



anayasa yargısı

38(1)
2021



ANAYASA YARGISI

Journal of Constitutional Justice

38(1)

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



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISSN 1301 - 1200

ISBN 978-605-2378-68-7

Anayasa Yargısı - 38(1)

© 2021, 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

Haziran, 2021

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. Mücahit AYDIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü



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. Mücahit AYDIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü
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

DANIřMA 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 atf 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 virgöl 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. Çevirimiçi 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.

ANAYASA YARGISI DERGİSİ



Veri tabanında Taranmaktadır.

EDİTÖRLERDEN

Anayasa hukuku ve anayasa yargısı alanında tarihsel konulardan güncel tartışma ve uygulamalara kadar geniş bir yelpazeyi kapsayan yeni bir sayıyı istifadenize sunuyoruz. Bu sayıda; ceza infaz uygulamalarıyla ilgili güncel norm denetimi kararı, 1921 Anayasası, bireysel başvuru kararlarında Türkiye Büyük Millet Meclisine çağrı yapılması, kişisel verilerin korunması ve bilgi edinme haklarının çatışması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında görüntü hakkı, yurt dışına seyahat özgürlüğünün kısıtlanması ve vergi hukukunda uzlaşma kurumunun anayasal değerlendirmesine ilişkin çalışmalar yer almaktadır.

Sayının ilk makalesinde Mahmut Koca, İnfaz Kanunu'nda denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ilişkin yasal düzenlemeler ve değişiklikler kapsamında Anayasa Mahkemesinin daha önceki ve güncel içtihadını değerlendirmiştir. Takip eden iki makalede ise yine güncel bir konu olan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemeleri çerçevesinde Parlamenteoya çağrı kararları ele alınmıştır. Ece Göztepe, Federal Alman Anayasa Mahkemesi örneğinden hareketle karşılaştırmalı bir inceleme yaparak doğrudan ve dolaylı çağrı kararlarını bireysel başvurunun subjektif ve objektif etkisi çerçevesinde tartışmış; konuyu anayasa yargısının düzeltici adalet anlayışı ile sınırlanıp sınırlanamayacağı boyutuyla irdelemiştir. Abbas Kılıç ise konuyu bireysel başvurunun anayasal etkisi bağlamında değerlendirerek iç hukuktaki benzer uygulamalar üzerinden önerilerde bulunmuştur.

Tam bir asırlık geçmişi olan ve 1921 Anayasası olarak da adlandırılan Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na ilişkin makalesinde Osman Can iktidarın sınırlandırılması ve denetlenmesi, temel haklara ilişkin yaklaşımı ve adem-i merkezîyetçilik yönleriyle bu Anayasa'yı değerlendirmiştir.

Fatma Ebru Gündüz ve İsmail Yazıcıoğlu güncel hukuki bir konu olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını bilgi edinme hakkı çerçevesinde inceleyerek yasal düzenlemelerin bu iki hak arasındaki

çatışmayı çözüme kavuşturmadığını ortaya koymuş ve anılan iki hak arasında adil bir denge kurulmasına ilişkin anayasal bir bakış açısı sunmuştur. Yine kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında olan görüntü hakkına ilişkin çalışmasında Murat Has, AİHM içtihadına ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. Dilek Özge Uğraş seyahat özgürlüğünün yurt dışına çıkışın engellenmesi suretiyle kısıtlanmasını Almanya Federal İdare Mahkemesi kararı temelinde Türk ve Alman hukukunda karşılaştırmalı olarak incelemiştir. Bu sayının son makalesinde ise Özcan Altay, vergi hukukunda uzlaşma müessesinin eşitlik ilkesine uygunluğunu kuramsal çerçevede ele alan mevcut çalışmaların aksine Anayasa Mahkemesinin vergide eşitlik ilkesine ilişkin kararları üzerinden tartışmıştır.

Derginin ilgililere faydalı olması dileğiyle...

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

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Mahmut KOCA

**Özel Af İle İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri
(7242 Sayılı Kanun'la Değiştirilen İnfaz Kanunu'nun Geçici 6.
Maddesinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kararının
Değerlendirilmesi)**

*Characteristics of the Statutory Arrangements regarding the Pardon and
Sentence-Execution Regime*

*(Legal Nature of Provisional Article 6 of the Law on the Execution of Sentences
and Security Measures Amended by Law no. 7242 and an Assessment of the
Constitutional Court's Decision) 1-41*

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE

**Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesinin
Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme**

*The Execution of Individual Application Decisions: An Overview of the
Direct and Indirect "Appeal Decisions" of the Constitutional Court 43-83*

Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ

**Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının
Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi**

*Notification of the Individual Application Decisions of the Constitutional
Court to the Grand National Assembly of Turkey 85-126*

Prof. Dr. Osman CAN

**1921 Anayasası'nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik
Başarısızlık Hikâyesi**

*The 100th Anniversary of the Constitution of 1921: A Story of
Exceptional Success and Dramatic Failure 127-170*

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU

Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması

*Protection of Personal Data within the Scope of the
Right to Information 171-204*

Arş. Gör. Murat HAS

AIHM Kararları Bağlamında Görüntü Hakkı

The Right to Image in the Context of the ECtHR Decisions 205-242

Arş. Gör. Dilek Özge UĞRAŞ

Yurt Dışına Seyahat Özgürlüğünün Kısıtlanmasına İlişkin Bir

Değerlendirme (Özellikle Almanya Federal İdare Mahkemesinin 6C8/18

Sayı Kararı Işığında)

An Evaluation on the Restriction of Freedom of Movement

(Especially in the light of the German Federal Administrative Court's

Decision No. 6C8/18) 243-284

Özcan Altay

Vergi Hukukunda Uzlaşmanın Vergide Eşitlik İlkesi Bağlamında

Anayasa'ya Uygunluğu

The Constitutionality of Settlement in Tax Law in the Context of the

Equality Principle in Taxation 285-316



ÖZEL AF İLE İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ÖZELLİKLERİ

(7242 Sayılı Kanun’la Değiştirilen İnfaz Kanunu’nun Geçici 6. Maddesinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi)

*Characteristics of the Statutory Arrangements regarding the Pardon and
Sentence-Execution Regime*

*(Legal Nature of Provisional Article 6 of the Law on the Execution of Sentences
and Security Measures Amended by Law no. 7242 and an Assessment of the
Constitutional Court’s Decision)*

Prof. Dr. Mahmut Koca*

ÖZ

Anayasa’da af mahiyeti taşıyan kanunların Türkiye Büyük Millet Meclisinde (TBMM) kabulü bakımından beşte üç çoğunluğun aranması, belli bir tarihe kadar işlenen suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişilerin cezalarını tamamen veya kısmen infaz kurumu dışında çekmesi sonucunu doğuran düzenlemelerin niteliği hususunda tartışma yaratmaktadır. Son zamanlarda bu tartışmayı doğuran kanunlar, 5/4/2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun’la İnfaz Kanunu’na 105/A maddesi olarak eklenen “Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı” kurumunun koşullarının değiştirilmesi suretiyle yapılmaktadır. İnfaz Kanunu’na eklenen 105/A maddesinin ilk hâli, bilahare kabul edilen geçici maddelerle sekiz yıl süresince uygulanamadan yürürlükten kalkmıştır. Geçici maddelerle af kanununa başvurmadan 105/A maddesinde kabul edilen kurumun üzerinden belli bir tarihe kadar işlenen suçlardan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının tamamen veya kısmen infaz kurumunda çektirilmesine son verilmektedir. Bu nitelikteki kanunların geçici ve geriye yönelik olması ve suçlunun ıslahından ziyade ceza infaz kurumlarındaki doluluk oranını azaltmak amacını taşıması

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mahmut.koca@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4804-0656.

nedeniyle özel af niteliğinde olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesinin bu nitelikteki kanunlarla ilgili verdiği kararlar arasında bir tutarlılık bulunmamaktadır. Bu nedenle 7242 sayılı Kanun’la getirilen geçici infaz düzenlemelerinin şekil itibarıyla Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında, Anayasa Mahkemesinin talebin reddine ilişkin kararına katılma imkânı bulunmamaktadır. Zira İnfaz Kanunu’nun 105/A maddesinin ilk kabulünden bu yana geçici maddeler yoluyla Anayasa’nın af yasalarının kabulü bakımından aradığı nitelikli çoğunluk koşulunu “aşma” bakımından bir araç olarak kullanıldığı izlenimi doğmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Genel af, özel af, denetimli serbestlik yoluyla infaz, 7242 sayılı Kanun’la yapılan düzenlemeler, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı.

ABSTRACT

The constitutional requirement of a majority of three-fifths of the ballots in the Turkish Parliament for the adoption of the amnesty laws raises an issue as to the nature of the statutory arrangements alleviating the execution of the imprisonment sentences imposed for the offences having committed until a certain date. The laws that have recently led to this debate have been enacted by making changes in the conditions of the institution of the *“execution of sentences through probation”*, added to Article 105/A of the Execution Law by Law no. 6291 and dated 5 April 2012. The original form of Article 105/A of the Execution Law was repealed, without having been actually implemented during 8 years, through the subsequently-incorporated provisional articles. The provisional articles put an end to the execution, in whole or in part, at penitentiary institutions of the imprisonment sentences imposed for the offences having been committed until a certain date, through the institution set forth in Article 105/A, in the absence of an amnesty law. It is clear that such laws are in the form of a pardon as they are temporary and retroactive in nature and indeed intended for reducing the size of the prison population rather than the rehabilitation of offenders. The decisions rendered by the Constitutional Court concerning such laws appear to lack consistency. Therefore, it is not possible to agree with the decision whereby the Constitutional Court dismissed the request for the annulment of the temporary sentence-execution arrangements introduced by Law no. 7242 for being unconstitutional in form. As a matter of fact, it appears that Article 105/A of the Execution Law has been employed, since the date of its initial adoption, as a means to circumvent the condition of qualified majority, which is sought in the Constitution for the adoption of amnesty laws, through provisional articles.

Keywords: General amnesty, pardoning, execution of sentence through probation, arrangements introduced by Law no. 7242, the Constitutional Court’s annulment decision.

GİRİŞ

TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılan hususlardan biri de **genel ve özel af ilanına karar vermektir**. TBMM bu yetkisini çıkaracağı bir af kanunuyla kullanabilir. Ancak Anayasa'da, diğerlerinden farklı olarak genel ve özel af mahiyeti taşıyan kanunların TBMM üye tam sayısının **beşte üç çoğunluğu** tarafından kabul edilmesi aranmaktadır (AY mad. 87). Anayasa'da af kanunlarının kabulü bakımından böyle bir koşulun aranması, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme gibi cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan müesseselerle ilgi kurularak çıkarılan ve suç işleyen kişilerin mahkûm oldukları hapis cezasını tamamen veya kısmen infaz kurumu dışında çekmesine imkân tanıyan yasaların niteliği hususunda tartışma yaratmaktadır. Bu tartışmanın odağında TBMM tarafından kabul edilen kanunun genel veya özel af mahiyeti taşıyan bir kanun olup olmadığının belirlenmesi yatmaktadır. Anayasa'da af kanunlarının kabulünde aranan şekle ilişkin özellik, TBMM tarafından çıkarılan kanunların af kanunu mu yoksa infaz rejimine ilişkin bir kanun mu olduğunun belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

7242 sayılı Kanun'la İnfaz Kanunu'nda yapılan değişiklikler bu sorunun yeniden gündeme gelmesine neden olmuştur. Konunun sağlıklı bir zeminde tartışılabilmesi için ceza hukuku kurumları olan genel af, özel af ve cezanın infazı rejimine ilişkin müesseselerin özellikleri üzerinde durmak ve özel af kurumunun cezaların infazına ilişkin diğer kurumlarla farkını ortaya koymak gerekir. Bilahare İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin niteliği ve bu maddenin günümüze kadar cezaların infazı bakımından nasıl bir fonksiyon gördüğü belirlenmelidir. Nihayet bu bilgiler ışığında 7242 sayılı Kanun'la değişik İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinin niteliği ve buna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin kararı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

I. AF KANUNLARININ KABULÜNE İLİŞKİN ANAYASA HÜKÜMLERİ

Hükümlünün cezasının tamamını veya bir kısmını infaz kurumunda çekmesine engel olan kanunların niteliğine ilişkin tartışma yeni değildir. 1982 Anayasası döneminde bu tartışmanın Anayasa'nın 87. maddesindeki düzenlemeden kaynaklandığı görülmektedir. Fakat bunun sebebi 2001 yılına kadar af kanunlarının Mecliste nitelikli çoğunlukla kabul edilmesini arayan hükümden kaynaklanmıyordu.

Zira af yasalarının TBMM’de nitelikli çoğunlukla kabulüne ilişkin hüküm, Anayasa’ya 2001 yılında girdi. TBMM’nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa’nın 87. maddesinde 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun’la¹ değişiklik yapıncaya kadar TBMM’nin genel ve özel af ilanına karar verme yetkisi, kapsamı itibarıyla sınırlandırılmış ve *Anayasa’nın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hakkında* genel ve özel af ilanına karar verilmesi kabul edilmemişti. Kanun koyucu Anayasa’daki bu yasağı “aşmak” amacıyla adına af kanunu demeden cezanın infazını bireyselleştiren koşullu salıverilme veya erteleme müesseselerinin şartlarını değiştirerek mahkûmların infaz kurumuna girmesini önleyen veya erken salıverilmesini sağlayan düzenlemeler yaptı. Örneğin 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun² geçici 1., 2., 3. ve 4. maddeleri hükümleriyle 8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle koşullu salıverilme; 28/8/1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun³ ile 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’da⁴ hapis cezasının ertelenmesi ve koşullu salıverme müesseseleriyle irtibat kurulmak suretiyle düzenlemeler yapıldı. Bu kanunların af kanunu niteliğinde olup olmadığı gerek doktrinde⁵ gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında⁶ yoğun şekilde tartışıldı.

¹ RG: 17/10/2001, S. 24556 (mükerrer).

² RG: 12/4/1991, S. 20843 (mükerrer).

³ RG: 3/9/1999, S. 23805.

⁴ RG: 22/12/2000, S. 24258.

⁵ Bu tartışmalar için özellikle bkz. Sözüer, A. (2001). “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ve Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, C.18, s. 219 vd.; Demirbaş, T. (2001). “Af Tartışmaları ve 4616 sayılı ‘23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, s. 78 vd.; Alacakaptan, U. (2001). “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, s. 379 vd.; Özgenc, İ. (2001). “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, s. 133 vd.; Soyaslan, D. (2001). “Af”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, s. 430 vd. Ayrıca Anayasa Yargısı Dergisi’nin zikredilen sayısında yayımlanan diğer makalelerde de af konusu kapsamında ortaya çıkan sorunlar tartışılmıştır.

⁶ “... Yasama organı salt af yasası çıkarıp Anayasa’nın af dışı tuttuğu suçlara ilişmeseydi Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırı olmadıkça suç türleri arasında farklı af süreleri getirilmesine karışmazdı. Oysa yasama organının, Anayasa’nın yapılmasını istemediğini ‘şartla salıverme’ kurumu içinde yürürlüğe koyması karşısında salt teknik hukuksal denetimi ve sonuçta aykırılık saptanırda ‘eşitlik’ ilkesi yönünden iptali zorunlu kılmaktadır.” AYM, E.1991/34, K.1991/34, 8/10/1991. Ayrıca bkz. AYM, E.1999/39, K.2000/23, 19/9/2000; AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.

3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun’la (mad. 28) Anayasa’nın 87. maddesinde yer alan “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki fillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere*” ibaresi metinden çıkartıldı ve maddeye genel ve özel af ilanına karar vermek bakımından “*TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun*” kararının aranacağına ilişkin ibare eklendi. Böylece bu değişikliğe kadar af yasaları konusu itibarıyla sınırlandırılmışken değişiklikten sonra af yasalarının TBMM’de kabulü şeklen zorlaştırılmış oldu. 2001 yılında yapılan bu değişikliğe kadar Anayasa’nın 87. maddesinde affın kapsamını sınırlandıran hüküm nedeniyle, bu değişiklikten sonra da af yasalarının beşte üç çoğunlukla kabulünün aranmasından dolayı kanun koyucunun hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme veya denetimli serbestlik müesseseleri adı altında yaptığı düzenlemelerin 87. maddeye uygun olup olmadığı sürekli gündeme geldi.

Bu konuda ortaya çıkan son tartışma 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷ yürürlüğe girdikten sonra yaşanmıştır. Zira 7242 sayılı Kanun’la, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un (İnfaz Kanunu) geçici 6. maddesi’nde yapılan değişiklikle, İnfaz Kanunu’nun 105/A maddesinde düzenlenen “*denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı*” yöntemi kullanılmak suretiyle 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan dolayı (bazı suçlar istisna tutularak) koşullu salıverilmesine üç, bazı hâllerde dört yıl kalan hükümlülerin (hatta bazı durumlarda süresine bakılmaksızın) infaz kurumundan çıkarılmalarına veya hiç girmemelerine imkân sağlanmıştır. Geçici madde 6 kapsamında yapılan bu değişikliğin sonucu olarak 30/3/2020 tarihinden önce işlediği suçtan dolayı altı yıl ve bazı hâllerde sekiz yıl hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler infaz kurumuna hiç girmemiş, bunun üzerinde ceza alanlar ise belirtilen süreler göz önünde bulundurularak ceza infaz kurumundan salıverilmiştir. Geçici madde 6 ile getirilen bu düzenlemenin **özel af** niteliğinde olup olmadığı tartışılmış ve konu Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir.

⁷ RG: 15/4/2020, S. 31100.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN 17/7/2020 TARİHLİ KARARI

TBMM üyesi 135 milletvekili tarafından 7242 sayılı Kanun'un tümünün, tümünün iptaline karar verilmemesi hâlinde 52. maddesiyle 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun değiştirilen geçici 6. maddesinin şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir. Dava dilekçesinde özetle dava konusu Kanun'un 52. maddesiyle 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun değiştirilen geçici 6. maddesi uyarınca istisna olarak belirtilen suçlar hariç olmak üzere 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan mahkûmiyeti bulunan hükümlülerin daha kısa süre ceza infaz kurumunda kalmak suretiyle denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmalarının sağlandığı, bu itibarla anılan hükümlülerin infaz edilecek ceza miktarında indirim yapıldığı, istisnai ve geçici bir düzenleme olan **söz konusu maddenin öngördüğü kurumun bu özellikleri sebebiyle özel toplu af niteliğinde olduğu**, Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca af ilanını konu alan kanunların kabulü için **TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun gerektiği**, dava konusu Kanun'un kabulünde ise bu nitelikli çoğunluğun aranmadığı belirtilerek kuralların şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi açılan iptal davasını 17/7/2020 tarihinde⁸ neticelendirmiş ve yediye karşı dokuz oyla **düzenlemenin şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığına** ve iptal talebinin reddine **karar vermiştir**.

Anayasa Mahkemesi kararında; Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'ye genel anlamda kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisi dışında ve bundan farklı olarak genel ve özel af ilanına karar verme yetkisinin de tanındığını, genel veya özel affın şarta bağlı olarak çıkartılabileceğini ve bu şartın taliki (geciktirici) veya infisahi (bozucu) olabileceğini, İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde 7242 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle yapılan değişikliğin genel af mahiyetinde olmadığına açık olduğunu, bunun özel af mı yoksa cezanın infaz şekli niteliğinde bir düzenleme mi olduğunun tartışılabileceğini, bu tartışmada kanun koyucunun bir düzenlemeyi cezaların infazı kapsamında ele almasının afla ilgili anayasal denetim bakımından bir önem taşımadığını, önemli olan hususun düzenlemenin anayasal özerk yorum çerçevesinde

⁸ AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020.

belirlenen af kavramının unsurlarını taşıyıp taşımadığının belirlenmesi olduğunu, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerektiğini belirtmiş, bu kapsamda bir düzenlemenin öngördüğü kurumun niteliği belirlenirken ilk olarak af ile cezaların infazına ilişkin müesseselerin suça etki, suçun soruşturulması ve kovuşturulması, mahkûmiyetten ziyade kesin veya kesinleşmiş cezalara etki yönünden değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.

Mahkeme, dava konusu Kanun hakkında Anayasa'nın hangi hükmünün uygulanacağını belirlenmesi için Kanun'un dava konusu 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin öngördüğü düzenlemenin hukuki niteliğinin ortaya konulması yani anılan maddenin öngördüğü kurumun özel af niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerektiğini, bir düzenlemenin özel af niteliğini taşıdığının kabul edilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesinin arandığını, bunların **sadece geçmişe yönelik olma ve cezayı ortadan kaldırmak, miktarını azaltmak veya türünü değiştirerek hafifletmek suretiyle cezanın kapsamına etki etmesi olduğunu**, buna göre sadece geçmişe yönelik olan düzenleme kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla hükmedilen cezanın miktarını azaltıyor veya daha hafif bir ceza ile değiştirmek (örneğin hapis cezasını para cezasına çevirmek) suretiyle hafifletiyor ya da hiç infaz edilmeyecek şekilde ortadan kaldırıyor ise bunun özel af olarak nitelendirilmesi gerektiğini ancak **cezanın miktarında ve türünde herhangi bir değişikliğe neden olmayıp sadece çeşitli gerekçelerle cezanın infaz şeklini/rejimini değiştiren/belirleyen düzenlemelerin özel af olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını**; dava konusu geçici 6. maddenin (1), (2) ve (4) numaralı fıkralarının kapsamının belirli bir tarihe kadar işlenmiş suçlarla sınırlı tutulmasının, (3) numaralı fıkrada ise (1) ve (2) numaralı fıkralara atfen düzenleme yapılmasının, bu kurallarda özel affın unsurlarından biri olan sadece geçmişe yönelik olma şartının bulunduğunu gösterdiğini, ancak söz konusu unsurun varlığının anılan hükümlerin öngördüğü kurumun af olarak kabulü için yeterli olmayıp belirtildiği üzere cezanın kapsamında etkili olma şartının da gerçekleşmesi gerektiğini,

hükümlünün geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (a) bendinden yararlanabilmesi için **cezasının belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması** ve bu süreyi **iyi hâlli olarak geçirmesi** gerektiğini, yine hükümlü salıverildikten sonra bir veya birden fazla **yükümlülüğe tabi tutulacağını** ve **gereklerini yerine getirmediği takdirde ceza infaz kurumuna geri dönme ihtimalinin varlığını sürdürdüğünü**, geçici 6. maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmış beş yaşını bitirmiş hükümlüler bakımından cezanın belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması şartı aranmamış ise de denetimli serbestlik tedbirinin en önemli amaçlarından biri olan cezanın infazının kişiselleştirilmesinin sağlanmaya çalışıldığını, bu hükümlüler hakkında dahi denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesinin zorunlu olmayıp bu konuda infaz hâkiminin takdir yetkisinin bulunduğunu, yine bu çerçevede denetimli serbestlik tedbirinin belirleyici unsurlarından olan **hükümlünün iyi hâlli olma şartının da aranmaya devam edileceğini**, öte yandan salıverildikten sonra hükümlünün bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulması ve gereklerine uyulmaması durumunda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanarak cezanın infazı kararının geri alınabilmesinin bu kapsamdaki hükümlüler bakımından da geçerli olacağını ifade etmiştir.

Mahkeme, dava konusu kuralların istisna kapsamına alınan suçlar dışında hükümlülerin denetimli serbestlik ve koşullu salıverme kurumlarından yararlandırılmak suretiyle **ceza infaz kurumunda geçirecekleri süreyi önceki kanuni düzenlemeye göre kısalttığını** ancak -infaz edilecek- toplam ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığını, bir cezanın infaz edildiğinden söz edilebilmesi için ceza süresinin mutlaka ceza infaz kurumunda geçirilmesinin gerekmediğini zira ceza süresinin birtakım alternatif infaz usulleriyle ceza infaz kurumu dışında geçirilmesinin cezanın infazı kapsamında kabul edildiğini, **dava konusu kuralların cezanın miktarında veya niteliğinde, dolayısıyla cezada bir değişiklik yaratmadığını, kuralların cezaya ilişkin değil cezanın infaz biçimine ilişkin olduğunu, bu açıklamalar çerçevesinde geçici 6. maddenin hükümlünün çekmesi gereken toplam ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığını, ceza infaz kurumundan kendiliğinden salıverilmesine yol açmadığını, bu kapsamda hükümlünün iyi hâlli olması şartının arandığını, anılan şart gerçekleşse dahi salıverilme**

kararı bakımından hâkimin takdir yetkisinin bulunduğunu, (1), (2) ve (3) numaralı fıkra hükümlerinden yararlanmak için ayrıca hükümlünün talebinin varlığının gerektiğini, salıverilme sonrasında da devletin hükümlü üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin devam ettiğini, bu bağlamda hükümlüye bir veya birden fazla yükümlülük yüklenebileceğini, gereklerine uygun davranılmadığı veya yeniden suç işlendiği takdirde salıverilme kararının geri alınmak suretiyle hükümlünün cezasının infazına ceza infaz kurumunda devam edilebileceği gözetildiğinde geçici 6. maddenin cezanın kapsamına ilişkin bir düzenleme olmayıp cezanın infaz usulüne yönelik hükümler öngördüğünü, anılan nedenlerle geçici 6. maddenin öngördüğü kurumun af niteliğinde olmadığını, bu itibarla söz konusu maddenin değiştirilmesini öngören dava konusu 52. maddeyi ihtiva eden dava konusu 7242 sayılı Kanun'un toplantı ve karar yeter sayısı bakımından Anayasa'nın 96. maddesine tabi olduğunun görüldüğünü, Kanun'un ve 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin şekil bakımından iptalleri talebinin reddinin gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile verdiği bu karara **muhalif kalan üyeler** ise düzenlemenin özel af niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Karşı oy gerekçelerinde özel affın genel aftan farklı olarak suça değil cezaya etki eden bir hukuki tasarruf olduğu, dava konusu kuralların hükmedilen cezanın infaz şeklini değil de kendisini etkiliyorsa bunun af niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği, dava konusu geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının, istisna kapsamında olmayan suçlardan dolayı altı yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülerin ceza infaz kurumuna girmeden cezalarının infaz edilmesine imkân sağladığı, bu yönüyle cezanın kapsamına etki eden ve bir anlamda onu daha hafif seçenek yaptırımlara dönüştürerek hafifleten özel af niteliğinde olan bir düzenleme olduğu, bu gerekçelerin geçici 6. maddenin (2) ve (4) numaralı fıkraları için de geçerli olduğu, dava konusu kuralların af niteliğinde olmadığının kabulü hâlinde Anayasa'nın 87. maddesinin işlevsiz ve anlamsız hâle geleceği, bu yolla beşte üç çoğunluğa gerek duyulmaksızın şartla salıverme ya da denetimli serbestlik adı altında belli suçlardan mahkûm olanların cezalarının değiştirilebileceği, hafifletilebileceği veya tamamen ortadan kaldırılabilirliği, Mahkeme çoğunluğunun kararının maalesef bu yolu açtığı, gerçekten de 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "bir yıl"lık süreyi değiştirmek

suretiyle çok uzun süreli hapis cezalarına çarptırılan hükümlülerin bile ceza infaz kurumlarına girmeden cezalarının infazının ya da çok az süre ceza infaz kurumunda kalmak suretiyle serbest bırakılmalarının mümkün olabileceği, bunun da Anayasa'nın 87. maddesiyle bağdaşmayacağını her türlü izahtan vareste olduğu, bu nedenlerle dava konusu Kanun'un af niteliğinde bir düzenleme olan geçici 6. maddesinin Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca TBMM üye tam sayısının beşte üçünün çoğunluğu ile kabul edilmediğinden şekil bakımından Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir⁹.

III. GENEL AF VE ÖZEL AFFIN MAHİYETİ VE SONUÇLARI

Hukuk sistemimizde af yetkisi, affın türleri ve etkilerine ilişkin hükümlere başta Anayasa olmak üzere çeşitli kanunlarda yer verilmiştir. Anayasa'nın 87. maddesinde af **“genel af”** ve **“özel af”** olmak üzere ikiye ayrılmış ve bu konuda karar verme yetkisine TBMM'nin sahip olduğu kabul edilmiştir. Ancak TBMM'nin her iki af türüne de diğer kanunlardan farklı olarak üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla karar verebileceği belirtilmiştir. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na da sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisi verilmiştir (mad. 104, fık. 16). Cumhurbaşkanı'na tanınan bu yetkinin bireysel özel af niteliğinde olduğu kabul edilmektedir^{10 11}. Anayasa'da affa konu olamayacak bazı suçlara da yer verilmiştir. Buna göre *“münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı gibi başka suçlar için çıkarılan genel veya özel af kanununun kapsamına ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla”* işlenen suçlar alınamayacaktır (mad. 169, fık. 3). Anayasa'da türleri arasında ayırım yapmadan ve genel bir şekilde affın bazı etkilerine işaret eden hükümlere de yer verildiği görülmektedir. Örneğin milletvekili seçilme yeterliliğinin düzenlendiği 76. maddenin ikinci fıkrasında bazı suçlardan hüküm giymiş olanların **affa** uğramış olsalar bile milletvekili seçilemeyecekleri belirtilmiştir.

⁹ Bu görüşler karara muhalif kalan Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan tarafından ileri sürülmüştür. Karara muhalif kalan diğer üyeler de (Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, Hicabi Dursun, Yusuf Şevki Hakyemez, M. Emin Kuz) benzer yönde gerekçelerle çoğunluk kararına katılmadıklarını belirtmişlerdir.

¹⁰ Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 652; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2019). *Artuk/Gökçen Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Adalet Yay., s. 1020; Dönmezer, S., Erman, S. (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. III, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yay., s. 213.

¹¹ Nitekim 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda da (mad. 4, fık. 1, bent i) Cumhurbaşkanı'nın bu tasarrufunun **“özel af”** niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiştir.

Anayasa'nın zikredilen bu hükümlerinde geçen genel ve özel af kavramlarının ceza hukukuna ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir¹². Bu itibarla söz konusu kavramlara verilecek anlam ve bunların ayırımına bağlanan hukuki sonuçların neler olduğu konusunda 5237 sayılı Türk Caza Kanunu'nun (TCK) düzenlemeleri esas alınmalıdır. Nitekim TCK'nin "Af" başlığını taşıyan 65. maddesinin birinci fıkrasında "genel af", ikinci ve üçüncü fıkralarında ise "özel af" kurumları, kendilerine bağlanan hukuki sonuçlarla birlikte düzenlenmiştir. Buna göre "*Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleriyle birlikte ortadan kalkar.*" (mad. 65, fık. 1). "*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir.*" (fık. 2). Buna karşılık "*Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.*" (fık. 3). Konuya ilişkin diğer bir düzenlemeye de TCK'nin 74. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre "*Genel af, özel af ... müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez.*" (fık. 1). "*Kamu davasının düşmesi, malların geri alınmasını ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemez.*" (fık. 2). "*Cezanın düşmesi, şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez. Ancak, genel af halinde yargılama giderleri de istenemez.*" (fık. 3).

Af ile ilgili 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda¹³ da hükümler bulunmaktadır. Adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında "*Genel veya özel affa ilişkin kanun; özel affa ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı*" da bulunmaktadır (mad. 4, fık. 1, bent i). Genel af hâlinde adli sicildeki bilgiler Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinir ve arşiv kaydına alınır (mad. 9, fık. 1, bent d).

Yukarıda zikredilen düzenlemelerden hareketle genel af ve özel af müesseselerinin mahiyeti hakkında bazı açıklamalarda bulunmak mümkündür.

¹² Bu itibarla kanun koyucunun suç ve cezalara ilişkin olmayan konularda çıkardığı yasalarla bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesinden vazgeçmesi sonucunu doğuran (örneğin uygulamada "disiplin affı", "imar affı", "vergi affı" vb. şekilde isimlendirilen) düzenlemelerin Anayasa'nın yukarıda bahsi geçen hükümleriyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu tür yasaların TBMM'de kabulü ve içeriğinin belirlenmesi bakımından yukarıda sözü edilen anayasal sınırlar geçerli değildir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Döner, A. (2008). "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3, s. 49, 52.

¹³ RG: 1/6/2005, S. 25832.

Anayasa'ya göre genel ve özel af yetkisine, yasama organı olan TBMM sahiptir. Bununla birlikte Anayasa'da yürütme yetkisinin ait olduğu Cumhurbaşkanı'na da belli sebeplerle sınırlı olarak özel af yetkisi verilmiştir. Her ne kadar af tasarrufu yargısal sonuçlar doğurmakta, bu bağlamda yeni dava açılmasına, açılmış olan davanın devam etmesine, hükmün infazına engel olmakta ise de bizim sistemimize göre genel ve özel af bir *yargı işlemi değildir*. Zira gerek Meclis gerek Cumhurbaşkanı birer yargı organı sıfatıyla hareket etmemekte, yargı fonksiyonuna ait usullerle affın kapsamını belirlememekte, bir mahkeme gibi hareket ederek uyuşmazlık hakkında karar vermemekte ve suçlunun kişiliğini, suç işledikten sonra etkin pişmanlık gösterip göstermediğini, bir daha suç işlemeye eğilimli olup olmadığını değerlendirmemektedir. Bu organlar tamamıyla yargısal düşüncelerin dışında bu yetkiyi kullanmaktadırlar. Bu itibarla anayasal açıdan af bir *atıfet* (bağışlama, lütuf) işlemidir¹⁴. Af işleminin bu niteliğinden iki sonuç doğmaktadır, bunlardan birincisi affın mecburiliği yani aksi kararlaştırılmadıkça aftan faydalanmanın zorunlu oluşudur. İkincisi ise af tasarrufunun konusu yönünden sınırsız oluşudur. Zira Anayasa hangi suçlar veya suçlular hakkında af yetkisinin kullanılabileceğini göstermiş değildir¹⁵. Bu nedenle her türlü suçun affı mümkündür¹⁶. Çıkarılan yasanın af niteliğinde olup olmadığı belirlenirken af tasarrufunun bu niteliği ve buna bağlanan sonuçlar göz önünde tutulmalıdır.

Bir affın genel mi özel mi olduğu konusunda TCK'nin kabul ettiği kıstas oldukça açıktır. Buna göre kamu davasını, hükmolunan cezaları ve mahkûmiyetin bütün neticelerini ortadan kaldıran af "genel af"tır. Genel affın hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte ceza hukukunda ağırlıklı olan görüş genel affın devletin ceza verme yetkisini düşüren bir sebep olduğu yönündedir. TCK'de de bu

¹⁴ Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 219; İçel, K., Akıncı, F.S., Özgenc, İ., Sözüer, A., Mahmutoglu, F.S., Ünver, Y. (2000). *İçel Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, İstanbul: Beta Yay., s. 308; Sözüer, (2001). s. 223, 227; Koca, M., Üzülmaz, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 739; Özbek, V. Ö., Doğan K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 704; Can, S. (2016). *Türk Hukukunda Af Kurumu*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, s. 1295, 1297, 1300.

¹⁵ Anayasa'nın 169. maddesinin üçüncü fıkrası bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bu düzenlemeyle *münhasıran orman suçları için* af yetkisinin kullanılamayacağı belirtilerek genel af ve özel af için bir sınırlama getirilmiştir.

¹⁶ Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 219, 220.

görüş kabul edilmiş ve af, dava ve cezayı düşüren sebepler arasında düzenlenmiştir.

Bu durumda genel af, affa uğrayan suçtan dolayı henüz kamu davası açılmamış ise kamu davasının açılmasına engel olur. Kamu davası açılmış fakat henüz karar verilmemiş veya verilmesine rağmen kesinleşmemişse davanın düşmesine neden olur. Hüküm kesinleştikten sonra çıkan genel af hükmolunan cezanın infazını engeller, şayet ceza infaz edilmişse mahkûmiyete bağlı bütün neticelerin ortadan kalkmasını sağlar¹⁷.

Ancak genel af işlenen suçu işlenmemiş hâle getirmez¹⁸. Suç teşkil eden haksızlık, bir fiil, olay olarak varlığını korur¹⁹ ve genel af işlenen fiili suç olmaktan çıkarmaz. İşlenen fiil ceza hukukunda suç olma vasfını sürdürür. Genel af sadece suç teşkil eden fiile ceza hukuku bakımından bağlanan sonuçları ortadan kaldırır. Bir başka ifadeyle genel af fiilin suç olma niteliğini etkiler. Ancak genel affın suç teşkil eden fiile bağlanan tüm sonuçları ortadan kaldırması da kabul edilmemiştir. Söz gelimi genel af, infaz edilmiş olan cezanın iade ve tazmin edilmesini gerektirmez. Örneğin hapis cezası infaz edilmiş ise hükümlüye hapis yattığı için tazminat ödenmesi²⁰ veya infaz edilen adli para cezasının geri verilmesi ya da müsadere edilen şeylerin iadesi söz konusu olmaz (TCK mad. 74, fık. 1). Buna karşılık henüz infaz edilmeyen hapis veya adli para cezasının infazı artık mümkün değildir²¹. Keza genel af ceza mahkûmiyetini ortadan kaldırdığı için, genel affa uğramış suçun kişinin hukukunu etkilemesi kabul edilmemiştir. Bu itibarla genel affa uğramış olan mahkûmiyet adli sicilden silinir.

