veya olumsuz etkisinde kalmaması, aynı zamanda kişisel görüşlerinden ve ön yargılarından uzaklaşıp taraflara eşit davranarak yargılamayı yapması şeklinde ifade edilmektedir³³.

AYM; tarafsızlığı davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmaması olarak tanımlamaktadır³⁴.

³⁰ Şahbaz, İ. (2008). s. 248.

³¹ “AİHM içtihatları uyarınca mahkemenin görünümü açısından bağımsız olmadığına karar verilebilmesi için, başvurucunun, mahkemenin bağımsız olmadığına dair kuşkusunun makul olduğunu gösteren belirtiler bulunması gerekmektedir. Çünkü dış görünüş ve bu görünüşün taraflarının adil yargılanmaya ilişkin meşru beklentileri üzerindeki etkileri yargılamanın adilliğinin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır.” Yılmaz Özel, N. (2016). s. 90.

³² İnceoğlu, S. (2013). s. 168, Şahbaz, İ. (2008). s. 279, İştin, İ. (2014). s. 295, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 85.

³³ Topuz, G./Konan, B. (2017). s. 764.

³⁴ AYM, Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 61.

Tarafsız mahkeme konusunda öncelikle belirtilmesi gerekir ki temel usul kanunlarında hâkimin kural olarak tarafsız olacağının varsayıldığı, bu nedenle hâkimin tarafsız kalamayacağı özel durumlar saptanarak bu durumların hâkimin çekinme ve ret hâlleri olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle ilk bakışta Anayasa ve kanunlarda, açıkça “*Hâkimler tarafsız olmak zorundadır.*” şeklinde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır³⁵.

Türk hukuku açısından bakıldığında 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesi ile Anayasa’nın 9. maddesine “*bağımsız*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*ve tarafsız*” ibaresi eklenmiş olup Anayasa’nın 9. maddesi, “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile yargının, dolayısıyla da mahkemelerin tarafsızlığı anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur. Ayrıca Anayasa’nın 138. maddesinde yer alan, hâkimlerin Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini gerektiren düzenleme tarafsızlık ilkesine dayanak olarak gösterilmektedir. Bu hükme ek olarak 140. maddenin 5. fıkrasında yer alan, hâkimlerin kanunla belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görevde bulunamamaları da tarafsızlığın sağlanmasına yönelik hükümlerden biridir.

AIHS’in 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında *tarafsızlık* kavramı, mahkeme üyelerinin belirli bir davayla ilgili hiçbir menfaatlerinin bulunmamasını, davaya ilişkin herhangi bir ön yargıya ve tarafgirliğe sahip olmamasını, özellikle de mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhinde bir duygu ya da çıkara sahip olmamasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle tarafsızlık; mahkeme üyelerinin yargılama yaparken taraf tutmaması, taraflara karşı objektif olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi demektir.

Bağımsızlık kavramı yargının geneli ile ilişkilendirilebilir iken tarafsızlık daha ziyade yargılama faaliyetini gerçekleştiren hâkim ile ilişkilendirilebilir. Zira tarafsızlık, bağımsız hâkimin kararını verirken hukuk ve adaletle kendisini sınırlandırması, değer yargılarını, siyasi-ideolojik eğilimlerini dikkate almaksızın karar vermesidir. AIHM de tarafsızlık kavramının bağımsızlık kavramıyla yakından ilgili olduğunu

³⁵ İşten, İ. (2014). s. 304.

belirtmiş, bu yaklaşımını kararlarında “bağımsızlık problemini tarafsızlık probleminden ayırmanın güç olduğu, bağımsızlık ve tarafsızlık incelemesinin ayrı ayrı yapılmasının gereksiz olduğu” yönündeki görüşleriyle desteklemiştir³⁶.

AİHM, tarafsızlık kavramını *objektif* ve *sübjektif* olmak üzere iki açıdan ele almaktadır³⁷. İlk aşamada, hâkimin birey olarak davadaki kişisel tarafsızlığı yani *sübjektif tarafsızlık*, ikinci aşamada ise kurum olarak mahkemenin tarafsızlığı yani *objektif tarafsızlık* incelenmektedir. Bir başka ifadeyle sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimlerin birey sıfatıyla ilgili iken, objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimdir ve mahkemenin hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunan, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda makul her türlü kuşkuyu ortadan kaldırır nitelikte olmasını gerektirmektedir³⁸. Sübjektif tarafsızlık, aksi sabit oluncaya kadar var sayılır. Objektif tarafsızlık konusunda ise mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir³⁹.

Bir başka anlatımla tarafsızlığın varlığı, bir davada belirli bir hâkimin kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki sübjektif test ile bir hâkimin tarafsızlığından haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif teste göre saptanır⁴⁰.

1. Öznel (Sübjektif) Tarafsızlık

Tarafsızlık esas olarak hâkimin sübjektif durumuna ilişkindir. Hâkim, tarafların üstünde olmalı ve kararlarını kişiyi göz önüne almaksızın vermelidir. Öznel tarafsızlığın belirlenmesinde bir hâkimin belirli bir davada taraflara yönelik ön yargılı ve taraflı bir tutumunun veya kişisel kanaatinin bulunup bulunmadığı rol oynamaktadır. Öznel tarafsızlığın ihlal edildiği hususunun kabul edilebilmesi için bu tür bir kişisel taraflılık durumunun olduğunu düşündürecek delillerin olması ve kanıtlanması gerekmektedir.

³⁶ AİHM, *Debled/Belçika*, B. No: 13839/88, 22/9/1994, § 36 (Karar, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 91’den tespit edilmiştir.).

³⁷ Şahbaz, İ. (2008). s. 263.

³⁸ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 91., İnceoğlu, S. (2018). s. 95.

³⁹ İşten, İ. (2014). s. 302.

⁴⁰ AİHM, *Micallef/Malta*, B. No: 17056/06, 15/10/2009, § 95, AİHM, *Fey/Avusturya*, B. No: 14396/88, 24/2/1993, §§ 27, 28 ve 30.

Öznel tarafsızlığın varlığı karine olarak kabul edildiğinden bu konuda tarafsızlık, tersi ispatlanıncaya kadar var sayılır. Buna göre belirli bir uyuşmazlıkta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik ön yargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe hâkimin tarafsız olduğu bir karine olarak varsayılmaktadır⁴¹. Bir başka deyişle *aksi yönde delil bulununcaya kadar bir hâkimin kişisel olarak tarafsız olduğunun kabulü gerekir*⁴².

AİHM içtihatlarında da öznel tarafsızlık aksi sabit oluncaya kadar var sayılmaktadır. Bununla birlikte öznel tarafsızlık bağlamında, hâkimin belli bir olayda kişisel kanaatleri doğrultusunda taraflı davranıp davranmadığı incelenmektedir. Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması ya da yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması tarafsızlığı ihlal edebilir.

AİHM'e göre öznel tarafsızlık incelemesi, kişisel kanaatin ve hâkimin belirli bir davranışının dikkate alınması, diğer bir deyişle hâkimin belirli bir davada kişisel bir ön yargıya sahip olup olmadığının belirlenmesini ifade eder⁴³.

AYM'ye göre ise öznel tarafsızlık, hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız durması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Anayasa ve kanunlar karşısında hâkimlerden beklenen de budur⁴⁴.

Ülkemizde, hâkimin sübjektif olarak tarafsız olamayacağı hâllerde onun yerine bir başka hâkimin yargılama faaliyetini üstlenmesini

⁴¹ AYM, *Tahir Gökatalay*, § 62.

⁴² "Öznel tarafsızlıkla ilgili olarak yanıtlanması gereken soru, bir mahkeme üyesinin başvuruca karşı kişisel bir yanlılıkla hareket edip etmediğidir. Bu bağlamda aksini gösteren bir delil olmadıkça yargıcın tarafsız olduğu kabul edilir. Bu karine ve taraflılığın kanıtlanması gereği ışığında, öznel tarafsızlığın ihlal edildiğinin tespitinin zor olması şaşırtıcı değildir." Harris, D. /O'Boyle, M. / Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 293.

⁴³ AİHM, *Fey/Avusturya*, § 28.

⁴⁴ AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

sağlayacak kurumlar bulunmaktadır. Bu kurumlar, *tarafsızlığın teminatı* olarak kabul edilebilecek kurumlar olup *hâkimin görevden yasaklanması, reddi ve çekinmesidir*. Hâkimin görevden yasaklanması hâlleri, hâkimin tarafsızlığının tehlikeye düşeceği varsayılan hâllerdir. Bu hâller usul kanunlarında tek tek belirtilmiştir ve genişletilmesi mümkün değildir. Bu hâllerde hâkimin yargılama faaliyetini üstlenmesi yasaklanmıştır. Hâkimin reddi ise hâkimin tarafsızlığından kuşku duyulmasını gerektiren haklı nedenlerin bulunması durumunda ya da görev yapmasının yasak olduğu hâllerde görev yapmamasının taraflarca istenebilmesidir⁴⁵. Belirtmek gerekir ki ret kurumunun işletilmesi için hâkimin gerçekten taraflı veya ön yargılı olması gerekli değildir. Ret talebinde bulunan kişinin tüm koşulları mantıklı biçimde değerlendirerek hâkimin tarafsız ve ön yargısız tutumundan kuşku duyma vesilesine sahip olması yeterlidir. Hâkimin çekinmesi ise reddini gerektirecek nedenlerin bulunduğunu gören hâkimin davaya bakmaktan imtina etmesidir. Hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi, hâkimin tarafsız kalamayacağı varsayılan ve kanun tarafından sayma yoluyla gösterilen sınırlı hâllerde söz konusu olmaktadır.