¹⁷ Soyaslan, D. (2001). s. 418, 419; Koca, M., Üzülmöz, İ. (2020). s. 741; Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yay., s. 772; Öztürk, B., Erdem, M. R. (2016). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 541; Akbulut, B. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara: Adalet Yay., s. 949; Özbek, V. Ö., Doğan K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017). s. 705.

¹⁸ Affedilen hükümlünün suçu işlememiş sayıldığına yönelik değerlendirme için bkz. Soyaslan, D. (2001). s. 412.

¹⁹ Hakeri, H. (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yay., s. 673.

²⁰ Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerden genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayla yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan ya da kamu davası ertelenen veya düşürülenlerin tazminat isteyemeyecekleri belirtilmiştir (mad. 144, fık. 1, bent c).

²¹ Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 234; İçel, K., Akıncı, F.S., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoglu, F.S., Ünver, Y. (2000). s. 324; Koca, M., Üzülmöz, İ. (2020). s. 739, 743.

Genel ve özel af, işlenen fiili ve bunun hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldırmadığı için, bu fiile özel hukukun bağladığı sonuçlar geçerliliğini korur. Nitekim TCK'nin 74. maddesinde affın şahsi hak ve tazminat taleplerini etkilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Keza aksi Af Kanunu'nda belirtilmedikçe genel af mahkûmiyet hükmüne bağlı olmayan disiplin cezalarını da ortadan kaldırmaz²².

Özel af ise işlenen suçla ilgili olarak kovuşturma yapılmasına ve ceza mahkûmiyetine engel olmayan, sadece kesinleşmiş hapis cezasının infazını etkileyen bir kurumdur²³. Özel af bu niteliği itibarıyla genel aftan ayrılır. Özel af hâlinde mahkûmiyet varlığını korur ve buna bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları olduğu gibi etkisini devam ettirir. Özel af, ceza mahkûmiyetine bağlanan sonuçları ortadan kaldırmadığı için özel affa tabi suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmanın yapılarak kesin hükme ulaşılması gerekir. Bir başka ifadeyle özel affa uğramış suçtan dolayı kovuşturma evresinde düşme kararının verilmesi mümkün değildir. İşlenen suçtan dolayı yargılamanın yapılarak mahkûmiyet hükmünün kurulması zorunludur²⁴.

Özel af yalnızca işlenen suçtan dolayı hükmedilen hapis cezasının infazını etkiler. Özel af ile mahkûm olunan hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya hapis cezasının infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da hapis cezası adli para cezasına çevrilebilir (TCK mad. 65, fık. 2). Görüldüğü üzere özel affın suç karşılığında hükmolunan ceza yaptırımlarından yalnızca *hapis cezası* bakımından etki doğuracağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre adli para cezasında özel aftan söz edilemez²⁵.

Özel af ile hükmolunan *hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir*. Bu durumda kişi artık işlediği suçtan dolayı hükmolunan hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumuna girmez. Şayet girmişse kanun çıktığında infazın artık kurumda yapılması mümkün değildir. Bu ihtimalde hükmolunan hapis cezasının tamamen infaz kurumunda çektirilmesine son verilmektedir. Görüldüğü üzere TCK'de özel af ile

²² Önder, A. (1992). s. 650; İçel, K., Akıncı, F.S., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoglu, F.S., Ünver, Y. (2000). s. 323; Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 221; Can, S. (2016). s. 1307.

²³ Koca, M., Üzülmüş, İ. (2020). s. 743, 744; Öztürk, B., Erdem, M. R. (2016). s. 542.

²⁴ Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017). s. 775.

²⁵ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2019). s. 1019.

hapis cezasının *kaldırılmasından* söz edilmemiştir. Esasen özel affın hapis cezasına ilişkin mahkûmiyeti kaldırıcı bir özelliği yoktur. Özel af yalnızca hapis cezasının infazıyla ilgili olduğu için bu cezanın infaz kurumunda çektirilmesine son verebilir. Dolayısıyla bir infaz kurumu şekline dönüşen özel afta hapis cezası ortadan kalkmamakta, varlığını korumakta, cezanın sadece infaz kurumunda çektirilmesine son verilmektedir²⁶.

Bu durumda hükmolunan hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son veren bir düzenlemenin özel af mahiyeti taşıdığı söylenebilir. Hükmolunan hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son vermekle birlikte bu cezanın infaz kurumu dışında çektirilmesini sağlayan hükümlerin varlığı, düzenlemenin özel af sayılmasına engel olmayacaktır. Zira burada önemli olan, hükmolunan hapis cezasından dolayı kişinin infaz kurumuna girmemesi, girmişse kurum dışına çıkarılması yani cezasını artık infaz kurumunda çekmemesidir. İnfaz kurumunda çektirilmesine son verilen hapis cezasının denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler yüklenmek suretiyle toplum içinde infaz edilmesi hâlinde de düzenleme özel af mahiyeti taşıyacaktır.

Özel af kanunu, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilecek süresini kısaltabilir. Bu durumda hükümlünün hükmedilen hapis cezasının tamamını infaz kurumunda çekmesine son verilmemekte, sadece infaz kurumunda cezasını çekeceği süre azaltılmaktadır. Bu ihtimalde hükümlü, kısaltılan sürenin dışındaki cezasını infaz kurumunda çekmeye devam edecektir. Örneğin mahkûm olunan hapis cezasının infaz kurumunda çekilecek kısmından üç yıla kadar olan süresinin infaz kurumunda çekilmesini önleyen bir düzenleme bu niteliktedir. Belirlenen indirimin üzerinde bir cezaya mahkûm olunması hâlinde kalan kısım infaz kurumunda çektirilmeye devam edilecektir.

Özel af kanunu hapis cezasını adli para cezasına da çevirebilir. Örneğin kanunda üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olan hükümlülerin cezası adli para cezasına çevrilebilir. Hükümlü adli para cezasını ödediği takdirde infaz kurumuna girmekten kurtulur.

Görüldüğü üzere TCK'de özel af yoluyla hapis cezasının çevrilebileceği yaptırım sadece adli para cezası olarak kabul edilmiştir.

²⁶ Özбек, V. Ö., Doğan K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017). s. 706; Can, S. (2016). s. 1309.

Adli para cezası dışında kalan bir yaptırıma hapis cezasının çevrilmesi kabul edilmemiştir. Bununla birlikte özel af kanununda hapis cezasının adli para cezası dışında ancak TCK'de mevcut olan başka bir yaptırıma, örneğin kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya, belli yerleri terk edememe niteliğindeki tedbirlere çevrilmesi kararlaştırılabilir. Böyle bir düzenleme TCK'nin 65. maddesiyle bağdaşmamakla birlikte yapılan düzenlemenin özel af mahiyetinde sayılmasına engel olmaz.

IV. ÖZEL AF İLE İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER ARASINDAKİ FARKLAR

İşlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilen kişinin bu cezasını mutlaka infaz kurumunda çekmesi gerekmektedir. Bugün artık hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesinin cezalandırmadan beklenen amaca ulaştırmada yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Hükümlünün infaz kurumunun olumsuz koşullarından etkilenmesini önleyen ve cezadan beklenen yeniden sosyalleşmeyi sağlama amacına da ulaştırmaya elverişli olan kurumlar ihdas edilmektedir. Bu nedenle modern ceza hukuku sistemlerinde hapis cezasına mahkûm edilen kişinin infaz kurumuna girmesini engelleyici birçok müesseseye yer verilmektedir. Nitekim ceza mevzuatımızda da bu amaçla konulmuş çeşitli kurumlar vardır. Örneğin kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK mad. 50), hapis cezasının ertelenmesi (TCK mad. 51), koşullu salıverilme (İnfaz Kanunu, mad. 107), denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı (İnfaz Kanunu, mad. 105/A) ve özel infaz usulleri (İnfaz Kanunu, mad. 110) bu nitelikte kurumlardır. Ancak sayılan bu müesseselerin hükümlü hakkında uygulanıp uygulanmayacağına davaya bakan mahkeme veya infaz hâkimi, kısaca yargı mercii karar vermektedir. Yargı mercii bu kararı verirken objektif koşulların yanı sıra hapis cezasının infazının bireyselleştirilmesini sağlayan çeşitli subjektif kriterleri de dikkate almaktadır. Bu bağlamda suçlunun kişiliğine, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa, iyi hâlli olup olmadığına bakılarak söz konusu müesseselerden hükümlülerin yararlanıp yararlanmayacakları belirlenmektedir. Bir başka ifadeyle hâkim cezadan beklenen amaca ulaşmada bu müesseselerin yeterli olduğuna kanaat getirdiği takdirde bunları kullanarak cezayı veya infazını bireyselleştirmektedir. Hâlbuki bir atıfet işlemi olan özel af hâlinde ise yasama organı tarafından böyle bir değerlendirme yapılmamaktadır. Kanun koyucu işlenen suçtan dolayı hapis cezasına

hükmolunan kişilerin bu cezalarını infaz kurumunda çekmesini gerekli görmemekte veya kalacakları süreyi azaltmakta veya adli para cezasına çevirmektedir. Kısaca hükümlünün infaz kurumunda ya hiç kalmamasını ya da daha az kalmasını sağlamaktadır. Kanun koyucunun neden özel af çıkardığına gerekçe bulması gerekmemektedir.

Diğer taraftan hapis cezasının ve infazının bireyselleşmesine hizmet eden infaz kurumları, şartlarını taşıyan herkese mevcut durumda ve gelecekte yani ileriye yönelik olarak ve sürekli şekilde uygulanabilir niteliktedir. Hâlbuki özel af hâlinde kanun koyucu bu imkânı geçici, bir defaya mahsus ve geçmişe yönelik olarak uygulanacak şekilde kullanmaktadır.

Esasen özel af ile infaz rejimine ilişkin düzenlemeler arasındaki en önemli fark buradan kaynaklanmaktadır. Bir düzenleme geçmişe yönelik, geçici ve bir defaya mahsus olarak uygulanıyorsa af niteliğindedir. Bir başka deyişle uygulanması savcı veya hâkimin takdirine bağlı olmayan, geçici olan, suçlunun kişiliğini ve işlenen suçu dikkate almadan uygulanan kurum af özelliği taşımaktadır²⁷. Buna mukabil mahkeme veya hâkimin takdirine bağlı olarak uygulanan, sürekli olan ve uygulanması otomatik olmayıp suçun ve suçlunun kişiliğinin göz önünde bulundurulduğu kurumlar infaz rejimine ilişkin düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler cezanın bireyselleştirilmesine sürekli olarak hizmet eden, mevcut ve gelecekteki hükümlülere kapsayan kurallardan oluşmaktadır.

Hükümlünün infaz kurumundan çıktıktan sonra yeniden suç işlemesi hâlinde cezasını çekmek üzere tekrar infaz kurumuna alınması veya infaz kurumundan çıktıktan sonra belli bir süre denetim ve gözetim altında tutulmasına yönelik yükümlülüklerle tabi olması, özel af ile infaz rejimine ilişkin müesseseleri birbirinden ayırt edici kriterler değildir. Zira af tasarrufunun şarta bağlanabileceği ve bu şartın da gerek *talikî* gerekse *infisahî* olabileceği genellikle kabul edilmektedir. Bu bağlamda aftan yararlanabilmek için belirli bir süre içinde adli mercilere kendiliğinden gelip teslim olmak, suçtan zarar görenin kişisel haklarını tazmin etmek veya müsadereye tabi bir eşyayı ya da elde ettiği haksız kazancı kendiliğinden vermek şeklindeki şartların yerine getirilmesi aranabileceği gibi aftan yararlandıktan sonra belirli bir süre suç işlememek gibi koşullar da getirilebilir. Şayet bu koşula (suç işlememe) uyulmazsa af

²⁷ Soyaslan, D. (2001). s. 430, 432.

geri alınır ve kişi cezasını çeker²⁸. Bu tür şartlar infaz rejimine ilişkin düzenlemeler bakımından da öngörülmektedir. Örneğin hapis cezası ertelenen hükümlü denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlediğinde veya kendisine yüklenen yükümlülüklere uymamakta ısrar ettiğinde, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilmektedir (TCK mad. 51, fık. 7). Keza koşullu salıverilen hükümlü de denetim süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmekte veya kendisine yüklenen yükümlülüklere uymamakta ısrar ederse koşullu salıverilme kararı geri alınmakta ve sonraki işlediği suçtan dolayı hükmedilen hapis cezasının iki katı kadar sürenin ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verilmektedir. (İnfaz Kanunu, mad. 107, fık. 12, 13). Benzer bir durum İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezası infaz edilen hükümlüler bakımından da kabul edilmiştir (fık. 6, 7). Dolayısıyla cezanın infaz kurumunda çektirilmesine son verildikten sonra belli bir süre suç işlememek ve bu süre içinde kişiyi bazı yükümlülüklere tabi tutmak, özel affa uğrayan suçlular bakımından da öngörülebilecektir.

Özel af ile infaz rejimine yönelik kanunlar arasındaki diğer bir fark da bu düzenlemelerden beklenen amaçlarla ilgilidir. Esasında bu düzenlemeleri yapmaya iten sebepler, beklenen amacı da ortaya koymuş olmaktadır. Özel af kanunlarının amacı suçluları infaz kurumu dışına çıkartmaktır. Buna bazen infaz kurumlarındaki doluluğu azaltmak, bazen verilen kararlardaki adli hataları telafi etmek gerekçe oluşturabilir. Kanun koyucu özel af yoluyla suçluların cezalarının tamamını veya bir kısmını *bağışlar*. Bu nedenle bir defaya mahsus olmak ve geçmişe yönelik olarak bu sonucu doğuracak düzenlemeler yapar. Bu düzenlemeler geçmişe yönelik ve bir defaya mahsus olduğu için ya bağımsız bir kanunla ya da mevcut kanunlardaki genel ve daimî kurallara bir seferlik *istisnalar* getirilmek suretiyle yani *geçici maddeler* konularak yapılır. Esasen yapılan düzenlemenin *geçici olması*, o düzenlemenin infaz politikasının bir gereği olarak değil başka amaçlarla yapıldığını gösterir. Zira kanun koyucu kalıcı ve daimî kurallarla ceza ve infaz politikasını belirlemiş ve buna uygun müesseseleri oluşturmuştur.

²⁸ Bkz. Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 220, 229 vd., 240; Önder, A. (1992). s. 649; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2019). s. 1018, 1019; Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017)., s. 771; Sözüer, A. (2001). s. 225.

Dolayısıyla infaz rejimine ilişkin düzenlemeler geçici veya belli bir tarihe kadar işlenen suçlara özgü olarak yapılamaz. İnfaz rejimine ilişkin düzenlemeler belli koşulları taşıyan mahkûmlara yürürlüğe girdiği andan itibaren derhâl uygulanır. Kanun koyucu bu düzenlemeleri İnfaz Kanunu'yla belirlediği amaçlara erişmek için ihdas eder. Kuşkusuz infaz politikasının gereği olarak bu müesseselerin koşullarını zamanla daraltıp genişletebilir. Örneğin İnfaz Kanunu'na göre süreli hapis cezasına mahkûm olanların koşullu salıverilebilmeleri için mahkûm oldukları cezanın üçte ikisini iyi hâlli hükümlü olarak infaz kurumunda çekmeleri gerekirken kanun koyucu infaz politikası bakımından faydalı olmadığını görerek 7242 sayılı Kanun'la bu oranı yarisına indirmiştir (bkz. İnfaz Kanunu mad. 107, fık. 2). Bu değişikliği özel af olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira bu değişiklik esasen mevcut bir infaz müessesesinin koşulunu değiştirmektedir ve değişiklikten sonra cezası infaz edilmekte olan ve bilahare suç işleyerek infaz kurumuna girecek her hükümlüye uygulanacak sürekli bir hüküm niteliğindedir. Şayet kanun koyucu üçte ikilik oranı yarisına kadar indiren düzenlemeyi, İnfaz Kanunu'nun her hükümlüye uygulanacak bu maddesinde değil de geçici bir maddede ve belli bir tarihe kadar suç işleyenler için düzenlemiş olsaydı, bu hükmün artık infaz rejimine ilişkin bir düzenleme değil hapis cezasının infaz kurumunda çekilmesi gereken süreyi kısaltan özel af mahiyeti taşıyan bir hüküm olduğunu kabul etmek gerekecekti. Çünkü böyle bir hüküm, belirlenen infaz politikasını amaca ulaştırmak için duyulan ihtiyacı karşılamak maksadını değil, o zamana kadar uygulanan genel ve kalıcı hükümlere belli bir tarihe kadar işlenen suçlarla ilgili olarak istisna getirmek maksadını taşımaktadır.

Koşullu salıverilme, cezasının belli bir kısmını iyi hâlli olarak infaz kurumunda çeken hükümlünün cezanın kalan kısmını infaz kurumu dışında çekmesine hâkimin kararıyla imkân veren bir kurumdur. Hâkimin bu kararı verebilmesi için hükümlünün infaz kurumunda bulunduğu süre içinde tutum ve davranışlarıyla salıverildiğinde topluma uyum sağlayacağı izlenimi vermesi, işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyduğunu göstermesi, toplumun değerleriyle yeniden barışık bir kişiliğe kavuşması, hükmedilen ceza süresinden daha kısa sürede uslandığını davranışlarıyla ortaya koyması, kısaca **iyi hâlli hükümlü olması gerekir**. Dolayısıyla koşullu salıverme ancak iyi hâlli hükümlülerin cezalarının geri kalan kısmını belli şartlara bağlı olarak kurum dışında çekmesine

imkân veren bir infaz kurumudur²⁹. Buna karşılık özel afta, hükümlünün cezasının belli bir kısmını infaz kurumunda ve iyi hâlli olarak geçirip geçirmediğine bakılmaksızın ve işlediği suçtan dolayı topluma uyum sağlayıp sağlamadığı önemsenmeksizin tamamen kanun koyucunun veya Cumhurbaşkanı'nın takdirine bağlı olarak cezanın infaz kurumunda çektilmesine son verilmekte veya bu süre kısaltılmaktadır.

V. "DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK CEZANIN İNFAZI" NIN NİTELİĞİ, KOŞULLARI VE FONKSİYONU

A. İNFAZ KANUNU'NUN 105/A MADDESİNİN İLK HÂLİ, KOŞULLARI VE UYGULANMA SORUNU

İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesi, ilk olarak 5/4/2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun'la³⁰, İnfaz Kanunu'na eklenmiştir. *"Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı"* başlığını taşıyan bu düzenlemenin amacının *"hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek"* olduğu maddede belirtilmiştir (fık. 1). Bu maksatla hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlanmak için infaz kurumunda kalmaları gereken süre henüz dolmadan infaz kurumu dışına çıkarılmalarına imkân sağlanmıştır³¹.

Maddenin ilk şeklinde bu infaz usulünden yararlanabilmeleri için hükümlülerin;

- Koşullu salıverilmelerine bir yıl veya daha az süre kalması,
- Açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz olarak geçirmesi,
- İyi hâlli olmaları aranmıştı. Bu koşulları taşıyan hükümlülerin talebi hâlinde cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, infaz hâkimi tarafından karar verilebiliyordu. Çocuk

²⁹ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2019). s. 1018.

³⁰ RG: 11 Nisan 2012, S. 28261.

³¹ Anayasa Mahkemesi de İnfaz Kanununun 105/A maddesinde, haklarındaki kesinleşmiş ceza hükmü infaz edilmekte olan ve cezasının son altı ayını kesintisiz olarak açık ceza infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçirmiş olup koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az bir süre kalan hükümlülerin ceza infaz kurumunda geçirilen sürenin son bir yılının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle dışarıda infaz edilebilmesine **yönelik yeni bir infaz rejimi öngörüldüğü** görüşündedir (AYM, E.2017/170, K.2018/77, 5/7/2018).

hükümlülerin ise çocuk eğitimevinde toplam cezasının beşte birini tamamlaması hâlinde bu usulden yararlanabilmeleri mümkündü.

Bu infaz usulünden;

- a) Sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler,
- b) Maruz kaldıkları ağır bir hastalık, sakatlık veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan hükümlüler **diğer şartları da taşımaları hâlinde** yararlanabiliyordu.

Görüldüğü üzere maddenin ilk hâlinde hükümlülerin bu infaz usulünden yararlanabilmeleri için **cezasının son altı ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz olarak geçirmesi şartı aranıyordu**. Bu şart nedeniyle hükümlülerin infaz kurumuna hiç girmeden cezalarının tamamen dışarıda infazı mümkün değildi. Bir başka ifadeyle bu usul, infaz kurumunda bulunan hükümlülerin cezalarının infaz kurumu dışında çekmelerini sağlamaya yönelik ve cezanın infaz kurumunda bireyselleştirilmesine hizmet eden bir fonksiyon görmek üzere kabul edilmişti. Bu itibarla maddenin ilk hâlinin cezanın infazına yönelik adeta “**ön koşullu salıverme**” niteliğinde yeni bir usul öngördüğünü belirtmek gerekir³².

Ancak 105/A maddesinin ilk hâlinde aranan bu koşullar (cezanın belli bir kısmını infaz kurumunda çekme ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalma) yürürlüğe konulan geçici maddeler nedeniyle bugüne kadar uygulamaya geçirilememiştir. Bu usulden yararlanabilmek için aranan koşullardan biri olan cezanın son altı ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz geçirmek veya beşte birini çocuk eğitim evinde tamamlamış olmak koşulu, hiç uygulanmadan yürürlükten kalkmıştır. Şöyle ki;

İnfaz Kanunu’na 105/A maddesini ekleyen 6291 sayılı Kanun’la (mad. 2), İnfaz Kanunu’na geçici madde 3 de eklenmişti. Bu maddeyle 105/A maddesinin yürürlüğe girdiği 11/4/2012 tarihi itibarıyla koşullu salıverilmesine bir yıldan az süre kalıp da açık ceza infaz kurumunda bulunan veya kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşıyan iyi hâlli hükümlülerin talepleri

³² Koca, M., Üzülmmez, İ. (2020). s. 629 vd.

durumunda cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebileceği kabul edilmiştir. Böylece 105/A maddesi yürürlüğe girdiği gün, koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalanlar bakımından açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz geçirme şartı aranmaksızın uygulanmaya başlanmıştır. Bu süreler ancak belirtilen tarihten sonra uygulamaya taşınma imkânına kavuşmuştur.

Ancak 6291 sayılı Kanun'la eklenen 105/A maddesinin yürürlüğe girmesinden yaklaşık yedi ay sonra kabul edilen 24/1/2013 tarihli ve 6411 sayılı Kanun'la³³ (mad.13) İnfaz Kanunu'na "geçici madde 4" eklenmiştir. Bu maddeyle İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında aranan cezanın son altı ayının açık ceza infaz kurumunda kesintisiz olarak veya çocuk eğitimevinde toplam cezanın beşte birinin çekilmesine yönelik koşulların 31/12/2015 tarihine kadar uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Bu tarihin dolmasına kısa bir süre kala kabul edilen 25/12/2015 tarihli ve 6655 sayılı Kanun'la da (mad. 5) geçici 4. maddedeki bu tarih 31/12/2020 olarak değiştirilmiştir. Nihayet bu süre dolmadan 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'la 105/A maddesi değiştirilmiş ve cezanın belli bir süre açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde çekilmesi koşulundan tamamen vazgeçilmiş, bu usulden yararlanabilmek için açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunmak yeterli görülmüş ve böylece geçici maddelerle öngörülen düzenlemeler kalıcı hâle getirilmiştir.

Görüldüğü üzere 105/A maddesinin ilk hâlinde bu usulden yararlanabilmek için aranan ve "açık ceza infaz kurumunda cezanın son altı ayını kesintisiz olarak geçirme" koşulu, ihdas edildiği tarihten itibaren sekiz yıl boyunca uygulamaya hiç geçmeden yürürlükten kaldırılmıştır.

Uygulamaya geçemeyen, 105/A maddesinin sadece bu koşulu da değildir. Bu maddeden yararlanabilmek için aranan diğer bir koşul olan "koşullu salıverilmesine **bir yıl veya daha az süre kalma**" hükmü de ihdas edilen geçici maddelerle tam olarak uygulanma imkânı bulamamıştır. Şöyle ki;

İlk önce 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK (mad. 32, bu KHK'yi kanunlaştıran 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanun mad. 28) ile İnfaz

³³ RG: 31/1/2013, S. 28545.

Kanunu'na "geçici madde 6" hükmü eklenmiştir. Bu maddeyle bazı suçlar hariç olmak üzere "1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'bir yıl'lık sürenin 'iki yıl' olarak" uygulanması kabul edilmiştir. Aynı maddeyle, İnfaz Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve süreli hapis cezalarına mahkûm olan kişilerin cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde koşullu salıvermeden yararlanabileceklerini öngören hükümdeki "üçte ikilik" oran da "yarısına" indirilmiştir. Böylece 1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlardan hüküm giyenler bakımından hem koşullu salıvermeden yararlanabilmek için infaz kurumunda kalmaları gereken süre azaltılmış hem de 105/A maddesinden yararlanabilmek için koşullu salıverilmelerine iki yıl kalanların infaz kurumunun dışına çıkmalarına imkân sağlanmıştır. Bu düzenleme nedeniyle 1/7/2016 tarihinden önce işlediği suç nedeniyle **dört yıl hapis cezasına mahkûm olan kişiler hiç infaz kurumuna girmeden** cezalarının tamamını denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle dışarıda çekme imkânına kavuşmuştur. Bu düzenlemeden; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürme suçlarını (mad. 81, 82), üst soya, alt soya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarını, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçları (mad. 102, 103, 104, 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları (mad. 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu (mad. 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölüm'de tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçları işleyenler istisna tutulmuştur. Belirtmek gerekir ki 105/A maddesinde aranan "koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalma" koşulu, yalnızca istisna edilen bu suçların hükümlüleri bakımından uygulama alanı bulmuştur.

Son olarak 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'la, İnfaz Kanunu'nun "geçici madde 6'sı" değiştirilmiş ve 105/A maddesindeki süreler ve diğer koşullar 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından yeniden belirlenmiştir. Böylece 105/A maddesinde öngörülen koşullar 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından da uygulama imkânı bulamamıştır. İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesi, 7242 sayılı Kanun'la değişik son hâliyle 30/3/2020 tarihinden sonra işlenen suçlara

uygulanacaktır. Ancak ileride “geçici madde 6”nın yeniden değiştirilerek 30/3/2020 tarihinden itibaren işlenen suçlar bakımından 105/A maddesinin mevcut koşullarının yeniden uygulanamaz hâle getirilmesi sürpriz olmayacaktır.

İnfaz Kanunu’na eklenen 105/A maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar ilk hâliyle öngördüğü koşulların neredeyse hiç uygulanmamış olması, bu maddenin ihdas edilmesindeki *“hükümlülülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirilmesini temin etmek”* amaçlarına da ulaşılamaması sonucunu doğurmuştur. Zira bu madde bağlamında önce 1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından dört yıl hapis cezasına mahkûm olanlar, bilahare de 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle altı ve bazı hükümlüler bakımından sekiz yıl hapis cezasına mahkûm olanlar infaz kurumuna hiç girmedikleri için bu hükümlüler bakımından dış dünyayla uyum sağlama, aileleriyle bağlarını sürdürme ve güçlendirme ihtiyacı ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla İnfaz Kanunu’nun 105/A maddesi, ihdasından 7242 sayılı Kanun’un kabulüne kadar geçen sürede, bir infaz usulü olmaktan ziyade, kanun koyucunun özel af niteliği ağır basan düzenlemeler yoluyla infaz kurumlarındaki doluluk oranlarının azaltılmasında kullandığı bir araç hâline gelmiştir.

B. İNFAZ KANUNU’NUN 105/A MADDESİNİN 7242 SAYILI KANUN’LA DEĞİŞİK HÂLİ VE NİTELİĞİ

Belirtmek gerekir ki İnfaz Kanunu’nun 105/A maddesinde 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle bu maddeyle öngörülen sistemin niteliği belli ağırlıktaki cezalar bakımından artık sürekli olarak farklılaşmıştır. Zira bu müesseseden yararlanabilmek için açık ceza infaz kurumunda cezanın belli bir kısmını çekmekten tamamen vazgeçilmiş olması nedeniyle, belli ağırlıktaki cezalara mahkûm olanlar hiç infaz kurumuna girmeden cezalarını 105/A maddesi kapsamında infaz kurumu dışında çekebileceklerdir.

İnfaz Kanun’un 105/A maddesinde 7242 sayılı Kanun’la yapılan son değişikliğe göre bu imkândan yararlanabilmeleri için hükümlülerin;

- Açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunması [Açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına rağmen iradeleri dışında kapalı infaz kurumunda bulunanlar da bu imkândan yararlanabileceklerdir (mad. 105/A, fık. 2).],

- Koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalması,
- İyi hâlli olmaları şartlarının gerçekleşmesi aranmaktadır.

Bu hükümlüler talep etmeleri hâlinde, cezalarının **koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının** denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle kurum dışında infazına, infaz hâkimi tarafından karar verilebilecektir (fık. 1).

Bu infaz usulünden bazı hükümlülerin daha erken yararlanmasına da imkân sağlanmıştır. Buna göre;

- a) Sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine **iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler,**
- b) Maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve koşullu salıverilmesine **üç yıl veya daha az süre kalan hükümlüler diğer şartları da taşımaları hâlinde** infaz kurumundan çıkacaklardır. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adli Tıp Kurumundan alınan veya Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan bir raporla belgelendirilmelidir (fık. 3).

Bu durumda suç istisnası olmaksızın işlediği herhangi bir suçtan dolayı iki yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olan kişiler, bu cezalarını infaz kurumunda hiç çekmeyecekler, 105/A maddesine göre cezaları kurum dışında infaz edilecektir (İnfaz Kanunu mad. 105/A, fık. 1). Yine altı yaşından küçük çocuğu bulunan kadın hükümlülerin işledikleri suçtan dolayı mahkûm oldukları dört yıl veya daha az hapis cezaları ile maruz kaldıkları ağır hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin işledikleri suçtan dolayı mahkûm oldukları altı yıl veya daha az hapis cezaları, infaz kurumuna hiç girilmeden denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle kurum dışında infaz edilecektir (mad. 105/A, fık. 3, bent a ve b). Böylece 105/A maddesi kalıcı şekilde iki yıl, dört yıl ve altı yıllık mahkûmiyetlerin infaz kurumuna hiç girilmeden tamamen dışarıda çekilmesine imkân sağlamış olmaktadır. Bu kişiler infaz kurumuna hiç girmeyecekleri için iyi hâlli hükümlü olup olmadıklarının araştırılması da mümkün olmayacaktır. Bu yönü itibarıyla 105/A maddesinin son hâli, belli ağırlıktaki mahkûmiyetler bakımından iyi hâlliliğin aranmaması ve

cezanın belli bir kısmının infaz kurumunda çekilmesinin gerekmemesi nedeniyle ön koşullu salıverme niteliğinden çıkmakta ve belirtilen sürelerdeki hapis cezasının tamamının belli yükümlülüklerle tabi olarak toplum içinde infazını sağlayan yeni bir infaz şekline dönüşmüş olmaktadır. İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinden yararlanarak infaz kurumuna hiç girmeyen hükümlü, maddede öngörülen yükümlülüklerle uygun davrandığı takdirde hapis cezası denetimli serbestlik tedbiri olarak infaz edilmiş sayılacaktır. Ancak 105/A maddesi, yukarıda belirtilen miktarların üzerinde hapis cezasına mahkûm olan kişiler bakımından cezanın infaz sürecinde bireyselleştirilmesini sağlayan bir enstrüman olma özelliğini sürdürmektedir.

Bu itibarla İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinde 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, maddede öngörülen "denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı" müessesesini, infaz kurumuna girip de iyi hâlli hükümlü olduğu belirlenerek bu kurumdan yararlanacak kişiler bakımından hapis cezasının infaz şekli olarak (ön koşullu salıverme) tutmaya devam etmektedir. Buna mukabil maddenin ilk hâlinde mevcut olan (fakat hiç uygulanamayan) ve bu müesseseden yararlanmak için cezanın belli bir kısmının infaz kurumunda çekilmesini arayan koşulun 7242 sayılı Kanun'la kaldırılması, bu müesseseyi işlediği suçtan dolayı iki yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler ile işlediği suçtan dolayı dört yıl hapis cezasına mahkûm olan ve altı yaşından küçük çocuğu olan kadın hükümlüler bakımından, hükmedilen hapis cezasını erteleme (TCK mad. 51) gibi yeni bir infaz biçimine dönüştürmüştür. Keza aynı durum altı yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olup da hastalığı, engeli veya yaşlı olması nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen hükümlüler bakımından da geçerlidir. Böylece 105/A maddesi bu hükümlüler bakımından hapis cezasını sürekli olarak denetimli serbestlik şeklinde infaz usulüne dönüştüren bir işlev görmektedir.

İfade edelim ki 105/A maddesinin 7242 sayılı Kanun'la değişik son hâline göre iki, dört ve altı yıl hapis cezasına mahkûm olanların infaz kurumuna hiç girmeden ve dolayısıyla iyi hâlli olup olmadıkları tespit edilmeden hâkim kararıyla cezalarının kurum dışında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilmesi doğru olmamıştır. Esasen böyle bir sonuç maddenin ön koşullu salıverme niteliğiyle de bağdaşmamaktadır. Bu itibarla 105/A maddesinin tamamen yürürlükten

kaldırılması ve konunun koşullu salıverme ile birlikte düzenlenmesi isabetli olacaktır. Şayet bu yol izlenmeyecekse yapılacak bir değişiklikle kişilerin 105/A maddesinden yararlanabilmeleri için belli bir süre infaz kurumunda kalmaları şartı yeniden getirilmelidir.

VI. 7242 SAYILI KANUN’LA DEĞİŞTİRİLEN İNFAZ KANUNU’NUN GEÇİCİ 6. MADDESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BUNA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda verilen bilgiler ışığında 7242 sayılı Kanun’la değişikliğe uğrayan İnfaz Kanunu’nun geçici 6. maddesinin niteliğini ve buna ilişkin Anayasa Mahkemesinin kararını analiz etmek gerekir.

A. 7242 SAYILI KANUN’LA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İnfaz Kanunu’nun geçici 6. maddesinin 7242 sayılı Kanun’la değişik son hâli şöyledir:

“(1) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (madde 87, fıkra iki, bent d), işkence suçu (madde 94 ve 95), eziyet suçu (madde 96), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘bir yıllık süre, ‘üç yıl’ olarak uygulanır.

(2) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135,

136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere;

a) Sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında **105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan 'iki yıl'lık süre, 'dört yıl' olarak uygulanır.**

b) Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, **azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir.** Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilir.

(3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, iyi hâlli olmak koşuluyla **kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanır.**

(4) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır."

Görüldüğü üzere 7242 sayılı Kanun'la İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde yapılan değişiklikle -bazı suçlar hariç olmak üzere- 105/A maddesinden yararlanabilmek için aranan koşullar 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından yeniden belirlenmiştir. **Bunlardan ilki açık ceza infaz kurumunda bulunma koşuludur.** 7242 sayılı Kanun'la 105/A maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek hükümlülerin açık ceza infaz kurumunda cezalarının son altı ayını kesintisiz çekme koşulu maddeden çıkartılmış ve sadece açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin 105/A maddesiyle getirilen imkândan yararlanabilecekleri kabul edilmiştir. Ancak 7242 sayılı Kanun'la değiştirilen geçici 6. maddenin 3. fıkrasına göre bu koşul 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından uygulanmayacaktır. Bir başka ifadeyle 105/A

maddesinde öngörülen imkândan **kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler de yararlanabilecektir.**

İkincisi, 7242 sayılı Kanun’la geçici 6. maddede yapılan değişiklikle 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlarda 105/A maddesindeki **bir, iki ve üç yıllık süreler uygulanmayacaktır.** İstisna edilen suçlar hariç 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan dolayı hüküm giyenlerin 105/A maddesinden yararlanmak suretiyle infaz kurumu dışına çıkarılabilmeleri için bazı hükümlülerin koşullu salıverilmelerine üç yıl, bazılarının dört yıl kalması yeterli görülmüştür. Örneğin sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler koşullu salıverilmelerine dört yıl kalması hâlinde 105/A maddesinden yararlanacaklardır. Hatta maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmış beş yaşını bitirmiş hükümlülerin 105/A maddesinden yararlanabilmeleri için infaz kurumunda kalmaları gereken herhangi bir süre de kabul edilmemiştir.

Bu durumda örneğin 30/3/2020 tarihinden önce **yağma suçunu (TCK mad. 148) işleyip de altı yıl hapis cezasına mahkûm olan bir kişi infaz kurumuna hiç girmeyecektir.** Zira bu altı yılın yarısını (3 yıl) infaz kurumunda çektiğinde zaten koşullu salıvermeden yararlanacak (İnfaz Kanunu mad. 107, fık. 2), koşullu salıverilmesine üç yıl kaldığında da 105/A maddesinden yararlanacaktır. Böylece bu kişi infaz kurumuna hiç girmeden altı yıllık cezasının tamamı denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak kurum dışında infaz edilecektir. Şayet 30/3/2020 tarihinden önce yağma suçunu işleyen kişi bir kadın olur, işlediği bu suçtan dolayı sekiz yıl hapis cezasına çarptırılır ve cezasının kesinleştiği tarih itibarıyla henüz altı yaşını doldurmayan bir çocuğu da bulunursa bu kadın da ceza infaz kurumuna hiç girmeden cezasını 105/A maddesine göre dışarıda çekecektir. Hatta bu suçu işleyen kişi “*maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlü*” ise aldığı cezanın süresi ne olursa olsun infaz kurumuna hiç girmeyecek ve cezasının tamamını geçici 6. maddeden yararlanarak dışarıda çekecektir.

Üçüncü olarak 7242 sayılı Kanun’la değişikliğe uğrayan İnfaz Kanunu’nun geçici 6. maddesi nedeniyle hiç infaz kurumuna girmeden altı yıllık veya sekiz yıllık cezalarının 105/A maddesi kapsamında infaz kurumu dışında çekmesine imkân verilen hükümlülerin **iyi hâlli**

hükümlü olup olmadıklarını belirlemek de mümkün değildir. Zira belirtilen miktarda cezaya mahkûm edilen kişiler infaz kurumuna hiç girmeyecekleri için iyi hâlli olup olmadıklarının İnfaz Kanunu'nda öngörülen usullerle (mad. 89) belirlenmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla geçici 6. madde gereğince altı ve sekiz yıl hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler bakımından iyi hâlli hükümlü olma koşulu aranmayacaktır. Hâlbuki İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinden yararlanabilmek için hükümlülerin iyi hâlli olduklarının belirlenmesi gerekmektedir.

Dördüncüsü, geçici 6. maddeden yararlanmak için her ne kadar infaz hâkimi karar verecek ise de mahkûm olduğu hapis cezası altı ve sekiz yıl olan hükümlüler bakımından hâkimin kararı tamamen şekli mahiyette kalacak, hâkimin hükümlünün iyi hâlliliğini değerlendirme imkânı olamayacağı için cezanın infazından beklenen yeniden sosyalleşme amacının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yapılamayacaktır. Bu nedenle infaz kurumuna hiç girmeyecek hükümlüler bakımından bu madde cezanın bireyselleştirilmesine hizmet eden bir özellik taşımamaktadır.

Beşincisi, 105/A maddesinden yararlanabilmek için herhangi bir suç istisnası söz konusu olmadığı hâlde geçici 6. maddede bazı suçları işleyenlerin bu imkândan yararlanmalarına izin verilmemiştir. Diğer koşullar bir tarafa bırakılsa dahi geçici 6. maddede bazı suçların istisna tutulması, tek başına bu maddenin hukuki niteliğinin özel af olduğunu göstermeye yeterlidir. Zira bu tercih kanun koyucunun bu maddeyi cezanın infazından beklenen amaçla ihdas etmediğini, 105/A maddesinde öngörülen infaz usulünden tamamen ayrıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Zira İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinden -işlediği suç ne olursa olsun- her hükümlü yararlanabilmektedir. Esasen 105/A maddesinin infaz rejimine ait düzenleme olduğunu gösteren en önemli özelliği de budur. Geçici madde 6'nın özel af niteliğinde düzenleme olduğunu gösteren en önemli özelliği ise bazı suçların istisna tutulmuş olmasıdır. Gerçekten anayasal ilkeler doğrultusunda hangi suç ya da suçluları affedeceği kanun koyucunun takdirindedir. Geçici 6. madde özel af niteliğinde olduğu için kanun koyucu bazı suçları istisna tutmuş olmaktadır.

Geçici madde 6'da yapılan düzenlemelerin "özel af" niteliğinde olduğunu gösteren en önemli hususlardan birisi de bu düzenlemeden istisna tutulan suçlarla ilgili olarak herhangi bir kriterin gözetilmemiş olmasıdır. Geçici madde 6'da yapılan değişikliğin uygulanmasından istisna edilen suçlara bakıldığında, bu istisnaların kuralın konuluş amacını da ortaya koyduğunu söylemek mümkündür. Kanun koyucu yaptığı bu atıfet işlemiyle cezası çok hafif olan suçları (örneğin özel hayata karşı suçlar) işleyenleri bu imkândan yararlandırmazken yağma, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, zimmet, rüşvet gibi ağır suçları işleyenleri yararlandırmıştır. Bu tercihin cezanın infazı usulüyle izahı mümkün değildir. Bu tercih ancak işlemin özel af olarak kabulü hâlinde belli bir anlama kavuşacaktır. Zira kanun koyucu, 30/3/2020 tarihinden önce işlediği herhangi bir suçtan dolayı altı (bazı kişiler bakımından sekiz) yıl hapis cezasına mahkûm olan kişileri infaz kurumuna hiç sokmaz iken istisnalar arasında saydığı suçları işleyen kişilerin ise mahkûm oldukları ceza ne olursa olsun, bu cezayı infaz kurumunda çekmelerini istemektedir. Bazı suçları işleyen kişilerin mahkûm oldukları cezalar ne olursa olsun bunların cezalarını infaz kurumunda çekmesinin öngörülmüş olmasının cezaların infaz biçimiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Son olarak "geçici madde 6" isminden anlaşılabileceği üzere geçici, bir defaya mahsus olarak uygulanma kabiliyeti olan, metninde de belirtildiği üzere 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlara uygulanabilecek olan bir hükümdür. Böyle bir hükümle infaz politikası oluşturulması ve hükümlülerin topluma uyumunun sağlanması mümkün değildir. Bu maddenin yegâne amacı hükümlülerin infaz kurumuna girmesini önlemek, girmiş olanların da dışarı çıkmasını çabuklaştırmaktır. Maddenin son fıkrasında çocuklar bakımından infaz kurumunda kaldıkları bir gün iki veya üç gün sayılmak suretiyle, bu durum daha da hızlandırılmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de affın önceden ve belli zamana kadar işlenmiş suçları kapsamına alması yani geçmişe yönelik olması niteliği bulunduğunu, bu niteliği taşımayan düzenlemenin "af" niteliğinde olmadığını ve Anayasa'nın 87. maddesinde öngörülen karar sayısı ile alınmasının gerekmediğini belirtmiştir³⁴.

Görüldüğü üzere, geçici madde 6'da 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından "denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle

³⁴ Bkz. AYM, E.2004/92, K.2008/119, 12/6/2008.

infaz" adı altında getirilen düzenlemenin, 105/A maddesinde aynı isimle öngörülen düzenlemeyle hiçbir ortak koşulu bulunmamaktadır. Geçici madde 6'da koşulları tamamen farklı başka bir müessese öngörülmüştür. Bu düzenleme yukarıda belirtilen özellikleriyle özel af niteliğinde bir kanun olarak kabul edilmelidir. Zira bu düzenlemeyle TCK'nin 65. maddesinin 2. fıkrasında tanımlandığı şekilde, önceden belli bir zamana kadar suç işleyip de altı ve sekiz yıl hapis cezasına mahkûm olan hükümlülerin bu cezalarını *infaz kurumunda çekmesine son verilmiş*, bu cezaların üzerinde hapis cezasına mahkûm olanların ise *infaz kurumunda kalacakları süre kısaltılmıştır*. Hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilmesine rağmen bu cezanın varlığını sürdürerek belli yükümlülüklere tabi şekilde kurumun dışında infazına devam edilmesi, düzenlemenin özel af niteliğinde olmasına engel değildir. Zira affın da belli bir süre öngörülen yükümlülüklerle uygun hareket etmeye, bu bağlamda belli bir süre suç işlememe şartına bağlı tutulması mümkündür.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesinin infaz rejimine ilişkin erteleme, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbiri gibi müesseselerin isimleri altında yapılan düzenlemelerin niteliği ve bunların Anayasa'nın 87. maddesine aykırılığı konusunda farklı kararlar verdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçici 1. ila 4. maddeleriyle getirilen ve 8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle verilen ölüm cezalarının uygulanamayacağı, bu cezaya ve diğer müebbet ve süreli hapis cezasına mahkûm olanların koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için infaz kurumunda çekmeleri gereken cezalarının kanunla belirlenen bir kısmını çektikleri takdirde iyi hâlli olup olmadıklarına bakılmaksızın şartla salıverilmelerini öngören hükümlerin Anayasa'nın 87. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek açılan iptal davasında, bu hükmün niteliğinin *özel af niteliğinde olmadığına* karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında "*Geçici maddelerin ortak özelliği, şartla salıverilme için 'iyi hâl'in aranmamasıdır. 'İyi hâl' koşulunun aranmaması, 4. madde ile getirilen düzenlemeye bir yönüyle şartlı af görünümü vermekte ise de isteme bağlı olmadan şartla salıverilmeden söz edilmesi, cezanın bir bölümünün çektirilmesinin gerekliliği ve daha önemlisi, Türk Ceza*

Kanunu'nun 17. maddesindeki koşulların oluşması durumunda şartla salıverme kararının geri alınması olanağının bulunması, öngörülen düzenlemenin 'af'tan çok şartla salıverilmeye benzediğini, kendisine özgü bir nitelik taşıdığını göstermektedir." şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur³⁵. Bu ifadelerden Anayasa Mahkemesinin hükümlerin niteliğini belirlemede oldukça zorlandığını hatta "kendine özgü bir nitelik" taşıdığını belirterek esasen bu konu hakkında tam bir kanaate varamadığını ifade etmek gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi özel af niteliğinde görmediği için Anayasa'nın 87. maddesine aykırı bulmamıştır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi benzer nitelikte bir Kanun olan 21/5/2002 tarihli ve 4758 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. bendinin, Anayasa'nın 87. maddesine aykırılığı iddiasıyla açılan davada, düzenlemeyi Anayasa'nın 87. maddesine aykırı bulmuştur. Dava konusu 2. bent şöyledir:

"2. Müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanların veya şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tâbî oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıl indirilir. İndirim, verilen her bir ceza için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden bir defaya mahsus yapılır. Ancak bir kişinin muhtelif suçlarından dolayı cezaları ayrı ayrı tarihlerde verilmiş olsa bile, bu cezaların toplamı üzerinden yapılacak indirim on yılı geçemez.

Birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlar, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal; toplam cezaları on yıldan fazla olanlar kalan cezalarını çektikten sonra şartla salıverilirler."

Anayasa Mahkemesinin bu düzenlemeye ilişkin değerlendirmesi şöyledir:

"Anayasa'da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam

³⁵ Bkz. AYM, E.1992/43, K.1992/49, 21/10/1992.

anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir.

4616 sayılı '23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin bir bölümünün Mahkememizin 18.7.2001 günlü, Esas 2001/4, Karar 2001/332 sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine bu maddenin yeniden düzenlenen dava konusu 2. bendine göre, tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezaları esas alınmak suretiyle, müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanların veya şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin bu cezalarından on yıl indirilecektir. İndirim, verilen her bir ceza için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden bir defaya mahsus yapılacak, bir kişinin muhtelif suçlarından dolayı cezaları ayrı ayrı tarihlerde verilmiş olsa bile, bu cezaların toplamı üzerinden yapılacak indirim on yılı geçemeyecektir. Çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlar, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal, toplam cezaları on yıldan fazla olanlar ise kalan cezalarını çektikten sonra şartla salıverileceklerdir.

Dava konusu kuralla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda düzenleme yapılırken, esas alınacak cezanın hangi ceza olduğu belirtilmiş, kimi ifade değişiklikleri dışında iptal kararından önceki bend ile öz yönünden bir farklılık yaratılmamıştır.

Şartla salıvermenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. Dava konusu 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilmelerine olanak tanınması ise, bu düzenlemenin şartla salıverilme olarak kabulünü engellemektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesine göre, cezayı ortadan kaldırma veya azaltma ya da değiştirme özellikleri bulunan 'özel af', toplu ve şartlı da olabilmektedir.

2. bendin ilk paragrafında, müebbet ağır hapis cezasına veya şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilenlerin ya da aldıkları ceza

*herhangi bir nedenle şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim öngörülmesi, ikinci paragrafında da, **birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanların belirli bir süre suç işlememe (bozucu, infisahi) koşuluna bağlanması, getirilen düzenlemenin toplu ve şartlı özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir.***

4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 8. bendinde, Yasa'nın yayımı tarihinden sonra cezaevinin disiplinini bozucu hareketlerinden dolayı disiplin cezası almış olanların, tüzük hükümlerine göre disiplin cezaları kaldırılmadığı sürece 1. madde hükümlerinden yararlanamayacaklarının belirtilmesi nedeniyle bu hükümlülerin cezalarının bir bölümünü cezaevinde geçirmeleri ise uygulama koşulu olduğundan 2. bendin içerdği düzenlemenin 'özel af' niteliğini etkilememektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 18.7.2001 günlü E: 2001/4, K: 2001/332 sayılı kararıyla 4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin dava konusu kuralla öz yönünden farklılık içermeyen 2. bendindeki düzenlemenin de toplu ve şartlı özel af olduğu kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Yasa ile değiştirilen 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Buna göre, 'af' niteliğindeki yasama işlemlerinin TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile yasalaşması gerektiği açıktır. Dava konusu kural ise bu oran gözetilmeyerek 174 oyla yasalaşmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 4758 sayılı Yasa ile yeniden düzenlenen 2. bendi Anayasa'nın 87. maddesine aykırıdır. İptali gerekir³⁶."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi koşullu salıverilme müessesesinin şartlarını değiştirmek suretiyle hükümlülerin infaz kurumundan erken çıkmalarına yol açan benzer nitelikteki iki düzenleme hakkında on yıl arayla iki farklı karar vermiştir. Bunlardan ilkinin özel af niteliğinde görmezken ikincisini bu nitelikte bir düzenleme olarak nitelendirmiştir.

³⁶ AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.

Anayasa Mahkemesi yukarıda özetlenen ve yine (ön) koşullu salıverilme müessesesiyle ilgili olarak belli bir tarihe kadar işlenen suçlardan dolayı hükümlülerin mahkûm oldukları altı ve sekiz yıllık hapis cezasını infaz kurumunda çekmesine son veren, bunun üzerindeki cezaların da infaz kurumunda çekilme süresini kısaltan 7242 sayılı Kanun'la düzenlenen İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesini özel af niteliğinde görmemiş ve düzenlemenin Anayasa'nın 87. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. **Kanaatimizce** 7242 sayılı Kanun'la, İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde yapılan değişikliğin hukuki niteliği konusunda Anayasa Mahkemesinin yukarıda özetlenen 17/7/2020 tarihli ve E.2020/44, K.2020/41 sayılı kararı isabetli değildir. Bu konuda karşı oy gerekçeleri değişikliğin niteliğini belirlemede daha ikna edici değerlendirmeler içermektedir. Karşı oy gerekçelerinde ileri sürülen görüşler, geçici madde 6'da yapılan değişikliğin özel af niteliğinde olduğunu ortaya koymak bakımından yeterli görünmektedir. Bununla birlikte konuya ilişkin olarak aşağıdaki hususların tekrar vurgulanması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde yapılan değişikliğin özel af niteliğinde olmayıp cezanın infaz şekline ilişkin olduğuna yönelik kararının en önemli gerekçesini, bu değişiklikten yararlanılabilmesi için hükümlülerin cezalarının belli bir kısmını infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçireceklerine yönelik değerlendirmesi oluşturmaktadır. Hâlbuki karşı oy gerekçelerinde de isabetle belirtildiği üzere bu tespit, geçici madde 6'nın birinci fıkrası bakımından altı yıl veya daha az, ikinci fıkranın a bendi yönünden sekiz yıl veya daha az, ikinci fıkranın b bendi yönünden ise süresi ne olursa olsun hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler bakımından geçerli değildir. Bu hükümlüler, altı/sekiz yıl veya daha az hapis cezasına mahkûmiyet kararları kesinleştiğinde infaz kurumuna hiç girmeyecekler ve dolayısıyla iyi hâlli olup olmadıkları da bu süreçte hiç araştırılmayacaktır. Bu kişilerin cezaları tamamen infaz kurumu dışında, hapis cezasından çok daha hafif bir yaptırım olan denetimli serbestlik tedbirleri uygulanmak suretiyle infaz edilmiş sayılacaktır. Bir başka ifadeyle altı/sekiz yıllık hapis cezası, denetimli serbestlik tedbirine dönüştürülmüş olmaktadır. Dolayısıyla da bu hükümlüler bakımından denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezanın infazı ve koşullu salıverilme kurumları için aranan ne cezanın belli bir kısmını infaz kurumunda çekme ve ne de iyi hâlli olma

koşulları aranmaktadır. Bu özellikler göz önünde bulundurulduğunda geçici madde 6'da yapılan değişikliğin altı/sekiz yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler bakımından özel af niteliği taşıdığına bir tereddüt bulunmamaktadır.

Geçici madde 6'da yapılan değişikliğin cezanın infaz biçimine ilişkin olmadığını gösteren diğer bir özellik de İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı hükümlünün açık ceza infaz kurumunda bulunmasına veya kapalı infaz kurumunda olmasına rağmen açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının oluşmasına bağlanmış iken geçici madde 6'da yapılan değişiklikle infaz kurumundan bu usulle dışarı çıkabilmek için bu koşulun aranmayacağına hüküm altına alınmış olmasıdır. Yani kapalı infaz kurumunda cezasını çekecek olan veya bu kurumda bulunan hükümlüler de geçici madde 6'nın birinci ve ikinci fıkralarından yararlanabileceklerdir (geçici mad. 6, fık. 3).

SONUÇ

Belirtildiği üzere özel af ile hükümlünün mahkûm olduğu hapis cezasını infaz kurumunda çekmesine son verilebilir, infaz kurumunda çekeceği cezanın süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir (TCK mad. 65, fık. 2). TBMM'nin özel af kanunu çıkarabilmesi için üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun karar vermesi gerekir. Kanun koyucu, İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesini, ilk ihdas edildiği 5/4/2012 tarihinden itibaren adeta özel af niteliğindeki düzenlemeleri yapmak için kullanmaktadır. Bu itibarla **infaz sistemini dejenere eden İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesi düzenlemesi, Anayasa'da özel af kanunu çıkarmak için aranan nitelikli çoğunluğa ilişkin hükmün dolanılmasında fonksiyon görmektedir.** Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın karşı oy yazısında da isabetle belirttiği üzere, Anayasa Mahkemesinin dava konusu kuralların af niteliğinde olmadığını kabul etmesiyle Anayasa'nın 87. maddesi işlevsiz ve anlamsız hâle gelmiştir. Zira kanun koyucu, artık beşte üç çoğunluğa gerek duymaksızın İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir yıl"lık süreyi değiştirmek suretiyle çok uzun süreli hapis cezalarına çarptırılan hükümlülerin dahi ceza infaz kurumlarına girmeden cezalarını infaz etmelerini ya da çok az süre ceza infaz kurumunda kalarak serbest bırakılmalarını sağlayabilecektir.

Sonuç olarak 7242 sayılı Kanun’la İnfaz Kanunu’nun geçici 6. maddesinde yapılan değişiklikle 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar hakkında -denetimli serbestlik tedbiri adı altında- kısmi bir özel af düzenlemesi getirilmiştir.

KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, Uğur (2001). “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 379-400.
- AKBULUT, Berrin (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin, ÇAKIR, Kerim (2019). *Artuk/Gökçen Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- CAN, Sibel (2016). “Türk Hukukunda Af Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, ss. 1291-1312.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- DEMİRBAŞ, Timur (2001). “Af Tartışmaları ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 78-97.
- DÖNER, Ayhan (2008). “Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM’nin Af Yetkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, ss. 33-54.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. III, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- HAKERİ, Hakan (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- İÇEL, Kayıhan, AKINCI, Füsün Sokullu, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih S., ÜNVER, Yener (2000). *İçel Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SOYASLAN, Doğan (2001). “Af”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 412-436.
- SÖZÜER, Adem (2001). “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ve Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 219-252.

- ÖNDER, Ayhan (1991). *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZGENÇ, İzzet (2001). “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 99-147.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan (2016). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1991/34, K.1991/34, 8/10/1991.
- AYM, E.1992/43, K.1992/49, 21/10/1992.
- AYM, E.1999/39, K.2000/23, 19/9/2000.
- AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.
- AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.
- AYM, E.2004/92, K.2008/119, 12/6/2008.
- AYM, E.2017/170, K.2018/77, 5/7/2018.
- AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020.



BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ İCRASI: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN DOĞRUDAN VE DOLAYLI “ÇAĞRI KARARLARI” ÜZERİNE BİR İNCELEME

The Execution of Individual Application Decisions: An Overview of the Direct and Indirect “Appeal Decisions” of the Constitutional Court

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE*

ÖZ

Merkezîleşmiş anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin işlevi ister norm denetimi ister bireysel başvuru hakkı söz konusu olsun sadece düzeltici adalet anlayışıyla sınırlı şekilde düşünülemez. Özellikle bireysel başvuru hakkı gibi hem subjektif hem de objektif etkiye sahip olan bir yetki türünde Anayasa Mahkemesi öncelikle hak ihlalinin tespit etmekle yükümlüdür. Ama bunun da ötesinde benzer türdeki hak ihlallerinin önüne geçmek için ihlalin nedenleri doğrultusunda Mahkeme'nin “doğrudan” ya da “dolaylı çağrı” kararları vermesi ve ihlalin tekrar gerçekleşmemesi için ilgili kurumları göreve çağırması söz konusu olabilir. İlk kez Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanmaya başlanan bu yöntem, bireysel başvuru kararları kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da dogmatik olarak konumlandırılmamış olsa da kullanılmaya başlanmıştır. Bu çalışmada önce kavramsal çerçeve çizilmiş, sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin kararları bu kavram çerçevesinde kategorize ve analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru kararlarının icrası, Anayasa Mahkemesi'nin “çağrı kararları”, anayasa yargısının işlevi, yasama organının icra yükümlülüğü, bireysel başvurunun objektif etkisi.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, goztepe@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2057-2957.

ABSTRACT

In centralized constitutional judicial review systems, irrespective of whether norm control or individual complaint, the function of constitutional courts cannot be regarded as being limited to only the notion of corrective justice. The Constitutional Court is first and foremost responsible to ascertain the violation of right(s), if any, in exercising its authority as regards individual complaints that carry both subjective and objective impact. Further, in order to prevent similar future violations of right(s), it is possible for the Constitutional Court to make direct and indirect "appeal decisions" and to require relevant institutions and organizations to take necessary actions. This legal method, first employed by the Federal Constitutional Court of Germany, has been also implemented by the Turkish Constitutional Court within the scope of individual complaint decisions even though the latter did not doctrinally and dogmatically positioned this authorization of "appeal decisions". In this study, firstly conceptual framework has been drawn and then the Turkish Constitutional Court's decisions have been categorized and analyzed accordingly.

Keywords: Execution of individual application decisions, "appeal decisions" of the Constitutional Court, function of constitutional justice, execution duty of the Parliament, the objective effect of individual application.

GİRİŞ

23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla kesinleşmiş olan yargı kararları aleyhine gidilebilen¹ olağanüstü bir hukuki çare olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, geçtiğimiz sekiz yılda Türk anayasa yargısı tarihinde önemli izler bıraktı. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) göreve başladığı 1962 yılından 2021 yılının Haziran ayına kadar geçen dönemde yaklaşık 3.600 olan norm denetimi karar sayısına karşılık bireysel başvuru kararları 9.000 sınırına dayanmıştır. Salt bu sayısal karşılaştırma bile bireysel başvurunun Türk anayasa yargısındaki önemini ve Mahkeme'nin iş yükü kapsamındaki ağırlığını göstermektedir.

Merkezleşmiş anayasa yargısının kabul edildiği her ülkede olduğu gibi Mahkeme'nin verdiği bütün kararlar, hukuk camiasında ya da uzman olmayan kamuoyunda aynı oranda ilgi çekmemekte ve tartışılmamaktadır. Bu durum, karara konu hukuki meselenin muhataplarının sayısı kadar, karara esas teşkil eden konunun devletin temel anayasal değerlerine etkisi, siyasal çatışmalara ne oranda konu olduğu vb. pek çok faktörle ilintilidir. Türk hukuk sisteminde görece yeni olan bireysel başvuru yolunda verilen ihlal kararlarının yararlanıcısı ve ihlalin giderilmesinin muhataplarının kim olduğu sorusu ise hukuk düzeninde henüz etraflı şekilde tartışılmış ve bütünlüklü olarak anlaşılabilmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin ilk kez 30/5/2019 tarihli *Y.T.* kararıyla² uyguladığı “pilot karar” usulü, aynı zamanda ihlal kararının gereğinin yapılması için kararın TBMM'ye gönderilmesine karar verilmesiyle de bir ilk olma özelliğini taşımaktadır. Mahkeme, TBMM'ye yönelik bu “doğrudan çağrıda bulunma” uygulamasını, ihlalin yapısal sorunlardan kaynaklandığı ve sorunun ancak ihlale esas teşkil eden kanunun değiştirilmesiyle mümkün olduğu gerekçesiyle, kararın gereğinin yapılması için TBMM'ye yollandığı dört kararla³ sürdürmüştür.

¹ Bkz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, madde 76/1 a.

² *Y.T.*, B. No: 2016/22418, 30/05/2019.

³ *Süleyman Başmeydan*, B. No: 2015/6164, 20/06/2019; *Bedrettin Morina*, B. No: 2017/40089, 5/3/2020; *Sabri Uhrağ*, B. No: 2017/34596, 29/12/2020; *Süleyman Kurtel*, B. No: 2016/1808, 22/1/2021. Son iki karar, makale teslim edilip hakem incelemesinden geçtikten sonra yayımlandığından ayrı bir başlık altında incelenememiştir. Son baskı öncesinde bilgi amaçlı olarak dipnota eklenmiştir. Ancak bu iki karar açısından da ayrıntılı olarak ele alınan kararlardan farklı bir durum söz konusu değildir.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararların icrası için doğrudan TBMM'ye yönlendirdiği karar sayısı Haziran 2021 itibarıyla sadece beş olmakla birlikte bireysel başvurularda verilen ihlal kararları yakından incelendiğinde ve ihlal kararlarının gerekçesine bakıldığında TBMM'nin hemen harekete geçmesini ve kanunlarda değişiklik ya da somutlaştırma yapmasını gerektiren pek çok karar olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada, ilk kez Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) tarafından kullanılan "çağrı kararı" (*Appellentscheidung*) kavramı esas alınarak Almanya'da başlayan kavramsal tartışma ile uygulama karşılaştırmada "iyi örnek" olarak incelenecektir (I). Kavramsal çerçeve çizildikten sonra TBMM'ye yöneltmiş "doğrudan çağrı kararları" incelenecek, sözü edilen üç karar ışığında çağrı kararlarının işlevi, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunlar ve genel olarak kuvvetler arası iş birliği esas alınarak anayasal düzenin korunmasının nasıl sağlanması gerektiği tartışılacaktır (II). Ancak Türkiye örneğinde Anayasa Mahkemesi'nin sadece doğrudan çağrı kararları değil bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararlarının gerekçesi okunduğunda aslında yine TBMM'nin ya da yürütme ve derece mahkemelerinin harekete geçip yapısal sorunu düzeltmesi gereken pek çok "dolaylı çağrı kararı" örneğine de rastlanmaktadır. Bu bağlamda bu türün belli başlı örnekleri ele alınarak (III) sonuç bölümünde TBMM başta olmak üzere diğer organların yükümlülükleri ve kurumlar arası iş birliğinin etkili şekilde hayata geçirilebilmesi için alınması gereken önlemler değerlendirilecektir. Alt başlıklarda ele alınan kararların tüketici olması mümkün değildir. Ele alınan kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin 8300 karara yaklaşan Kararlar Bilgi Bankası'ndan önemli örnek teşkil edecek olanlar arasından seçilmiştir.

I. BAŞLANGIÇ: FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN "ÇAĞRI KARARI"NI YARATMASI VE SONUÇLARI

Dünyanın en prestijli ve geniş yetkili anayasa mahkemelerinden birisi olan Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM), kuruluş kanununda düzenlenmeyen pek çok karar türünü yıllar içindeki geniş içtihadı çerçevesinde geliştirmiş ve hukuk literatürüne kazandırmıştır. Norm ve anayasa teorisinin normatif olarak düzenlenmek üzere öngöremediği bu karar türleri, dava türleriyle amaçlanan hukuki korumanın etkisini sağlamayı ve anayasa yargısının etkili bir başvuru yolu olarak kalmasını

güvence altına almayı hedeflemektedir. Yani FAYM'nin amacı, yetki alanını genişletmekten çok kararının etkisini azaltacak ya da ortadan kaldıracak etkenlerin önüne geçmek olmuştur. Bu çerçevede bugün Alman anayasa yargısı öğretisinde genel kabul gören “icat edilmiş” karar türlerinin başında “anayasayla bağdaşmazlık kararları” (*Unvereinbarkeitserklärung*) ve “çağrı kararları” (*Appellentscheidungen*) gelmektedir.

Almanya'daki “çağrı kararları”, soyut ya da somut norm denetimi doğrudan yasaya karşı yapılan ya da mahkeme kararlarına karşı gidilmiş olan bireysel başvuru sürecinde işlemin dayanağını oluşturan kanunun anayasaya aykırılığı iddiasının incelenmesi yoluyla ortaya çıkan bir karar türüdür. FAYM, kanunda öngörülen karar türlerinden birisi olan yokluk kararının yanı sıra (*Nichtigkeitstheorie*), salt tespit edici bir karar olarak yokluk sonucunu yumuşatan pek çok karar türünü içtihadi olarak geliştirmiştir. Bu karar türleri, anayasayla bağdaşmazlık (*Unvereinbarerklärung*)⁴, yasa koyucunun ihmalinin anayasaya aykırılığının tespiti, normu iptal etmeyen anayasaya uygun yorum (*normerhaltende verfassungskonforme Auslegung*), hâlâ anayasaya uygun (*noch verfassungsmäßig*) tespitiyle birlikte çağrı kararlarıdır⁵.

Ortaya çıkış nedenine bakıldığında yasama organına çağrı kararları, Almanya'nın II. Dünya Savaşı sonrasındaki özel anayasal statüsünden doğmuştur. 1945-1949 arasındaki anayasa-öncesi döneme ilişkin olarak galip devletlerin koymuş olduğu yasaların 1949 tarihli Bonn Anayasası'na uygunluğunun incelenmesinden doğan bu kararlar, Mahkeme'nin anayasaya aykırı olduğu açık olan normu hukuk düzeninde hemen ortadan kaldırmanın yaratacağı ağır sonuçlar (mesela düzenleme yokluğundan doğacak kaos) ile anayasaya aykırılığı tespit edip yasa koyucuya bunu gidermek için belli bir süre tanımasıyla ortaya çıkacak zarar arasında bir denge bulma çabasından doğmuştur.

İlk karar⁶ İngiliz denetimi altındaki bölgede yer alan çiftliklerin öncelikli olarak erkek murislere geçmesini öngören kanuni

⁴ Önce içtihadi olarak geliştirilen bu karar türü, 1970 tarihli FAYM Kanunu madde 31 ve 79'da yapılan değişiklikle yasal bir dayanağa kavuşmuştur.

⁵ Tablo hâline getirilmiş mevcut bütün karar türlerinin ayrıntılı bir açıklaması için bkz. Yang, T. (2002). *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden: Nomos, s. 30.

⁶ BVerfGE 15, 337 (*Höfeordnung für die britische Zone*) (20/3/1963). Bu kararda, yukarıda anılan dengenin ilk kez formüle edildiği Saarland kararına da atıf yapılmıştır (BVerfGE 4, 157 (170) (*Annäherungstheorie*)).

düzenlemesine ilişkindir. Bu düzenlemenin anayasaya uygunluğu uluslararası hukuka göre Alman mahkemeleri tarafından denetlenemiyordu ama işgal artık sona erdiği için norm Alman kamu makamlarının düzenleme tekeline geçmişti. 1949 yılında kabul edilmiş olan Alman Anayasası'nın eşitlik ilkesine açıkça aykırı olan bu normun yürürlükte kalmaya devam edip edemeyeceği yapılan norm denetiminin asıl konusunu oluşturmaktaydı. Mahkeme "Saarland kararı"ndaki denge formülüne atıfta bulunarak yasa koyucunun anayasaya aykırı normları ortadan kaldırma yükümlülüğüne atıfta bulunmuştur. Bunu yaparken de hem yasa koyucunun AY madde 20/3'ten⁷ kaynaklanan anayasaya bağlı olma yükümlülüğünü hem de Mahkeme olarak bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini denetleme yetkisini aynı argüman içinde birleştirerek gerekçesini oluşturmuştur⁸. Mahkeme yine bir ilk olarak yasa koyucuya 1965 yılının sonbaharında sona eren yasama döneminin sonuna kadar anayasaya aykırı kanuni düzenlemenin kaldırılması için süre tanımış, Federal Meclis de 24 Ağustos 1964 tarihli yasayla⁹ bu kararın gereğini yerine getirmiştir.

İkinci karar ise ilk kararla aynı yılda, 22 Mayıs 1963'te verilmiş olup seçim hukukuna ilişkindir¹⁰. 1949 yılında belirlenen seçim bölgeleri, 1963 yılına kadar yapılan iki seçim yasası değişikliğinde aynen bırakılmış ve aradan geçen sürede eyaletler arasındaki göç hareketleri seçim bölgelerindeki seçmen sayıları ile çıkarılacak milletvekili sayısını orantısız bir hâle sokmuştur. FAYM başvuruyu incelemeye başladığında 1961 genel seçimleri, anayasaya aykırılığı ileri sürülen seçim yasasına uygun şekilde yapılmıştı ve seçim dönemi hâlâ devam etmekteydi. Yani Mahkeme'nin seçim yasasının anayasaya aykırılığına ve FAYM Kanunu'ndaki karar türlerine göre "yokluğu"na karar vermesi durumunda anayasaya uygun bir seçim yasasını yapacak bir yasama organı da ortadan kaldırılmış olacaktı. Bu nedenle Mahkeme, 1961 seçimlerinde anayasaya aykırılığın henüz bu boyutta görülmesinin mümkün olmadığına ama yasa koyucunun bu yasama dönemi sona ermeden önce seçim bölgelerinin yeni nüfus yoğunluğunu dikkate alan bir seçim yasası değişikliği yapması gerektiğine karar vermiştir. Yasa

⁷ AY madde 20/3: "Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır."

⁸ BVerfGE 15, 337 (350).

⁹ Erstes Gesetz zur Änderung der Höfeordnung vom 24/8/1964 (BGBl. I S. 693).

¹⁰ BVerfGE 16, 130.

koyucu 1964 yılında ilgili yasayı kabul ederek “çağrı kararı”nın gereğini yerine getirmiştir¹¹.

Görüldüğü üzere “çağrı kararı” kavramı ilk kez norm denetiminde ortaya çıkmış olmasına rağmen Almanya’da bireysel başvurunun (anayasa şikâyeti) hem kesinleşmiş yargı kararlarına hem de belli koşulların gerçekleşmesi hâlinde doğrudan kanunlara karşı yapılabilmesi ve bir kamu gücü işleminin anayasaya aykırılığının bireysel başvuru incelemesi sırasında da mümkün olması nedeniyle “çağrı kararları” belli bir yetki türüyle sınırlı değildir.

Çağrı kararlarının sıkça uygulandığı bir başka durum, Mahkeme’nin bir normu denetlediği anda normu (henüz) anayasaya aykırı bulmadığı ama gelecekteki uygulamaların neredeyse kesin bir şekilde anayasaya aykırılığının öngörüldüğü hâllerdir. Burada amaç, yasa koyucuya hukuk düzenini yakın gelecekte tehdit edecek anayasaya aykırı durumu ortadan kaldıracak yasal düzenlemeleri yapması için uyarıda bulunmak ve zaman vermektir¹². Ancak *obiter dictum* olarak okunabilecek bu karar türünün bağlayıcılığı ve sonuçları konusunda hâlâ belirsizlikler söz konusudur.

Özellikle eşitlik ilkesinin ihlali niteliğindeki yasalarda FAYM, incelediği normun iptali hem yasanın kapsamına alınması gerekirken anayasaya aykırı şekilde alınmamış olan kişilerin otomatik olarak kapsama alınması sonucunu doğurmayacağından hem de yasadaki hâlihazırda yararlananların mevcut haklarını ihlal edeceğinden yasa koyucuya çağrıda bulunarak kapsamın genişletilmesi yolunu tercih etmektedir¹³.

¹¹ Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14/2/1964 (BGBl. I S. 61), Anlage. FAYM’nin Federal Seçim Kanunu’na ilişkin vermiş olduğu 25 Temmuz 2012 tarihli kısmi anayasaya aykırılık kararının (2 BvF 3/11) gerekleri ise 2013 ve 2017 tarihinde yapılan genel seçimlere kadar yapılamamış, 14/11/2020 tarihli “mini reformla” FAYM’nin işaret ettiği hususların bir kısmı giderilmeye çalışılmışsa da muhalefet partileri bu yasa değişikliğine karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. 2021 sonbaharında yapılacak olan genel seçimler öncesinde FAYM’nin kanun değişikliğine ilişkin bir karar verip vermeyeceği ya da yürürlüğü durdurma kararı vererek 2021 seçimlerinin eski düzenlemeye göre yapılmasını sağlayıp sağlamayacağı bilinmemektedir.