Öznel tarafsızlıkla nesnel tarafsızlığı birbirinden kesin olarak ayırmak her zaman mümkün değildir. Örneğin yargılama sürecinde hâkim tarafından mahkemede veya basında sarf edilen tarafgir veya taraflardan birini aşağılayan sözler, bazen ön yargılı ve taraflı bir tutumun göstergesi olarak kabul edilerek öznel tarafsızlık açısından değerlendirilirken kimi zaman tarafsızlığa ilişkin görünüm ön plana çıkarılarak nesnel tarafsızlık açısından değerlendirilebilmektedir.

2. Nesnel (Objektif) Tarafsızlık

Nesnel tarafsızlık, mahkemenin verdiği görünümdür. Belirtildiği üzere nesnel tarafsızlık konusunda tarafsızlığın olup olmadığına ilişkin dış görünüş çok önemlidir. Bu nedenle bağımsızlıkta olduğu gibi tarafsızlıkta da mahkeme üyelerinin tarafsız olmalarının yanı sıra bu tarafsızlıklarının görünür olması da gerekmektedir⁴⁶. AİHM de mahkemelerin görünümü açısından bağımsızlığına ilişkin karar verdiği davalarda benimsediği “*Adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiği şeklinde bir görünüş*

⁴⁵ Topuz, G./Konan, B. (2017). s. 778.

⁴⁶ “Son olarak Mahkeme tarafından Campbell ve Fell davasında belirtilen “bağımsız bir görünüm verme” koşulu, Mahkeme tarafından hem bağımsızlık hem de tarafsızlık kavramlarına ilişkin olarak geliştirilen nesnel test ile ilişkilidir.” Harris, D. /O’Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 291.

*olması da gereklidir.” yaklaşımını nesnel tarafsızlık incelemelerinde sıklıkla kullanmaktadır*⁴⁷.

AYM’ye göre nesnel tarafsızlık kapsamında mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin nesnel olarak tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır⁴⁸.

AIHM’e göre nesnel tarafsızlık testi⁴⁹, mahkemenin, oluşumunun tarafsızlık konusunda herhangi bir meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli güvenceleri sağlayıp sağlamadığının belirlenmesini ifade eder⁵⁰. Bu objektif testin kanıtlanması belirli bir hâkimin tarafsızlığından kuşkulanmak için haklı ve objektif nedenlerin bulunmasını gerektirir. Nesnel tarafsızlık testi, çoğunlukla hâkim ve davanın diğer aktörleri arasındaki hiyerarşi veya başka tür bağlarla ilgilidir. Bu nedenle her bir dava özelinde, söz konusu ilişkinin niteliği ve derecesi değerlendirilerek mahkemenin tarafsızlığının mevcut olup olmadığı hakkında karar verilir. Bu tür herhangi bir bağ olmasa dahi bir hâkimin taraflı olduğu yönünde meşru bir endişeye neden olacak söz ve davranış biçimlerinden kaçınması gerekir.

Nesnel tarafsızlık incelenirken, mahkemenin tarafsız olmadığını iddia eden tarafın görüşü *önemli ama sonuca etkili değildir*. Mühim olan, tarafsızlıkla ilgili şüphelerin nesnel olarak haklı görülüp görülmediğidir. Eğer hâkimin tarafsızlığına dair *meşru bir şüphe* var ise o hâkim davadan çekilmelidir⁵¹.

⁴⁷ AIHM, *Micallef/Malta*, § 98; AIHM, *De Cubber/Belçika*, B. No: 9186/80, 26/10/1984, § 26, AIHM, *Delcourt/Belçika*, B. No: 2689/65, 17/1/1970, § 31.

⁴⁸ AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

⁴⁹ AIHM, ülkemizde daha önce mevcut olan devlet güvenlik mahkemeleri ile ilgili bir kararında da objektif tarafsızlık konusunda şu tespitlerde bulunmuştur: “*Mahkeme’nin görevi, Sözleşme’ye taraf bir ülkede, bu tür mahkemelerin kurulmasının gerekli olup olmadığına soyut olarak karar vermek veya konuyla ilgili uygulamaları denetlemek değil, fakat bu mahkemelerden birinin işleyiş tarzının, başvuruçunun adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini tespit etmektir. Bu noktadan bakıldığında, mahkemenin görünümü bile büyük önem taşıyabilir. Burada tehlikede olan şey, demokratik toplumlarda mahkemelerin halka, her şeyden önemlisi yargılama süreci bakımından sanığa vermesi gereken güven duygusudur. Belirli bir mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olmasından endişe duymak için haklı nedenlerin olup olmadığı karara bağlanırken, sanığın görüşleri belirleyici olmamakla birlikte, önem taşır. Belirleyici olan şey, başvuruçunun şüphesinin objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir.*” (AIHM, *İncal/Türkiye*, B. No: 41/1997/825/1031, 9/6/1998, § 70, 71.).

⁵⁰ AIHM, *Fey/Avusturya*, B. No: 14396/88, 24/2/1993, § 28.

⁵¹ Harris, D. /O’Boyle, M. /Bates, E./Buckley, C. (2013). s. 294.

Tarafsızlığa dair nesnellik testi, başvuru açısından aşırı olmayan bir ispat yükü gerektirir. Makul bir gözlemcinin bakış açısı, yanlı bir görüntü veya tutumun mevcut olmadığına dair meşru bir kuşku açısından yeterlidir. Nesnel tarafsızlığın olmadığına dair iddia, böylesi herhangi bir meşru kuşkuyu dışlayan yeterli usule ilişkin güvencelerin ortaya konulmasıyla sadece devlet tarafından çürütülebilecek, başvuru lehine pozitif bir karine yaratır⁵².

AIHM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı yönünden nesnel tarafsızlık hususunu değerlendirerek karar verdiği pek çok başvuru bulunmaktadır. Mahkemenin nesnel tarafsızlık değerlendirmesi yaptığı durumlardan en önemlilerinden birisi, davaya bakan hâkimin yargılama sürecinde farklı roller üstlenmiş olmasıdır. Burada tarafsızlığın devam edip etmediğinin belirlenmesinde önemli olan husus, yargılama öncesi aşamada hâkimin dosyanın esasına ilişkin olarak ne ölçüde işlem yaptığının belirlenmesidir. Bunun derecesinin de her olayda nesnel olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Bu konu ile ilgili en bilinen davalardan birisi olan *Piersack-Belçika* başvurusunda, başvuruçunun davasını soruşturan savcılardan biri, daha sonra hâkimliğe atanarak başvuruçunun davasının görüldüğü mahkemede başkan olarak görev yapmıştır. Başvuruçucu, bu durumun tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmaz olduğu iddiasında bulunmuştur. AIHM, bir kimsenin savcılık görevi yaptıktan sonra aynı olayda hâkim olarak görev yapması hâlinde halkın yeterli tarafsızlık güvencelerinin sağlanmadığı hususunda kaygı duyma hakkı olacağını belirtmiştir. Sonuç olarak suç isnadının esası üzerinde karar vermiş bir mahkemenin tarafsızlığının kuşku doğurucu nitelikte olmasını ihlal için yeterli görerek AIHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁵³.

Karakoç ve diğerleri/Türkiye davasına konu olayda ise başvuruçular aleyhine henüz kamu davası açılmadan esas yargılamaya katılacak olan iki hâkim tutuklamaya ilişkin kararın verilmesine katılmışlardır. AIHM'e göre başvuruçuların gıyaben tutuklanmasına dayanak yapılan gerekçeler, olayın esasına ilişkin olarak verilen kararın gerekçelerinden çok farklı olmadığından ve hâkimler, başvuruçuların suçluluğu konusunda

⁵² AIHM, *Salov/Ukrayna*, B. No: 65518/01, 6/9/2005, §§ 80-86, AIHM, *Farhi/Fransa*, B. No: 17070/05, 16/1/2007, §§ 27-32.

⁵³ AIHM, *Piersack-Belçika*, B. No: 8692/79, 1/10/ 1982, §§ 30-32.

kuvvetli belirtilerin bulunup bulunmadığını eldeki ilk verilere göre değerlendirmenin ötesine geçip yargılama sonucunda çözmeleri gereken sorunu cevaplayan nitelikte tutuklamaya ilişkin karar verdiklerinden tarafsızlıklarına ilişkin olarak başvurularda oluşan endişenin haklı olduğuna hükmedilmiş ve bu gerekçe ile tarafsızlık açısından AİHS'in 6.maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁵⁴.

Bir mahkemenin önündeki davaya ilişkin olarak yargılama sürecinden önce başka bir rol üstlenmesi de bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu konuya ilişkin *Procola-Lüksemburg* davasında⁵⁵, Conseil d'Etat'nın⁵⁶ dört üyesinin, danışma kurulunda görev yaparken başvuruycuyu etkileyen düzenlemeye ilişkin olarak hükûmete olumlu görüş bildirdikten sonra aynı düzenlemeye ilişkin yargılamada yer almaları tarafsızlık açısından tartışılmıştır. AİHM, mahkeme üyelerinin aynı karara ilişkin hem danışma hem de yargısal işlev üstlenmelerinin mahkemenin yapısal tarafsızlığı hususunda kuşku doğurmaya elverişli olduğunu belirtmiştir. AİHM ayrıca başvurunun mahkeme üyelerinin daha önce verdikleri olumlu görüş ile kendilerini bağlı hissedeceklerinden endişe duymak konusunda meşru dayanaklarının olduğunu belirterek durumun mahkemenin tarafsızlığını bozmak için yeterli olduğuna ve AİHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

III. DANIŞTAY AÇISINDAN TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKININ GÖRÜNÜMÜ

İdarenin yargısal denetimi anayasal olarak güvence altına alınan kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde Türk milleti adına karar veren, yargı yetkisini bağımsız ve tarafsız bir şekilde kullanan idari uyusmazlığı çözen mahkemeler ile Danıştaydan oluşmaktadır. Buna göre Türk idari yargı sistemi Danıştay biçiminde örgütlenmiştir. Danıştay, idari işlem ve eylemlere karşı ilk derece ve temyiz mahkemesi olarak yargısal görevleri yerine getiren bir kurumdur.