¹² Scherzberg, A. (2009). Individualverfassungsbeschwerde, içinde Ehlers, D., Schoch, F. (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, München: C.H.Beck, s. 341 § 194; Hillgruber, Chr./Goos, Chr. (2012). *Verfassungsprozessrecht*, s. 226 § 544a; Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, s. 560 § 1406. Ayrıca bkz. BVerfGE 101, 158 (159 vd.; 237 vd.); 85, 80 (93); 78, 249 (251).

¹³ Örneğin BVerfGE 8, 28 (36 vd.).

Çağrı kararlarını daha geniş yorumlayan yazarlar da vardır. Buna göre FAYM'nin yasa koyucuyu yeni bir düzenleme yapmaya davet ettiği her kararı "çağrı kararı" olarak nitelendirilmektedir. Bu çağrı belli bir zamanla sınırlı, kesin bir tarih verilerek yapılabileceği gibi genel ve zaman sınırı çizilmeksizin ya da maddi içeriği konusunda somut direktiflerle de yapılabilir¹⁴. Ancak bu yazarlar da anayasaya aykırılığı saptanmış olan bir normun belli bir süre daha hukuk sisteminde yürürlükte kaldığı durumla (henüz) anayasaya aykırı bulunmayıp gelecekteki muhtemel anayasaya aykırı durumdan dolayı çağrı yapılan kararları birbirinden ayırmaktadır. Çünkü ilkindeki çağrı, anayasaya aykırılığın giderilmesi için kararın etkisine içkin iken ikinci durumda henüz bu türden bir anayasa aykırılık tespiti olmadığından yasa koyucu bakımından bağlayıcı olmayan, kararların icrası başlığı altında ele alınmaması gereken bir *obiter dictum* söz konusudur.

Anayasa usul hukuku bakımından sorun hem bu karar türünün yasa koyucu bakımından bağlayıcılığı hem de bununla ilintili olarak çağrıya uyulmaması durumunda hukuk düzenindeki yaptırım olanaklarının sınırlılığı hatta imkânsızlığı nedeniyle karşımıza çıkmaktadır. Ancak hem Alman hem de Türk hukuk düzeninde yasa koyucunun da anayasayla ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bağlı olduğu göz önüne alınarak iki kurum arasındaki iş birliğinin korunacağını düşünmek ya da ummak yanlış olmayacaktır.

Çağrı kararlarının en önemli özelliği, yasa koyucunun harekete geçmesini gerektirmesidir¹⁵. Bu doğrultuda çağrı kararlarının salt *obiter dictum* olmadığını, bir nevi "düzenleme direktifi" olarak anlaşılması gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır¹⁶. Bu doğrultuda Alman öğretisinde "basit" ve "nitelikli" (*qualifiziert*) çağrı kararları ayrımı yapılmaktadır. İlki yasa koyucuya zaman ve içerik konusunda geniş takdir yetkisi tanıyan kararlar iken ikincisi yasa koyucuya düzenlemenin maddi unsurları konusunda da direktifler vermektedir.

¹⁴ Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). s. 559 § 1405.

¹⁵ Schlaich, K., Koriath, S. (2018). *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11. Auflage, München: C.H.Beck, § 431. Yazarlar çağrı kararlarının istisnai olarak ve *obiter dictum* mahiyetinde kullanıldığını ve kavramın ilk kez FAYM üyesi Wiltraut Rupp-v. Brünneck tarafından formüle edildiğini belirtmektedir. Bkz. Rupp-v. Brünneck, W. (1970). Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, içinde Ritterspach, Th., Geiger, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller* (ss. 355-378).

¹⁶ Bethge, H. (2020). §§ 31, 35, içinde Maunz, Th., Schmidt-Bleibtreu, Klein, Bethge u.a. (Hrsg.) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 59. EL § 56; § 180 (sırasıyla).

Sonuç olarak iyi işleyen bir hukuk devletinde “henüz” anayasaya aykırı olmasa da yakın gelecekte anayasaya aykırı olabilecek yasal düzenlemeler, yasa koyucunun eksik düzenlemeleri, somutlaştırılması gereken normlar ya da doldurulması gereken boşluklar ile ilgili olarak FAYM’nin verdiği kararların yasa koyucu tarafından dikkate alınıp gerekli işlemlerin yapılacağı varsayılmaktadır. Almanya’da geçmişteki bütün uygulamalar, vergi hukukundaki siyasal tercihlerden kaynaklanan örnekler bir kenara bırakılırsa bu iş birliğinin iyi işlediğini göstermektedir.

Ancak tahmin edileceği üzere “çağrı kararları”nın anayasa ve yasaya uygunluğunun yanında etkisi ve bağlayıcılığı konusunda da öğretide tartışmalar vardır. Buna rağmen Mahkeme’nin bu türe dâhil edilebilecek kararları aracılığıyla yasa koyucunun anayasaya uygun normatif düzenleme yapması sağlandığından bu karar türüne ilkesel bir karşı çıkış olduğunu söylemek mümkün değildir. Çağrı kararlarının bağlayıcılığı konusunda öğretideki tartışmalar bitmiş değildir ve her bir somut olayda tartışmalar tekrar alevlenebilmektedir. Alman kamu hukuku öğretisinin kavramsal ayrıştırma konusundaki tutkusu dikkate alındığında bu durum şaşırtıcı değildir. Heusch, FAYM’nin “çağrı kararları”nın da diğer esasa ilişkin kararlar gibi bağlayıcı olduğunu belirtirken¹⁷ Klein bu bağlayıcılığın ek koşulu olarak, karar tarihinde anayasaya aykırılığın mevcut ve yasa koyucunun harekete geçmesinin zorunlu olmasını öngörmektedir¹⁸. Literatürde çağrı kararlarının sadece “henüz” anayasaya aykırı bulunmamış/hâlâ anayasaya uygun (*noch verfassungsmäßig*) normların yakın gelecekte anayasaya aykırı hâle gelmemesi için mi yapılabileceği yoksa artık anayasaya aykırı olduğu tespit edilmiş norma mı ilişkin olacağı konusunda görüş birliği olduğunu da söylemek mümkün değildir¹⁹. Mahkeme’nin yasa koyucunun belli bir süreye kadar harekete geçmesini öngördüğü kararların ise bir yasal

¹⁷ Heusch, A. (2005). § 31, içinde, Umbach, D.C., Clemens, Th., Dollinger, F-W. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller, s. 513 § 55.

¹⁸ Benda, E., Klein, E., Klein, O. (2012). § 1280.

¹⁹ Graßhof’un (2005) verdiği bütün FAYM kararları örneği, “hâlâ anayasaya uygun” bulunan norm denetimine eşlik eden mahkeme kararlarıdır. Bkz. Graßhof, K. (2005). § 78, içinde Umbach, D.C., Clemens, Th., Dollinger, F-W. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, s. 960 § 10 dn. 10 (BVerfGE 39, 169; E 39 107, 218; E 53, 257 (312 vd.); E 54, 11 (37); E 78, 249 (287 vd.).

dayanağı mevcut değildir²⁰. Buna karşılık Alman uygulamasında, dolaylı biçimde bir yasanın anayasayla bağdaşmazlığına karar verilmişse (*implizite Unvereinbarerklärung*) ve hüküm kısmında yasa koyucuya belli bir süre tanınmışsa bu sürenin sonunda yasanın yürürlüğünün sona ereceği kabul edilmektedir ve uygulama da bu yönde olmuştur²¹.

Yang çağrı kararlarını ve işlevini, FAYM ile yasa koyucu arasındaki iş birliği ilişkisi ve Mahkeme'nin yasa koyucunun anayasaya uygun davranma yükümlülüğüne yardımcı olması biçiminde açıklamakta, kurumlar arasında herhangi bir hiyerarşi ya da emir ilişkisi kurmamaktadır²². FAYM'nin argümanının da bu görüşü tamamladığı söylenebilir. Mahkeme'ye göre "Yasa koyucunun anayasal düzene bağlılık yükümlülüğü kanun koyma faaliyeti sırasında anayasaya uygunluğu sağlamakla sona ermemektedir, aksine yasa koyucu çıkarılan bir kanunun anayasaya uygunluğunun devam etmesini de sağlamakla yükümlüdür²³." Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde Mahkeme kendisini "yardımcı" rolünde görmektedir. FAYM'nin çağrı kararlarının kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından eleştirilebileceğini, bir yargı organının yasama organına direktif ya da emir vermesinin birbirinden üstün olmayan kuvvetler açısından düşündürücü olabileceğini belirten ama son kertede FAYM'nin çağrı kararlarının yasa koyucunun görevlerini yerine getirmesinde yardımcı olan, destekleyici nitelikte kararlar olduğunu kabul eden yazarlar da bu işlevi öne çıkartmaktadır²⁴.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yasa koyucunun harekete geçmesi için kesin bir son tarih belirlediği kararların yanı sıra²⁵ yasa koyucunun kararını ileriki dönemlerde gözden geçirmesi gerektiğini belirten²⁶, yasanın uygulanmasıyla birlikte oluşan ve tespit edilebilen

²⁰ a.g.e., s. 960 § 10.

²¹ Bkz. BVerfGE 101, 158 (159 vd.).

²² Yang, T. (2002). s. 348 vd. Aynı doğrultuda Stettner de çağrı kararlarını yasama yetki ve görevinin yerine getirilmesinin bir boyutu olarak düşünmektedir. Stettner, R. (2013), Art. 76, içinde Dreier, H. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 1731 kn. 10.

²³ BVerfGE 88, 203 (310).

²⁴ Kreutzberger, S. (2007). *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a. M.: Peter Lang s. 215, 220, 228.

²⁵ BVerfGE 37, 38 (56 vd.); E 78, 249 (251 ve 265); E 85, 386 (402); E 101, 158.

²⁶ BVerfGE 49, 89 (Atom Yasası); E 50, 290 (iş yerlerinde çalışanların oy hakkına ilişkin yasa); E 92, 365 (kısa çalışma ücreti) vb.

anayasaya aykırı durumları takip edip bunların yasa koyucu tarafından en kısa sürede düzeltilmesi gerektiğini vurgulayan²⁷ ya da yasa koyucunun yasayı düzeltmesi (*Korrektur*) ya da iyileştirmesi (*Nachbesserung*) gerektiğini belirten²⁸ kararları mevcuttur. Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasındaki iş birliği ilişkisinin ya da başka bir deyişle, anayasa mahkemelerinin yasama organı karşısındaki icra gücünün sınırını gösteren iyi bir örnek, FAYM'nin 29 Eylül 2020 tarihli kararına²⁹ bakılarak anlaşılabilir. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayanan bir anayasa şikâyeti başvurusu üzerine verilen kararda FAYM, 6 Aralık 2016 tarihli kararında³⁰ Atom Yasası'nda yeni bir düzenleme yapması için yasa koyucuya 30 Haziran 2018'e kadar bir süre verildiğini ve yasa koyucunun bu doğrultuda 10 Temmuz 2018 tarihli 16. Atom Yasası değişikliğini kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak bu yasa henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte içerdiği hükümler, FAYM'nin 6/12/2016 tarihli kararında vurguladığı “*anayasaya aykırılıkları giderecek nitelikte değildir*” ve bu anlamda kararın gerekleri yerine getirilmemiştir. FAYM 2020 tarihli son kararında yasa koyucunun “en kısa zamanda” 2016 tarihli kararında belirtilmiş olan anayasaya aykırılığı giderecek kanun değişikliklerini yapması çağrısında bulunmaktadır. Görüldüğü üzere Mahkeme, 2016 tarihli kararının gereklerinin hangi ölçüde yerine getirilmiş olduğunu denetlemekle birlikte bunun eksik bırakılmış olması durumunda “çağrı kararlarına uyulması çağrısı” dışında FAYM'nin elinde başka bir icrai araç bulunmamaktadır.

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN “DOĞRUDAN ÇAĞRI” KARARLARI

Türk Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri Anayasa'nın 148., 69. ve 85. maddelerinde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da (AYMK) ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde düzenlenmektedir. Almanya ile karşılaştırıldığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin yetki kataloğunun da hayli geniş olduğunu söylemek mümkündür. Bu yazının konusu bakımından önemli olan karar türleri ve AYM'nin içtihadındaki genişlemelere bakılacak olursa

²⁷ BVerfGE 43, 291 (Üniversiteler Yasası); E 45, 187 (Ceza Yasası); E 53, 257 (Emeklilik Yasası).

²⁸ BVerfGE 65, 1 (Nüfus Sayımı Yasası); E 68, 155 (Ağır Engelli Yasası). Çağrı kararlarının alt başlıklarının ayrıntılı bir tasnifi için bkz. Yang, T. (2002). s. 37 vd.

²⁹ 1 BvR 1550/19 (29/9/2020).

³⁰ BVerfGE 14, 246.

AYM'nin "karar türü yaratıcılığı"nın Almanya'ya göre daha sınırlı olduğu saptaması yapılabilir.

AYM kararlarının bağlayıcılığı ve etkisi konusundaki anayasal düzenlemeler, 2010 yılı anayasa değişikliğinde herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Dolayısıyla norm denetiminden yapısal farklılıklarına ve Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluğunun göreceleştirilmiş olmasına rağmen bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı konusunda farklı bir anayasal kural söz konusu değildir ve genel kurallara tabidir.

Anayasa'nın 153. maddesindeki ilkeler, gözetilen amaç dikkate alarak şöyle kategorize edilebilir:

1. Fıkra: *"Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz."* Öncelikle norm denetimi kararları için geçerli olan bu düzenlemeden beklenen ilk etki, yasa koyucunun tekrar aynı türden bir anayasaya aykırı norm koymasını önlemektir. Gerekçe, yasa koyucuya maddi anlamda yön gösterici bir işleve sahiptir ve anayasal düzende sürekli olarak aynı nitelikte anayasaya aykırı normların konulmasını engellemeyi amaçlar.

2. Fıkra: *"Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez."* Bu hüküm, Alman öğretisinde tipik örnek olarak gösterilen, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin eşlerin soyadı seçimindeki Medeni Kanun hükmünün anayasaya aykırılığını saptadıktan sonra yasa koyucu yeni düzenleme yapmaya dek doğacak boşluğu önlemek için yeni yasal düzenleme yürürlüğe girinceye kadar geçerli olacak ilkeleri belirlediği³¹, aslında bir yasa normu niteliğindeki "geçici düzenleme" (*Auffangregelung*) benzeri bir uygulamayı engelleme amacını taşımaktadır. Türkiye bağlamında ise bu normun özellikle siyasal organlarla yargı arasındaki demokratik meşruluk gerilimini azaltmayı amaçladığı söylenebilir. Gerçi kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, bu norm olmasaydı da AYM'nin bu türden bir norm koyma faaliyetine girişeceğini düşündürecek bir durum zaten hiç mevcut olmamıştır.

³¹ BVerfGE 84, 9 vd. Bu Mahkeme kararının da ele alındığı kapsamlı bir çalışma için bkz. Göztepe, E. (1999). "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evli Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, s. 101 vd.

3. Fıkra: “Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hâllerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.” Bu fıkra, anayasaya aykırı normun iptalinin etkilerini erteleme olanağı tanıyarak, AYM kararda açıkça belirtmese de yasa koyucuya “düzenleme çağrısı” yapılmasının anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Burada AYM, iptal kararının doğuracağı hukuki boşluktan kaynaklanabilecek zarar ile anayasaya aykırı olduğuna karar verilmiş olan normun belli bir süre daha hukuk düzeninde yürürlükte kalmasından dolayı ortaya çıkabilecek zarar arasında bir tercih yapmakta ve kamu yararı açısından siyasal iradeye anayasaya uygun bir çözüm bulması için zaman tanımaktadır. Türk hukuk tarihinde ilk akla gelen örnek, TCK’de suç olarak düzenlenen ama kadın ve erkek eş arasında suçun unsurları bakımından asli farklılıklar içeren zina düzenlemelerinin AYM tarafından iki kararla iptal edilmesidir. İlk karardan³² sonra TBMM kendisine yapılan “düzenleme çağrısı”na uymamış, böylelikle iptal kararı yürürlüğe girdikten sonra eşler arasındaki hukuki eşitsizlik daha da büyüdüğünden, önüne gelen ikinci somut norm denetiminde AYM kadının zinasını düzenleyen normu da iptal ederek³³ zinayı suç olmaktan çıkarmıştır. Yasa koyucu bu hukuki sonuca “negatif yasa koyma iradesiyle” katkıda bulunmuştur.

4. Fıkra: “İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.” Bu fıkroda ise AYM’nin “düzenleme çağrısı”nın muhatabı olan Meclis’e ilgili düzenlemeye öncelik verme yükümlülüğü getirilmektedir.

5. Fıkra: “İptal kararları geriye yürümez.” 153. maddenin, bireysel başvuru usulünün kabulünden sonra yapısal bir değişikliğe uğramadığı dikkate alındığında bu maddenin uygulama alanının norm denetimi kararları olduğunu tespit etmek yanlış olmayacaktır. Bireysel başvuru kararlarında verilen ihlal kararlarının zamansal etki ve sonucu ile ilgili

³² AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996 (726 sayılı TCK madde 441’e ilişkin). İptal kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

³³ AYM, E.1998/3, K.1998/28, 23/6/1998 (726 sayılı TCK madde 440’a ilişkin).

olarak Anayasa'da benzer bir düzenleme yer almamaktadır. AY madde 148/5 düzenlemeyi kanuna bırakmaktadır ("*Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.*").

6. Fıkra: "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*" Bu fıkra Mahkeme'nin verdiği her türden kararı kapsamaktadır. Her ne kadar bütün bireysel başvuru kararlarının tamamı Resmî Gazete'de yayımlanmasa da kamuoyuna duyurulma koşulu Mahkeme'nin internet sitesi üzerinden gerçekleştirildiğinden bağlayıcılığın koşulu olan bilinebilirlik ve öngörülebilirlik sağlanmaktadır. Bireysel başvuru kararları dikkate alındığında asıl sorun, kararların subjektif ve objektif etkisinin bir arada düşünülmesinin gerekmesi ve salt subjektif etkinin hukuki/siyasal tartışmaların odağını oluşturmamasının sağlanmasıdır³⁴.

FAYM'nin icat ettiği ve Alman hukukunda "çağrı kararları" olarak kavramsallaştırılan olgu, Türk hukuk düzenine uyarlanıp yukarıda anılan normlar ve aşağıda ele alınacak bireysel başvuru kararları ışığında incelenecek olursa, Türk hukukunda bireysel başvuru usulü kapsamında Mahkeme'nin "doğrudan" ve "dolaylı" çağrı kararları ürettiği gözlenmektedir.

Türk anayasa hukuku bakımından norm denetimi kararlarında iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi ve yasa koyucunun doğacak boşluğu doldurması için kendisine zaman tanınmasına ya da bireysel başvuru kararlarında özellikle *kanundan* kaynaklanan "yapısal soruna" dikkat çekilerek kararın bu sorunun giderilmesi için yasama organına yollanmasına "*doğrudan çağrı kararı*" denebilir. Burada hem muhatap hem de yapılması gereken işlem açık şekilde belirtilmektedir.

Buna karşılık eğer bireysel başvurularda ihlal kararı verilmesine rağmen ne kanundan kaynaklanan yapısal soruna değinilmiş ne de sorun uygulamanın yeknesak olmamasından dolayı tekrar birçok ihlale yol açabilecek nitelikte olsa bile son kertede yasama organının ya da yürütme ve idarenin yapması gerekenlere değinilmemişse yani kararın gereklerinin yerine getirilmesi uygulayıcı ve öğreti görüşlerinin

³⁴ Aynı doğrultuda bkz. Kanadoğlu, K. (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 258: "*Bu kural böylelikle AYM'nin iş yükünün azalmasına ve öncekinin tekrarı niteliğindeki çok sayıda olayda AYM'ye başvuruyu önleyecektir.*"

yorumuna bırakılmışsa “*dolaylı çağrı kararı*” kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Çünkü bu durumda da yasama organının ya da yürütmenin sorunun kaynağıyla ilgilenmesi, önleyici tedbirler alması, anayasaya uygun ve bir örnek hukuk uygulamasının sağlanması için zorunludur.

Yukarıda değinilen norm denetiminin sonucuna ilişkin anayasal düzenlemeler ışığında sorulması gereken ilk soru, yasa koyucunun soyut ya da somut norm denetimi kapsamında verdiği iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesini müteakip yasa koyucunun hareketsiz kalmasının bir yaptırıma bağlanıp bağlanmadığıdır. Aslında bütün anayasal sistemler için sorulması gereken bu nihai soru, kurumlar arası ilişkilerin hangi oranda anayasal normlara uygun yürütüldüğüne ve bir kurum “oyunun” kuralını bozduğunda sistemin kendisini nasıl koruyabildiğine ilişkin olup hem anayasa hukukunun hem de siyaset biliminin asli sorunlarından bir tanesidir. Almanya gibi güçlü bir hukuk devletinde bile hükûmetlerin kendi sabit seçmen tabanlarının taleplerini karşılamak için özellikle vergi politikasıyla ilgili “*çağrı kararlarında*” siyasal takdir yetkisini son derece geniş yorumladığı görülmektedir. Bu siyasal takdir yetkisi Türkiye örneğinde ceza hukuku, medeni hukuk ya da siyasal partiler hukuku gibi alanlara doğru da genişleyebilmektedir.

Son olarak FAYM ve AYM arasındaki normatif yetki farkından bahsetmek, AYM’nin normatif hareket alanını saptamak ve bazı kısır döngülerin nedenini anlamak için faydalı olacaktır. Almanya’da yasalara karşı doğrudan bireysel başvuru yapma olanağı vardır (FAYMK, mad. § 93/3); bunun yanı sıra bireysel başvuruda verilen ihlal kararının anayasaya aykırı bir kanundan kaynaklandığına karar verilirse bu kanun hakkında bireysel başvuru incelemesi kapsamında iptal kararı verilmektedir³⁵. Oysa AYM Kanunu’nda buna benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Kanun’un tasarı aşamasında “*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.*” düzenlemesi yer almaktaydı. Bu hüküm Anayasa

³⁵ § 95/3 of the Act of the Federal Constitutional Court: “If the Court grants a constitutional complaint which challenges a law, that law shall be voided. The same shall apply if a constitutional complaint is granted pursuant to subsection 2 ***because the reversed decision was based on an unconstitutional law.*** § 79 shall apply accordingly.”, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (Erişim Tarihi: 15/12/2020).

Alt Komisyonunda çıkarılmış, Genel Kurulda da tekrar gündeme getirilmediğinden Kanun'da yer almamıştır. Komisyon çalışmalarında "yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapacağı" belirtilse de³⁶ bu düzenleme eksikliğinin anayasal düzenin anayasaya aykırı normlardan arındırılması için çok dolambaçlı bir yolu zorladığı ortadadır. Çünkü normun anayasallığını bireysel başvuru üzerinden inceleyemeyen AYM, bireysel başvurudaki ihlal kararı sonrasında yeniden yargılama için kararı ilk derece mahkemesine gönderecek ve bu mahkeme tekrar AYM'ye norm denetimi için başvurabilecektir. Bireysel başvuru dolayısıyla somut norm denetimi yapılamamasının normatif olarak açıkça düzenlenmemiş olması, Türk hukuk düzeninde aşağıda ele alınacak bazı sorunların da kaynağını oluşturmaktadır.

A. KANUNİ DÜZENLEME YAPILMASI GEREKLİLİĞİNİN HÜKÜM FIKRASINDA KARARA BAĞLANIP TBMM'YE BİLDİRİLDİĞİ KARAR ÖRNEKLERİ

1. Y.T. Kararı

AYM'nin pilot karar usulünü uyguladığı ilk kararı, aynı zamanda kararın bir örneğinin TBMM'ye bildirilmesine karar verdiği bu anlamda da ilk "doğrudan çağrı" kararıdır. Karara konu düzenlemenin geçirdiği evreler ve sonrasındaki hukuki düzenlemeler bakımından Y.T.³⁷ kararı özel bir öneme sahiptir. Başvuru, sınır dışı edilmesine karar verilen başvurucunun kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye geri gönderilmesini engellemek için etkili bir yargı yolu bulunmadığı iddiasına dayanmaktadır. AYM tarafından geçici tedbir kararı alınarak geri gönderme işleminin durdurulması talebini de içeren başvuru kapsamında kabul edilebilirlik incelemesini yapan Bölüm, İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca sınır dışı işleminin tedbiren durdurulmasına karar vermiştir. Daha sonra Bölüm tarafından pilot karar usulünün resen başlatılmasına karar verilmiş ve konunun önemi nedeniyle başvurunun Genel Kurula sevk edilmesine karar verilmiştir. Daha sonra da görüleceği üzere sonraki iki "doğrudan çağrı kararı" da Genel Kurul tarafından karara bağlanmıştır.

³⁶ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 20.

³⁷ Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

Başvurunun esas konusu, 4 Nisan 2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 53/3 maddesinde düzenlenen, yargı yoluna başvurmaya bağlanan otomatik sonuca ilişkindir. Kanunun ilk düzenlemesine göre *"Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."*

Görüldüğü üzere bir yabancıların idarenin verdiği sınır dışı etme kararına karşı açtığı davanın sonuçlanmasına kadar bu kararın icrasının yasa gereği durması öngörülerek başvuru yargı yolunun etkili sonuç doğurması güvence altına alınmıştı. Ancak 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra çıkarılan 3 Ekim 2016 tarihli ve 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin (OHAL KHK)³⁸ 35. ve 36. maddeleriyle 6458 sayılı Kanun'un 53. ve 54. maddeleri değiştirilerek dava sonuçlanıncaya kadar kanunun sağladığı, kararın icrasının durdurulmasına ilişkin otomatik koruma kaldırılmıştır³⁹. OHAL KHK'si ile yapılan değişikliğe göre 54. maddenin ilk fıkrasında sayılan kişiler, haklarında verilen sınır dışı etme kararına karşı idari yargı yoluna başvursalar dahi idare mahkemesi tarafından yürürlüğün durdurulması kararı verilmedikçe karar kesinleşmeden önce de her aşamada sınır dışı kararının icrası olanaklı hâle gelmiştir. Bu durumda AYM'ye

³⁸ 676 sayılı OHAL KHK'sinin ilgili maddeleri, 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 31. maddesi uyarınca aynen kabul edilmiştir. Bkz. RG: 8.03.2018, S. 30354 (mükerrer).

³⁹ 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrasında 6458 sayılı Kanun'un 53. ve 54. maddelerinin konuyla ilgili düzenlemesi şu hâle getirilmiştir:

Madde 53/3, 3 son cümlesi: *"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 kapsamındaki her yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."*

"Madde 54 (1):

b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar,

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar,

k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir."

yapılan bireysel başvurudaki etkili yargı bulunmadığı şikâyetinin yargı organlarının farklı yorum ya da uygulamalarından değil kanundan kaynaklandığı açıktır.

AYM de bu doğrultuda ilk kez İctüzük'ün 75. maddesindeki pilot karar usulünü uygulama kararı vererek daha önceki iki kararında⁴⁰ sınır dışı ile ilgili olarak usul güvencelerini ortaya koyduğu ilkelerin hukuk düzeninde yeniden tesis edilebilmesinin ilk adımını atmıştır. Mahkeme, önünde bekleyen diğer 1.545 başvurunun (§ 73) da aynı gerekçeyle yapısal sorundan kaynaklanması sebebiyle kararın bir örneğinin yasama organına yollanmasına karar vermiştir. Mahkeme aynı zamanda 8 Nisan 2019 tarihine kadar yapılmış olan 1.545 başvuru ile *"bu tarihten sonra gelmeye devam edecek aynı mahiyetteki yeni başvuruların İctüzük'ün 75. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca **bir yıl süreyle incelemesinin ertelenmesine** ve ilgililerin bu hususta bilgilendirilmesine"* karar vermiştir (§ 78). Mahkeme her ne kadar kararın ne gerekçesinde ne de hüküm kısmında düzenleme yapması için yasa koyucuya herhangi bir zaman kısıtlaması getirmemişse de dosyaları bir yıl süreyle bekletme kararının dolaylı biçimde yasama organına tanınan maksimum düzenleme süresi olarak düşünüldüğü söylenebilir.

Yasama organı, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından yaklaşık dört buçuk ay sonra 7196 sayılı Torba Kanunu'nun 75. maddesiyle, 6458 sayılı Kanun'un 53/3 maddesindeki on beş günlük dava açma süresini yedi güne düşürmüştü ama 54/1 maddesinin b, d ve k bentlerine atıf yapan istisna hükmünü kaldırarak dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde karar kesinleşinceye kadar davacının sınır dışı edilmesini engelleyen eski düzenlemeyi tekrar yürürlüğe sokmuştur. Mahkemenin "doğrudan çağrı" kararlarının ilki olan bu karar, yargı ile yasama organı arasındaki olumlu iş birliği için de iyi bir örnek teşkil etmektedir.

2. Süleyman Başmeydan Kararı

AYM'nin yasama organına yönelik ikinci "çağrı kararı" *Süleyman Başmeydan* başvurusudur⁴¹. Bu karar, ceza muhakemesindeki hükmün

⁴⁰ Kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı kararı ve bununla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkına ilişkin usul güvencelerinin ortaya konduğu bu iki karar için bkz. *A.A. ve A.A.*, B. No: 2015/3941, 1/3/2017; *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad*, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.

⁴¹ *Süleyman Başmeydan*, B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

açıklanmasının geriye bırakılması (HAGB) kararının bağlı sonuçları konusunda kanuni düzenleme boşluğunun tespitine ilişkindir. Başvurucuya 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93/1 ve 2 fıkralarında düzenlenen işgal ve faydalanma suçunu işlemesinden dolayı verilen on aylık hapis cezası için HAGB'ye karar verilirken ormanlık alandaki boşluklara dikilmiş olan fındık fidanlarının ise müsadere karar verilmiştir. Bu karardaki kritik nokta, HAGB kararına itiraz ile müsadere kararına itiraz ve temyiz farklı dosyalar içinde ele alınması ama HAGB'nin kesinleşmesinin müsadere kararı için de geçerli olduğunun kabul edilmesidir. Yargıtay ise temyiz talebini incelerken müsadere kararının HAGB'ye ilişkin hükmün bir parçası olduğunu, müsadere tedbirinin hüküm açıklanmaya kadar hukuki sonuç doğurma yeteneği bulunmadığını belirtmiştir. Bu içtihadı karşılık HAGB kararı ile birlikte verilen müsadere kararının hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamasının sonucunda ilk derece mahkemesinin HAGB kararının kesinleşmesini müteakip Orman İşletme Şefliği müsadere kararının infazına girişmiştir.

AYM mevcut yasal belirsizliğin ve yeterli olmayan güvencelerin mülkiyet hakkı üzerinde ölçülü olmayan bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. İhlalin kaynağı olarak görülen "kanun hükmündeki belirsizliğin" ise müsadere tedbirinin ne zaman, nasıl, hangi koşullarda infaz edileceği ya da durdurulacağının, zorunlu durumlarda hangi tür mekanizmalarla (örneğin tazminat) infazın başlatılabileceğinin TBMM tarafından düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁴². Haziran 2021 itibarıyla yasa koyucu bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamıştır.

Bu kararla ilgili olarak -açık kanuni düzenleme eksikliği yanında- mahkemelerin HAGB'nin işlevi ve amacı üzerinde hiç düşünmediklerinin, müsadere gibi HAGB verilen dava konusuna sıkı sıkıya bağlı bir tedbirin infazının HAGB ile amaçlanan sonuçla birlikte düşünülmesine hiç itibar edilmemiş olmasının vurgulanması gerekir. Bu nedenle de yargı organı mensuplarının hukuki yorum yöntemleri konusundaki bilgi eksikliğinin giderilmesi için mesleki eğitim vermenin de aşağıda ele alınacak olan Adalet Bakanlığı yükümlülükleri arasında yer aldığını belirtmek gerekir.

⁴² Süleyman Başmeyer, §§ 63, 72-73.

3. Bedrettin Morina Kararı

AYM'nin yasama organına yönelik üçüncü "çağrı kararı" *Bedrettin Morina* başvurusudur⁴³. Başvurunun konusu, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 1. ve 3. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan, mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu 6/9/1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığını kazanan bir Yugoslavya vatandaşı olup 1973-2003 tarihleri arasında yurt dışında çalışmıştır. 3201 sayılı Kanun kapsamında yurt dışı hizmet sürelerinin borçlanması talebinde bulunmuş, SGK önce işlemi gerçekleştirip 2009 yılından itibaren yaşlılık aylığı bağlamış olmasına rağmen 2015 yılında aylığı kesmiştir. Bu kararının gerekçesi olarak da başvurusunun "*Türk vatandaşlığını kazandığı tarihten önce yurt dışında geçen çalışma süresini borçlanmasının mümkün olmaması*" gösterilmiştir. Kalan süreler de aylık bağlanmasının koşulları için yeterli olmadığından yaşlılık aylığı tamamen kesilmiştir. SGK'nin hem yaşlılık aylığının kesilmesi hem de ödemelerin iadesi işleminin iptaline ilişkin davalar reddedilmiştir⁴⁴. AYM yapılan başvuruyu mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağı iddiası yönünden değerlendirmeye almıştır.

SGK'nin kararı vatandaşlığın kazanılması biçimine dayandığından Mahkeme, 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki düzenlemenin doğumla ve sonradan Türk vatandaşı olma arasında ayırım yaptığı tespitinde bulunup incelemenin vatandaşlık temelinde farklı muamele yapılıp yapılmadığı incelemesinde somutlaşması gerektiğine karar vermiştir⁴⁵. Mahkeme yurt dışı hizmet borçlanmasında iki tür vatandaşlık arasında ayırım yapılmasının haklı ve objektif bir nedene dayanmamasından hareketle mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Süleyman Başmeyer* kararına atıfla ihlal anayasaya uygun

⁴³ *Bedrettin Morina*, B. No: 2017/40089, 5/3/2020.

⁴⁴ SGK kararlarına dayanak teşkil eden 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir: "*Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.*"

⁴⁵ *Bedrettin Morina*, § 47.

yoruma olanak tanımayan bir kanun hükmünden kaynaklandığı için yeniden yargılama yapılmasının ihlali giderici bir araç olmadığına ve ilgili yasa hükmünün gözden geçirilmesi için yasama organına bildirimde bulunulması gerektiğine karar vermiştir⁴⁶.

AYM bunun dışında eski hâle getirme kuralı çerçevesinde başvurucudan SGK tarafından geri istenen ödenmiş aylıkların tahsilinin durdurulmasına ya da tahsil edilmiş ise başvurucuya iadesine karar vermiştir⁴⁷. Ancak Mahkeme'nin kararında aynı paragrafın son cümlesi yeterince açık olmayıp TBMM ile AYM'nin ihlal kararı arasındaki ilişkinin kurulması bakımından cevaplandırılması gereken sorular içermektedir. Mahkeme kararının 63. paragrafında *"Başvurucunun da aralarında olduğu bu durumda olan kişiler yönünden aylık bağlanması hususunda keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesi gerekir."* denmektedir. Öncelikle somut olay bakımından sorulması gereken soru şudur: Başvurucudan tahsil edilen ya da edilecek aylık ödemelerinin iadesine ya da durdurulmasına karar verilmiş ve kararın bir örneğinin hem SGK'ye hem ilk derece mahkemesine hem de Yargıtay'a gönderilmesine karar verilmiştir. Acaba SGK ihlal kararına dayanarak kanun değişikliği yapılmadan önce de başvurucuya yaşlılık aylığı bağlama yetkisine sahip olacak mıdır, yoksa başvurucunun ileriye dönük aylık bağlanması talebine karar verilmesi ancak kanun değişikliği sonrasında mı mümkün olacaktır? Haziran 2021 itibarıyla kendisine doğrudan çağrıda bulunan yasa koyucunun henüz yeni bir kanuni düzenleme yapmadığı dikkate alındığında AYM'nin verdiği ihlal kararının etkisinin korunması için açık bir çözüm önerisi üretilmesi gerektiği açıktır. AYM, hâlâ yürürlükte olan kanuna dayanılarak tesis edilen bireysel işlemi (tahsilin iadesi ya da durdurulması) *ex tunc* etki doğuracak şekilde, doğan zararı eski hâle getirme ilkesi çerçevesinde ortadan kaldırmışsa verdiği ihlal kararının bütün hüküm ve sonuçlarıyla etki doğurabilmesi için başvurucuya kanun değişikliği yapılmadan da yaşlılık aylığı bağlanması gerekir. Aksi durumda başvurucuya aylık bağlanması kanun değişikliğine bırakılacak olursa arada geçen süredeki zarar giderilemeyeceği gibi vatandaşlıktan kaynaklanan haksız farklı muamele başka birçok hak ihlaline neden olacaktır.

⁴⁶ Bedrettin Morina, §§ 52, 60, 62.

⁴⁷ Bedrettin Morina, § 63.

Bu karar özelinde dikkate alınması gereken bir diğer husus da özellikle karşı oylarda dile getirilen ve 3201 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin anayasaya uygun yorumunun mümkün olduğu tezidir. Karşı oy yazan altı üye, kanunun lafzının doğumla ya da sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı arasında ayırım yapmadığını, yurt dışında çalışılan sürenin Türkiye'de dikkate alınmasının somut olayı ilgilendiren koşulunun yurt dışında "Türk vatandaşı olarak" geçen süre olduğunu vurgulamıştır. Bu durumda da hem ilk derece mahkemesinin hem de Yargıtay'ın yurt dışında çalışılan sürenin 1996 tarihinde Türk vatandaşlığına geçildikten sonraki kısmının yaşlılık aylığına esas alınmasında Anayasa'ya bir aykırılık yoktur.

Kararın hem çoğunluk görüşü hem de karşı oyları dikkate alındığında ikili bir çözüm akla gelmektedir. AYM'nin ihlal kararından sonra kanun değişikliği yapıldığı takdirde (ki bu değişikliğin kapsamı şu anda bilinmemektedir) başvuru buna göre belirlenecek prim ve gün sayısına göre yaşlılık aylığına hak kazanacaktır. Kanun değişikliği yapılmadığı takdirde önceden aldığı aylıkların iadesi işleminin durdurulması ya da tahsilin yapılmamasından sonra başvuru elindeki tek olanak, tekrar SGK'ye başvurarak Türk vatandaşı olduğu tarihten itibaren yaşlılık aylığının hesaplanmasını istemektir.

B. İHLALİN KANUNDAN KAYNAKLANDIĞI KARARIN GEREKÇESİNDE YA DA KARŞIOYLARDA BELİRTİLMEKLE BİRLİKTE HÜKÜM FIKRASINDA TBMM'YE ÇAĞRI YAPILMAYAN KARARLAR

AYM yukarıda incelenen üç kararıyla, 6216 sayılı Kanun'un 50/1'in 2. cümlesinde düzenlenen karar yetkisini "*İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir*" hükmü çerçevesinde yargı organlarından yasama organına doğru genişletmiştir. Bu hüküm kısmı AYM'nin yetkilerini öngörülme-yen şekilde genişletmemekle birlikte yasama organıyla doğrudan ilişkiye geçmesi ve yasamanın yetki alanı içinde olan bir zorunluluğa işaret etmesi sebebiyle "mini-maksimalist"⁴⁸ bir karar türü olarak

⁴⁸ Amerikalı hukukçu Yvonne Tew, farklı ülkelerdeki yüksek mahkemelerin ya da anayasa mahkemelerinin çığır açıcı kararlarındaki yaklaşımları iki üst başlık altında kategorize etmektedir: "Maxi-minimalism" ve "mini-maximalism". ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1803 tarihli *Marbury v. Madison* davası bu kategoride "maxi-minimalism" örneği olarak ele alınmaktadır. Mahkeme, önündeki somut olayda ret kararı verirken yani somut tartışma konusu bakımından bir başarı söz konusu olmazken karar gerekçesinde kendi yetkilerini

nitelendirilebilir. Mahkeme klasik-muhafazakâr bir yaklaşımla kanundan kaynaklanan yetkilerine dayanmakta ama yasa koyucunun öngörmediği ve yasama organıyla yeni bir diyalog olanağı sunan genişleme alanı yaratmaktadır. Bu içtihadını geliştirdiği kararların kamuoyunda siyasal bir bölünme ve tartışmayı da beraberinde getiren konulara ilişkin olmaması, AYM'nin kamuoyu baskısından uzak bir şekilde bireysel başvurunun objektif etkisini⁴⁹ genişletmesine olanak tanımaktadır. Mahkeme'nin bu türden bir "çağrı kararı" verme aşamasına dogmatik bir tartışmadan dolayı değil verdiği yüzlerce bireysel başvuru kararının etki ve sonuç doğurmasının gereklerinin her bir kararda daha da fazla berraklaşması nedeniyle yani yargısal "deneyim kazanma" sonucunda ulaştığı hatırdta tutulmalıdır.

Bu başlık altında AYM'nin "çağrı kararı" verme aşamasında etkili olduğu söylenebilecek yani Mahkeme'nin kararlarının etki ve sonucu konusunda daha geniş kapsamlı düşünmesini sağlayan örnek kararlar ele alınacaktır. Bu amaçla sürecin aşamalarını göstermek bakımından sadece çoğunluk görüşü değil karşı oylar da dikkate alınmıştır.

1. Aile Konutunun Korunması ile İcra Satışındaki Yararın Dengelenmesi

Yıldız Eker⁵⁰ başvurusunda başvuru, eşi aleyhine başlatılmış olan icra takibi kapsamında haczedilen ve sonrasında açık artırma usulüyle değerinin yarısına satılan taşınmaz üstündeki aile konutu şerhiyle ilgili itirazının icra takibinde taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi sebebiyle özel hayata saygı hakkının, ihaledeki usulsüzlük itirazının reddedilmesinden dolayı satış bedelinin %10'u miktarındaki

genişleten argümanlar ortaya koymaktadır. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin Eylül 2019'da Başbakan Boris Johnson'ın Avam Kamarasını tatile sokma kararının iptaline ilişkin kararı ise "mini-maximalism" kategorisinde ele alınmaktadır. Burada Mahkeme, gerekçesini klasik bir çerçeveye sınırlama sunmakta ama somut olayda bu gerekçeye dayanarak verdiği karar Mahkeme'nin yetkilerini genişletmektedir. Bkz. Tew, Y. (2020a). "Losing the Battle to Win the War: Judicial Self Empowerment Through Maxi-Minimalism", Int'l J. Const. L. Blog, Oct. 7, 2020, at: <http://www.iconnectblog.com/2020/10/losing-the-battle-to-win-the-war-judicial-self-empowerment-through-maxi-minimalism/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020); Tew, Y. (2020b). "Dicey After Brexit: Mini-Maximalism at the United Kingdom Supreme Court", Int'l J. Const. L. Blog, Dec. 9, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/12/dicey-after-brexit-mini-maximalism-at-theunited-kingdom-supreme-court/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

⁴⁹ Bireysel başvurunun objektif etkisi hakkında bkz. Göztepe, E. (1998), *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 17-20.

⁵⁰ Yıldız Eker, B. No: 2015/18872, 22/11/2018.

para cezasının Hazineye irat kaydına karar verilmesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM aile konutuna ilişkin olarak verdiği önceki kararlarında⁵¹ aile konutuna ilişkin haklara mutlak bir üstünlük tanımamış ve devletin farklı menfaatler arasında denge kurması gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesiyle mahkemenin itirazları inceleme yetkisinin konu bakımından hazırlık ve satış işlemlerinin usulüne göre yapılıp yapılmadığı hususuyla sınırlandırılmış olduğu belirtilerek aile konutu güvencesinden doğan hakları inceleme yetkisi bulunmadığı tespit edilmiştir⁵². Bunun yanı sıra ihalenin feshine karşı açılan davanın reddi hâlinde ihale bedelinin %10'unun Hazineye irat kaydedilmesinin amacı, icra sürecinin süruncemede bırakılmasını önlemek ve kesinleşmiş alacağın tahsilini hızlandırmaktır⁵³. Mahkeme bu düzenlemenin elverişli bir araç olduğunu tespit ettikten sonra, icra takibinde bulunan ile icra takibini durdurmaya çalışan kişinin çıkarları ve hukuki olanakları bakımından orantılı olup olmadığını incelemeye geçmiştir. Satılan malın satış bedeli ile icra takibi yapılan borç arasındaki orantısızlık, başvurunun ev kadını olması, mülkün aile konutu olarak manevi değeri vb. hususlar karşısında uygulanan kanun hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanımamaktadır⁵⁴.

Somut olaydaki ölçüsüz müdahale de gerçekte doğrudan kanundan kaynaklandığından, AYM bunu şöyle ifade etmiştir:

*"İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için yargılamanın yenilenmesi yoluyla ihlal nedenini ortadan kaldıran yeni bir karar verilmesi, bu mümkün olmadığında ise yeterli bir giderim sağlayan ve somut olayın özelliğine uygun, telafi edici birtakım tedbirlerin alınması gerekmektedir"*⁵⁵.

⁵¹ İlkeler konusunda yerleşik içtihat niteliğinde bkz. *Melahat Karkin*, B. No: 2014/17751, 13/10/2016, §§ 48-57, 65-68.

⁵² *Yıldız Eker*, §§ 40-41.

⁵³ *Yıldız Eker*, § 69.

⁵⁴ *Yıldız Eker*, § 75.

⁵⁵ *Yıldız Eker*, § 83.

Mahkeme'nin 22/11/2018 tarihli bu ihlal kararının da aslında hâkimlere somut olayın koşullarına göre nispi oranda bir para cezası vermesine, ihlalin feshi davasında taraf ehliyetini genişleten, usulden başka itirazların da değerlendirilmesine olanak tanıyacak şekilde 134. maddenin yeniden düzenlenmesi hususunu TBMM'ye sunması gerekirdi. Çünkü mevcut durumda kanun metninde herhangi bir değişiklik yapılmaması, kaçınılmaz olarak bu türden bütün davaların aynı ihlal kararlarıyla sonuçlanmasına neden olacaktır. Yani derece mahkemelerinin yetkilerinde değişiklik yapılmaması, tıpkı Y.T. kararında olduğu gibi yüzlerce ihlal kararının gerekçesini oluşturmaya devam edecektir.

Başvurudaki bir başka ilginç husus, başvurucaının aynı zamanda ihlal kararına dayanak olan normun Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmüş ve ihlale neden olan normun iptalini talep etmiş olmasıdır. Ancak Mahkeme, 6216 sayılı Kanun'un 45/3⁵⁶ maddesindeki genel düzenlemeye dayanarak bu talebi reddetmiştir⁵⁷. Oysa burada kanunun yasakladığı "doğrudan başvuru" söz konusu değildir, bireysel başvuruda ileri sürülen "ihlalin dayanağı olan normun" anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla Mahkeme'den en azından dogmatik olarak somut norm denetimi yetkisi olup olmadığını tartışması beklenirdi.

2004 sayılı Kanun'un 134/3 maddesine dayanan bir başka yargı kararına karşı bireysel başvuruda ise Mahkeme, bir davada yetkisizlik kararına itiraz süresi ve davacıya bildirimle ilgili normdan kaynaklanan bir ihlal olduğu sonucuna varmış, normu neredeyse bireysel başvuruyla eş zamanda somut norm denetimi yoluyla iptal etmiş olduğundan yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir⁵⁸. Bu örnekte de açıkça görüldüğü üzere, ihlal kararının gerekçesi işleme dayanak oluşturan normun anayasaya aykırılığından kaynaklanıyorsa Mahkeme'nin normun anayasaya aykırılığını incelemesi usul ekonomisi bakımından kaçınılmaz görünmektedir. Aksi hâlde Mahkeme ya her seferinde TBMM'ye doğrudan çağrı kararı vererek düzenlemenin değiştirilmesini bekleyecek ya da kendi iş yükünü birbirini tekrar eden ihlal gerekçeleriyle

⁵⁶ Madde 45/3: "Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."

⁵⁷ Yıldız Eker, §§ 44-47. Aynı kanun maddesiyle ilgili bir başka ihlal kararı için bkz. *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı*, B. No: 2016/738, 4/7/2019, §§ 53, 71. Norm denetimi talebinin reddedildiği benzer bir başvuru için bkz. *Devrim Alyüz*, B. No: 2017/40383, 16/9/2020, §§ 40-41.

⁵⁸ *Yusuf Büyükeleş*, B. No: 2016/9878, 6/2/2019, §§ 19, 47, 53-54.

artırarak yargılamanın yenilenmesi kararından sonra davaya yeniden bakmaya başlayan mahkemenin (ilk derece ya da temyiz mercii fark etmeksizin) somut norm denetimi yoluna başvurmasını bekleyecektir. Oysa bireysel başvuru dolayımıyla somut norm denetimini yapmak hem usul ekonomisi bakımından hem de hak ihlallerinin en hızlı şekilde engellenmesini sağlayacağından en etkili çaredir.

2. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve Ölçülülük İlkesi

AYM'nin basın açıklaması da yapılan *Mohamed Kashet ve diğerleri*⁵⁹ başvurusuna ilişkin kararında sadece karşı oylarda TBMM'ye doğrudan çağrı yapılması gerektiği belirtildiği hâlde kanununun kendisinden kaynaklanan yapısal soruna işaret ettiği için bu başlık altında ele alınabilir.

Başvurunun konusu, izin almadan Türkiye'den nakit döviz çıkışı yapmaya teşebbüs edilmesi üzerine Kabahatler Kanunu'na dayanılarak verilen idari para cezasının ölçsüz olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Suriye uyruklu başvuruçular yaptıkları şirket satışı sonrasında 630 bin ABD doları ve 11.200 TL parayı araçlarıyla yurt dışına çıkarmak isterken Mersin'de yapılan gümrük çıkış kontrolleri sırasında yakalanmıştır. Bulunan paraya savcılık kararıyla el konmuş ve karar Sulh Ceza Hâkimliği tarafından onaylanmıştır. Daha sonra Sulh Ceza Hâkimliği tarafından kaldırılan elkoyma işlemi üstüne savcılık, 1567 sayılı Türk Parasını Koruma Kanunu'nun 3. maddesine dayanarak kabahat işledikleri gerekçesiyle her bir başvuruçunun 715.196 TL idari para cezası ödemesine karar vermiştir.

Sonuç olarak başvuruçular, ele geçirilen paranın yaklaşık 3,5 katı oranında idari para cezası ödemek zorunda kalırken haklarında herhangi bir ceza soruşturması da açılmamıştır. Mahkeme Heyetinin çoğunluğu, ele geçirilen paranın yaklaşık 3,5 katı oranındaki idari para cezasının başvuruçulara "aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği"⁶⁰ gerekçesiyle mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahalede bulunulduğuna karar vermiştir.

Bu karara yazılan karşı oylarda ise kanundan kaynaklanan yapısal soruna işaret edilerek *Süleyman Başmeydan* başvurusu ile aynı gün

⁵⁹ *Mohamed Kashet ve diğerleri*, B. No: 2015/17659, 20/6/2019.

⁶⁰ *Mohamed Kashet ve diğerleri*, § 64.

karara bağlanan bu başvurunun da TBMM'ye gönderilmesi gerektiğini vurgulanmıştır. Çünkü ihlal aslında yargı organlarının açık bir kanun hükmünü uygulamasından yani ihlal bizzat kanun hükmünün kendisinden kaynaklanmaktadır. Mahkemelerin takdir yetkisi olmayan bir konuda başka davalarda da benzer yönde karar vermek zorunda kalacakları açık olduğundan yasa koyucunun ölçülü müdahale ilkesinin sınırlarını aşan sonuçlar doğuran düzenlemeyi gözden geçirmesi gerekmektedir.

3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraznamesinin Sanığa Tebliğ Edilmemesinin Yapısal Sorun Niteliğinde Olması

Hacı Karabulut başvurusunda⁶¹ uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkûm edilen başvurucunun kararı temyiz aşamasında Yargıtay tarafından bozulmuş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308. maddesi gereği itiraz yoluna başvurmuştur. Ancak Başsavcılığın bu itiraznamesi başvurucuya tebliğ edilmemiştir. Yargıtay Dairesi itirazı kabul ederek bozma kararını kaldırmış ve ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiştir. AYM kararında itiraznamenin hukuki niteliği ile sonuçları üzerinde durulmuş ve bu esaslı nitelikteki usul işleminin kararı değiştirecek nitelikte olmasından dolayı içeriğinden haberdar olmanın başvurucunun savunma hakkı (çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi) bakımından büyük önem taşıdığı belirtilmiştir⁶².

Bu çalışmanın konusu bakımından önem taşıyan husus, AYM'nin itiraznamenin sanığa tebliğ edilmemiş olmasını münferit bir olay olarak görmeyip yapısal bir uygulama sorunundan kaynaklandığını tespit etmiş olmasıdır. Mahkeme, 5271 sayılı Kanun'da itiraznamenin tebliği konusunda açık bir (kanuni) düzenleme bulunmaması sebebiyle Yargıtay daireleri arasında farklı uygulamaların olduğunu belirttikten sonra hak ihlallerinin önlenmesi için "uygulamanın" gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunun amacı da "*bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarının bireysel mağduriyetleri gidermenin yanında benzer olaylarda hak ihlallerinin yaşanmasının önlenmesi*"⁶³ olarak ifade edilmiş olup bireysel başvurunun objektif etkisinin güvence altına alınması talep edilmektedir.

⁶¹ *Hacı Karabulut*, B. No: 2017/17871, 9/10/2019.

⁶² *Hacı Karabulut*, § 37.

⁶³ *Hacı Karabulut*, § 49.

AYM her ne kadar itiraznamenin sanığa tebliğ edilmemesi "uygulanmasının" hak ihlallerini önleyecek şekilde Yargıtay Başkanlığı tarafından temin edileceğini düşünse de kararında belirttiği gibi 5271 sayılı Kanun'da da bu hususun açıkça düzenlenmesi yapısal sorunun giderilmesinde etkili olacaktır. Ancak AYM bu kararın gereği için sadece Yargıtay Başkanlığı'na gönderilmesini yeterli bulmuş, yasa koyucuya doğrudan çağrıda bulunmamıştır.

III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN "DOLAYLI ÇAĞRI" KARARLARI

AYM'nin yukarıda incelenen "doğrudan çağrı" kararları yanında "dolaylı çağrı" adını verdiğimiz kararlarında yasa koyucunun harekete geçmesini gerektiren bir durumun varlığı açıkça dile getirilmemektedir. Bu sonuca ancak kararın bütün mantıksal sonuçları analiz edildikten sonra varılabilmektedir. Ancak AYM'nin kararının objektif bir etki doğurabilmesi için gerekli olan işlemlere dair bu sessizliği karara içkin, yasama organına "dolaylı çağrıyı" ortadan kaldırmamaktadır. Kısaca tanımlamak gerekirse "dolaylı çağrı" kararları, AYM'nin doğrudan TBMM'ye çağrıda bulunmasa da ihlal kararının mantıksal sonucu olarak Meclisin ya da yürütmenin harekete geçmesini gerektiren ihlal kararlarıdır. Bu çerçevede pek çok karar ele alınabilecek olmasına rağmen sadece kategorik örnek teşkil etmesi bakımından önce AYM'nin kanunilik şartı gerçekleşmediğinden verdiği bazı ihlal kararları ele alınacak, sonra da idarenin uygulamasından kaynaklanan yapısal sorun nedeniyle verilen ihlal kararlarının ne biçimde objektif etki doğurmasının sağlanabileceği üzerinde durulacaktır. Son olarak da R.G.⁶⁴ kararı örneğinde görüldüğü gibi yargı organı için meslek içi eğitim gerekliliğini ortaya koyan durumlar el alınacaktır.

1. Kanunilik Şartının Gerçekleşmemiş Olması Nedeniyle Verilen İhlal Kararlarının Gerekliliği

AYM'nin Kararlar Bilgi Bankası'nda "ihlal" ve "kanunilik şartını/koşulunu taşımadığı/sağlamadığı" anahtar sözcükleriyle tarama yapıldığında Haziran 2021 itibarıyla toplam 57 karar bulunmaktadır. Verilen ihlal kararlarında saptanan, müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesindeki kanunilik şartını taşımadığı tespiti hukukun pek çok

⁶⁴ R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.

alanını ilgilendirmektedir. Güvenlik soruşturması yapılması⁶⁵, kamu görevinden çıkarılan hukukçunun isminin baro levhasından silinmesi⁶⁶, ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan başvuruçuya kardeşi ve avukatından gelen mektupların sakıncalı görülerek verilmemesi⁶⁷, forma reklam gelirinden pay alınması⁶⁸, Türkiye Ermenileri Patrikliği Seçimi yapılması taleplerinin reddedilmesinin din özgürlüğünü ihlal ettiği⁶⁹, bazı bebeklik dönemi aşılarının zorunlu olarak uygulanması⁷⁰, evli kadınların evlilik öncesi soyadlarını kullanamamaları⁷¹, kanunen verilmemesi gereken kişisel verinin idari makamlara açıklanması⁷², avukatlara başörtüsü yasağı uygulanması⁷³ ve daha birçok konuda verilen ihlal kararının gerekçesi, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının koşulu olan şekli ve maddi anlamda kanunla sınırlandırma şartının gerçekleşmemiş olmasıdır.

Bu durumda yasa koyucu hem Anayasa’da öngörülen özel sınırlama nedenlerini kanuni düzenlemelerde somutlaştırmak hem de kanunda düzenlenmiş olan sınırlama nedenlerinin ötesine geçen idari uygulamaları engellemek için gereken önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür. Öğretide, AYM’nin kararlarına daha çok subjektif bir etki atfedilmesi ve aslında yasa koyucunun kararın kapsamlı biçimde icrası için harekete geçmesi gereken durumlarda hareketsiz kalması eleştirilmektedir⁷⁴. Çünkü bu hareketsizlik hem AYM kararlarının gereklerini yerine getirmeme hem de AY madde 13’teki pozitif edimin

⁶⁵ *Abdurrahim Kaya ve diğerleri*, B. No: 2019/12271, 3/12/2020 (aynı konuya ilişkin kırk üç başvuru bu dosyada birleştirilmiştir).

⁶⁶ *Nesrin Demirel*, B. No: 2018/2020, 18/11/2020; *Hatice Özer*, B. No: 2018/37091, 3/12/2020. Aynı konuda verilmiş on ihlal kararı daha mevcuttur.

⁶⁷ *İrfan Kaplan*, B. No: 2017/34518, 23/6/2020.

⁶⁸ *Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği*, B. No: 2017/4483, 13/2/2020.

⁶⁹ *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan*, B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

⁷⁰ *Halime Sare Aysal*, B. No: 2013/1789, 11/11/2015.

⁷¹ *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 16/4/2015; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; *Gülsim Genç*, B. No: 2013/4439, 6/3/2014. AYM’nin kanunilik şartının sağlanmadığına ilişkin argümanını dayandırdığı “zımni ilga” gerekçesinin eleştirisi için bkz. Ergül, O. (2014). *Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir*, içinde Erdal, M. (Der.), *Yıldırım Uler’e Armağan* (ss. 65-86). Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yay.

⁷² *Turgut Duman*, B. No: 2014/15365, 29/5/2019; *Fatih Saraman*, B. No: 2014/7256, 27/2/2019.

⁷³ *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014.

⁷⁴ *Karan, U. (2018). Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 174 vd. (evli kadınların soyadı ile ilgili olarak yasal düzenleme yapılmamış olması hakkında).

ihlali anlamına gelmektedir. 2020 sonu itibarıyla TBMM'de AYM'nin bu türden kararlarını takip edip gereğini Meclis Başkanlığı'na, siyasi parti gruplarına ya da ihtisas komisyonlarına rapor eden bir birim oluşturulmuş değildir. Dolayısıyla milletvekillerinin TBMM'nin düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmek için harekete geçmesi, tamamen tesadüfi ve kişisel çabalarla sınırlı kalmak zorunda gibi görünmektedir⁷⁵.

2. Cezaevlerinde Süreli Yayınların Denetimi ve Yasakların Ölçülülüğü

AYM'nin verdiği ihlal kararının aslında sonuçsuz kaldığı ve ihlalin kaynağı olarak gösterilen kanun hükmünün düzeltilmesi için ne TBMM'ye "doğrudan çağrı" yapılan ne de idareye izlenmesi gereken uygulama birliği konusunda yol gösterilen kararlardan birisi de cezaevlerindeki tutuklu ya da hükümlülerin satın aldıkları süreli yayınların kendilerine teslim edilmemesine yönelik olan 134 başvurunun birleştirildiği karardır⁷⁶. Sorun kısaca 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 62. maddesinde⁷⁷ düzenlenen tutuklu ve hükümlülerin süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkının ceza infaz kurumlarının yönetimi ve itiraz mercii olan infaz hâkimliklerinin ağırlıklı olarak hakkı aşırı ve keyfî derecede sınırlandıran kararlarından kaynaklanmaktadır.

Başvurucuların şikâyeti, ücretini ödeyerek abone oldukları ya da satın aldıkları süreli yayınların çeşitli nüshalarının "İnfaz Kurumu Eğitim Kurulları"nın kararları doğrultusunda kendilerine teslim edilmemesinden dolayı ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Başvuruculara teslim edilmeyen süreli yayınların hiçbir

⁷⁵ Başka kurumsal önerilerin de geliştirildiği bir çalışma için bkz. GÖZTEPE, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, s. 93-118.

⁷⁶ *Recep Bekir ve diğerleri*, B. No: 2016/12936, 27/3/2019.

⁷⁷ 5275 sayılı Kanun'un "Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı" kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

"(1) Hükümlü, **mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla** süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir.

(2) Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayımlar, hükümlülere ücretsiz olarak ve serbestçe verilir. Eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulamaz.

(3) Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez."

hakkında bir mahkeme tarafından verilmiş toplatma ya da elkoyma kararı bulunmamaktadır.

Recep Bekik ve diğerleri başvurusunda AYM, üçlü test kapsamında kanunilik ve meşru amacı tespit edip demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğun incelenmesine yoğunlaşmıştır (aynı kararda bkz. §§ 34-61). Bu kapsamda Mahkeme öncelikle kendi ilkesel kararlarına atıf yaparak⁷⁸ tutuklu ve hükümlülerin yararlanabileceği yayınları ve yararlanma koşullarını kendi içtihadı doğrultusunda kategorize etmiştir. Birleştirilen başvuru dosyalarının incelenmesi sonucunda AYM içtihadındaki ilkelerin kısmen ya da tamamen uygulanmadığı, kararların gerekçelendirilmediği, başvuru sahiplerinin kişisel durumlarına göre norm somutlaştırması yapılmadığı, bu sebeple de “mevcut sistemde bir yeknesaklığın sağlanamadığı” tespit edilmiştir⁷⁹. Bunun sonucunda infaz hâkimliklerinin verdiği birbiriyle uyumsuz kararlara karşı AYM’ye inceleme kapasitesini aşan sayıda başvuru yapılmaktadır.

Mahkeme’ye göre bu konudaki asıl yetkili ve görevli makam, ceza infaz kurumu idareleri, sonrasında ise verilen kararlara itirazları değerlendiren infaz hâkimlikleridir. Ancak bu sorumluluk silsilesi içinde “keyfiliği engelleyecek, aynı hukuki durumda bulunanlara aynı uygulamanın yapılmasını sağlayacak, açık, yol gösterici ve istikrarlı idari uygulamaları garanti edecek bir mekanizmanın bulunmadığı” kanaatine varılmıştır. İdari faaliyetlerin belirliliği ilkesine de aykırılık teşkil eden bu durum karşısında Mahkeme “farklı uygulamaların doğmasını engelleme potansiyeline sahip bir mekanizmanın kurulması gerektiğine” karar vermiştir⁸⁰. Ancak Mahkeme’nin yerleşik içtihadına rağmen süreli yayınlar konusunda yeknesak bir uygulama sağlanamamış olması “uygulamadan kaynaklanan yapısal bir soruna” işaret etmektedir. Mahkeme somut bir muhataba (yasama ya da idare) çağrıda bulunmaksızın uygulamadan kaynaklanan yapısal sorunların yarattığı durumun başvuru sahiplerinin ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir⁸¹.

⁷⁸ *İbrahim Kaptan* (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018; *Diyadin Akdemir*, B. No: 2015/9562, 4/4/2018; *Eşref Arslan*, B. No: 2014/14655, 18/7/2018; *Halil Özhan Koral*, B. No: 2017/18895, 9/1/2019; *Sinan İyit* (2), B. No: 2013/1495, 30/11/2017; *Halil Bayık*, B. No: 2014/20002, 30/11/2017; *Cengiz Nergiz*, B. No: 2015/2866, 18/4/2018.

⁷⁹ *Recep Bekik ve diğerleri*, §§ 49-50.

⁸⁰ *Recep Bekik ve diğerleri*, §§ 54-57.

⁸¹ *Recep Bekik ve diğerleri*, §§ 59-60.

Mahkeme'nin verdiği ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmesi konusunda seçtiği araçlar ilginçtir. AYM yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görmezken başvurularda sadece 500 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Yanıtsız bırakılan en önemli husus ise başvuru sahiplerinin infaz kurumu tarafından el konulan süreli yayınlara erişimlerinin bu ihlal kararından sonra sağlanıp sağlanmayacağı ve uygulamada yeknesaklığın sağlanması için hangi kurum ve organın yükümlü kılındığıdır. Eğer tutuklu ve hükümlülere uygulanan kısıtlamalar AYM'nin ilkelerini açıkça ortaya koymasından ve yeknesaklığın sağlanması yükümlülüğünün açıkça belirtilmesinden sonra aynen devam edecek olursa, kararın gereklerinin yerine getirilmemesinden dolayı ikinci bir ihlal kararı verilmesi olasıdır⁸². Bunun da ötesinde yasa koyucunun 5275 sayılı Kanun'da düzenlediği sınırlama nedenlerini tüketici şekilde sayması ve bu sayılan hususlar dışında idareye bir takdir yetkisi bırakmaması da üzerinde düşünülebilecek bir başka çözüm olabilir.

3. Yapısal Sorunların Giderilmesi ve Adalet Bakanlığı'nın Hâkim ve Savcılara Eğitim Vermesi Gerekliliği

Bireysel başvuru hakkının kabul edildiği devletlerde bütün derecelerdeki yargı organları, yargı kararlarına karşı gidilen bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesi hâlinde içtihadını gözden geçirme, daha sonra vereceği kararlarda benzer bir ihlalin gerçekleşmemesi için yapılması gereken değişiklikleri saptama yükümlülüğündedir. Bazı hâllerde ise Adalet Bakanlığı'nın yargı sisteminin yapısal sorunlarına çare bulmasının zorunlu olduğu görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin Kararlar Bilgi Bankası'nda "Kızıltepe", "adil yargılanma" ve "ihlal" anahtar sözcükleriyle yapılan taramada Haziran 2021 sonu itibarıyla 198 ihlal kararı bulunmaktadır. İhlal kararlarının neredeyse tamamının makul sürede yargılanma hakkından kaynakladığı dikkate alındığında Adalet Bakanlığı'nın Kızıltepe mahkemelerinde hâkim sayısının artırılmasından başlayarak bir dizi yapısal önlem alması gerektiği ortadadır. Eğer mahkemelerin karar vermesinin bu denli uzaması güvenlik sebeplerinden kaynaklanıyorsa yine Adalet Bakanlığının İçişleri Bakanlığı başta olmak üzere diğer idari makamlarla iş birliği

⁸² Bkz. *Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.

içinde yapısal çözümler üretmesi gerekir. Aksi hâlde AYM'nin önüne gelecek ihlal kararlarının artması dışında bireysel başvurunun sistemsel ve objektif bir etkisinden bahsedilemeyecektir.

Bu başlık altında son olarak yasal mevzuatın somutlaştırılmasının yanı sıra hâkim ve savcılarının meslek içi eğitimlerinin gerekliliğini ortaya koyan R.G. başvurusu⁸³ ele alınacaktır. Bütün sürecin yaklaşık iki buçuk yıla yayıldığı ve Kafkaesk bir yargılamayı anıştıran bu başvuru, yürütme ve yasama organının acilen harekete geçmesini gerektiren hususları bütün açıklığıyla ortaya koyduğundan gebeliğin sonlandırılması gibi zamana karşı yarışılan bir konuda kurumların zamanı nasıl çarçur ettiğini gösterdiği için olayların gelişim aşamalarının ayrıntılı şekilde anlatılması önem taşımaktadır.

Olayların geçtiği tarihte on sekiz yaşından küçük olan başvuru 15/5/2017 tarihinde bir devlet hastanesinde yapılan muayene sonucunda on hafta üç günlük gebe olduğunu öğrenmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirilen durumda ebeveynler kızlarını istismar edenlerden hem şikâyetçi olmuş hem de kollukta verdikleri ifadelerinde gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır. Başsavcılık, Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezi'ne (ŞÖNİM) teslim edilen başvuru ile ilgili olarak kürtaj öncesi Başsavcılığa bilgi verilmesi ve DNA örnekleri alınmadan işleme başlanmaması yönünde bildirimde bulunmuştur. Başsavcılığın bu yazısıyla aynı tarihte başvuru ebeveyni, Sulh Ceza Hâkimliğine başvuruda bulunarak TCK madde 99/6⁸⁴ kapsamında gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesini talep etmiştir.

Sulh Ceza Hâkimliği talebi “usulden” reddetmiş ve Başsavcılık tarafından soruşturma yürütüldüğünden gebeliğin sonlandırılması talebinin bu makam tarafından yapılması gerektiğini, ebeveynin başvuruda bulunma hakkının bulunmadığını belirtmiştir. Anne ve baba aynı tarihte Hâkimliğin kararını gerekçe göstererek Başsavcılığın talepte bulunmasını istemiştir. Başsavcılık ise taleplerin takdir ve ifası için Hâkimliğin karar vermesi gerektiğini belirterek soruşturma dosyasını Hâkimliğe yollamıştır. Başsavcılığın bu talebi Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

⁸³ R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.

⁸⁴ “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

Mahkeme ret kararında özetle şu hususları vurgulamıştır:

- Başsavcılığın soruşturma dosyasında, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan gebeliğin sonlandırılması ve tıbbi müdahaleye ilişkin olarak başvurusunun talep ya da rızasına ilişkin bir bilgi yoktur.
- 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre, on haftayı geçmiş olan gebeliğin başvuru açısından hayati tehlike ile fiziksel ya da ruhsal zarar oluşturup oluşturmadığına ilişkin sağlık raporu alınmamıştır.
- Bu eksikler giderilmeden gebeliğin sonlandırılması hâlinde ceninin yaşam hakkı ihlal edilecektir.
- TCK madde 99/6'ya göre gebe kadının bir suçun mağduru olması gerekir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bu madde kapsamında olan bir suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği "açık ve belirli değil"dir.

Başsavcılığın tekrar Sulh Ceza Hâkimliği'ne yaptığı başvuru, aynı gerekçelerin yanı sıra başvuru ile ebeveynlerinin dilekçelerinin farklı tarihli olduğu, birlikte müracaat etmedikleri gerekçesini de içermektedir.

Başsavcılık bu ret kararından sonra yerel üniversitenin Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı'ndan alınan ve başvurusunun fiziki ve ruhsal durumundan dolayı gebeliğinin sonlandırılmasının hem anne hem de cenin için yararlı olacağı yönündeki raporu ve başvuru ile ebeveynlerinin birlikte yazdıkları talep dilekçesini de ekleyerek tekrar Hâkimliğe başvurmuştur. Talep, "*adli tıp raporunun yeterince ayrıntılı olmadığı*" gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz başvurusu, itiraz mercii olan Sulh Ceza Hâkimliği tarafından, 2827 sayılı Kanunda geçen "*sulh hâkimi*" ibaresinin sulh "hukuk" hâkimini ifade ettiği, çekişmesiz yargı niteliğindeki bu talebin, "*mevzuatta sulh ceza hâkimliğinin görevli olduğuna dair bir düzenleme bulunmadığından sulh hukuk mahkemesine yöneltilmesi gerektiği*" gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurulan sulh hukuk mahkemesi ise görevsizlik nedeniyle talebin reddine ve dosyanın tekrar Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesine karar vermiştir. Baştaki her aşamada değişik gerekçelerle Başsavcılığın taleplerini reddeden Mahkeme, daha önce aynı konuda karar verildiği ve

kararın kesinleştiği gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir⁸⁵.

Yukarıda açıklanan hukuk girdabı sürerken başvuru 11/12/2017 tarihinde doğum yapmıştır. Vekilinin başvurusu üzerine kanun yararına bozma yoluna gidilmiş ve Yargıtay lehe verdiği kararında esasen 5395 sayılı Kanun'un 5/1 d maddesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bireysel başvuru aşamasında ise AYM'nin Sağlık Bakanlığı'nın Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünden aldığı bilgiye göre, *"5237 sayılı Kanun'un 99/6 maddesinde gebeliklerin sonlandırılması ile ilgili hususları açıklığa kavuşturacak bir düzenleme bulunmamaktadır"*⁸⁶.

AYM verdiği ihlal kararında, uygulanacak mevzuatı açık şekilde ortaya koymuş; birbirini tamamlayıcı nitelikteki farklı norm kaynaklarını ilişkilendirmiştir⁸⁷. Ancak verilen bu önemli kararın gelecekteki muhtemel ihlalleri önlemesi için hem Adalet Bakanlığı'nın meslek içi eğitimlerle hâkim ve savcılarının bir uyuşmazlığa uygulanacak normu bulma konusunda pratik şekilde eğitilmeleri, Sağlık Bakanlığı bünyesinde bir iş akış planı hazırlanmasının sağlanması ve nihayetinde yasama organı tarafından değişik normların kuşku ve itiraza meydan vermeyecek şekilde somutlaştırılması için yasama organına çağrıda bulunulması, kararın amacına ulaşmasını sağlamadaki etkili araçlar olabilir. Bunun da ötesinde tıpkı AYM'nin bireysel başvuru incelemesi aşamasında yaptığı gibi ilgili kurum ya da makamlardan doğrudan bilgi alma pratiğinin yargı organı mensupları bakımından geliştirilmesi de etkili karar alma mekanizmasını destekleyici bir araç olarak düşünülebilir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru hakkı kapsamında son sekiz yılda verdiği karar sayısının çokluğu ve kararlara esas mevzuatın çeşitliliği yeni karar tür ve türevlerini de kaçınılmaz şekilde dayatmaktadır. Bu durum aslında kurumsal bir öğrenme sürecine ve anayasa yargısının işlevine içkin bir durumdur. Türk hukuk öğretisinde sıkça yapıldığı üzere yargının kendini sınırlaması (*judicial self-restraint*)

⁸⁵ R.G., §§ 10-31.