Danıştay, yalnız bir yüksek mahkeme değil aynı zamanda devletin

⁵⁴ AİHM, *Karakoç ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 27692/95, 28138/95 ve 28498/95, 15/10/2002.

⁵⁵ AİHM, *Procola/Lüksemburg*, B. No: 14570/89, 28/9/1995, § 45.

⁵⁶ Lüksemburg Conseil d'Etatın (Danıştay) hem danışma işlevini yerine getirmekte hem de yargısal görevi bulunmaktadır. Danışma görevi ile ilgili olarak Conseil d'Etat, tüm kanun taslak ve teklifleri, kanunlar ile ilgili değişiklikler ve ayrıca hükûmet tarafından sorulan veya kanunlarda belirtilen diğer tüm sorular hakkında görüş bildirmektedir. Ayrıca bir yargı organı olan Conseil d'Etat -uyusmazlık tarihinde- idari işlemlere karşı açılan davalarda ilk ve son derece mahkemesidir. AİHM, *Procola/Lüksemburg*, §§ 20-26.

en yüksek danışma organıdır. AİHM kararları uyarınca da bir mahkeme olarak kabul edilen Danıştay hem 1982 Anayasası'nın 155. maddesi hem de 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1. maddesi⁵⁷ uyarınca danışma ve inceleme mercii olarak da görev yapmaktadır. Her ne kadar uygulamada Danıştayın danışma mercii olarak görevine çok başvurulmasa da bir mahkeme olarak çifte rol üstlenmesinin tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ve özellikle nesnel tarafsızlık ilkesinin ihlali olarak addedilip addedilmeyeceği sorunu ortaya çıkabilecektir.

Mahkemelerin birden fazla fonksiyon icra etmesi, özellikle danışma ve görüş bildirme yetkisine sahip olan Danıştay gibi organların önüne gelen idari işlere ilişkin olarak öncesinde olumlu görüş bildiren hâkimlerinin sonrasında bu konulara ilişkin bir itirazı önlerine gelen davalarda ele almaları AİHM tarafından tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından incelenmiştir. AİHM, yukarıda yer verilen *Procola/Lüksemburg* davasında bu durumun hâkimlerin bildirmiş oldukları görüşler ile kendilerini bağlı hissetmeleri neticesini doğurabileceğini ve bu nedenle de tarafsız davranamayacaklarını ifade etmiştir.

Ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında 1982 Anayasası ile Danıştayın çok güçlü bir yüksek mahkeme konumuna kavuşturulmuş olmasının yanı sıra Danıştaya birtakım danışma ve inceleme görevlerinin de verildiği görülmektedir. 1982 Anayasası'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında "*Danıştay, davaları görmek, (...) kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, (...) idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*" denilmek suretiyle Danıştayın görevleri genel olarak belirtilmiştir.

6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği sonrasında 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca Danıştay, danışma mercii olarak kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmekte; ayrıca kanunlarda Danıştaydan alınacağı belirtilen düşüncelere ilişkin istekleri cevaplamaktadır⁵⁸. Ancak gerek 6771 sayılı Kanun değişikliği öncesi gerekse günümüzde Danıştayın

⁵⁷ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1. maddesi "*Danıştay Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme mercidir.*" hükmünü içermektedir.

⁵⁸ 1982 Anayasası'nın 155. maddesinin 2. fıkrasının önceki hâlinde "*Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*" denilmekte olup 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, bu fıkra da yer alan "*Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları*" ve "*tüzük tasarılarını incelemek*" ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.

danışma ve inceleme görevi Danıştay Birinci Dairesi tarafından yerine getirilirken yargı görevleri diğer daire ve kurullar tarafından yerine getirilmektedir. Yani Danıştayda yargı görevini yürüten birimler ile danışma görevini yürüten birimler birbirinden ayrılmıştır. Danıştay bünyesinde idari dairelerle dava dairelerinin ayrılmış olması, Danıştayın önündeki davaya ilişkin olarak çifte rol üstlenmesi sorununun Türkiye bakımından pek sık söz konusu olmayacağını göstermektedir⁵⁹.

Danıştayın idari daireleri ile dava dairelerinin birbirinden ayrılmış olması ülkemiz açısından bu yöndeki ihlal kararlarının verilmesini önlemiş görülmektedir. Zira burada ihlal oluşturan konu, somut olarak bir olay veya karar hakkında yargı yerinin aynı hâkimlerle hem danışma hem de yargısal nitelikte karar vermesidir. Türk Danıştayı açısından ise böyle bir durum söz konusu değildir. Ancak herhangi bir somut olay hakkında kanun gereğince görüş bildirme aşamasında Danıştay Birinci Dairesinde görev yapan bir veya birden fazla üyenin görev yerlerinin değiştirilmiş olması nedeniyle, aynı konunun dava konusu edilmesi hâlinde söz konusu uyuşmazlığın yargısal olarak incelenmesi aşamasında karar vermeye yetkili dava dairesinde görevlendirilmiş olmaları durumu, tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun teşkil edebilecektir.

Bunun yanı sıra Danıştay İdari İşler Kurulunca bakılan işlerle ilgili davalarda tarafsız mahkemede yargılanma hakkı yönünden bir problemin ortaya çıkma ihtimalinin değerlendirilmesi gerekmektedir. 2575 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca İdari İşler Kurulu, idari daire başkanı ile her takvim yılı başında Başkanlık Kurulunca idari daireden seçilecek iki üye ve her dava dairesi başkan veya üyeleri arasından seçilecek bir üyeden oluşmaktadır. 2575 sayılı Kanun'un 46. maddesinde İdari İşler Kurulunun görevleri sayılmış ancak 16. maddede yalnızca memurların yargılanması ile ilgili işlerin görüşülmesinde incelenmekte olan kararı veren daire başkan ve üyelerinin toplantıya katılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla İdari İşler Kurulunun görev alanına girmesine karşın 2575 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile getirilen güvenceden yararlanamayan uyuşmazlıklar açısından aynı üyelerin yargılama aşamasında da yer alması hâlinde bu durum AİHM nezdinde tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirilebilecektir⁶⁰.

⁵⁹ Inceoğlu, S. (2013). s. 202, Yılmaz Özel, N. (2016). s. 108.

⁶⁰ Yılmaz Özel, N. (2016). s. 109.

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından problem oluşturma ihtimali bulunan bir diğer durum ise Danıştay İDDK ve VDDK oluşumu ile ilgilidir. Çünkü İDDK, idari dava dairelerinin başkanları ile her idari dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen iki asıl ve iki yedek üyeden⁶¹; VDDK ise vergi dava dairelerinin başkanları ile her vergi dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen üç asıl ve üç yedek üyeden oluşmakta, iki yıllık süre sonunda Başkanlık Kurulunca her iki kuruldaki üyelerin yarısı iki yıl süreyle yeniden görevlendirilirken, diğer yarısı kurullarda daha önce görevlendirilmeyen üyeler arasından yenilenmektedir.

İdari dava daireleri ile vergi dava daireleri tarafından mahkeme kararlarının bozulması durumunda bozma kararına karşı ilk derece mahkemesinin (6545 sayılı Kanun'un kabulü ile birlikte istinaf mahkemesinin) ısrar etmesi hâlinde ısrar kararına karşı temyiz incelemesi uyusmazlığın konusuna göre İDDK veya VDDK tarafından yapılmaktadır (2575 sayılı Kanun'un 38. maddesi). Yukarıda belirtildiği üzere bu kurullar Danıştayın idari ve vergi dava dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşmaktadır ve ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu ilk kararı bozan daire toplantısına katılmış olan başkan ve üyeler bu kez ısrar kararlarının temyiz yoluyla incelenmesi sırasında da toplantıda yer almaktadırlar. Dolayısıyla dava dairesi ile İDDK veya VDDK'de aynı üyelerin yargılamada yer alması tarafsız mahkemede yargılanma hakkı yönünden sorun teşkil edebilecek niteliktedir.

Bunun yanı sıra kurulların oluşumu ile ilgili olarak dava dairelerinin ilk derece sıfatıyla baktıkları davalar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 3. fıkrasında *“İdari dava daireleri ile vergi dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde ve iki dava dairesinin*

⁶¹ 2575 sayılı Kanun'a 6352 sayılı Kanun'un 48. maddesi ile eklenen geçici 24. madde ile İDDK 31/12/2022 tarihine kadar geçici bir kurul olmaktan çıkarılmış ve üyelerinin sabit ve sürekli olarak görev yaptığı bir kurul hâline getirilmiştir. 2575 sayılı Kanun'un geçici 24. maddesinde *“1. 31/12/2022 tarihine kadar Danıştay İDDK'nin oluşumu ve çalışma usulü hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır.*

a) İDDK, her idari dava dairesinden en az bir üye olmak kaydıyla Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen on dört üyeden oluşur. Kurula, Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri, bunların bulunmaması hâlinde Kurulun en kıdemli üyesi başkanlık eder.

b) Bu üyeler DKK'de sürekli olarak görev yaparlar. Ancak, iş durumu göz önüne alınmak suretiyle üyelerin daire çalışmalarına katılmalarına Genel Kurul tarafından karar verilebilir.

c) Toplantı ve görüşme yeter sayısı on birdir. Kararlar, toplantıya katılanların oy çokluğu ile alınır.” denilmektedir.

birlikte yapacağı toplantıda verilen kararların incelenmesinde, bu dairelerde karara katılmış olanlar idari ve vergi dava daireleri kurullarında bulunamazlar'' denilmek suretiyle Danıştay dava dairelerinin ilk derece sıfatıyla baktıkları davalar açısından ilk derece yargılamasına katılan dava dairesi üyelerinin kararın temyiz incelemesi sırasında kurullarda görev alması yasaklanmış ve böylece AİHM'ce verilebilecek olası bir ihlal kararının önüne geçilmiştir.