⁸⁶ R.G., § 37.

⁸⁷ R.G., §§ 90-91.

ya da yargısal aktivizm tartışmasının başlatılmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi, peş peşe ve aynı konuda verdiği birçok ihlal kararından sonra kanundan kaynaklanan yapısal sorunların yani uygulayıcıların Anayasa'ya uygun yorum yaparak ya da takdir yetkisini kullanarak başka türlü bir sonuca ulaşma şanslarının olmadığı durumlarda kanunun değiştirilmesi için TBMM'ye çağrı yaptığı bir karar türü geliştirmiştir. Kanundan değil ama uygulamadan doğan yapısal sorunların giderilmesi için de sorumlu kurumlara "dolaylı çağrı" olarak nitelendirilebilecek yön gösterici kararlar, Mahkeme'nin Bilgi Bankası'nda giderek artmaktadır.

Mesele, sistematik hak ihlallerini gelecekte önlemeye yönelik bu karar biçiminin kendisinde değil, kararın muhataplarıyla ilişkilerin kurumsallaştırılması ve hızlı bir bilgi akışı sağlanması konusunda düğümlenmektedir. Merkezîleşmiş anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin sistemsel etkisini ve rolünü tek bir işleve indirgemeyen, mahkemelere holistik bir kurum olarak bakan yaratıcı yaklaşımlar mevcuttur. Bir devletin anayasal ve siyasal sisteminin gelişmişliğine bağlı olarak anayasa mahkemeleri siyasal karar alma süreçlerine eşlik eden bir danışman (*tutor*), temel hak ve özgürlükleri koruyan bir bekçi, demokratik iletişimin sağlanmasında aracı bir kurum⁸⁸ olarak görev yapabilir. O hâlde AYM'nin görev ve yetkisi sadece düzeltici şekilde hak ihlallerini tespit edip onarıcı adaleti sağlamaya çalışmakla sınırlı olamaz. Mahkeme aynı zamanda mevcut deneyimlerini, önleyici bir adalet anlayışını gerçekleştirecek şekilde gelecekteki hak ihlallerini önlemek için de kullanmak zorundadır. "Doğrudan" ve "dolaylı çağrı kararı" adını verdiğimiz kararlar tam da bu göreve ilişkin olup bireysel başvurunun sekizinci yılında kaçınılmaz şekilde ortaya çıkmıştır.

Karan'ın AYM kararlarının icrası konusundaki kapsamlı çalışmasında kararların icrası konusunda pek çok yapısal öneri getirilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 29/2 maddesi kapsamında Genel Sekreterliğe bağlı bir izleme birimi kurulması bunlar arasındaki en etkili araçlardan birisi

⁸⁸ Volkman, U. (2013). Bausteine zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, içinde Bäuerle, Michael, Dann, Philipp, Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 124 vd.; Volkman, U. (2013). *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck s. 167 vd.

olarak görünmektedir⁸⁹. Bunun yanında öncelikle TBMM, bunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı'nda ve her bir bakanlığın merkez birimlerinde bir "Anayasa İzleme Birimi"nin kurulması ve bunların koordine edilmesi, kurumların kendilerine verilen ödev ve yetkileri etkili şekilde kullanmasına olanak tanıyacaktı. "Çağrı kararı" kavramının mucidi eski FAYM yargıcı Wiltraut Rupp-von Brünneck'in en basit neden olarak ileri sürdüğü usul ekonomisi⁹⁰ de hiç kuşkusuz anayasa yargısının işlevselliği bakımından güçlü bir argüman olmaya devam etmektedir.

⁸⁹ Karan, U. (2018). s. 260 vd.

⁹⁰ Rupp-v. Brünneck, W. (1970). s. 367, 377.

KAYNAKÇA

- BENDA, Ernst, KLEIN, Eckart, KLEIN, Oliver (2012). *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller.
- DREIER, Horst (Hrsg.) (2013). *Grundgesetz Kommentar*, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ERGÜL, Ozan (2014). Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir, içinde Erdal, Muhammed (Der.), *Yıldırım Uler'e Armağan* ss. (65-86), Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014.
- GÖZTEPE, Ece (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- GÖZTEPE, Ece (1999). "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evli Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, ss. 101-131.
- GÖZTEPE, Ece (2011). "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95, 2011, ss. 13-40.
- GÖZTEPE, Ece (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 93-118.
- HILLGRUBER, Christian/Goos, Christoph (2015). *Verfassungsprozessrecht*, 4. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller.
- KANADOĞLU, Korkut (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası. Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KLEIN, Eckart (1983). *Verfassungsprozessrecht – Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, ss. 412-444; 561-624.
- KREUTZBERGER, Sonja (2007). *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.M.: Peter Lang.

- MAUNZ, Theodor., SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno, KLEIN, Franz, BETHGE, Herbert u.a. (2020). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München: C.H.Beck, 60. Ergänzungslieferung.
- RUPP-VON BRÜNNECK, Wiltraut (1970). "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?", içinde Ritterspach, Theodor, Geiger, Willi (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller* (355-378), Tübingen: Mohr Siebeck.
- SCHERZBERG, Arno (2009). Individualverfassungsbeschwerde (§ 13), içinde Ehlers, Dirk, Schoch, Friedrich (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht* (ss. 273-342), München: C.H.Beck.
- SCHLAICH, Klaus, KORIOH, Stefan (2018). *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11. Auflage, München: C.H.Beck.
- SCHULTE, Marin (1988). Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, *Deutsches Verwaltungsblatt*, ss. 1200-1206.
- SIMON, Sven (2016). *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- STARCK, Christian (2009). Auslegung und Fortbildung der Verfassung und des Verfassungsprozessgesetzes durch das Verfassungsgericht, içinde Starck, Christian, *Verfassungen. Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung* (ss. 153-166), Tübingen: Mohr Siebeck.
- STARCK, Christian (2009). Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, içinde Starck, Christian, *Verfassungen. Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung* (ss. 107-152), Tübingen: Mohr Siebeck.
- TEW, Yvonne (2020a), "Losing the Battle to Win the War: Judicial Self Empowerment Through Maxi-Minimalism", *Int'l J. Const. L. Blog*, Oct. 7, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/10/losing-the-battle-to-win-the-war-judicial-self-empowerment-through-maxi-minimalism/> (Erişim Tarihi: 20/12/2020).
- TEW, Yvonne (2020b), "Dicey After Brexit: Mini-Maximalism at the United Kingdom Supreme Court", *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 9, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/12/dicey-after-brexit-mini-maximalism-at-theunited-kingdom-supreme-court/> (Erişim Tarihi: 20/12/2020).
- UMBACH, Dieter C., CLEMENS, Thomas, DOLLINGER, Franz-Wilhelm (Hrsg.) (2005). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller.

- VOLKMANN, Uwe (2013a). Bausteine zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, içinde Bäuerle, Michael, Dann, Philipp, Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag* (ss. 118-138), Tübingen: Mohr Siebeck.
- VOLKMANN, Uwe (2013b). *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- YANG, Tzu-hui (2002). *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden: Nomos.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017.
- Abdurrahim Kaya ve diğerleri, B. No: 2019/12271, 3/12/2020.
- Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.
- Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, 5/3/2020.
- Cengiz Nergiz, B. No: 2015/2866, 18/4/2018.
- Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı, B. No: 2016/738, 4/7/2019.
- Devrim Alyüz, B. No: 2017/40383, 16/9/2020.
- Diyadin Akdemir, B. No: 2015/9562, 4/4/2018.
- Eşref Arslan, B. No: 2014/14655, 18/7/2018.
- Fatih Saraman, B. No: 2014/7256, 27/2/2019.
- Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği, B. No: 2017/4483, 13/2/2020.
- Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014.
- Hacı Karabulut, B. No: 2017/17871, 9/10/2019.
- Halil Bayık, B. No: 2014/20002, 30/11/2017.
- Halil Özhan Koral, B. No: 2017/18895, 9/1/2019.
- Halime Sare Aysal, B. No: 2013/1789, 11/11/2015.
- Hatice Özer, B. No: 2018/37091, 3/12/2020.
- İbrahim Kaptan (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018.
- İrfan Kaplan, B. No: 2017/34518, 23/6/2020.

Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan, B. No: 2014/17354, 22/5/2019.

Melahat Karkin, B. No: 2014/17751, 13/10/2016.

Mohamed Kashet ve diğerleri, B. No: 2015/17659, 20/6/2019.

Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.

Nesrin Demirel, B. No: 2018/2020, 18/11/2020.

R.G., B. No: 2017/31619, 23/7/2020.

Recep Bekik ve diğerleri, B. No: 2016/12936, 27/3/2019.

Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

Sinan İyit (2), B. No: 2013/1495, 30/11/2017.

Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/06/2019.

Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014.

Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019.

Y.T., B. No: 2016/22418, 30/05/2019.

Yıldız Eker, B. No: 2015/18872, 22/11/2018.

Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.

Yusuf Büyükcelep, B. No: 2016/9878, 6/2/2019.



ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİNE BİLDİRİLMESİ

*Notification of the Individual Application Decisions of the Constitutional Court to
the Grand National Assembly of Turkey*

Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ*

ÖZ

1982 Anayasası’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında “bireysel başvuru” hakkı düzenleme altına alınmıştır. Bireysel başvuru hakkı, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasına dayanmaktadır. Esas inceleme neticesinde bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine veya ihlal edilmediğine karar verilmektedir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmektedir. İhlal kararı verilmesi halinde, ihlali gidermek üzere kararın iletileceği ilgili veya muhatabın belirtilmesi ve ilgililere tebliğ edilmesi gerekmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesinin “bireysel başvuru kararları”nda, kamu gücü tarafından gerçekleştirilen ihlalin kaynağı kimi hâllerde Türkiye Büyük Millet Meclisi olabilecektir. Bu durumda ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırılmak üzere Anayasa Mahkemesinin “TBMM’ye bildirim”de bulunması hukuki bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar toplam beş kararda bu yola başvurmuştur. Bu hususun devlet organlarının anayasal yetki kullanımı bakımından üzerinde durulması ve bireysel başvuru hakkının anayasal etkisi ve dönüştürücü işlevi boyutuyla değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi, bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükler, hukuk devleti, yasama işlemi.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, abbas.kilic@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1279-4747.

ABSTRACT

The right to “individual application” is enshrined in Article 148 § 3 of the 1982 Constitution. The right to individual application is based on an application to the Constitutional Court in cases where any of the fundamental rights and freedoms guaranteed in the Constitution, which also fall within the scope of the European Convention on Human Rights, has been allegedly violated by public authorities. At the end of the examination on the merits, it is ascertained whether any fundamental right or freedom has been violated. In cases where a judgment finding a violation is rendered, the steps required to be taken for the redress of the violation and the consequences thereof shall be indicated. In this case, it is also required that those concerned or responsible for the violation judgment will be communicated and notified, with a view to redressing the violation. Accordingly, in the “individual application decisions” of the Constitutional Court, the responsible authority for the violation may sometimes be the Grand National Assembly of Turkey (GNAT). In this case, the “notification to the GNAT” by the Constitutional Court for ensuring the redress of the violation emerges as a legal consequence. The Constitutional Court has so far employed this method in a total of five decisions. This issue should be dwelled on in terms of the exercise of constitutional power by state organs and should be considered in conjunction with the constitutional effect and transformative function of the right to individual application.

Keywords: Constitutional Court, the Grand National Assembly of Turkey, individual application, fundamental rights and freedoms, the rule of law, legislative process.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesine “bireysel başvuru hakkı”, 1982 Anayasası’nda 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklik ile kabul edilmiştir. Bu değişikliğe bağlı olarak 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kabul edilmiştir. 12/7/2012 tarihinde de Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü kabul edilerek Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu düzenlemelerin odağında her ne kadar Anayasa Mahkemesinin yapısı ve işleyişine ilişkin temel değişiklikler söz konusu ise de “bireysel başvuru” konusundaki hükümler bunun ağırlık noktasını oluşturmaktadır.

Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında bireysel başvuru hakkı düzenleme altına alınmıştır. Bireysel başvuru hakkı, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasına dayanmaktadır. Bu çerçevede “kamu gücü” ihlalinin varlığı belirlendikten sonra, Anayasa Mahkemesi tarafından bu ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak üzere de bir hüküm kurulması yoluna gidilmektedir. İşte inceleme konumuzun odağını da bu oluşturmaktadır. Çünkü ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için, bu işlemi gerçekleştirecek “muhatapın” veya “ilgilinin” de belirlenmiş olması zorunluluk arz etmektedir. Buna göre “kamu gücü” veya bir diğer ifadeyle “egemenlik yetkisi kullanan organlar”, yasama, yürütme ve yargı organları olarak karşılık bulmaktadır. Bu çalışmanın başlığında görüleceği üzere, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) de bu organlar arasında yer almaktadır. Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında *“Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.”* hükmüne yer verilmiş olması da “yasama organının” yani TBMM’nin Anayasa Mahkemesi kararlarının muhatapı olabileceğini açık bir şekilde göstermektedir. Ayrıca bireysel başvurular neticesinde verilen kararlar bakımından bir ayırım yapılmadığı da göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları da ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak üzere bir düzenleme yapılmasını gerektirebilecek ve bu kararların TBMM’ye iletilmesi söz konusu olabilecektir. Nitekim 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin üçüncü fıkrasında *“Bölümlerin esas hakkındaki kararları*

gerekçeleriyle birlikte **ilgililere** ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir...” ifadesine yer verilmesinden de bu husus anlaşılmaktadır.

Bu hükümlere rağmen, yakın zaman içerisinde, Anayasa Mahkemesi ile TBMM Başkanlığı arasında kimi tartışmaların yaşanmasına sebebiyet veren yazışmalar yaşanmıştır. Bunun temelinde ise Anayasa Mahkemesinin kimi bireysel başvuru kararlarını muhatabının TBMM olması sebebiyle Meclis Başkanlığı'na göndermiş olması yatmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar bu yönetime başvurduğu toplam beş bireysel başvuru kararı bulunmaktadır. Bu makalede, ilk olarak bireysel başvuru hakkının anayasal devlet bakımından önemi ve dönüştürücü etkisi ele alınacak; ikinci olarak Anayasa Mahkemesinin “Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesi” yoluna başvurduğu beş bireysel başvuru kararı incelenecek; son olarak TBMM'ye yapılan bu bildirimin bir kanun teklifi ve bu anlamda Meclise yönelik bir direktif olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulacaktır.

I. DEVLET ORGANLARININ ANAYASAL YETKİ PAYLAŞIMI VE ANAYASA YARGISI

Anayasa, devlet-birey ilişkileri ile devletin kurumsal örgütlenmesini düzenleyen temel belgedir. Ancak anayasanın bu tanımı, bir devletin yalnızca biçimsel anlamda anayasasının varlığına karşılık gelmektedir¹. Günümüzdeki anlamıyla bir anayasayı “anayasal devlet”in temel toplumsal belgesi olarak kabul edebilmek için bunun güvenceli mekanizmalarla bir varlığa kavuşan, kişi hak ve özgürlüklerine dayanan temel belge olması gerekmektedir. Nitekim 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesi “İnsan haklarının teminat altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının sağlanmadığı bir toplumun anayasası yoktur.” ifadesiyle bunu açıkça ortaya koymuş ve bu anlayış günümüze kadar olmazsa olmaz bir ölçüt, koşul olarak savunulmuştur².

Bu yaklaşım doğrultusunda anayasa, devlet organlarının görev, yetki ve sınırlarını belirlerken bu yöntemle devlet iktidarının sınırlandırılması esasını hayata geçirmenin vasıtası olarak kabul edilmektedir. Bu

¹ Arsel, İ. (1968). *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, Ankara: Sıralar Matbaası, s. 3-5.

² Teziç, E. (2016). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yay., s. 161-162; Kubalı, H. N. (1971). *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s. 158-174; Arsel İ. (1968). s. 80-82.

çerçeve de 1982 Anayasası hükümlerine bakıldığında Anayasa'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği şekliyle *"Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."* Anayasacılık kavramının özü de buna dayanmaktadır. Zira bir devletin yalnızca bir anayasaya sahip olması değil "iktidarın sınırlandırılması" ve "temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması" işlevi üstlenen bir anayasaya sahip olması bunu sağlamaktadır³.

Anayasa'nın "Yasama yetkisi" başlığını taşıyan 7. maddesi uyarınca *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez."*; yine Anayasa'nın "Yargı yetkisi" başlığını taşıyan 9. maddesinde *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır."* 1982 Anayasası'nın 11. maddesine göre *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."* Buna göre de Anayasa hükümleri, devlet organlarını ve bütün gerçek ve tüzel kişileri bağlayan belgedir.

Görüldüğü üzere Anayasa, organik ölçüt doğrultusunda yasama ve yargı yetkileri bakımından bu yetkiyi kullanacak organları açık bir şekilde düzenleme altına almaktadır. Yasama yetkisi, 600 milletvekilinin (AY. mad. 75) oluşturduğu Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kullanılmaktadır. Yani saf temsili demokrasi anlayışına bağlı olarak "asil" olan millet adına yetki kullanan "vekil"ler tarafından bu yetki kullanılmaktadır. TBMM'nin bu yetkiyi kullanımının yasama fonksiyonuna bağlı temel işlevle "kanun yapma ve karar alma" üzerine kurulu olduğu söylenebilir⁴. Anayasa'nın 87. maddesinde *"...kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak..."* TBMM'nin görev ve yetkilerindendir ve Anayasa'nın 88. maddesi uyarınca da *"Kanun teklif etmeye milletvekilleri*

³ Teziç, E. (2016). s. 4; Jackson, V. C., Tushnet, M. V. (2006). *Comparative Constitutional Law*, New York: Foundation Press, s. 212-243; Tunaya, T. Z. (1980). *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 135-148, 230-232; Zabunoğlu, Y. K. (1963). *Devlet Kudretinin Sınırlandırılması*, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, s. 194-212; Gönenç, L. (1999). "Siyaset Bilimi ve Anayasalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, s. 98-105; Ergül, O. (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yay., s. 69-74; Turhan, M. (2003). *Anayasal Devlet*, Ankara: Naturel Yay., s. 65 vd.; Turhan, M. (1994). "Anayasa ve Anayasacılık", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27, S. 3, s. 4; Çağlar, B. (1985). "Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 6, S. 1-3, s. 29-42; İba, Ş., Kılıç, A. (2019). *Anayasa Yargısı Dersleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 7-14.

⁴ Teziç, E. (2016). s. 465-468; Gözler, K. (2020). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Basım Yay., s. 345-358.

yetkilidir.” Dolayısıyla kanun teklif etme ve bu teklifleri kabul etme yetkisi münhasıran TBMM’ye aittir⁵.

Yargı yetkisi ise Anayasa’nın 9. maddesine göre bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından kullanılmaktadır. Anayasa’da yargı organı bünyesinde bu yetkiyi kullanacak merciler bakımından görev ve iş bölümü ayrımı yapılmış ve Anayasa’nın 138-160 maddelerinin yer aldığı “Yargı” başlığını taşıyan Üçüncü Bölümü doğrudan bu alanı düzenleme altına almıştır.

1982 Anayasası’ndaki söz konusu hükümler incelendiğinde maddi anlamda anayasa tanımına uygun bir biçimde devletin temel organlarının kuruluşu ve işleyişine ve bunlar arasındaki ilişkiler düzenine genel hükümler itibarıyla değil pek çok başlıkta ayrıntılı hükümleriyle doğrudan Anayasa’da yer verilmiştir⁶. Bununla birlikte organların görev ve yetkilerinin açıkça Anayasa’da düzenlenenler itibarıyla uygulanması ve fakat bunların sınırlarının ne olduğu ve nasıl tayin edileceği konusunda bir ihtilaf olması hâlinde ise “anayasaya uygun yorum”⁷ yöntemine başvurulması gerekmektedir⁸. Ancak bu yöntemin muhatabının da yalnızca yargı organı olmayıp bütün devlet organları olduğunu ifade etmek gerekir.

“Anayasacılık” kavramının özü gereği, anayasal bir yetki öngörülme-yen alanda siyasal iktidar, sınırlılık anlayışının sonucu olarak yetkisizdir. Bunun için de Anayasa’nın yalnızca ilgili maddesiyle sınırlı

⁵ 2017 Anayasa değişikliği öncesinde bu yetki milletvekilleri ve Bakanlar kuruluna ait bir yetki olup Bakanlar Kurulu tarafından getirilen kanun önerileri “Bakanlar Kurulu tasarısı” kavramıyla karşılık bulmaktaydı.

⁶ Gözler K. (2020). s. 22, 49; Atay, E. E. (2008). “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, s. 511-514.

⁷ Anayasa Mahkemesi, Süleyman Başmeyer kararında, “anayasaya uygun yorum” a ilişkin şu tespitleri yapmaktadır: “İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa’ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları veya kanundaki belirsizlikler sebebiyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için ancak ihlale yol açan kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ya da yeni ihlallere yol açılmasının önüne geçilmesi için belirsizliğin giderilmesi suretiyle giderilebilir.” Süleyman Başmeyer, B. No: 2015/6164, 20/6/2019, § 70.

⁸ Hukuki yorum, hukuk kuralının anlam bakımından içeriğini ortaya koyma faaliyetine karşılık geldiğinden yorumlamaksızın bir normu uygulamak mantıken mümkün değildir. Anlamı en açık ve en şeffaf kuralların dahi yorumlanması gerekliliği bundan kaynak bulur. Bkz. Keyman, S. (2012). *Hukuka Giriş*, Ankara: Yetkin Yay., s. 45.

değil Anayasa'nın bütünlüğü içinde ilgili ve ilişkili diğer madde ve hükümlerle birlikte sistematik yoruma gidilmesi gerekmektedir. Öte yandan bu yöntemin işletilmesi toplumsal gelişim koşullarına ve temel hak ve özgürlükler alanındaki gelişim ve dönüşümün ivmesine bağlı olarak "amaçsal yorum"⁹ yapılmasını da beraberinde getirecektir. Bu husus ise anayasaların yaşayan belgeler olarak uygulanmalarının ve yorumlanmalarının koşullarını ve aynı zamanda sonucunu yaratacaktır¹⁰.

Söz konusu yetki paylaşımında, özellikle yargı organı bünyesinde iktidarı sınırlandırma mekanizmasının demokratik hukuk devletlerindeki temel işleyiş aracı "anayasa yargısı" ile gerçekleşmektedir. 1982 Anayasası'nda yüksek mahkemeler arasında düzenlenen Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, görev ve yetkileri ve kararlarının sonuçları ve etkisi de (AY. mad. 146-153) kapsamlı ve ayrıntılı olarak doğrudan Anayasa ile düzenleme altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi her ne kadar yüksek mahkemeler arasında düzenlenmiş ise de Mahkemenin üstlendiği anayasal işlev ile anayasal görev ve yetkilerinin çerçevesi onun diğer yüksek mahkemelerden ayrılması sonucunu doğurmuş ve bunu sağlamak üzere de kapsamlı anayasal hükümlere yer verilmiştir¹¹.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ SONUÇLARI

Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri sıralanmıştır. Anayasa Mahkemesine verilmiş pek çok görev ve yetki olmakla birlikte bunların ağırlık noktasını "anayasacılık" ve "anayasal devlet"¹² kavramlarıyla açıklanabilecek biçimde "norm denetimi yapmak" ve "bireysel başvuruları karara bağlamak" oluşturmaktadır. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklerin korunması hedefi anayasa mahkemelerinin veya anayasaya uygunluk denetimi

⁹ Gözler, K. (2012). Yorum İlkeleri, içinde Ergül, O. (Der.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (ss. 15-121), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., s. 56-67, 73-97; Keyman, S. (2012). s. 47-55; Kubalı, H. N. (1971). s. 111-112; Ergül, O. (2007). s. 140-143.

¹⁰ Strauss, D. A. (2010). *The Living Constitution*, New York: Oxford University Press, s. 1; Loewenstein, K. (1965). *Political Power and the Governmental Process*, Chicago: University of Chicago Press, s. 147; Soysal, M. (1969). *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., s. 69.

¹¹ Kaboğlu, İ. Ö. (2007). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Yayınevi, s. 14; Arsel, İ. (1968). s. 244-247; Tunaya, T. Z. (1980). s. 135-148.

¹² Turhan, M. (1989). *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s. 6-8; Gözler, K. (2020). s. 69-71.

yapan mercilerin işlevlerinde köklü bir dönüşüm yaratmış, norm denetimi faaliyeti de bunun etkisinde bir dönüşüm ile karşı karşıya kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçları ve etkisi ise Anayasa'nın 11. maddesinde yer verilen ifadelerle tekrar edilerek aynı amaca yönelik olarak hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında *"Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."* hükmüne yer verilerek Anayasa Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

12/9/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik sonucu kabul edilen "bireysel başvuru hakkı", 23/9/2012 tarihinden bu yana bir usule ilişkin hak olarak aktif bir şekilde kullanılmakta ve bugün Anayasa Mahkemesinin iş yükünün çok yüksek bölümünü oluşturmaktadır. Anayasa'da yapılan bu değişiklikle, daha önce Anayasa metninde yer verilmeyen ancak dolaylı olarak (AY. mad. 15, 16, 42, 90, 92) yapılacak yorumla varlığına ulaşılabilecek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) (AY. mad. 148/3), ilk defa Anayasa'da doğrudan ismen zikredilerek yer verilen ulusalüstü insan hakları hukukuna ilişkin sözleşme sistemi olmuştur. Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacını taşıyan ve bu açıdan da Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ve ek Protokolleri (6216 sayılı Kanun mad. 45/1) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının da bireysel başvuru mekanizmasının ayrılmaz bir parçası olması sebebiyle bu hakkın Anayasa Mahkemesinin çalışma düzeninde de dönüştürücü etki yarattığı çok açıktır.

Ancak bu dönüştürücülüğün etki alanı yalnızca Anayasa Mahkemesi ile sınırlı olmayıp aynı zamanda Anayasa Mahkemesi kararlarının muhataplarını da kapsamaktadır¹³. Zira Anayasa Mahkemesi kararlarının yetkili organlar tarafından yerine getirilmesi suretiyle herkes için geçerlilik kazanabilecek hukuk devleti ideali hayata geçirilebilecektir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi kararlarını icra edecek yüksek mahkemeye bağlı bir organ veya adli kolluk birimi bulunmadığına göre Anayasa Mahkemesi kararlarını icra edecek merciler söz konusu tasarruflar çerçevesinde, hakkında hüküm kurulan organlar veya muhataplar olarak

¹³ Göztepe Çelebi, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, s. 94.

karşılık bulmaktadır¹⁴. Bu husus sadece Türkiye’de anayasaya uygunluk denetimi yapan Anayasa Mahkemesi hakkında geçerli olmayıp dünyada anayasaya uygunluk denetimi işlevi üstlenmiş bütün merciler için geçerlilik taşımaktadır. Nitekim ABD başkanlarından Andrew Johnson, Federal Yüksek Mahkeme kararlarını uygulamaktan kaçındığı zaman “*Kararı John Marshall verdiği göre, bunu uygulamak da kendisine düşer.*” sözüyle Mahkemenin içinde bulunduğu yoksunluk hâlini açık bir şekilde ortaya koymuştur¹⁵.

Anayasa Mahkemesi kararlarının tartışmaya yol açmaksızın uygulanması, demokratik hukuk devletinin işleyiş standartları açısından önemli bir gösterge olarak karşılık bulmaktadır¹⁶. Bu sonuca bağlı olarak temel hak ve özgürlüklerin güvenceli bir koruma mekanizmasına sahip olup olmadığından söz edilebilecektir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun önemi ve işlevi ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmıştır¹⁷:

“...Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu etkili bir yargısal mekanizma olarak benimsenmiştir. Etkili bir mekanizma olmasının sebebi yalnızca teknik meselelerin üstesinden gelme kapasitesi ile ilgili değildir. Bundan ziyade Anayasa Mahkemesinin etkili olması, kamu gücünü kullanan organların anayasal hak ve özgürlüklerden herhangi birini ihlal etmesi durumunda ihlali ve sonuçlarını giderebilme kapasitesine sahip olması nedeniyledir.”

III. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA İLGİLİNİN/ MUHATABIN BELİRLENMESİ

12.09.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa’da yapılan değişiklikle bireysel başvuru hakkına yer verilmeden önce gerek 1961 Anayasası döneminde gerekse 1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi norm denetimi yetkisini kullanırken bu çerçevede verdiği kararların gerekçelerinde temel hak ve özgürlükler konusunda yorumlar yapmıştır ve hâlihazırda bu usule devam etmektedir.

¹⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi ile ilgili bu tespit için bkz. Blankenburg, E., Treiber, H. (1982). “Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, Juristenzeitung, s. 548, aktaran a.g.e. s. 106.

¹⁵ Jackson, R. H. (1968). *Devlet İçinde Yüksek Mahkeme*, Tunçer Karamustafaoğlu (Çev.), Mersin: Kişisel Kitaplar, s. 16-17.

¹⁶ *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.

¹⁷ *Kadri Enis Berberoğlu* (3), B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 107.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimine ilişkin kararları üzerindeki tartışmaların esasen bu tür kararların “kimleri bağladığı”ndan çok kararların hangi kısmının bağlayıcı kabul edileceği konusunda yoğunlaştığı görülmektedir¹⁸. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin yaptığı norm denetiminde işlemin iptali sonucu ilgilinin/muhatabın kim olacağı önem kazanmaktadır.

Norm denetimine ilişkin kararlarda, muhatap esasen “yasama” organıdır ancak kimi hâllerde ise “yürütme” organı olarak karşılık bulmaktadır. Bu husus zaten Anayasa Mahkemesi kararlarında varılan açık bir hukuki gerçek olduğu için muhatap makamın belirtilmesine de ihtiyaç duyulmamaktadır. Zira tesis edilen işlem, TBMM’nin kabul ettiği bir kanun veya içtüzük kuralı veyahut verilen bir yetki kanunu çerçevesinde kanun hükmünde kararname veya yürütme organı tarafından tesis edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olduğuna göre bu işlemlere yönelik iptal istemleri hakkında verilecek kararlarda hüküm kısmındaki muhatap da normu koyan organ olarak TBMM veya Cumhurbaşkanı olmaktadır. Ancak bu tür kararlar açısından Anayasa Mahkemesi Y.T. kararına kadar “...keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine...” veya “...keyfiyetin yasama organına bildirilmesine...” biçiminde karar verme usulüne başvurmamıştı. İptal edilen norma bağlı olarak, bu konuda bir hukuk boşluğu doğması veya düzenleme yapılması ihtiyacı çerçevesinde yasama organının zaten düzenleme yapacağı kanaati bunda etkili olmuş; ayrıca yasama organının bu konudaki ihmali de bir iptal kararı verilmesi veya düzenleme yapılması konusunun bildirilmesi türünde bir ihtiyacı doğurmamıştır¹⁹. Nitekim Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “...Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca

¹⁸ Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 96.

¹⁹ Bu konuda örnek gösterilebilecek bir karar, 8/11/2006 tarihli ve 5558 sayılı Kanun ile Avukatlık Kanunu’nda yapılan değişiklik üzerine “avukatlık sınavını başarmış olma” şartının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’ndan çıkarılmasına karşı açılan iptal davasında Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırılık taşıdığı gerekçesi ve sınavın mesleğe girişte seçmeyi, meslekte yetkin ve bağımsız savunucularla bunun teminat altına alınacağını belirterek sınavı kaldıran 5558 sayılı Kanun’un söz konusu hükmünü iptal etmiştir. Kararda, mesleğe giriş koşulları açısından, seçme, eleme ve diğer koşulların bulunması çerçevesinde bir düzenleme öngörülmesi vurgusu olmasına rağmen yasama organı 15/10/2009 tarihinden bu yana bu konuda herhangi bir düzenleme yoluna gitmemiştir. Bkz. İba Ş., Kılıç A. (2019). s. 217. Ayrıca bkz. AYM, E.2007/16, K.2009/147, 15/10/2009. Anayasa Mahkemesi tarafından bu kararın verilmesinden 10 yıl sonra, her ne kadar doğrudan “avukatlık sınavına giriş” adıyla getirilmiş bir sınav olmasa da 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle “hukuk mesleklerine giriş sınavında başarılı olanlardan” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.” ifadesine yer verilmiştir. Bu doğrultuda iptal kararına bağlı olarak erteleme süreci öngörülmesi ve bu süre zarfında yasama organınca düzenleme getirilinceye kadar hukuki bir boşluğun önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu süre zarfında yasama organınca bir düzenleme yapılmaması hâlinde iptal kararı yürürlüğe girerek hükümlerini doğurmaya başlamakta ve Anayasa Mahkemesi tarafından da yasama organına ayrıca bir bildirimde bulunulması yoluna gidilmemektedir.

Bireysel başvuru açısından değerlendirildiğinde ise Anayasa’da bireysel başvurunun işleyiş usulüne ilişkin ayrıntılı bir düzenleme öngörülmemiştir. Genel hükümleri itibarıyla bir düzenleme yapılmış ve ihlali gerçekleştirme potansiyeline sahip organ “kamu gücü” kavramı (AY. mad. 148/3) ile formüle edilmiştir. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun’da (mad. 45/3) “yasama işlemleri ile “düzenleyici idari işlemler” aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı hüküm altına alınmış ve Kanun’da yer verilen hükümler ile Anayasa’da yer alan “kamu gücü tarafından ihlal” ise esasen yargı organı kararlarına karşı tasarlanmıştır²⁰. Ancak bu konudaki sınırlamanın olumsuz yönü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlalin potansiyel mağdurlar yaratma riski ve etkisiyle bir kanun hükmünden kaynak bulması hâlinde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru hakkında inceleme yaptığı esnada buna sebebiyet veren kanun hükmü hakkında norm denetimi yapamamasıdır. Hâlbuki bu konuda açık bir düzenleme ile Anayasa Mahkemesine yetki verilmiş olsaydı veya 6216 sayılı Kanun ile sınırlama getirilmemiş olsaydı hak ihlalinin kanundan kaynaklanması hâlinde Anayasa Mahkemesi söz konusu ihlale yol açan kanun hükmünü iptal edebilecek ve bu konuda düzenleme yapılması için “*keyfiyetin yasama organına bildirilmesine*” şeklinde bir usule gerek kalmayacaktı. Buna karşın bu yetkinin verilmemiş olması, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin korunması amacını taşıyan bireysel başvuru usulünde bir içtihat geliştirmesine engel değildir²¹.

²⁰ Şirin, T. (2013). *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 275-299; İba, Ş., Kılıç, A. (2019). s. 121-122.

²¹ Her ne kadar bu konuda düzenleme yapılması önerisi getirilebilirse de kanaatimce buna da gerek bulunmamaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, daha önceki kararlarında olduğu gibi “davaya bakan mahkeme” sıfatıyla önündeki bireysel başvuru hakkında, ihlalin bir kanundan kaynaklandığı kanaatine varması hâlinde bu konuda Genel Kurula bu hususu taşıyarak norm denetimi yapma yetkisini kullanabilecektir. Öyle ki bu konuda, Anayasa’da

Zira bu usulü hakkın varlık sebebi kamu gücü ihlalinin ortadan kaldırılmasına dayanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Mehmet Doğan kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Buna göre;²²

“55. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hale getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. 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 bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.

56. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. **Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken idarenin, yargısal makamların veya yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez. Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir** (Bkz. Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 57).

57. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. **Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır.**

59. ... Ancak Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, ilgili usul

yer verilen “kamu gücü” kavramı yasama, yürütme ve yargı organları işlemlerini kapsamaktadır. Hâlbuki Kanun, Anayasa ile getirilen bir usulü hakkın kullanımına, kanun ile Anayasa’da belirtilen sınırlamalar dışında genişletici bir yöntemle ve ölçüsüz olarak sınırlama getirmiştir.

²² Mehmet Doğan, B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 54-60.

kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.”

Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan kararında belirlenen ölçütlerden görüleceği üzere bireysel başvuru, olması gereken açısından ele alındığında yasama işlemleri, idari eylem ve işlemler ile yargısal işlemlerden kaynaklanan ihlalleri ortadan kaldırmaya yönelmiştir. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme, bu hakkı yargısal işlemlere endeksli bir tasarıma dönüştürmüştür. Hâlbuki ihlali doğuran kamu gücü işleminin bir kanun olması da mümkündür. Bu durumda yargıçların hüküm kurarken Anayasa hükmünü esas almaları ve anayasaya uygun yorum yoluna başvurmaları gerekmektedir. Zira Anayasa’nın 138. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*” hükmüne uygun olarak ve bu anlamda normlar hiyerarşisine uygun bir biçimde öncelikle Anayasa’nın hükümlerini esas almaları gerekmektedir. Çünkü Anayasa’nın öngördüğü şekliyle Anayasa Mahkemesi kararlarının da Anayasa’nın açık bir hükmü olarak (AY. mad. 153/son) kendilerini bağladığı çok açıktır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular konusunda vermiş olduğu ihlal kararlarında ilgili mahkemeyi açık olarak belirttiği için yargı organı mensupları açısından bu kararın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hem Anayasa’nın 138/1 maddesi hem de Anayasa’nın 153/son maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının etki değeri bağlamında bir tereddüt bulunmamaktadır.

IV. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ İLGİLİSİ/MUHATABİ OLARAK TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ

Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve AİHS’nin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları karara bağlamaktadır. Mahkeme, bireysel

başvurulara ilişkin yaptığı yargılamada 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca "...bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağıın belirlenmesi ile sınırlıdır..." hükmü doğrultusunda karar vermektedir²³.

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasına göre,

"Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez."

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin ikinci fıkrasında da bu doğrultuda bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre,

"Bölüm kararında, gerekli görüldüğü takdirde Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılacağı hususunda yapılması gerekenler belirtilir."

Şu hâlde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında, bu kararın gereğini yerine getirmek üzere yapılması gerekenlerin de açıklanması gerekmektedir. Bu belirlemeye bağlı olarak bu kararı kimin uygulayacağına ilişkin hükümlere de yer verilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi kararında kararın "ilgililere/ muhataba iletilmesi" usulüne başvurulmaktadır ki bunun da yasal bir dayanağı bulunmaktadır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin üçüncü fıkrasında²⁴ Anayasa Mahkemesi kararlarının ilgililere yani muhataplara gönderilmesi konusu açık bir biçimde düzenleme altına alınmaktadır:

²³ "Sonuç olarak Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sağladığı güvencelerle bağdaşmayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." Aliül Alkaya ve diğerleri, § 68. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının uygulanmaması konusunda verdiği diğer kararlara örnek olarak bkz. Şahin Alpay (3), B. No: 2018/10327, 3/12/2020; Mehmet Hasan Altan (3), B. No: 2018/2620, 9/1/2020; Kadri Enis Berberoğlu (3), B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

²⁴ 6216 sayılı Kanun'da bu düzenleme yer almakla birlikte Kanun'un kabul edilme sürecinde getirilen tasarrufla 50. maddesinin üçüncü fıkrasında "kararın hangi makam tarafından yerine getirileceğini ve özel durumlarda kararın yerine getiriliş şeklini belirleyebileceği" hükmüyle Anayasa Mahkemesine yetki verilmişken yürütülen tartışmalar sonunda bu hüküm Komisyon raporundan çıkarılarak yürürlükteki şekliyle TBMM Genel Kurulunda kabul edilmiştir. Bu konudaki değerlendirme için bkz. Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 97-98.

“Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir.”

Bu muhatabın yargı organı olması durumunda kimi istisna kararlar²⁵ dışında bu kararın gereği yerine getirilmekte yani icra edilmektedir. Ancak söz konusu muhatap TBMM de olabilecektir. Bireysel başvuru kararının muhatabının TBMM olması hâlinde yakın zaman içinde yaşanan gelişmelerde görüldüğü üzere konu bir tartışma veya ihtilaf düzeyine evrilebilmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin kimi kararları üzerine TBMM Başkanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine üst yazıların iletilmesi sonucunu da doğuran ve bu yönüyle de tartışmaları beraberinde getiren bir boyuta ulaşmıştır²⁶.

Bu konunun odağında ise Anayasa Mahkemesinin kimi bireysel başvuru kararlarının hüküm fıkrasında “*yasama organına bildirilmesine*” veya “*Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine*” şeklinde ibarelere yer verilerek bu hususun TBMM Başkanlığına iletilmesi yer almaktadır. Anayasa Mahkemesinin (bu makalenin yazıldığı Mart 2021’e kadar) bu yola başvurduğu ve tamamında da “Genel Kurul” olarak ihlal kararı verdiği toplam beş bireysel başvuru kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan;

- i. *Y.T. kararı*²⁷
- ii. *Süleyman Başmeydan kararı*²⁸
- iii. *Bedrettin Morina kararı*²⁹
- iv. *Sabri Uhrağ kararı*³⁰

²⁵ *Aliğül Alkaya ve diğerleri*. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği ihlal kararının uygulanmaması konusunda verdiği kararlara örnek olarak bkz. *Şahin Alpay* (3) (hüküm kısmı); *Mehmet Hasan Altan* (3) (hüküm kısmı); (AYM) *Kadri Enis Berberoğlu* (3) (hüküm kısmı).

²⁶ <https://www.sabah.com.tr/gundem/2021/02/03/son-dakika-haberi-tbmm-enis-berberoglunun-gerekceli-kararini-iade-etti> (Erişim Tarihi: 24/2/2021); <https://www.haberturk.com/haberturk-anayasa-mahkemesi-ile-meclis-arasinda-iade-gerilimine-neden-olan-o-karara-ulasti-2968556> (Erişim Tarihi: 24/2/2021); <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/abdulkadir-selvi/enis-berberoglu-karari-ve-kritik-surec-41732248> (Erişim Tarihi: 24/2/2021); <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/abdulkadir-selvi/erdogana-teklif-mi-tuzak-mi-41747885> (Erişim Tarihi: 24/2/2021).

²⁷ Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

²⁸ *Süleyman Başmeydan*.

²⁹ *Bedrettin Morina*, B. No: 2017/40089, 5/3/2020.

³⁰ *Sabri Uhrağ*, B. No: 2017/34596, 29/12/2020.

olmak üzere dört tanesi “kanun” ile düzenleme ihtiyacından kaynak bulunmaktadır. Beşinci ve son karar ise TBMM üyeliğinin düşürülmesine ilişkindir ki söz konusu karar *Kadri Enis Berberoğlu*³¹ kararıdır. Bu karara konu milletvekilliğinin düşürülmesi işlemi, TBMM’nin aldığı bir parlamento kararı sonucu değil, kesinleşen mahkûmiyet kararının “TBMM Genel Kuruluna bildirilmesi” sonucu gerçekleşmiştir. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmiş³² fakat bu kararın uygulanmaması sonucu yapılan başvuru doğrultusunda Anayasa Mahkemesi tarafından bu yönü itibarıyla tekrar ihlal kararı verilmiştir³³.

Söz konusu sürecin bu boyuta ulaşmasında yani TBMM Başkanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine yazılan yazıların temelinde ilk dört karar olmayıp verilen bu son kararın bulunduğu söylenebilir. Zira TBMM Başkanlığının Anayasa Mahkemesine ilettiği belirtilen yazıların daha önceki aşamalarda gönderilmeyip özellikle bu son karardan sonra gönderilmesi de bunun işareti olarak görülebilecektir. Dolayısıyla üzerinde durulacak esas husus, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararında ihlalin giderilmesi konusunda “TBMM’ye bildirim”de bulunup bulunmayacağı ve bu bildirimin bir talimat olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda düğümlenmektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesinin “TBMM’ye bildirilmesi” hükmüne yer verilen ihlal kararlarını incelemek ve bu amaç ve yaklaşım çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.

A. Y. T. KARARI

Anayasa Mahkemesinin TBMM’ye bildirimde bulunulmasına ilişkin ilk kararı Y.T. kararıdır. Bu kararı önemli kılan yön ise yalnızca TBMM’ye bildirilmesi ile sınırlı olmayıp aynı zamanda bu kararın “pilot karar³⁴” usulüne başvurularak verilen bir karar olmasıdır.

Anayasa Mahkemesinin “pilot karar” usulüyle verdiği kararlar, diğer kararlardan farklı olarak Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’ndeki

³¹ *Kadri Enis Berberoğlu* (3).

³² *Kadri Enis Berberoğlu* (2), B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

³³ *Kadri Enis Berberoğlu* (3) (hüküm kısmı).

³⁴ Şirin, T. (2013). s. 631-648; Özbek, N., Kuşcu, D. (2020). “Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, S. 3, s. 11-14.

açık düzenleme uyarınca Resmî Gazete’de yayımlanmaktadır (AYM İçt. mad. 81/5)³⁵. Pilot karara ilişkin hükümlere ise Anayasa Mahkemesi İktüzüğü’nün 75. maddesinde yer verilmektedir:

“MADDE 75- (1) Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır.

...

(4) Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtir.”

Pilot karar usulüne bir başvurunun “yapısal bir sorundan kaynaklandığı” hâllerde başvurulmaktadır. Söz konusu yapısal sorun, siyasal veya toplumsal bir sorun olmayıp yapısal sorunun bir kuraldan veya daha açık bir ifade ile bir kanundan kaynak bulması hâlinde bu yola başvurulmaktadır³⁶. Pilot karar konusunda şimdiye kadar verilen ilk ve tek karar, Anayasa Mahkemesinin oy birliği ile verdiği Y. T. kararıdır. Bu kararın verilmesine sebebiyet veren konu ise “yapısal bir sorun” yani bir kanun ile düzenlenme gereksinimidir. Başvurunun konusu “kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir³⁷”. Ancak başvuruya konu ihlal iddiasının temelinde 29/10/2016 tarihli ve 676 sayılı OHAL KHK’sı ile yapılan düzenleme ile sınır dışı etme işlemlerinin durmayacağına ilişkin hükmün getirilmesi yatmaktadır³⁸.

³⁵ “Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen **pilot karar** niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır.”

³⁶ İba, Ş., Kılıç, A. (2019). s. 134-137.

³⁷ Y.T., § 1.

³⁸ “... 29/10/2016 tarihli ve 29872 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (676 sayılı KHK) ile yapılan değişiklik (1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 31. maddesi uyarınca aynen kabul edilmiştir) ile 6458 sayılı Kanun’un 53. ve 54. maddeleri değiştirilerek ek hükümler ihdas edilmiştir. Buna göre anılan Kanun’un 54.

Bu konu kapsamında verilen AİHM kararları³⁹ ile ölçütler oluşturulmuş ve bu ölçütler Anayasa Mahkemesinin “A.A ve A.A.” kararında⁴⁰ açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre “...hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişiye ülkesinde karşılaşılabileceği risklere yönelik olarak gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için bu karara karşı etkili bir karşı çıkma imkânı tanınması gerekir. Bu imkân ise ancak etkili bir başvuru yolu tanınması ile sağlanabilir.” Dolayısıyla bu yola başvuran herkese başvuru hakkını kullanabileceği “makul bir süre” ve sonrasında da başvurusu sonuçlanıncaya kadar ülke dışına çıkarılmasını engelleyecek ve fakat idari mercilerin veya yargısal makamların takdirinde olmayan “yasal bir güvence” sunulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi bu hususu göz önüne alarak yasama organının bir düzenleme getirmesi gereksinimini şu hükümlerle ortaya koymuştur⁴¹:

“75. ... Anayasa Mahkemesi tarafından mevcut başvuru ve diğer derdest başvurular bakımından ihlal kararı verilerek sınır dışı etme kararları ortadan kaldırılrsa bile bu durum benzer başvuruların yapılmasını önlemeyeceği gibi benzer durumda olan kişilerin Anayasa’ya aykırı olarak sınır dışı edilmesini de engellemeyecektir. Dolayısıyla ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi, benzer nitelikteki diğer başvuruların

maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerinde sınır dışı edilmelerine karar verilen kişiler için dava açma süresi boyunca ve dava açıldığı takdirde de yargılama süresince -değişiklikten önceki durumdan farklı olarak- sınır dışı etme işleminin durmayacağı düzenlenmiştir.” Y.T., § 15.

³⁹ Anayasa Mahkemesi kararında atıf yapılan bu kararlar şöyledir: “...Soering/Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, 7/7/1989; Saadi/İtalya [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008; M.S.S./Belçika ve Yunanistan [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011; J.K. ve Diğerleri/İsveç [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016; Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 28127/09, 3/12/2013; Mamatkulov ve Aksarov/Türkiye [BD], B. No: 46827/99, 4/2/2005; Babajanov/Türkiye, B. No: 49867/08, 10/5/2016; Rotaru/Romanya [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000; Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25/3/1983; Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996”. Y.T., § 35.

⁴⁰ A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017, §§ 59-62.

⁴¹ Y.T., § 49. Anayasa Mahkemesi Üyesi M. Emin Kuz ise yazdığı ek gerekçede şunları ifade etmiştir:

“Bu sebeplerle, söz konusu yapısal sorunun çözümü için 6458 sayılı Kanunun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında değişiklik yapılması hususunda yasama organına yapılan çağrının, 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte olan düzenlemeye dönülmesi, yani anılan fıkranın “değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması” (§ 76) **tamamen yasama organının takdir yetkisi içinde bulunmakla beraber, mutlak olarak böyle bir düzenleme yapılması yönünde çağrı şeklinde anlaşılmaması gerektiğinin** ve yapılacak düzenlemeyle anılan kişiler bakımından farklı bir düzenleme getirilirken sözü edilenlerin etkili başvuru hakkının korunmasını sağlayacak başka hükümler de getirilebileceğinin açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır.” Y.T., (ek gerekçe).

idari mercilerce bu yolla çözülmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

76. Yasama organı tarafından 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracak ve benzer nitelikte yeni başvurular yapılmasını engelleyecektir. Bu nedenle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesi gerekir."

Ancak kararın verildiği tarihe kadar kanun çıkarma yetkisine sahip olan TBMM'nin düzenleme yapmaması bunu zorunlu hâle getirmiştir. Zira bu konuda pilot karar usulüne başvurulmasının en önemli sebebi Anayasa Mahkemesine aynı nitelikte yapılmış çok sayıda başvurunun bulunmasıydı. Nitekim Anayasa Mahkemesi önünde 2016-2019 yılları arasında yapılmış aynı nitelikte 1.632 başvuru bulunduğu için Anayasa Mahkemesi pilot karar usulünü işletmiş ve diğer başvuruları da liste hâlinde yayımlamıştır⁴².

Anayasa Mahkemesinin 30/5/2019 tarihli Y.T. kararının HÜKÜM kısmında "...keyfiyetin yasama organına BİLDİRİLMESİNE" şeklinde ifadeye yer verilmiştir⁴³. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu

⁴² <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/incelenmesi-pilot-karar-uyarinca-ertelenen-basvurulara-ait-liste/> (Erişim Tarihi: 27/2/2021).

⁴³ "...D. Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,
E. İhlalin yapısal sorundan kaynaklandığı anlaşıldığından PİLOT KARAR USULÜNÜN UYGULANMASINA,
F. Yapısal sorunun çözümü için 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında değişiklik yapılması hususundaki keyfiyetin yasama organına BİLDİRİLMESİNE,
G. Aynı konuda 29/10/2016 tarihinden sonra yapılan ve karardan sonra yapılacak başvuruların incelenmesinin kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren 1 YIL SÜREYLE ERTELENMESİNE,
H. Anayasa Mahkemesi internet sitesi üzerinden başvuru numaraları ilan edilmek suretiyle başvuruları pilot karar kapsamına alınan ilgililerin BİLGİLENDİRİLMESİNE,
İ. İncelemesi ertelenen başvuruların listesinin idari mercilerce konuya ilişkin çözüm bulunması amacıyla Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğü ve İnsan Hakları Daire Başkanlığı ile İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne GÖNDERİLMESİNE,
J. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Bursa 1. İdare Mahkemesine (E.2016/1456, K.2016/1568) GÖNDERİLMESİNE,
...
O. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 30/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi." Y.T. (hüküm kısmı).

konuda kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir şekilde hareket etmemiş, 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri doğrultusunda bu bildirimi gerçekleştirmiştir. Bu bildirimin temelinde ise TBMM'nin kanun yapma yetkisine bir müdahale bulunmayıp temel hak ve özgürlükler konusunda çok sayıda ihlal iddiası ve bu iddiaların ciddiliğine dayalı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve verilecek aynı nitelikte ihlal kararlarının bulunması yer almaktadır. Söz konusu ihlale neden olan “kamu gücü” tasarrufu, bir kanun hükmü veya bu konudaki bir düzenleme eksikliği olduğundan bunun muhatabı da kanun çıkarma yetkisine sahip olan TBMM'dir.

B. SÜLEYMAN BAŞMEYDAN KARARI

Anayasa Mahkemesinin TBMM'ye bildirimde bulunulmasına ilişkin ikinci kararı *Süleyman Başmeydan* kararıdır. Başvurunun konusu, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir ancak bunun temelinde ise ceza kovuşturması sonunda müsadere işlemine ilişkin kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştirilmesiyle birlikte infazı nedeniyle bu ihlalin meydana geldiği iddiası yer almaktadır⁴⁴.

Başvuruya konu olaya göre başvurusunun orman alanına fıstık ağaçları ektiğinin tespit edildiği gerekçesiyle orman işletmesi tarafından suç duyurusunda bulunulmuş ve başvuru hakkında işgal ve faydalanma suçundan dava açılmıştır. Başvurucu savunmasında suçlamayı kabul etmediğini, fıstık ağaçlarını diktiği köyünde bulunan kadastro mahkemesinin kendisi adına tesciline karar vermesi sebebiyle beraatini talep etmiş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilmesini de kabul etmiştir. Mahkeme başvurusunun kesinleşmiş orman kadastro sınırları içinde işgal ve faydalanma suçunu işlediği gerekçesiyle on ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Ancak mahkeme “HAGB”ye ve başvurusunun beş yıl süre ile “denetime tabi tutulmasına” karar vermiştir. Mahkeme ayrıca suça konu alanda bulunan fıstık fidanlarının “müsadere edilmesine” karar vermiştir. Başvurucu tarafından yapılan itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince itirazın reddine karar verilmiştir. Başvurucu temyiz yoluna başvurmuş; HAGB kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğu ve kararın temyizinin ise mümkün bulunmadığı, itiraz merciince

⁴⁴ *Süleyman Başmeydan*, § 1.

yapılan inceleme sonucu verilen kararın da kesin nitelikte olduğuna karar verilmiştir⁴⁵. Bunun üzerine Süleyman Başmeydan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş, başvurunun esası da şu şekilde ifade edilmiştir:

“Başvurucu, fıstık ağacı dikilen yerde dedesi tarafından yıllar önce yapılmış evin ve sarnıcın harabelerinin bulunduğunu, bu evde dünyaya geldiğini, söz konusu fıstık ağaçlarının yüz yılı aşkın bir süreden beri mevcut olduğunu, bu ağaçların miras yoluyla kendisine kaldığını ve miras bırakanlarının emeği olduğunu vurgulamıştır. Başvurucu, müsadere edilen ağaçların yaşının ve miktarının belirtilmemiş olduğunu ifade ederek müsadere kararının HAGB yoluyla temyiz incelemesi dışında bırakıldığından yakınmıştır. Başvurucu bu bağlamda ilk derece mahkemesince orman işletme şefliğine müzekkere yazılarak müsadere kararının HAGB kararıyla birlikte kesinleştiğinin belirtilmesinin hak ihlaline yol açtığını belirtmiştir⁴⁶.”

Söz konusu gelişmelerin odağında başvurucunun ilk derece mahkemesince yargılamanın nihai olarak sona ermesi beklenmeden HAGB kararının kesinleşmesi ile müsadere kararı verilmiş olması yani yargılamanın nihai olarak sona ermesi de beklenmeden HAGB kararının kesinleşmesiyle birlikte kararın infazına girişilmesi yer almaktadır. Zira sorun da tam olarak bundan kaynaklanmaktadır ki Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkı üzerindeki ölçüsüz uygulamaları ortadan kaldırmak üzere bu konuda kanunda düzenleme yapılması gerektiğini şu gerekçeyle izah etmektedir:

“62. Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma da öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa’nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Buna göre kanun koyucu her hâlde temyiz imkânı tanımak durumunda değilse de böyle bir imkânın tanınmış olması hâlinde askıya alınması, diğer bir deyişle müsaderenin hukuka uygun olup olmadığı hususunun kesinleşmesinin geriye bırakılması belirli güvenceleri içermediği takdirde müdahaleyi ölçüsüz kılar.

⁴⁵ Süleyman Başmeydan, §§ 11-21.

⁴⁶ Süleyman Başmeydan, § 38.

Anayasa Mahkemesi müdahalenin mülk sahibine aşırı bir külfete yol açmaması için mülkün kullanımının geçici olarak da olsa sahibine bırakılması veya bunun mümkün olmadığı durumlarda tazminat ödenmesi gibi mülk sahibinin zararını giderici yolların mevcut olup olmadığını tespit etmek durumundadır. Nitekim benzeri mahiyette el koyma ve müsadere tedbirleri yönünden 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda el konulan eşyanın bazı durumlarda iadesi veya tasfiyesi ile tasfiye hâlinde mülk sahiplerinin haklarının tazmini yönünden etraflı düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. Somut olayda ise böyle bir mekanizmanın varlığı da tespit edilememiştir.”

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına müdahale olabilecek müsadereyi de kapsayan önlemler konusunda AİHM'nin⁴⁷ bu çerçevedeki kararlarını dayanak olarak kullanmaktadır. Söz konusu kararlar doğrultusunda yasama organının ceza yaptırım ve tedbiri olarak bir usule başvurması hâlinde bunun Anayasa (mad. 35) ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gereklere uygun olması ve bu konuda da “yasal düzenlemelerin yapılması” gerekmektedir⁴⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararının hüküm kısmında bu husus, diğer kararlarda olduğu gibi “C. Yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine BİLDİRİLMESİNE...” şeklinde ifadeye kavuşturulmuştur⁴⁹.

⁴⁷ “AİHM’e göre Sözleşme’ye ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi kural olarak usule ilişkin güvenceleri içermemekle birlikte kişilere, keyfi müdahalelerden korunmak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bu önlemlerin kanun dışı veya keyfi ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır. (AGOSI/Birleşik Krallık, § 60; Saccocia/Avusturya, B. No: 69917/01, 18/12/2008, § 89; Microintelect Ood/Bulgaristan, B. No: 34129/03, 4/3/2014, § 48; Ünspeid Paket Servisi San. ve Tic. A.Ş./Bulgaristan, B. No: 3503/08, 13/1/2015, § 38.)” Süleyman Başmeydan, § 32.

⁴⁸ “**Kanun koyucu** müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma da öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa’nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede **yeterli usul güvencelerini içermesi** zorunludur. Buna göre **kanun koyucu** her hâlde temyiz imkânı tanımak durumunda değilse de böyle bir imkânın tanınmış olması hâlinde askıya alınması, diğer bir deyişle müsadere hukuka uygun olup olmadığı hususunun kesinleşmesinin geriye bırakılması belirli güvenceleri içermeyişi takdirde müdahaleyi ölçsüz kılar. Anayasa Mahkemesi müdahalenin mülk sahibine aşırı bir külfete yol açmaması için mülkün kullanımının geçici olarak da olsa sahibine bırakılması veya bunun mümkün olmadığı durumlarda tazminat ödenmesi gibi mülk sahibinin zararını giderici yolların mevcut olup olmadığını tespit etmek durumundadır. Nitekim benzeri mahiyette el koyma ve müsadere tedbirleri yönünden 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda el konulan eşyanın bazı durumlarda iadesi veya tasfiyesi ile tasfiye hâlinde mülk sahiplerinin haklarının tazmini yönünden etraflı düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. **Somut olayda ise böyle bir mekanizmanın varlığı da tespit edilememiştir.**” Süleyman Başmeydan, § 62.

⁴⁹ Süleyman Başmeydan (hüküm kısmı).

C. BEDRETTİN MORİNA KARARI

Anayasa Mahkemesinin TBMM'ye bildirimde bulunulmasına ilişkin üçüncü kararı *Bedrettin Morina* kararıdır. Başvurunun konusu, yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanma imkânının sonradan vatandaşlığa alınanlar yönünden sadece vatandaşlığa alınma tarihinden sonraki süre için tanınması nedeniyle mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir⁵⁰.

Başvurucu, yurt dışında çalıştığı süreleri Türkiye'de borçlanarak emekliliğe hak kazandığını, emekli aylığının bağlanmasından 6 yıl sonra kesilmesinin kazanılmış haklarını zedelediğini ileri sürmüştür. Açılan davada mahkeme 6/9/1996 öncesi çalışmalara ilişkin isteğin reddine ve bu tarihten sonraki çalışmalar 3.600 günü doldurduğundan bu süre üzerinden başvurucuya yaşlılık aylığı ödenmesine karar vermiştir. Yargıtay ise verilen hükmü bozmuştur. Gerekçe olarak ise 6/9/1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığına geçen başvurucunun bu tarihten önce yurt dışında geçen çalışma süresini borçlanamayacağı saptamasında bulunmuş ve ayrıca başvurucunun isteğe bağlı sigortalı olma yönünde bir talebi de bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. İlk derece mahkemesi bu karara uymuş ve davanın reddine karar vermiş, temyiz edilen bu karar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir⁵¹.

AİHM de sosyal güvenlik hakkı ve buna bağlı ödemeler bakımından vatandaşlar arasında farklı muamelenin yapılmasını, bunun objektif ve haklı bir temelinin gösterilmemesi hâlinde mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermektedir⁵². *Bedrettin Morina* kararında da farklı muameleyi gerektiren objektif ve haklı bir neden olmayıp ihlale sebep olan hususun temelinde ise kanundan kaynak bulan bir ayrımcılık hükmünün bulunduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında bu husus şöyle izah edilmiştir⁵³:

“51. 3201 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması kapsamında vatandaşlığı doğumla kazanan kişilere borçlanma imkânı tanınırken sonradan vatandaşlığa alınanlara bu vatandaşlık

⁵⁰ *Bedrettin Morina*, § 1.

⁵¹ *Bedrettin Morina*, § 16-21.

⁵² *Pichkur/Ukrayna*, B. No: 10441/06, 7/11/2013, §§ 45-54; *Andrejeva/Letonya* [BD], B. No: 55707/00, 18/2/2009. Ayrıca bkz. *Bedrettin Morina*, §§ 27, 28.

⁵³ *Bedrettin Morina*, §§ 51, 52.

öncesi çalışmalar nedeniyle borçlanma imkânı tanınmadığı saptanmıştır. Sonradan Türk vatandaşlığını kazanan başvurucu da doğuştan Türk vatandaşı olanlar gibi yabancı ülkelerdeki hizmet sürelerinin tamamını borçlanmayı talep etmektedir. Her iki durumda da benzer şekilde yabancı ülkelerde geçen çalışma sürelerinin borçlandırılması söz konusudur. Bunun yanında başvurusunun doğuştan Türk vatandaşı olanlar ile aynı primi ödeyerek borçlanması hâlinde yaşlılık aylığının tahsis edilebileceği dikkate alındığında gerek prim miktarı gerekse de aylık miktarı bakımından da sosyal güvenlik sistemine ek bir malî külfetten de söz edilemez. **Bu Kanun'da yer alan diğer koşullar yönünden de sonradan Türk vatandaşı olanlar için hizmet sürelerinin borçlanması bakımından farklılaşmayı gerektirir bir durum bulunmamaktadır.** Buna göre doğuştan Türk vatandaşı olan bir kimse yurt dışındaki bütün çalışma süreleri için prim borcu ödeyerek yaşlılık aylığı alabilmekteyken sonradan Türk vatandaşı olan başvurucu, vatandaşlığı kazanmadan önceki yurt dışı çalışma süreleri için borçlanma imkânından ve dolayısıyla yaşlılık aylığından yoksun kalmaktadır. Vatandaşlığın kazanılma anına göre bu şekilde farklı bir muamele yapılmasını gerektirir nesnel ve makul bir gerekçe ise bulunmamaktadır.”

Görüldüğü üzere ihlale sebep olan şey kanundaki belirsizlikler veya kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanunda yer alan hükmün kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün ilga edilmesi veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ya da yeni ihlallere yol açılmasının önüne geçilmesi için belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir. Çünkü Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi doğrudan 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinden kaynaklanmaktadır. 3201 sayılı Kanun hükmü hâlen yürürlükte olduğuna göre yeniden yargılama yapılması halinde de ihlalin giderimi mümkün değildir. “İhlalin giderilebilmesi” ve benzeri “yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi” için ihlale yol açan Kanun hükmünün gözden geçirilmesi konusunda ise “takdir yetkisi TBMM'ye aittir”. Sonuçta, kararda daha önce verilmiş olan *Süleyman Başmeydan* kararına da atıf yapılarak⁵⁴ açık bir biçimde şu ifadelerle yer verilmiştir: “Böyle bir

⁵⁴ Bedrettin Morina, § 60.

düzenleme benzeri ihlallerin de önüne geçerek bireysel başvurunun amacı ve işlevine de uygun olacağından kararın bir örneğinin bilgi ve takdiri için yasama organına gönderilmesi gerekir⁵⁵.” Kararın hüküm kısmında da “D. Yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine BİLDİRİLMESİNE...”⁵⁶” ifadesine yer verilmiş ve daha önceki kararlardaki yöntem benimsenerek bu konuda oluşan içtihat sürdürülmüştür.

D. SABRİ UHRAĞ KARARI

Anayasa Mahkemesinin TBMM’ye bildirimde bulunulmasına ilişkin dördüncü kararı *Sabri Uhrağ* kararıdır. Başvurunun konusu, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir⁵⁷.

Başvurucunun mülkiyeti kapsamındaki taşınmazı, Zonguldak havzası taş kömürü yataklarının sınırları içinde yer almaktadır ve bu taşınmaz üzerinde iki katlı bir bina bulunmaktadır. Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü (TTK), Demir Mad. Pet. Ür. İnş. Tur. Nak. San. Tic. A.Ş. ile başvurucunun da taşınmazının yer aldığı sahada rödövars sözleşmesi imzalamıştır ve bu işletme 1990 yılından bugüne rödövars işletmecisi olarak faaliyette bulunmaktadır. Başvurucu, taşınmazının kusurlu kömür üretimi nedeniyle meydana gelen çökmeler sebebiyle hasar görerek tamamen kullanılamaz hâle geldiği iddiasıyla yargı yoluna başvurmuştur. Binanın tamamen kullanılamaz durumda olduğu, meydana gelen hasarın %15’inin yapımdan kaynaklanan kusurlardan, %85’inin ise davalı işletmeciden kaynaklandığı belirlenmiştir. Dava konusu taşınmazın bulunduğu havza, her ne kadar 1910 yılından bu yana yasal düzenleme konusu edilmişse de 5/6/1986 tarihli ve 3303 sayılı Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun hükümleri uyarınca tespit ve tescil edilmiştir. Bu Kanun hükümleri uyarınca taşınmaz malların sahiplerinin maden işletmeciliği sebebiyle “meydana gelen zararlar dolayısıyla bir hak ve tazminat talep edemeyecekleri” (mad. 3) öngörülmüştür. Açılan davada mahkeme de söz konusu hükümlerden hareketle davanın reddine karar vermiş, karar Yargıtay tarafından onanmış ve karar düzeltme talebi reddedilmiş ve böylece kanun yolları tüketilmiştir⁵⁸.

⁵⁵ *Bedrettin Morina*, §§ 57, 61, 62.

⁵⁶ *Bedrettin Morina* (hüküm kısmı).

⁵⁷ *Sabri Uhrağ*, § 1.

⁵⁸ *Sabri Uhrağ*, §§ 9-23.

Konu ile ilgili olarak geçmişte TBMM’de araştırma komisyonu kurulmuş⁵⁹, “Doğal Afetlerde Meydana Gelen Can ve Mal Kaybını En Aza İndirmek İçin Alınması Gereken Tedbirler” konulu, 345 sıra sayılı, 10/58 Esas No.lu meclis araştırması komisyonu raporunda da bu konuda “koruyucu yeni ve özel bir kanun çıkarılması” gerektiği tespiti yapılmıştır.⁶⁰ Görüldüğü üzere TBMM, bu konuda bir kanun ile düzenleme yapılması ihtiyacını bizzat kendisi hazırladığı rapor ile ortaya koymuştur. Bu kapsamda AİHM kararlarında da iç hukuktaki düzenlemelerin başvurularda bu anlamda asgari güvenceleri içerecek şekilde yeterli bir hukuk yolu sunup sunmadığı üzerinde durulmakta ve ayrıca öngörülen yolun uygun bir telafi imkânı sunmaya elverişli olması şartı aranmaktadır⁶¹.

Anayasa’nın “Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı 35. maddesi, “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” kenar başlıklı 40. maddesi, “Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi” kenar başlıklı 168. maddesi, “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” kenar başlıklı 56. maddesi hükümleri birlikte ele alınıp sistematik bir yoruma tabi tutulmuştur. Nitekim Anayasa’nın 5. maddesinde insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak da devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunabilmesi ise “devletin pozitif yükümlülükleri” arasında yer almaktadır. Bu pozitif yükümlülükler, söz konusu temel hakların korunması için belirli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir⁶².

Ancak bu tedbirlerin alınması *Sabri Uhrağ* kararında olduğu gibi kanun ile düzenlemeyi gerektirebilecektir. Aksi hâlde pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi kanun hükmü sebebiyle Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına yönelik ihlallere yol açacaktır.

⁵⁹ “Doğal Afetlerde Meydana Gelen Can ve Mal Kaybını En Aza İndirmek İçin Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Bir Meclis Araştırması Komisyonu Kurulmasına İlişkin”, Karar No: 479, 21/1/1997, RG: 24/1/1997, S. 22887.

⁶⁰ *Sabri Uhrağ*, § 33.

⁶¹ *Dimitar Yordanov/Bulgaristan*, B. No: 3401/09, 6/9/2018; *İlhan/Türkiye* [BD], B. No: 22277/93, 27/6/2000, §97; *Kudla/Polonya* [BD], B. No: 30210/96, 26/10/2000, § 157; *Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, §82; *Sabri Uhrağ*, §§ 37-41.

⁶² *Sabri Uhrağ*, § 45-55. Anayasa Mahkemesinin bu çerçevedeki kararları: *AYM*, E.2019/40, K.2020/40, 17/7/2020, § 37; *AYM*, E.2019/11, K.2019/86, 14/11/2019, § 13; *Türkiye Emekliler Derneği*, B. No: 2012/1035, 17/7/2014, §§ 34-38; *Eyyüp Boynukara*, B. No: 2013/7842, 17/2/2016, §§ 39-41; *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limitet Şirketi*, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 43.

Anayasa Mahkemesi de karar gerekçesinde bu hususu açık bir şekilde ortaya koymaktadır⁶³:

“68. ... Başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamında yer alan konutu madencilik faaliyetleri sonucu büyük ölçüde tasman etkisi sebebiyle yıkılarak kullanılamaz hâle gelmiştir. Başvurucunun -iddiaya göre- kusurlu yürütülen madencilik faaliyeti nedeniyle madeni işleten özel Şirket ile rödövens sözleşmesi ile Şirkete maden işletme iznini verip -iddiaya göre- denetim ve gözetim görevini yerine yetirmeyen TTK aleyhine açtığı tazminat davası derece mahkemelerince işin esası incelenmeden sadece 3303 sayılı Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrası uyarınca reddedilmiştir.

69. ... başvuru hem TTK’nın hem de özel Şirketin kusurlarından dolayı zararın meydana geldiğini ileri sürmektedir. Ancak 3303 sayılı Kanun’un 3. maddesi kategorik olarak kusurlu-kusursuz sorumluluk ayrımı yapmaksızın hiçbir tazminat davası açılmayacağını düzenlemektedir. Bu sebeple gerek ilk derece mahkemesi gerek Yargıtay Dairesi zararın madencilik faaliyeti sırasında TTK’nın veya özel Şirketin kusurlu davranışlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığını irdelememişlerdir.

70. Sonuç olarak mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının esasının incelenmesi ve giderim sağlanmasını engelleyen kanun hükmü nedeniyle Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa’nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

Sonuç olarak başvuruya konu olayda Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa’nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı ihlal edilmiş ve ihlal de doğrudan 3303 sayılı Kanun’un 3. maddesinden kaynak bulmuştur. Bu durumda ihlalin giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan Kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerekmekte ancak bu konudaki takdir yetkisi ise yasama organına ait bulunmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun da aralarında olduğu bu durumda olan kişiler yönünden tazminat hükümlerine ilişkin düzenleme yapılması bir kamu gücü olarak TBMM’nin kullanabileceği bir yetkidir.

⁶³ Sabri Uluğ, §§ 68, 69, 70.

Yani ihlale yol açan “kamu gücü” işlemi bir “kanun”dan kaynak bulduğundan kanun ile düzenleme yapılması gerektiği açıktır⁶⁴.

Dolayısıyla bu kararda da temel hak ve özgürlüğe ilişkin bir ihlalin kanundan kaynak bulması sebebiyle bu işlemin muhatabı TBMM’dir. Anayasa Mahkemesi kararının hüküm kısmında yer verilen “...C. Yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine BİLDİRİLMESİNE...” ifadesiyle daha önceki kararlarda olduğu gibi bildirimin TBMM’ye yapılması usulüne başvurulmuştur.

E. KADRI ENİS BERBEROĞLU KARARI

Anayasa Mahkemesinin TBMM’ye bildirimde bulunulmasına ilişkin beşinci kararı *Kadri Enis Berberoğlu* kararıdır. Başvurunun konusu Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle “seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı”nın, mahkûmiyet hükmünün infazının devamına kararı verilmesi nedeniyle de “kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı”nın ihlal edildiği iddialarına ilişkindir⁶⁵.