Ancak belirtildiği üzere 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan düzenleme, Danıştay tarafından ilk derece sıfatıyla bakılan uyuşmazlıkların temyiz incelemesine ilişkin bir düzenleme olup ilk derece mahkemeleri veya istinaf mahkemelerinin ısrar kararı üzerine anılan kurulların önüne gelen uyuşmazlıkları kapsamamaktadır. AİHM bu konu ile ilgili önüne gelen *Fazlı Aslaner/Türkiye* başvurusunda; ilk derece mahkemesi kararını bozan Danıştay Dairesi üyelerinin aynı zamanda ısrar kararını inceleyen İDDK'ye de katılmış olmalarını nesnel tarafsızlık açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırı bulmuş ve bu uygulama nedeniyle AİHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶².

IV. AİHM'İN FAZLI ASLANER/TÜRKİYE KARARI

A. GENEL OLARAK

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından nesnel tarafsızlık yaklaşımı kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılmaktadır. Kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması gerekir. Bu bağlamda hâkimin daha önce görev aldığı bir yargılamanın farklı bir aşamasında

⁶² Diğer taraftan Danıştay ile ilgili olarak bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı ile ilgili olmasa da çelişmeli yargılama hususunda verilen AİHM, *Meral/Türkiye*, B. No: 33446/02, 27/11/2007 kararı önemlidir. *Meral/Türkiye* kararında, Danıştay savcısının dosyaya ilişkin görüşünün taraflara bildirilmemesi AİHS'in 6. maddesinin ihlali olarak görülmüş, Danıştay savcısının görüşüne karşı argüman ileri sürme imkânı bulunmadığı değerlendirilmiştir. AİHM süregelen içtihatlarıyla adil yargılanma hakkının, yargılama boyunca tarafların gerek hâkim gerekse bir diğer kamu görevlisinin mahkemeyi etkileyebilecek türden kanıt aracı veya görüş ve gözlemi gibi her tür argümandan haberdar olması gerektirdiğini kabul etmektedir. Bu davada savcının mütalaasına karşı bir argüman sunma imkânının verilmemesi AİHS'in 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bu konuda 2012 yılında 2577 sayılı İYUK'ta değişiklik yapılmış ve İYUK'un 16. maddesine 6352 sayılı Kanun'un 54. maddesi ile 6. fıkra olarak eklenen hükümde "*Danıştayda ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda savcının esas hakkındaki yazılı düşüncesi taraflara tebliğ edilir. Taraflar, tebliğden itibaren on gün içinde görüşlerini yazılı olarak bildirebilirler.*" denilerek AİHM içtihatlarına uyum sağlanmıştır.

farklı sıfatlar ile tekrar görev alması durumunda da tarafsızlık incelemesi nesnel yaklaşım çerçevesinde yapılmaktadır.

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından, özellikle ceza yargılamasında, işin esası hakkında karar veren hâkimin davaya ilişkin farklı roller üstlenip üstlenmediği önem kazanmaktadır. Bunun yanı sıra hâkimin duruşma devresi öncesinde davayla ilgili verdiği kararlar tek başına tarafsız olmadığını göstermemektedir. Burada önemli olan bu kararların kapsamı ve niteliğidir. Eğer hâkim kamu davası öncesi davaya ilişkin bir rol üstlenmişse fakat bu rol önemli bir rol değilse, örneğin rutin bir gözetimden ibaret ise bu durum tarafsızlık ilkesine aykırı değildir. Buna karşın kamu davası öncesi aşamada, hâkimin verdiği karar esasa ilişkin bir konunun ön kararı niteliğinde ise aykırılık meydana gelebilmektedir. Bu konudaki AİHM kararlarına bakıldığında daha önce değinilen *Piersack/Belçika* başvurusunda olduğu gibi hâkimle savcılık makamı arasındaki mesafenin azalması, *De Cubber/Belçika* başvurusunda olduğu gibi hâkimin davada aynı zamanda sorgu hâkimi olarak görev alması veya *Karakoç ve diğerleri/Türkiye* başvurusunda olduğu gibi esas yargılamayı yapan iki hâkimin tutuklamaya ilişkin kararın verilmesine katılmış olmaları durumunda AİHM tarafından tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Ceza yargılaması dışında da hâkimin davadan önce dava konusu ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması tarafsızlığını ihlal edebilmektedir. Bir mahkemenin önündeki davaya ilişkin olarak mahkemede görevli hâkimlerin çifte rol üstlenmesi, örneğin Fransa ve Lüksemburg yargı teşkilatında yer alan Conseil d'Etat veya Türk idari yargı teşkilatı içerisinde faaliyet gösteren Danıştayda olduğu gibi hem tavsiye ve görüş bildirme ya da inceleme yapma görevi yaparken hem de yargılama faaliyetlerine katılması tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun teşkil edebilecek bir durumdur.

Türk Danıştay açısından bu konuya ilişkin olarak verilmiş bir ihlal kararı bulunmamakla birlikte AİHM tarafından *Fazlı Aslaner/Türkiye*⁶³ başvurusunda, daha önce başvuru lehine verilen idare mahkemesi kararını bozan Danıştay Dava Dairesinin üyelerinin idare mahkemesinin aynı yöndeki ısrar kararının değerlendirildiği İDDK'de yer almaları tarafsız mahkemede yargılanma hakkı yönünden değerlendirilmiştir.

⁶³ AİHM, *Fazlı Aslaner/Türkiye*, B. No:36073/04, 4/3/2014.

AİHM anılan kararında, Danıştay Dava Dairesi üyesi olan üç hâkimin İDDK'de bulunmalarını, sayısal ağırlıklarının az ya da çok olması açısından değil oynadıkları rolü ön plana çıkararak ele almış; ayrıca bir zorunluluk olmadığı sürece aynı konuda karar veren hâkimin yargılamanın sonraki aşamalarında rol oynamasını söz konusu hak açısından ihlal olarak değerlendirmiştir⁶⁴.

Bu bağlamda *Fazlı Aslaner/Türkiye* kararı, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından incelenecektir.

B. OLAY

Ankara Bölge İdare Mahkemesinde zabıt kâtabi olarak çalışan başvuru, 1993 yılında Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonunun açtığı Devlet Güvenlik Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü yazılı sınavını 15. olarak kazanmıştır. Ancak 15. sıradan kazandığı için ataması yapılmamış ve yedek listeye alınmış, yazı işleri müdürlüğü görevlerine birinci ve ikinci sıradan kazanan adaylar atanmıştır. Başvuru, 1997 yılında Eskişehir Bölge İdare Mahkemesinin yazı işleri müdürlüğü görevine tayin edilmesi amacıyla Adalet Bakanlığına başvurmuştur. Bu talebinin reddedilmesi üzerine ret işleminin iptali istemiyle Ankara İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) dava açmıştır.

İdare Mahkemesi, başvuruçunun taleplerini haklı bulmuş ve ilgili sınava katılan adaylar arasında başvurudan daha üst seviyede olan yedi kişi ve başvurudan daha düşük seviyede olan on bir kişinin yazı işleri müdürü olarak atandıklarını tespit etmiş; bu sebeple dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Adalet Bakanlığı, bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. Danıştay Beşinci Dairesi (Daire), temyiz edilen dava konusu işlemin iptaline ilişkin kararı bozmuştur. Daire, Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonu tarafından düzenlenen sınavın adaylara Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi bünyesinde bir görev vermeyi hedeflediğini ve yedek listeye kaydolma sonucunda başka bir adli yargı komisyonunun yetkisi altında bulunan bir mahkeme bünyesinde yazı işleri müdürü olarak göreve başlama hakkı vermediğini belirtmiştir. Daire, başka bir mahkemenin yetkisi altına atanmanın, hizmet ihtiyacını karşılamak amacıyla yalnızca

⁶⁴ İncoğlu, S. (2018). s. 99.

ilgili adli yargı komisyonunun talebi veya bu konuda yetkiye sahip olan Adalet Bakanlığının kararı üzerine mümkün olabileceğini belirtmiştir.

Daire, başvuran tarafından yapılan karar düzeltme talebini de reddetmiştir. Temyiz aşamasında verilen bozma kararında yer alan üç üye de karar düzeltme talebini inceleyen heyette yer almıştır.

İdare mahkemesi, Danıştay Beşinci Dairesinin bozma kararına karşı ısrar etmiş ve yeniden dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. İdare mahkemesinin ısrar kararının davalı idare tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya İDDK'nin önüne gelmiştir.

İsrar kararının temyizen incelenmesi sırasında İDDK, otuz bir üyeden oluşmaktadır. Yapılan inceleme sonucunda yirmi ikiye karşı dokuz oyla idare mahkemesinin kararı bozulmuştur. Danıştay Beşinci Dairesinin vermiş olduğu ilk bozma kararında yer alan üç üye de İDDK'nin bozma kararını aldığı heyette bulunmaktadır. Bu üyelerden birisi ise Danıştay Başkanvekili sıfatıyla İDDK'ye başkanlık etmiştir.

Başvurucu bu karara karşı karar düzeltme talebinde bulunmuş ise de İDDK, karar düzeltme talebini reddetmiştir. Danıştay Beşinci Dairesinin üç üyesi bu kararın alındığı heyette de yer almışlardır.

C. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Başvurucu, temyiz incelemesini yapan Danıştay Dava Dairesinin tarafsız olmadığını ve bu nedenle AİHS'in 6. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

AİHM, şikâyetin üç kısımdan oluştuğuna karar vermiştir. İlk şikâyet konusu, idare mahkemesinin vermiş olduğu ilk iptal kararını bozan Danıştay Beşinci Daire üyelerinin İDDK'ye katılmaları nedeniyle İDDK'nin oluşumunun tarafsız olmadığı iddiasıyla ilgilidir. İkincisi, karar düzeltme talebinin incelenmesi sırasında, Danıştay Beşinci Dairesi bünyesinde yer alan üyelerin bozma kararının verildiği Kurula katılmış olması nedeniyle yine aynı Dairenin tarafsız olmadığı iddiasıdır. Üçüncü olarak ise ikinci şikâyet konusuna benzer şekilde daha önce ısrar kararını bozan İDDK üyelerinin, karar düzeltme talebi hakkında karar verilen toplantıya da katılmaları nedeniyle Kurulun oluşumunun tarafsız olmadığı iddia edilmektedir.

D. KARAR

Başvurucu, öncelikle idare mahkemesinin iptal kararının bozulmasına karar veren Danıştay Beşinci Dairesinin üç üyesinin, bozma kararı üzerine idare mahkemesince verilen ısrar kararını inceleyen İDDK'ye da katılmalarından dolayı tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmaktadır. Başvurucu, bu üyelerin davanın esası hakkındaki görüşlerini daha önce belirtmiş olmaları nedeniyle tarafsız olamayacaklarını ileri sürmektedir. AİHM de başvuruyu İDDK'nin tarafsız olmadığına ilişkin şikâyetlerin ilgili Kurulda yer alan üç üyenin temyiz incelenmesinde daha önce bulunmalarından kaynaklandığını dikkate almak suretiyle incelemiştir.

AİHM, öncelikle İDDK'nin karar vermesi gereken hususun idare mahkemesinin verdiği ısrar kararı olmayıp mahkemenin ısrar ettiği ilk kararın hukuka uygun olup olmadığı tespitinde bulunmuştur. Başka bir deyişle incelenmesi gereken konu, idarenin sınav sıralamasına ve diğer komisyonların yetki alanlarında yapılan tayinlerde sıralamaya riayet edip etmediğine ilişkin olarak idare mahkemesi kararın hukuka uygunluğuyla ilgilidir⁶⁵. Görüldüğü üzere AİHM, idare mahkemesinin vermiş olduğu ilk iptal kararı ile ısrar kararının aynı içeriğe sahip olduğunu belirtmiş ve Daire ile İDDK'nin yaptığı incelemelerin esas itibarıyla aynı hukuki uyumsuzluğu çözmeye yönelik oldukları sonucuna varmıştır⁶⁶.

⁶⁵ Hükûmet ise savunmasında, ilk ve ikinci temyiz konusunun aynı davalayla ilgili olmasına rağmen benzer olmadığını belirtmektedir. Hükûmet; ilk temyiz konusunu idare mahkemesinin iptal kararının hukuka uygunluğunun incelenmesinin teşkil ettiğini, ikinci temyiz konusunun ise Danıştay kararına uymayıp ısrar eden aynı mahkemenin kararının incelenmesi olduğunu iddia etmektedir. Diğer taraftan Hükûmet, tarafsızlığı sorgulanan hâkimlerin ihtilaf konusu olayda taraf olarak değerlendirilemeyeceğini çünkü İDDK'nin incelediği kararın söz konusu hâkimler tarafından değil idare mahkemesi tarafından verildiğini belirtmektedir. Hükûmet, İDDK'nin, Danıştay Beşinci Dairesinin kararı ile idare mahkemesi kararı arasında seçim yapmak gibi bir görevi olmadığını, Kurulun daha önce de birçok davada olduğu gibi karar vermekte özgür olduğunu eklemektedir.

⁶⁶ AYM, benzer bir olayda aynı konuda vermiş olduğu Kemal Demir (B. No:2014/17141, 6/7/2017, § 77) kararında “Öte yandan 2577 sayılı Kanun’un 49. maddesinde temyiz incelemesi üzerine kararın bozulması hâlinde ilk derece mahkemesinin dosyayı diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikle inceleyeceği ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar vereceği belirtilmiştir. İlk derece mahkemesinin bozma üzerine verdiği karar yeni bir karardır. İlk derece mahkemesinin ısrar kararı vermesi ve bu kararın temyizi ve davalayı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun Danıştayın ilgili dava dairesinin kararını uygun görmesi hâlinde ilk derece mahkemesi kararını bozacağı; aksi hâlde onayacağı belirtilmiştir. Kurulun önündeki karar, bozulan ilk karar olmayıp ısrara ilişkin yeni karardır. Kurulun burada yaptığı inceleme ise hiç şüphesiz temyiz incelemesidir. Karar düzeltme aşaması ise yalnızca karar düzeltme sebeplerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinden ibarettir.” demek suretiyle idare mahkemesi tarafından ilk olarak verilen iptal kararı ile daha sonra verilen ısrar kararının birbirinden farklı kararlar olduğu ve bu nedenle Danıştay Dava Dairesi ile İDDK'nin farklı incelemeler yaptıkları görüşünü benimsemiştir.

AİHM bu tespiti yaptıktan sonra İDDK'de yer alan otuz bir üyeden üçünün daha önce Danıştay Beşinci Dairesinde de yer aldıklarını ve bu üç üyenin daha önceden aynı davada verilen karara katıldıklarını belirtmekte ancak bazı üyelerin bir dava hakkında önceden belirli bir tutum almış olmalarının İDDK'nin tarafsızlığının somut olayda bozulduğunu değerlendirmek için tek başına yeterli olmadığını ifade etmektedir. Zira AİHM, kararların oy çokluğu ile alındığı kurul hâlinde yargılama yapan mahkemelerde görev yapan hâkimlerin düşük sayısını dikkate alarak benzer şikâyetleri daha önce reddettiğini belirtmektedir.

Bu aşamada AİHM içtihatları gereğince, bu tür durumlarda üyelerin sergiledikleri benzer tutum ve kararın verilmesindeki rolleriyle ilgili olarak söz konusu üyelerin sayısının yanı sıra diğer unsurların da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda AİHM, hem kurula katılan ilgili hâkimlerin yüksek sayıda olmasını hem de bu hâkimler tarafından icra edilen başkanlık veya raportörlük görevlerini dikkate alarak tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı kararlarını hatırlatmaktadır.

Söz konusu tespitleri yapan Mahkeme, Danıştay Beşinci Dairesinin üç üyesinin ısrar kararı hakkında karar verecek İDDK'de oy hakkına sahip olarak yer almalarını mutlak zorunlu hale getiren ciddi bir gerekçenin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.

AİHM, yukarıda anılan gerekçelerle söz konusu üç üyenin oy hakkına sahip olarak kurulda yer almalarını zorunlu kılan hiçbir ciddi gerekçenin bulunmadığını ifade etmektedir. AİHM burada yeni bir kıstas ortaya koymuş olup bu kıstasa göre tarafsızlıkla ilgili belirleyici olan husus, ilgili hâkimlerin oranı veya sayısı değil bu hâkimlerin kurula katılmalarını mutlak gerekli kılan önemli bir gerekçenin bulunup bulunmadığıdır. Ayrıca AİHM, bu üç üyeden birisinin Danıştay Başkanvekili sıfatıyla İDDK'nin başkanlık görevini icra ettiğini ve bu bağlamda görüşmeler sırasındaki tartışmaları yönettiğini belirterek bu durumun tarafsızlık görünümünü etkileyen ek bir koşul oluşturduğu sonucuna varmıştır.

AİHM, bu iki gerekçeden hareketle İDDK'nin tarafsızlığıyla ilgili endişelerin haklı olduğuna ve AİHS'in 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁷.

⁶⁷ Başvurucunun şikâyetinin ikinci ve üçüncü kısmı yani karar düzeltme talebinin incelenmesi sırasında Danıştay Beşinci Dairesi bünyesinde yer alan üyelerin bozma kararının verildiği

E. DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bakımından nesnel tarafsızlık, genel itibarıyla mahkemenin verdiği görünüm olarak kabul edilmektedir ve mahkeme üyelerinin tarafsız olmalarının yanı sıra bu tarafsızlıklarının görünür olması da gerekmektedir. Daha önce belirtildiği üzere AİHM kararlarında; tarafsızlık konusunda görünüşün dahi önem taşıyabileceği, bir başka deyişle adaletin sadece yerine getirilmesi değil ama aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi ve böylece demokratik toplumda mahkemelerin hak arayanlara güven vermesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁸.

AİHM nesnel tarafsızlık incelemesi yaptığı bazı başvurularda kurul hâlinde yargılama yapan mahkeme üyelerinin kişisel tutumlarının sorgulanmasına neden olabilecek birtakım olayların ilgili mahkemenin tarafsızlığını zedeleyebileceğini belirtmektedir.

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilmesi için belirli bir durumda, mahkemenin bağımsız olmadığı sonucunu doğuran meşru bir sebebin varlığı gerekmektedir. Ancak mahkemenin dış görünüş itibarıyla tarafsız olmadığının belirlenmesi açısından tarafların veya sanığın duyduğu şüphe tek başına yeterli değildir. Belirleyici olan bu şüphenin nesnel olarak doğrulanıp doğrulanmadığıdır. Yani şikâyetçilerin endişelerinin objektif olarak haklı

Kurula katılmış olması ve benzer şekilde daha önce ısrar kararını bozan İDDK üyelerinin karar düzeltme talebi hakkında karar verilen toplantıya da katılmaları nedeniyle Kurulun oluşumunun tarafsız olmadığı iddiaları dava dosyasının Hükûmete tebliğ edilmesinden sonra başvurucunun cevaben görüşlerini sunduğu sırada şikâyetinin bu kısımlarını yinelemediği gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. AİHM kararın ilgili kısmında “Mahkeme, tarafsızlığa ilişkin bir eksikliğin belirlenebilmesi için, bir hâkimin, bilahare hâkim olarak görüş bildirmesi gerekebilecek bir sorun üzerine fikrini açıkça yansıtan bir eylemi daha önce gerçekleştirmiş olması gerektiğini yinelemektedir. (...) Ayrıca Mahkeme, diğer davalarda benzer şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle, daha önce reddettiğini hatırlatmaktadır. (...) Aslında, mevcut davada olduğu gibi, bir karar düzeltme talebi, kanunla öngörülen koşulların bir araya gelmediği gerekçesiyle, esaslı incelenmeksizin reddedildiğinde, red kararı, karar düzeltme talebi vesilesiyle incelenen konunun, ihtilaflı kararda incelenen konudan farklı olması nedeniyle davanın esası hakkında bir tutum gibi değerlendirilemez (Kum / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı) No. 28556/11, 10 Ocak 2012). Somut olayda, Mahkeme bu çözümü göz ardı etmek için herhangi bir neden tespit etmemektedir. Mahkeme, dava dosyasının Hükûmete tebliğ edilmesinden sonra, başvuranın cevaben görüşlerini sunduğu sırada, şikâyetinin ikinci ve üçüncü kısımlarını yinelemediğini gözlemlemektedir. Sonuç olarak, bu şikâyet açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi ile 4. fıkrası uygulanarak reddedilmelidir.” demektedir.

⁶⁸ AİHM, *Micallef/Malta*, § 98; AİHM, *De Cubber/Belçika*, § 26; AİHM, *Delcourt/Belçika*, § 31.

görülüp görülmeyeceği konusudur. Bu ise her olayın kendi şartlarına bağlıdır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki bir hâkimin yargılamadan önce, aynı hususta daha önce karar vermiş olması, tarafsızlığıyla ilgili olarak ortaya çıkan şüpheleri her zaman için haklı göstermemektedir⁶⁹. Ayrıca bir hâkimin dava dosyasını derinlemesine bilmesi, davanın esası hakkında karar vermesi sırasında tarafsız olarak değerlendirme yapmasını engelleyen bir ön yargı bulunduğu anlamına gelmemektedir⁷⁰.

Fazlı Aslaner/Türkiye başvurusuna konu olayda da idari yargıda görülmekte olan bir davada idare mahkemesi kararının Danıştayın ilgili dava dairesi tarafından bozulmasının ardından bozma kararına karşı idare mahkemesince ısrar kararı vermesi üzerine dava, İDDK'nin önüne gelmiştir. AİHM, somut olayda davanın esası hakkında ilk kararın verildiği Daire toplantısına katılmış olan üç üyenin İDDK'nin karar alma sürecine de katılmış olmalarını, İDDK'nin görevi olan hukuki denetimin kapsamı ile niteliğini dikkate alarak mahkemenin görünümü açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği yönünden değerlendirmiştir.

Bu çerçevede AİHM kararına bakıldığında söz konusu üç üyenin son kararı verecek Kurulda oy hakkına sahip olarak yer almalarını mutlak zorunlu hâle getiren ciddi hiçbir gerekçenin bulunmadığı belirtilmiş, nesnel tarafsızlık sorunu bakımından ilgili hâkimlerin sayısının veya oranının belirleyici olmadığı ifade edilmiş ancak bu üç üyeden birisinin Danıştay Başkanvekili sıfatıyla İDDK'de başkanlık görevini icra etmiş olmasının tarafsızlık görünümünü etkilediği sonucuna varılmıştır.

2. AİHM'in Kararının Hukuksal Dayanakları

a. Sayı Kriteri

AİHM kararında, somut olay açısından iki husus üzerinde durulduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, İDDK'de yer alan üç üyenin daha önce idare mahkemesinin ilk kararının temyiz incelemesine katılmaları ve ardından ısrar kararını inceleyen İDDK'de bulunmaları nedeniyle tarafsız olup olmadıklarıdır. İkinci olarak ise davanın incelenmesine daha önce dâhil olan üyelere birinin İDDK'ye başkanlık etmesi nedeniyle tarafsızlığının ihlal edilip edilmediğidir.

⁶⁹ AİHM, *Ökten/Türkiye*, B. No: 22347/07, 3/11/2011, § 41.

⁷⁰ AİHM, *Morel/Fransa*, B. No: 34130/96, 6/6/2000, § 45.

Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHM'in kararların oy çokluğu ile alındığı kurul hâlinde yargılama yapan mahkemelerde görev yapan hâkimlerin düşük sayısını dikkate alarak benzer şikâyetleri daha önce reddettiği çok sayıda kararının bulunduğu görülmektedir⁷¹. AİHM, bu kararlarda kurul hâlinde yargılama yapan mahkemede ilgili hâkim sayısının düşük olduğu gerekçesiyle meşru şüphenin bulunmadığı kanaatine varmıştır.

Bunun yanı sıra AİHM'in hem kurula katılan ilgili hâkimlerin yüksek sayıda olmasını hem de bu hâkimler tarafından icra edilen başkanlık veya raportörlük görevlerini dikkate alarak tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı kararları da bulunmaktadır⁷². AİHM, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna vardığı davalarda bu tespite ulaşırken hem ilgili hâkimlerin yüksek sayıda olduğu hem de hâkimlerin Kurulda sözcü veya başkan olarak görev aldığı gerekçelerine dayanmaktadır.

Örneğin *Cardona Serrat/İspanya* başvurusunda AİHM, karar veren mahkemenin tarafsızlığının şüpheli görülebileceğini zira yargılamayı yapan ve başvurucunun mahkûmiyetine karar veren mahkemenin üç üyesinden ikisinin soruşturma aşamasında da görev aldığını ve hatta tutuklama yargılanmasına katıldıklarını değerlendirmiştir⁷³. AİHM, karar veren Kurulda yer alan üç hâkimden ikisinin, başvuran hakkında yapılan soruşturma aşamasında görev almış olmasını dikkate alarak mahkemenin tarafsızlığı konusunda ciddi şüpheler uyandırabileceği kanaatine varmıştır. Ancak görüleceği üzere bu kararda ve aynı yönde ihlal kararı verilen diğer başvurularda, ilgili kurulların veya mahkemenin düşük sayıda üyeden oluştuğu ve bu sayının kurul hâlinde görev yapan mahkemenin tarafsızlığını şüpheyne düşürebilecek nitelikte olduğu ilk bakışta anlaşılmaktadır.

Somut olayda ise İDDK'nin otuz bir üyeden teşekkül ettiği, bozma kararını veren Danıştay Beşinci Dairesinin ise sadece üç üyesinin İDDK toplantısına katıldığı göz önüne alındığında bu durumun mahkemenin tarafsızlığını şüpheyne düşürmekten uzak olduğu yani mahkemenin tarafsızlığı konusunda meşru bir şüphenin bulunmadığı görülmektedir. Kaldı ki oylama sonucuna (9'a karşı 22 oyla) bakıldığında, ilgili üç üyenin

⁷¹ AİHM, *Vesti ve Ukhov/Rusya*, B. No: 21724/03, 30/5/2013, § 83.

⁷² AİHM, *Cardona Serrat/İspanya*, B. No: 38715/06, 26/10/2010, § 37.

⁷³ AİHM, *Cardona Serrat/İspanya*, §§ 25-39.

çekimser kalmasının veya oylamaya katılmaksızın Kurulda yer almalarının müzakerelerin sonucunu etkilemeyeceğini açıkça görülmektedir⁷⁴.

AIHM de temyiz incelemesinde görev alan üç üyenin davanın esası hakkında karar verilmesinde meşru olarak taraf olmuş gibi görünebileceklerini belirtmiş ise de bu durumun İDDK'nin tarafsızlığının somut olayda bozulduğunu değerlendirmek için tek başına yeterli olmadığını ifade etmiştir. AIHM, bu tür durumlarda üyelerin sergiledikleri tutum ve kararın verilmesindeki rolleriyle ilgili olarak söz konusu üyelerin sayısı gibi diğer unsurların da dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve tarafsız bir mahkemece yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı işbu kararında sayı kriterinden yararlanmamıştır.

b. Üyelerden Birisinin İDDK'ye Başkanlık Etmesi

Kurula katılan ilgili hâkimlerin düşük sayıda olmasını dikkate alan ve bu nedenle tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı bakımından sayı kriterine başvurmayan AIHM, idare mahkemesinin ilk iptal kararını bozan Danıştay Beşinci Daire üyelerinden birisinin İDDK'nin toplantısına başkanlık yapmış olmasını, mahkemenin tarafsız görünümünü etkileyen bir unsur olarak değerlendirmiştir. AIHM, ilk bozma kararına katılan bir üyenin İDDK'deki görüşmeler sırasında tartışmaları yönetmesinin tarafsızlık görünümünü etkileyen ek bir koşul oluşturduğunu belirtmektedir.

Danıştayda bulunan İDDK ve VDDK'nin oluşumuna, çalışma usulüne ve karar alma yöntemine bakıldığında AIHM kararında yer alan bu gerekçesinin sağlam bir temele dayanmadığını söylemek mümkündür. Zira 2575 sayılı Kanun'un 56. maddesi gereğince başkanvekilinin görevi sadece kurula başkanlık etmekten ibarettir ve toplantıyı idare etmek dışında bir yetkisi bulunmamaktadır. Danıştayda yer alan İDDK ve VDDK toplantılarını yöneten başkanın görevi, müzakereleri yürütmekle

⁷⁴ AYM de benzer bir olayda vermiş olduğu *Kemal Demir*, (B. No: 2014/17141, 6/7/2017, § 78) kararında; "Başvuru konusu olayda Kurul; temyiz incelemesi sırasında otuz üç, karar düzeltme sırasında ise otuz dokuz üyenin katılımı ile oluşmuştur. Dairedeki temyiz incelemesinde yer almış olan üç üyeye karşılık Kurulda temyiz incelemesinde otuz, karar düzeltme aşamasında ise otuz altı üye daha görev almış ve oylamaya katılmıştır. Söz konusu üyeler Kurula başkanlık etme veya dosyayı heyete sunma (Danıştayda üyeler dosyaları sunmamaktadır.) gibi görevler almamışlardır. Bu çerçevede daha önce Dairede temyiz aşamasında görev almış üyelerin sayısı ve bu üyelerin kararın verilmesindeki rolleri ile Kurulda görev yapan tüm üyelerin sayısı birlikte değerlendirildiğinde Dairede temyiz aşamasında görev almış üyelerin ısrar kararını inceleyen Kurulda temyiz ve karar düzeltme aşamalarında yer almalarının tek başına tarafsızlığa aykırı olduğu söylenemez." görüşünü benimsemiştir.

sınırlıdır. Türk idari yargı sistemi içerisinde bulunan Danıştayda yer alan kurulları yöneten başkan, eşitlerin birincisini teşkil etmektedir (primus inter pares). Başka bir deyişle başkan, özellikle idari olarak Danıştaydaki diğer üyelere göre daha fazla yetkiye sahip olmadığı gibi başkanın oylamanın sonucuna etki etme ve bu vesile ile kurul kararının farklı yönde oluşmasına yol açma gibi bir imkânı bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde bakıldığında ilgili üyelerin sayısının yani otuz bir üyeden üçünün daha önce dava konusu olay hakkında görüş beyan etmiş olmasının tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından ciddi şüphe oluşturmadağı görülmektedir. Ayrıca bu üyelerden birisi Kurul toplantısını idare etmek dışında bir yetkisi bulunmayan başkanlık görevini icra etse dahi somut olay açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabulü oldukça zorlama bir yorumdur.

c. Üyelerin İDDK'ye Katılmasını Gerekli Kılan Mutlak Bir Gerekçenin Bulunmaması

AİHM, *Fazlı Aslaner/Türkiye* kararında, daha önceki içtihadından farklı olarak son derece katı yeni bir kıstas ortaya koymuştur. Bu kıstasa göre mahkemenin tarafsızlığı konusunda belirleyici olan ilgili hâkimlerin oranı veya sayısı değil bu hâkimlerin kurula katılmalarını mutlak gerekli kılan önemli bir gerekçenin bulunup bulunmadığıdır. Bir başka deyişle AİHM, Danıştay Beşinci Dairesi üyelerinin İDDK toplantısında oy hakkına sahip olarak yer almalarını zorunlu hâle getirecek ciddi hiçbir gerekçenin bulunmadığı yorumunda bulunmuş ve somut olayda tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararının bir diğer gerekçesi olarak kabul etmiştir.

AİHM tarafından kabul edilen mutlak gerekli olma kıstasının, özellikle kurul hâlinde çalışan her organ açısından sorun yaratması mümkündür. Öncelikle AİHM, ilk defa böyle bir kıstas getirmiş olmakla birlikte kararda, sadece mutlak zorunluluk ifadesini kullanmış fakat “*mutlak zorunlu*” kavramıyla ne anlatılmak istendiği konusunda herhangi bir açıklama yapmamıştır⁷⁵.

⁷⁵ Kararın karşı oy gerekçesinde de *mutlak zorunlu* olma kriteri eleştirilmekte, hatta bu kriteri AİHM'in kendisinin dahi yerine getiremeyeceği ve kurul hâlinde karar vermesini engelleyebileceği belirtilmektedir: “*Mutlak gerekli olan bu kıstasın, özellikle sorun yaratacağı kanaatindeyiz. Mahkeme, konuya ilk defa böyle bir kıstas getirmektedir. Ayrıca, çoğunluk, ne bu yeni uygulamayı başlatmanın gerekçeleri ne de “mutlak gerekli” kavramıyla ilgili ne anlatılmak istendiği*”

Bu aşamada, Danıştay Dava Dairesi üyelerinin İDDK'de de yer almalarının zorunlu olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca Danıştay, kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır. Buna göre Danıştayın görevi bir bütün olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Danıştayın görevine giren hususlarda daireler arasında hangi işin hangi dairede görüleceği hususu, teknik anlamda görev ilişkisi olmayıp iş paylaşımını ifade etmektedir.

Bu bağlamda İDDK'nin idari yargının en üst karar alma organı olduğu ve bu kararların Danıştay daireleri de dâhil olmak üzere bütün idare mahkemeleri açısından yol gösterici olduğu açıktır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 27. maddesinden anlaşıldığı üzere Danıştay daireleri belirli uzmanlık esaslarına göre yapılan iş paylaşımı çerçevesinde görev yapmaktadırlar. Daire üyeleri İDDK ve VDDK'ye katılarak uzmanlık alanıyla ilgili kurullara katkı vermekte, aynı zamanda Kurul içtihatlarını da takip etmektedirler. Dolayısıyla çalıştığı Danıştay dairesinin görev alanına giren konularda belli bir bilgi birikimine ve uzmanlığa sahip olan üyelerinin, İDDK'nin vermiş olduğu kararlarını daha iyi temellendirmek ve bu yüksek yargı makamının kararlarının meşruluğunu güçlendirmek amacıyla Kurulda yer almaları normal bir durumdur hatta bir zorunluluk olarak dahi kabul edilebilir. Öte yandan 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinde temyiz incelemesi yapan dairenin veya üyelerinin kurul çalışmalarına katılımıyla ilgili sınırlayıcı bir hükme yer verilmemiş, yalnızca dairenin ilk derece sıfatıyla baktığı davalarda dairenin başkan ve üyelerinin ilgili kurula katılamayacakları hüküm altına alınmıştır⁷⁶.

Kabul etmek gerekir ki Danıştay Dava Dairesi üyelerinin İDDK ve VDDK'ye katılmalarının gerekliliği konusunda burada ileri sürülen gerekçeler, üyelerin kurullara katılmasını mutlak zorunlu kılmamakla birlikte Danıştay Dava Dairesi üyelerinin İDDK ve VDDK'ye katılımları

konusuna dair herhangi bir açıklama sunmamıştır. Belirli sayıda hâkimin katılımının gerekli olduğu kolaylıkla düşünülebilse bile, bu gerekliliğin mutlak nitelikte olduğu durumları anlamak bizim için güçtür. Bu bağlamda, Mahkememizin bizzat kendisinin, bu kıstası yerine getiremeyeceğini dikkate almak gerekir. Dava dosyasının Büyük Daire'ye iadesi durumunda, ulusal yargıcın da mevcut kararı veren İkinci Daire bünyesindeki heyette yer almasına rağmen, Büyük Daire oluşumunda da yer almaktadır. Hâlbuki ulusal yargıcın Büyük Daire'ye katılmasının mutlak gerekli olduğunu iddia etmek oldukça güçtür."

⁷⁶ AYM, Kemal Demir/Türkiye, § 75.

sağlanarak üyelere iradelerini yansıtma imkânının tanınması ciddi bir gerekçedir. Kanun koyucu da bu gerekçeden hareketle Danıştay üyelerin anılan kurullara katılarak katkı vermelerini amaçlamıştır.

Danıştay üyelerinin daha önce karar vermiş oldukları aynı uyuşmazlığın İDDK’de incelenmesi sırasında da bu Kurula katılımlarını *mutlak gerekli hâle getiren* ciddi bir gerekçenin varlığına bağlamak, sorunun çözümüne katkı sağlayabilecek bir yaklaşım değildir. Öncelikle AİHM *mutlak gereklilik* kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklama yapmamış ve konuda bir ilke belirleme yoluna gitmemiştir. Bu nedenle hangi durumların mutlak gerekli olduğu hususu söz konusu karardan anlaşılammaktadır. Kaldı ki -karşı oy yazısında da belirtildiği üzere- bu kıstasın Mahkemenin bizzat kendisi tarafından dahi yerine getirilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte AİHM, AİHS’in 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna vardığı işbu davada sadece *mutlak gereklilik* kriterine dayanmamıştır. AİHM, mutlak gereklilik kriterinin yanında hem Daire kararına hem de İDDK’ye katılan hâkimlerin düşük sayısını dikkate almakla birlikte bu hâkimlerden birisi tarafından icra edilen başkanvekilliği görevini de dikkate alarak tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bu saptamalar çerçevesinde *Fazlı Aslaner/Türkiye* kararından, Danıştayda Dava Dairesinin verdiği karara katılan Daire üyelerinin daha sonra aynı uyuşmazlığın İDDK önünde incelenmesi sırasında bu Kurula da katılmalarının ve uyuşmazlık hakkında oy kullanmalarının tek başına tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmadığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede AİHM kararına bakıldığında ilgili hâkimlerin sayısının veya oranının belirleyici olmadığı ifade edilmiş ancak söz konusu üç üyenin son kararı verecek Kurulda oy hakkına sahip olarak yer almalarını mutlak zorunlu hâle getiren ciddi hiçbir gerekçenin bulunmaması ve bu üç üyeden birisinin Başkanvekili sıfatıyla İDDK’de başkanlık görevini icra etmesinin mahkemenin tarafsızlık görünümünü etkilediği sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak söz konusu karar ışığında, Danıştay İDDK ve VDDK’nin oluşumunun ve -Danıştay Dava Dairesi kararına katılan Daire üyelerinden birisi başkanlık etmediği sürece- bu kurulların yargılama ve karar alma usulünün tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Modern demokrasilerin ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi, yargının bağımsız ve tarafsız olmasıdır. Zira hukuk devletinin özelliklerinden olan temel hak ve hürriyetlerin tam anlamıyla teminat altına alınması ancak bağımsız ve tarafsız mahkemelerin varlığı ile mümkündür.

Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de doğrudan bağlantılı olan bu hak, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler sayesinde bireye hem diğer bireyler hem de devlet karşısında koruma sağlamaktadır. Gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta herkesin kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkını sağlamaya yönelik düzenlemeler yer almakta olup bireylerin bu haktan yararlanmasının sağlanabilmesi için kanunla kurulmuş bir mahkemenin bulunması, ayrıca bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız nitelikte olması gerekmektedir.

AIHM; mahkemeyi kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makam olarak tanımlamaktadır. AIHS'te yer verilen mahkeme kavramı özerk bir kavramdır. İlgili karar organının bazı özelliklere sahip bulunması, iç hukukta mahkeme olarak değerlendirilmese de Sözleşme organları tarafından mahkeme olarak değerlendirilmesine neden olabilmektedir. AIHM içtihatlarına göre bir organa yargı yeri özelliği kazandıran şey, onun bağılayıcı karar verme yetkisine sahip olmasıdır.

Yargı bağımsızlığı ilkesi, yargı organının önündeki uyumsuzluk hakkında herhangi bir tarafın herhangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın maddi olaylara ve hukuka dayanarak karar vermesini ifade eder. Bağımsızlık kavramıyla yakından ilgili bulunan tarafsızlık ise yansız, taraflar arasında ayırım yapmayıp hepsine eşit olarak davranma anlamına gelmektedir. AIHM, tarafsızlık kavramını *nesnel (objektif)* ve *öznel (sübjektif)* olmak üzere iki açıdan ele almaktadır. İlk aşamada hâkimin birey olarak davadaki kişisel tarafsızlığı yani *öznel tarafsızlık*, ikinci aşamada ise kurum olarak mahkemenin tarafsızlığı yani *nesnel tarafsızlık* incelenmektedir. Nesnel tarafsızlık, mahkemenin verdiği görünümüdür. Bu nedenle bağımsızlıkta olduğu gibi tarafsızlıkta da mahkeme üyelerinin

tarafsız olmalarının yanı sıra bu tarafsızlıklarının görünür olması da gerekmektedir.

Danıştay, hem idarenin danışma organı sıfatıyla idari görevleri olan hem de idari işlem ve eylemlere karşı ilk derece ve temyiz mahkemesi olarak yargısal görevleri yerine getiren bir kurumdur. Danıştay yalnız bir yüksek mahkeme değil aynı zamanda devletin en yüksek danışma organıdır. Bu durumda Danıştayın bir mahkeme olarak çifte rol üstlenmesinin tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ve özellikle nesnel tarafsızlık ilkesinin ihlali olarak addedilip addedilmeyeceği sorunu ortaya çıkabilecektir.

Bunun yanı sıra ilk derece veya istinaf mahkemesi kararını bozan Danıştay Dairesi üyelerinin aynı zamanda ısrar kararı üzerine kararı inceleyen İDDK veya VDDK'ye de katılmış olmaları hususunun da nesnel tarafsızlık açısından tarafsız mahkemede yargılanma hakkına aykırılık oluşturup oluşturmadığı tartışmalı bir konudur. Bu konu AİHM tarafından *Fazlı Aslaner/Türkiye* başvurusunda incelenmiş ve bu uygulama nedeniyle tarafsız mahkemede yargılanma hakkı açısından AİHS'in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

AİHM, anılan kararında Danıştay Dava Dairesi üyesi olan üç hâkimin İDDK'de bulunmalarını, sayısal ağırlıklarının az ya da çok olması açısından değil oynadıkları rolü -üyelerden birisinin İDDK'de başkanvekili olarak bulunması- ön plana çıkararak ele almış; ayrıca bir zorunluluk veya önemli bir gerekçe olmadığı sürece aynı konuda karar veren hâkimlerin yargılamanın sonraki aşamalarında rol oynamasını söz konusu hak açısından ihlal olarak değerlendirmiştir.

Anılan karar incelendiğinde, AİHS'in 6/1. maddesinde yer alan bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin gerekçelerin somut olay açısından sağlam temellere dayanmadığı görülmektedir. Her ne kadar AİHM önceki içtihatları ile bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkına ilişkin olarak kabul etmiş olduğu ilkelerden de yararlanmış ise de somut olayda AİHM'in bu ilkeleri katı bir şekilde yorumlama yoluna gittiği görülmektedir.

Bu çerçevede ilgili üyelerin sayısının yani otuz bir üyeden üçünün daha önce dava konusu olay hakkında görüş beyan etmiş olmasının tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin ciddi bir şüphe oluşturmadığı görülmektedir. Ayrıca bu üyelerden birisinin İDDK'ye başkanlık etmesinin de -Kurul başkanının Türk idari yargı sistemi

açısından bakıldığında Kurul toplantısını idare etmek dışında bir yetkisi bulunmadığı göz önüne alındığında- taraflısız mahkemede yargılanma hakkı açısından bir sorun oluşturmadığı düşünülmektedir.

Bunun yanı sıra AİHM, daha önceki içtihadından farklı olarak son derece katı bir kıstas olan dava hakkında görüşünü açıklamış hâkimlerin İDDK'ye katılmasını mutlak gerekli kılan önemli bir gerekçe olması kıstasından faydalanmıştır. Öncelikle AİHM, ilk defa böyle bir kıstas getirmiş olmakla birlikte kararda “mutlak zorunlu” kavramıyla ne anlatılmak istendiği konusuna dair herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Ayrıca Danıştay daireleri belirli uzmanlık esaslarına göre yapılan iş paylaşımı çerçevesinde görev yapmakta olup Daire üyeleri Kurula katılarak uzmanlık alanıyla ilgili kurullara katkı vermektedir. Bu durum, üyelerin kurullara katılmasını mutlak zorunlu kılmamakla birlikte ciddi bir gerekçe olarak kabul edilebilecek bir durumdur.

Sonuç olarak *Fazlı Aslaner/Türkiye* kararından Danıştayda Dava Dairesinin verdiği karara katılan Daire üyelerinin daha sonra aynı uyuşmazlığın İDDK önünde incelenmesi sırasında bu Kurula da katılmalarının tek başına taraflısız mahkemede yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle Danıştay İDDK ve VDDK'nin oluşumunun ve -Danıştay Dava Dairesi kararına katılan Daire üyelerinden birisi başkanlık etmediği sürece- bu kurulların yargılama ve karar alma usulünün taraflısız mahkemede yargılanma hakkı açısından sorun teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- ATAY, Ender Ethem (2013). “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S 1, 2, s. 1129-1154.
- ERKUT, Celal (2004). *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul: Yenilik Basımevi.
- HARRİS, David/O’BOYLE, Michael/BATES, Edward/BUCKLEY, Carla (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara.
- İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4)*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi.
- İNCEOĞLU, Sibel (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler)*, İstanbul: Beta Yayınları.
- İŞTEN, İnanç (2014). “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 13 (2)., s. 285-313.
- ÖZEN, Muharrem (2010). “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, S. 2010/1., s. 31-65.
- ŞAHBAZ, İbrahim (2008). “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Anayasa Yargısı*, C. 25., s. 229-289.
- TAKÇI, Tuğçe (2017). *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- TANRIVER, Süha (2013). “Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104., s. 11-35.
- TOPUZ, Gökçen/KONAN, Belkıs (2017). “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66 (4)., s. 763-794.
- YILMAZ ÖZEL, Nurcan (2016). *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

BU SAYIDA

Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Hans Kelsen'in "Normatif Alternatifler Kuramı"nın Gözden Geçirilmesi

The Review of Hans Kelsen's "Theory of Normative Alternatives"

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Büyük Millet Meclisinin Kurucu Meclis Niteliği

The Constituent Assembly Nature of the Grand National Assembly

Prof. Dr. Hasan TUNÇ - Dr. Ahmet Ekinci

Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Ülkelerde Yürütmenin Fesih Yetkisi

The Dissolution Power of the Executive Branch in Countries where the Head of the State is Elected by the Population

Prof. Dr. Osman CAN

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı

The Legal Regime of Presidential Decrees and the Constitutional Court's Approach

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN

Hak İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Danıştay Kararlarına Yansıması

The Reflection of the Constitutional Court Judgements Finding Violation of Rights on Danıştay (Council of State) Judgements

Hasan MUTAF

Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincillik İlkesi

Scope of the Prohibition of ill-Treatment and the Principle of Subsidiarity

Fatih TORUN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı

The Right to Impartial Tribunal in the Context of the European Court of Human Rights's (ECHtR) Fazlı Aslaner/Turkey Decision



Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı

Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4

06805 Çankaya/Ankara

Tel: (0312) 463 73 00 • Faks: (0312) 463 74 00

www.anayasa.gov.tr • e-posta: anayasayargisi@anayasa.gov.tr