Başvurucu, Anayasa Mahkemesine ilk olarak 23/6/2017 tarihinde, ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmüyle birlikte uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmadığı iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuş; Anayasa Mahkemesi 18/7/2018 tarihinde başvuruyu “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Başvurucu yeniden milletvekili seçilmesi sonrasında Anayasa Mahkemesine iki defa bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu başvurular birleştirilmiştir. Başvurucu hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün 4/6/2020 tarihinde TBMM Genel Kurulunda okunmasıyla başvurusunun milletvekilliği düşürülmüştür⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Anayasa’nın 19, 67, 83. maddeleriyle geçici 20. madde hükümlerini birlikte yorumlayarak başvurusunun “kişi hürriyeti ve güvenliği” ile “seçilme ve siyasi faaliyette bulunma” haklarının ihlal edildiğine 17/9/2020 tarihinde oy birliğiyle karar vermiştir. Karardaki ihlale ilişkin tespitler doğrultusunda “ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması” için “yeniden yargılama yapılmak üzere” kararın İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine

⁶⁴ Sabri Uhrağ, §§ 77, 78, 79.

⁶⁵ Kadri Enis Berberoğlu (3), § 1.

⁶⁶ Kadri Enis Berberoğlu (3), §§ 28, 29.

gönderilmesine karar verilmiştir⁶⁷. Ancak İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 13/10/2020 tarihinde “Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden yargılama yapılması ve durma kararı verilmesi gerektiği şeklindeki kararı yerindelik denetimi niteliğindedir.” gerekçesiyle başvuru hakkında yeniden yargılama yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir⁶⁸.

Bunun üzerine İstanbul 15. Ağır Ceza Mahkemesine yapılan itiraz sonucu “itiraz hakkında karar verilmesine yer olmadığı” şeklinde bir karar verilmiş ve bu karar üzerine de tekrar Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuştur⁶⁹. Bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda, Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmamasına ilişkin önemli değerlendirmeleri de bünyesine alan ihlali ortadan kaldırmak üzere kararın nasıl uygulanacağı konusunda şu açık hükümlere yer verilmiştir⁷⁰:

“140. Buna göre Anayasa Mahkemesince başvuru hakkında Kadri Enis Berberoğlu (2) kararı ve iş bu Kadri Enis Berberoğlu (3) kararında tespit edilen hak ihlali kararlarının ortadan kaldırılmasına yönelik olarak;

- i. Yeniden yargılama işlemlerine başlanması,*
- ii. Mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması,*
- iii. Başvurucunun hükümlü statüsünün sona erdirilmesi,*
- iv. Yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi,*

işlemlerinin yerine getirilmesi zorunludur. Bu amaçla işbu kararın İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesi gerekir.”

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde ihlalin devam etmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Öyle ki Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmemesi adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde bu iddiaları incelemek de bireysel başvuruları incelemeye yetkili olan Anayasa

⁶⁷ Kadri Enis Berberoğlu (2), § 134.

⁶⁸ Kadri Enis Berberoğlu (3), § 40.

⁶⁹ Kadri Enis Berberoğlu (2), §§ 56-60; Kadri Enis Berberoğlu (3), §§ 41, 42.

⁷⁰ Kadri Enis Berberoğlu (3), § 140.

Mahkemesinin görev alanına girmektedir⁷¹. Çünkü kamu gücünün eylem, işlem ve ihmallerinden kaynak bulan bireysel başvuruların Anayasa'ya uygunluğunu kesin ve bağlayıcı olarak karara bağlama yetkisi münhasıran Anayasa Mahkemesine aittir⁷².

Belirtmek gerekir ki *Kadri Enis Berberoğlu* kararı, Anayasa Mahkemesinin diğer dört kararından farklı olarak bir kanun ile düzenleme yapılmasını gerektiren türde bir özelliğe sahip değildir. Bunun sebebi ise TBMM'nin işlem türlerinden kaynak bulmaktadır. Çünkü TBMM'nin işlemleri klasik ayrıma göre “kanun” ve “parlamento kararı” olarak bir ayrıma tabi tutulsa da bu olay çerçevesinde de görüleceği üzere üçüncü bir tür olarak TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunma örneğini de kapsamına alarak sonuç doğuran “diğer işlemler” kategorisi olarak adlandırılacak işlemleri bulunmaktadır⁷³. Nitekim İstanbul Milletvekili Kadri Enis Berberoğlu'nun milletvekilliği sıfatı üzerinde sonuç doğurarak -sürecin bu aşamaya gelmesinin temelinde- Anayasa'nın 84. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve belirtilen kategorideki bir işlem türü yer almaktadır. Zira TBMM Başkanlığı, Berberoğlu hakkındaki kesinleşen yargı kararını TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunmuş ve Berberoğlu'nun milletvekilliği sıfatı sona ermiştir⁷⁴. Her ne kadar kurucu işlemi yapan TBMM olmayıp yargı

⁷¹ *Kadri Enis Berberoğlu* (3), § 73.

⁷² *Kadri Enis Berberoğlu* (3), § 111.

⁷³ Kılıç, A. (2020). *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, Ankara: Adalet Yay., s. 48-62, 77-116.

⁷⁴ Kesin hüküm sebebiyle milletvekilliğinin düşürülmesine ilişkin en son örnek ise Kocaeli Milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun TBMM'nin 17/3/2021 tarihli 60. Birleşiminde milletvekilliğinin düşürülmesidir. Bu husus TBMM tutanaklarına şu şekilde geçmiştir:

“... BAŞKAN - Başkanlığın Genel Kurula sunuşları vardır. (...)

BAŞKAN - Cumhurbaşkanlığının Anayasa'nın 84'üncü maddesine göre Kocaeli Milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun kesin hüküm giydiği dair kesinleşen mahkeme kararı hakkında bir tezkeresi vardır, okutup bilgilerinize sunacağım. (...)

“11 Mart 2021

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına

İlgi: 8/3/2021 tarihli ve E-35601974-103-0008-2019-191/19264 sayılı yazı.”

(...)

“Terör örgütü propagandası yapma suçundan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesinin 7/12/2018 tarihli ve 2018/770 esas, 2018/1362 karar sayılı ilamı ile istinaf başvurusunun esastan reddedilmesi ve Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 28/1/2021 tarihli ve 2020/835 esas, 2021/398 karar sayılı ilamı ile temyiz dosyasının esastan reddi ile onanması suretiyle kesinleşen...” (...)

“...Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 21/2/2018 tarihli ve 2017/490 esas, 2018/80 sayılı kararı ile 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen Kocaeli Milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu ile ilgili olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 83 üncü maddesinin üçüncü fıkrası ile 84 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Adalet Bakanlığından alınan ilgi yazı sureti ve eki dosya ilişikte gönderilmiştir.

Bilgilerini ve gereğini arz ederim.

Fuat Oktay

organı olsa da üyelik sıfatının sona ermesini sağlayan tamamlayıcı işlemi gerçekleştiren yani Genel Kurula havale eden “TBMM Başkanlığı” ve ilgili birleşimde bunu Genel Kurulun bilgisine sunan da “oturum başkanı”dır⁷⁵.

Anayasa’nın 153. maddesinin altıncı fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı açık bir biçimde hüküm altına alınmıştır ancak bu hüküm yalnızca norm denetimi bakımından geçerli olmayıp aynı zamanda bireysel başvuru kapsamında verilen ihlal kararları bakımından da geçerliliğe sahiptir. Nitekim 6216 sayılı Kanun’da “ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağı” konusunda Anayasa Mahkemesine geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bunun sınırı ise yine 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin birinci fıkrasında yer alan Anayasa Mahkemesinin “idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği”ne ilişkin düzenlemedir⁷⁶. Diğer taraftan 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar vereceği düzenlenmiştir. Fakat söz konusu karara konu durumda TBMM’ye yapılan bildirim üzerine TBMM’nin dosya üzerinden karar vermesi durumu mümkün olmayacağı için gerçekleştireceği işlemin yasama fonksiyonu ve buna bağlı görev ve yetkiler çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir.

Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi tarafından TBMM’nin de aralarında yer aldığı, ilgili olan kamu gücü organlarına bu bildirim yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında bu husus şu şekilde vurgulanmıştır⁷⁷:

Cumhurbaşkanı Yardımcısı”

(...)

BAŞKAN - Değerli milletvekilleri, Anayasa’nın 76’ncı maddesi kapsamında milletvekili seçilmeye engel bir suç teşkil eden...

BAŞKAN - ...Anayasa’nın 84’üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince bilgiye sunulan kesinleşmiş mahkeme kararı doğrultusunda Kocaeli Milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu’nun milletvekilliği düşmüştür.

(...)

BAŞKAN - Birleşime on dakika ara veriyorum”. TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 60, 17.03.2021., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil4/ham/b06001h.htm> (Erişim Tarihi: 20/04/2021).

⁷⁵ Kılıç, A. (2020). s. 98-108.

⁷⁶ Kadri Enis Berberoğlu (3), §§ 91, 92.

⁷⁷ Kadri Enis Berberoğlu (3), §§ 144, 145.

*“144. Ayrıca belirtmek gerekir ki **anayasal düzenin korunması yalnızca Anayasa Mahkemesine ait bir görev değildir.** Anayasal kurumların, kamu gücünü kullanan organların, gerçek veya tüzel kişilerin Anayasa’yı koruma ve anayasal kurallara sadakat gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır.*

*145. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin Kadri Enis Berberoğlu (2) kararı ve işbu Kadri Enis Berberoğlu (3) kararında **tespit edilen hak ihlallerinin ortadan kaldırılması ve bahsi geçen ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesi yalnızca ilgili derece mahkemelerinin değil, ilgileri olduğu ölçüde başta Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu olmak üzere kamu gücünü kullanan diğer organların da görevidir.** Bu sebeple ihlal kararının ilgili kurumlara da gönderilmesi gerekir.”*

Dolayısıyla Kadri Enis Berberoğlu kararında ihlale sebep olan kamu gücü işlemi yargı organından kaynak bulsa da başvuran ve hakkında ihlal kararı verilen kişi milletvekili olduğu için “F. Kararın bir örneğinin bilgi için ve ilgileri nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisine... GÖNDERİLMESİNE ...⁷⁸” şeklindeki usule başvurulmuştur. Çünkü kesinleşmiş yargı kararının TBMM Genel Kuruluna bildirilmesi TBMM Başkanlığı tarafından yerine getirilmekte ve bunun sonucunda da milletvekilliği düşmektedir. Buna göre “yetki ve usulde paralellik ilkesi” uyarınca Anayasa Mahkemesi tarafından bir ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlale bağlı sonuçları ortadan kaldırmak üzere bu konudaki yargı kararının tekrar TBMM’ye gönderilmesi ve bu kararın da yine TBMM Genel Kuruluna bildirilmesi ancak TBMM Başkanlığı tarafından yerine getirilebilecektir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi kararının yargı organı tarafından icra edilmesi sonucu, bu karar mahkeme tarafından da TBMM’ye iletilmiş ve TBMM’nin 11/2/2021 tarihli 46. birleşiminde, Genel Kurulun bilgisine sunulması üzerine Kadri Enis Berberoğlu yeniden milletvekilliği sıfatını kazanmıştır⁷⁹. Ancak bu bildirimin yapılması, siyasi

⁷⁸ Kadri Enis Berberoğlu (3) (hüküm kısmı).

⁷⁹ “Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kuruluna İstanbul Milletvekili Kadri Enis Berberoğlu’nun 5 yıl 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2’nci Ceza Dairesinin 13/2/2018 tarihli ve esas 2017/2075, karar 2018/287 sayılı Kararı’nın onanmasına dair Yargıtay 16’ncı Ceza Dairesinin 20/9/2018 tarihli ve esas 2018/2088, karar 2018/2728 sayılı Kararı sonrasında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 83’üncü maddesinin üçüncü fıkrası ile 84’üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı tarafından Başkanlığımıza gönderilen 26/11/2018 tarihli tezkerenin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun 4/6/2020 tarihli 95’inci Birleşiminde bilgiye sunulmasıyla milletvekilliği

bir girişim odağında şekillenmemekte; az evvel de vurgulandığı üzere Anayasa Mahkemesine Anayasa ve kanunlar ile verilen görev ve yetkinin sonucu olarak ortaya çıkmakta ve bireysel başvurular bakımından ise bir gereklilik olarak netice doğurmaktadır. Dolayısıyla egemenlik yetkisi kullanan devlet organlarının çalışma düzeninde bu tür işlemlerin olması siyasal mücadele, çekişme veya çatışma görünümü yaratan bir anlama da karşılık gelmemektedir.

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ TBMM'YE BİLDİRİLMESİNDEN ÇIKARILACAK SONUÇLAR

Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen kararları üzerine Mahkemenin yasama organının işleyişine yön verme girişiminde bulunduğu ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Bu değerlendirmelerin odağında ise her ne kadar açık bir kavramsallaştırmayla dile getirilmese de “yargı vesayeti” veya “yargısal aktivizm” çerçevesinde bir girişim ile ilişki ve etki alanının yer aldığı söylenebilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu kavramların bireysel başvurular bakımından bir karşılığı bulunmamaktadır. Temel işlevi temel hak ve özgürlüklerin korunması üzerine inşa edilen bireysel başvuru hakkının yargısal aktivizm veya vesayet kavramları ile örtüşmesi veya bu kavramlar üzerinden değerlendirilmesi de mümkün değildir⁸⁰.

düşmüştür.

Genel Kurulun bilgisine sunulan mahkûmiyet kararı hakkında bu kez İstanbul 14'üncü Ağır Ceza Mahkemesinin 8/2/2021 tarihli ve esas 2016/205 karar 2017/97 sayılı Ek kararı ile “Anayasa Mahkemesinin 21/01/2021 tarihli, başvuru hakkında vermiş olduğu hak ihlali kararı uyarınca hükmünün yeniden yargılama talebinin kabulü ile infazın durdurulmasına, sanık hakkında yeniden yargılama kararı verildiğinden kesinleşmiş hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına, sanığın yargılama sürecinde yeniden milletvekili olması sebebiyle sanık hakkında yasama dokunulmazlığı kaldırılncaya kadar yargılamanın durmasına, sanığın yasama dokunulmazlığının kaldırılması için Adalet Bakanlığına yazı yazılarak sanık hakkında fezleke düzenlenmesinin istenilmesine” karar verildiği hususu İstanbul 14'üncü Ağır Ceza Mahkemesinin 10/02/2021 tarihli yazısı ile Başkanlığımıza bildirilmiştir.

Bu çerçevede söz konusu yazı ile ekindeki mahkeme kararı örneğinden İstanbul Milletvekili Kadri Enis Berberoğlu hakkında verilen ve 4/6/2020 tarihli 95'inci Birleşimde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun bilgisine sunulan kesin hükmün ortadan kalktığı anlaşılmakta olup; keyfiyet, Genel Kurulun bilgilerine sunulur.

Mustafa Şentop

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı...”. TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 46, 11/2/2021, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil4/ham/b04601h.htm> (Erişim Tarihi: 20/4/2021).

⁸⁰ Nitekim hâlihazırda Anayasa Mahkemesi üyeliği görevini yürüten ve akademik çalışmalarında “yargısal aktivizm” kavramı önemli bir yer tutan Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez tarafından bu kavram şöyle tanımlanmıştır: “Gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde

Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi tarafından TBMM'ye bu konuda bir "bildirimde bulunulması"⁸¹ yasama yetkisine ve bu çerçevede kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararlarında hüküm altına alınan "*keyfiyetin... bildirilmesi*" ifadesi, bu hususun/durumun bildirilmesi anlamını taşımakta ve yargı yetkisinin kullanımı neticesinde oluşacak hukuki durum karşısında düzenleme yapılmasını ve tedbir alınmasını gerektiren bir sonuç yaratmaktadır. Bildirimin aynı zamanda Adalet Bakanlığına ve buna bağlı olarak yürütme organına yapıldığı da görülmektedir. Ancak bu bildirim ihlale dayanak teşkil eden kanun hükmünde değişikliğe olanak vermemektedir. Çünkü Adalet Bakanlığının veya yürütme organının kanun koyma yetkisi olmadığına göre bu bildirimin TBMM'ye yapılması kuvvetler ayrılığının doğal bir neticesi ve hatta kaçınılmaz sonucudur. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin Adalet Bakanlığına ve yürütmeye ve onların da bu hususu TBMM'ye iletmesi, TBMM Başkanlığının ileri sürdüğü, Meclise bir direktifte bulunulduğu iddiasının bu defa da yürütme organı bakımından tartışılmasını beraberinde getirecektir. Zira az evvel vurgulandığı üzere kanun yapma yetkisi yalnızca TBMM'ye ait bir yetki ise ihlale sebebiyet veren kamu

yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar verebilmeleri durumudur". Anayasa Mahkemesi üyesi Sayın Hakyemez'in yukarıda zikredilen beş Anayasa Mahkemesi kararında da imzası bulunmaktadır. Bahsi geçen kararlarda çoğunluk oyu doğrultusunda oy kullanmış yani bu kararlarda karşı oy kullanmamıştır. Bu sonuca göre de tipki diğer üyeler gibi söz konusu kararların yargısal aktivizm örneği sergilemediği veya girişimi niteliğinde olmadığı kanaatine varmıştır. Eğer kanaati aksi yönde olsaydı bu kararlara katılmadığını açıkça ortaya koyabilecek ve bunun için de karşı oy yazması gerekecekti. Dolayısıyla Sayın Hakyemez'in Anayasa Mahkemesinin bu kararlarda yasama organına bir direktifte bulunduğu ve bunun da yargısal aktivizm veya buna benzer nitelikte bir girişim olduğu kanaatinde olmadığı söylenebilir. Bkz. Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yay., s. 35; Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi, C. 62, S. 3, s. 257-268*. Yargısal aktivizm konusu öğretilerde sıkça atfı yapılan bir kavram olmakla birlikte, kavramın kullanımındaki belirsizlikler de bunun temelinde yer almaktadır. Zira ABD'de, öğretinin bu kavrama yüklediği anlamın Türkiye'de doktrinde farklı yorumlar ve tanımlar ile karşılık bulduğu görülmektedir. Bu konudaki çelişkilere dikkat çeken kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Ergül, O. (2001). "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: "Yargısal Aktivizm", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, s. 38-47.

⁸¹ Öğretilerde bu konuyu ve kavramı odağına alan özgü bir çalışma yer almasa da kimi yazarlarca yapılan çalışmalarda ele alınan temel hak ve özgürlük bağlamında "yasama organına çağrı" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda bkz. Şirin, T. (2015). "Anayasa Mahkemesinin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı*, C. 32, s. 134 dn. 159; Çalı, B. (2014). *İHOP AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2014/2 Ataman Grubu/Türkiye Kararlarının Uygulanması - İzleme Raporu*, Ankara: Ceket Medya, s. 30.

gücü işlemi de kanundan, parlamento kararından veya parlamentonun diğer işlemlerinden kaynaklanmakta ise bu yetkinin yürütme organı tarafından kullanılması da mümkün olmayacaktır⁸².

Söz konusu kararlardan *Süleyman Başmeydan*⁸³ ve *Bedrettin Morina*⁸⁴ kararlarında karşı oylar bulunurken diğer kararlar ise oy birliği ile verilmiştir. Kararlarda ihlalin ortadan kaldırılması için yapılması gerekenler de açık bir şekilde izah edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında, açık bir şekilde kararı uygulayacak mercilerin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yalnızca neleri yapmaları gerektiği değil bunun yanında neleri yapmamaları gerektiği de ifade edilmiştir⁸⁵:

“Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcılığı, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için hükmettiği yapılması gerekenleri kapsadığı gibi ... ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak merciin belirlenmesini de kapsar ... Anayasa’nın açık düzenlemesi ve bireysel başvurunun işlevleri nazara alındığında Anayasa Mahkemesi kararının uygulanmasının reddedilmesi ve usul hukukunun emrettiği yöntemler izlenerek ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmaması Anayasa’nın 153. maddesinin

⁸² Kılıç, A. (2020). s. 48-116.

⁸³ Bu karardaki karşı oylar Yıldız Seferinoğlu, Serdar Özgüldür ve Recai Akyel tarafından kullanılmış, çoğunluk kararına “TBMM’ye bildirim” konusu çerçevesinde değil esasa ilişkin başka gerekçelerle katılmamışlardır. Bkz. *Süleyman Başmeydan*.

⁸⁴ Bu karardaki karşı oylar, Serdar Özgüldür, M. Emin Kuz, Kadir ÖZKAYA, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş tarafından kullanılmıştır. Ancak karşı oylar arasında yalnızca Serdar Özgüldür tarafından yazılan karşı oy gerekçesinde TBMM’ye bildirim konusuna temas edildiği görülmektedir. Bunun odağında ise başvuruya konu olayda, milletlerarası antlaşma ile kanun arasındaki ilişkiden kaynaklı bir husus olduğunu ve mahkemelerin Anayasa’nın 90. maddesini uygulaması hâlinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmayacağı gerekçesi şöyle ortaya konulmuştur:

“...Anayasa’nın 90 ncı maddesinin yukarıda işaret edilen son fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, başvuru konusu ihtilafta 3201 sayılı Kanunun 1 nci maddesinin değil, anılan Antlaşmanın 1. ve 29/4 ncü maddelerinin uygulanması gerektiği izahtan varestedir. Bu durumda derece mahkemelerinin bu ciddi iddiayı ele alıp müspet/menfi şekilde karşılaması gerektiği halde, bu lazıme riayet edilmeyerek, konunun sadece 3201 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvuru konusunun “gerekçeli karar hakkı” bağlamında Anayasanın 36 ncı maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

4. Bu gerekçe karşısında, başvuruya esas ihtilafta 3201 Sayılı Kanunun tatbik kabiliyeti bulunmadığından, ihlâlê yol açtığı gerekçesiyle bu kural için TBMM’ne başvuru (çağrı) yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

(...)

c. 3201 Sayılı Kanunun 1 nci maddesinin ihlâlê yol açtığı gerekçesiyle değiştirilmesi konusunda TBMM’ne bildirimde (çağrıda) bulunulmasına gerek bulunmadığı, değerlendirildiğinden; çoğunluğun bu hususlarla örtüşmeyen değerlendirmelerine katılamadım”. Bedrettin Morina, (Karşioy/Serdar Özgüldür).

⁸⁵ Kadri Enis Berberoğlu (3), § 115.

*sözüyle açıkça çelişen ve anayasa koyucunun iradesine aykırı bir yorum
ve uygulama olmuştur.”*

Belirtilen kararların TBMM Başkanlığına gönderilmesinde ayrıca çeşitli sebep ve saikler bulunduğu düşünülebilirse de esasen iki gerekçe ileri sürülebilir. Bunlardan *ilki*, bunun tek tek milletvekillerine değil TBMM’nin kurumsal anlamda temsil ve yönetim organı olan TBMM Başkanlığına gönderilmesi yerinde bir tercih olup Başkan tarafından ilgili birimlere sevk edilmesi buna bağlı bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Aksi hâlde milletvekillerine kanun teklifi gönderme anlamını taşıyacak bir direktif olduğu ileri sürülebilirdi.

İkincisi ise uygulamada geliştirilen bir usulle ilişkili olarak ele alınabilecektir. Öyle ki bu durum milletlerarası antlaşmaların uygun bulunması kanununun çıkarılması sürecinde de ortaya çıkmaktadır. Çünkü bu nitelikteki tezkereler, Cumhurbaşkanlığı tarafından TBMM Başkanlığına gönderilmekte ve bunlar yalnızca TBMM başkanı tarafından üzerine alınarak bir kanun teklifine dönüştürülmektedir. Nitekim 5/12/2018 tarihli ve 1409 sayılı Milletlerarası Antlaşmanın Uygun Bulunması Kanunu'ndan, 4/3/2021 tarihli ve 3445 sayılı Milletlerarası Antlaşmanın Uygun Bulunması Kanunu'na kadar kabul edilen 136 milletlerarası antlaşmanın kanun teklifleri “yalnızca TBMM başkanı tarafından” verilmiştir⁸⁷. Bu örnekte görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan bu bildirimin TBMM başkanı tarafından kanun teklifine dönüştürülebilmesi olanağı düşünülebilir. Bir başka ifadeyle tıpkı Cumhurbaşkanlığı tarafından gönderilen milletlerarası antlaşmalara ilişkin tezkere örneğinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararındaki ihlalin bir kanundan kaynak bulduğu hâllere ilişkin TBMM Başkanlığına yapacağı bildirim üzerine TBMM başkanının bunu üzerine alarak bir kanun teklifine dönüştürebilmesi usulü düşünülebilecektir. Yine buna paralel bir şekilde TBMM başkanının milletvekillerinin bireysel başvuruları sonucu

⁸⁶ Göztepe Çelebi, henüz Anayasa Mahkemesi bu konuda bir karar vermeden önce 2016 yılında yayımladığı makalesinde bu konunun önemini şöyle vurgulamıştır: “AYM’nin, özellikle “kanunilik şartı gerçekleşmediği için” verdiği ihlal kararlarının Adalet Bakanlığı kadar TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı’ni da ilgilendirdiği ortadadır. Bu türden ihlal kararlarında en azından bir paragrafta kanuni düzenleme gerekliliğinin vurgulanması ve kararın bu kurumlara bu vurguyla iletilmesi, gelecekteki ihlal kararlarını engelleyici bir nitelik taşıyacaktır.” Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 112.

⁸⁷ (Erişim Tarihi: 2/3/2021).

Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek ihlal kararları çerçevesinde ihlalin bir yasama işleminden kaynaklanması hâlinde de bunu, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracabilecek bir işleme dönüştürmesi düşünülebilecektir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu bildirimi yapmasında Anayasa'ya aykırılık teşkil eden bir yön bulunmamaktadır. Eğer Anayasa Mahkemesi bu bildirimi yapmaz ise buna bağlı başka sorun ve sonuçların doğması riski çok yüksektir. Nitekim özellikle Y.T. kararına bakıldığında aynı nitelikteki 1.632 başvuru hakkında da Anayasa Mahkemesinin aynı doğrultuda karar vermesinin yaratacağı maliyeti de göz önüne almak gerekmektedir. Zira pilot karar usulü işletilen Y.T. kararında temel hak ve özgürlük açısından verilen ihlal kararı yanında “10.000 TL manevi tazminat” ile “yargılama giderleri ve vekâlet ücreti”nin ödenmesi de hesaba katıldığında ve bunun 1.632 başvuru bakımından işletilmesi hâlinde oluşacak ödeme yükümlülüğü ve kamusal gider de hesaba katıldığında bu konuda bildirimin TBMM'ye yapılması ve bu konuda kanun ile düzenleme yapılmasından başka seçenek bulunmadığı açıktır. Öte yandan AİHM süreci bakımından da önemli bir yönünün olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Çünkü bu hâlde AİHM'ye yapılacak başvurular açısından bunun yapısal bir sorundan kaynak bulduğunun göz önüne alınması ve bu konuda düzenleme yapılmaması sonucuna bağlı olarak AİHM tarafından “tüketilmesi zorunlu olmayan bir iç hukuk yolu” olarak kabul edilmesi sonucu meydana gelebilecektir.

Ayrıca kanun ile düzenleme yapılması gereken konularda, Anayasa Mahkemesinin “yapısal sorun”un çözümü kavramsallaştırmasına başvurması (her ne kadar Anayasa Mahkemesi bu kararların tamamında pilot karar usulüne başvurmamış olsa da) yapısal sorun konusunda kanun ile düzenleme yapılması gereğine işaret etmektedir ki bunun muhatabı da TBMM'dir. Ancak Anayasa Mahkemesinin daha önceki yıllarda vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında bu usule başvurmamış olması daha sonraki kararlarında başvurmayacağı anlamına da gelmemektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesiyle düzenleme altına alınan, kadınların evlenmekle zorunlu olarak eşlerinin soyadlarını almaları konusunda yapılan başvurular hakkında ihlal kararları vermiş olmasına rağmen TBMM, Türk Medeni Kanunu'nun belirtilen maddesinde gerekli

düzenlemeyi henüz yapmamıştır. Fakat bu kararlarda⁸⁸ Anayasa Mahkemesi yasama organına bildirim şeklinde bir usule başvurmamakla birlikte bundan sonra bu konuda yapılacak başvurular hakkında ise “TBMM’ye bildirilmesi”ne şeklinde bir usule başvurusu önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

SONUÇ

Anayasa’nın 2. maddesi ile güvence altına alınan “hukuk devleti” ilkesinin bütün devlet organlarını bağladığı ve yargı organının da hukuki uyumsuzluğu nihai olarak karara bağlama yetkisi ile donatıldığı ve yargı yetkisinin kullanımının özünü⁸⁹ de bu hususun oluşturduğu birlikte düşünüldüğünde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında, yasama yetkisinin kullanılması yetkisine bir müdahalesinin bulunmadığı açık bir şekilde ifade edilebilecektir. Zira bu karar bir kanun teklifi niteliğinde olmayıp münhasıran milletvekillerine tanınan “kanun teklif etme yetkisi”ne de aykırılık teşkil etmemektedir yani bu bildirim bir “kanun teklifi hüküm ve etkisinde değildir.” Bunun TBMM Başkanlığına gönderilmesindeki gerekçe ise bireysel başvurular bakımından yasama organının temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlalleri norm düzeni itibarıyla “kanun koymak, karar almak ve diğer işlemler”⁹⁰ kategorisiyle işlemler gerçekleştirebilecek yetgane organ olmasıdır.

Şu durumda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları sonucu TBMM’ye yapılan bu bildirimler, TBMM’yi kanun koyma konusunda harekete geçirmesi açısından, yasama işlevine sağlayacağı katkı ile onun daha nitelikli hale gelmesi potansiyeli taşımaktadır. Ancak bu durum yarı-doğrudan demokrasilerde uygulama bulan, halkın kanun yapma sürecine katılım biçimi olarak “yurttaş girişimi”⁹¹ niteliği de taşımamaktadır. Bununla birlikte TBMM’nin çalışma düzeninde

⁸⁸ Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015; Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014.

⁸⁹ “Kanunun ne olduğunu söylemek, yargı organının yetkisi içindedir ve onun görevidir. Bir kuralı somut olaylara uygulamak durumunda olanların, ona açıklama getirmeleri ve onu yorumlamaları gerekir. Eğer iki kanun birbirleri ile çatışıyorsa, mahkemeler hangisinin uygulanacağı hakkında karar vermek zorundadırlar...” Marbury/Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

⁹⁰ Kılıç, A. (2020). s. 48-62.

⁹¹ Gözler, K. (2020). s. 293 vd.

TBMM İçtüzüğü mad. 116/4⁹² uyarınca TBMM Dilekçe Komisyonuna⁹³ verilmiş ve kanun koyma yetkisi çerçevesinde değerlendirilebilecek önemli bir hüküm yer almaktadır. Her ne kadar uygulamada bu usule başvurulmasa da işletilmesi hâlinde TBMM'nin kanun yapma yetkisinin kullanımını tetikleyen önemli bir katkı veya hukuki olanak olarak düşünülebilir⁹⁴.

Anayasal hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişinin TBMM mensubu yani bir milletvekili olması ve buna bağlı olarak da bu işlemin muhatabının veya bu işleminden etkilenen organın TBMM olması, bu bildirimin de TBMM'ye yapılmasının doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Nasıl ki bir mahkeme kararından kaynaklanan ihlal konusunda bu bildirim mahkemeye ve aynı zamanda Adalet Bakanlığına yapılmaktaysa söz konusu kamu gücü ihlalinin yasama organını ilgilendirmesi veya ondan kaynak bulması hâlinde bu bildirimin TBMM'ye yapılması hukuki bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu usule başvurmanın -biçimsel veya teknik fayda boyutu itibarıyla- TBMM'ye sağladığı bir de kolaylık bulunmaktadır. Şöyle ki Anayasa Mahkemesinin böyle bir usule başvurmaması hâlinde TBMM Başkanlığının verilen bütün bireysel başvuru kararlarını tek tek takip etmesi ve TBMM'nin muhatap olarak bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gibi bir sonuç ile karşı karşıya kalması kaçınılmaz olacaktır.

Şu durumda Anayasa Mahkemesinin kimi bireysel başvuru kararlarında muhatap olarak TBMM'nin görülüp kararın bir örneğinin de TBMM Başkanlığına iletilmesi kaçınılmaz bir netice olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat bu durum, kuvvetler ayrılığına aykırı olmadığı gibi bir kanun veya karar önerisi verme veya diğer işlemleri yapma niteliğinde bir yetki kullanımı da değildir.

⁹² “Komisyon Başkanlık Divanı; görüşülemeyeceğini karara bağladığı dilekçelerden, kanun olarak düzenlenmelerinde toplumsal yarar gördüklerinin birer örneğini Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına ve bilgi için Cumhurbaşkanlığına gönderir.”

⁹³ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/index.htm> (Erişim Tarihi: 20/4/2021).

⁹⁴ Sezer, A. (2010). Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Dilekçe ile Başvuru Hakkı, içinde Çağan, N. (Der.), Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (ss. 607-650), Ankara: Adalet Yay., s. 643.

KAYNAKÇA

- ARSEL, İlhan (1968). *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, Ankara: Sıralar Matbaası.
- ATAY, Ender Ethem (2008). "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, ss. 503-550.
- ÇAĞLAR, Bakır (1985). "Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 6, S. 1-3, ss. 29-42.
- ÇALI, Başak (2014). *İHOP AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2014/2 Ataman Grubu/Türkiye Kararlarının Uygulanması - İzleme Raporu*, Ankara: Ceket Medya.
- ERGÜL, Ozan (2001). "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, ss. 37-54.
- ERGÜL, Ozan (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GÖNENÇ, Levent (1999). "Siyaset Bilimi ve Anayasalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, ss. 95-131.
- GÖZLER, Kemal (2012). Yorum İlkeleri, içinde ERGÜL, Ozan (Der.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (ss. 15-121), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2020). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Basım Yayın, Bursa.
- GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, s. 93-118.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- İBA, Şeref, KILIÇ, Abbas (2019). *Anayasa Yargısı Dersleri*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- JACKSON, Robert H. (1968). *Devlet İçinde Yüksek Mahkeme*, Tunçer Karamustafaoğlu (Çev.), Mersin: Kişisel Kitaplar.
- JACKSON, Vicki C., TUSHNET, Mark V. (2006). *Comparative Constitutional Law*, New York: Foundation Press.

- KABOĞLU, İbrahim Ö (2007). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Yayınevi.
- KEYMAN, Selahattin (2012). *Hukuka Giriş*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KILIÇ, Abbas (2020). *Türkiye’de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KUBALI, Hüseyin Nail (1971). *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- LOEWENSTEIN, Karl (1965). *Political Power and the Governmental Process*, Chicago: University of Chicago Press.
- ÖZBEK, Nimet, KUŞCU, Döndü (2020). “Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi Ve Sınır Dışı Kararına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, S. 3, ss. 3-39.
- ÖZBUDUN, Ergun (2007). “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62, S. 3, ss. 257-268.
- SEZER, Abdullah (2010). Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne Dilekçe ile Başvuru Hakkı, içinde ÇAĞAN, Nami, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan (ss. 607-650), Ankara: Adalet Yayınevi.
- SOYSAL, Mümtaz (1969). *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- STRAUSS, David A. (2010). *The Living Constitution*, New York: Oxford University Press.
- ŞİRİN, Tolga (2013). *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ŞİRİN, Tolga (2015). “Anayasa Mahkemesi’nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, C. 32, ss. 79-135.
- TEZİÇ, Erdoğan (2016). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım.
- TUNAYA, Tarık Zafer (1980). *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- TURHAN, Mehmet (1989). *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

TURHAN, Mehmet (1994). “Anayasa ve Anayasacılık”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27, S. 3, ss. 3-12.

TURHAN, Mehmet (2003). *Anayasal Devlet*, Ankara: Naturel Yayınevi.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım (1963). *Devlet Kudretinin Sınırlanması*, Ankara: Ajans-Türk Matbaası.

Anayasa Mahkemesi Kararları

A.A. ve A.A., B. No: 2015/3941, 1/3/2017.

Aliğül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.

Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, 5/3/2020.

Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014.

Kadri Enis Berberoğlu (2), B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

Kadri Enis Berberoğlu (3), B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

Mehmet Hasan Altan (3), B. No: 2018/2620, 9/1/2020.

Mehmet Doğan, B. No: 2014/8875, 7/6/2018.

Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.

Sabri Uhrağ, B. No: 2017/34596, 29/12/2020.

Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

Şahin Alpay (3), B. No: 2018/10327, 3/12/2020.

Y.T., B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

AYM, E.2007/16, K.2009/147, 15/10/2009.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Kararı

Marbury/Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).



1921 ANAYASASI'NIN 100. YILI:
BİR İSTİSNAİ BAŞARI VE DRAMATİK BAŞARISIZLIK HİKÂYESİ
*The 100th Anniversary of the Constitution of 1921: A Story of Exceptional
Success and Dramatic Failure*

Prof. Dr. Osman CAN*

ÖZ

Yüzyıl önce olağanüstü yetkilerle toplanan Büyük Millet Meclisinin çoğulcu, katılımcı, siyasi baskı ve yönlendirmelerden uzak bir şekilde müzakereci yöntemlerle yaptığı 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Osmanlı-Türk Anayasa geleneğinin dışında, iktidarın sınırlandırılması ve denetlenmesi, temel haklara yaklaşım, birey-devlet tasavvuru ve erkler birliği gibi temel siyasal tercihleri ile güçlü bir adem-i merkeziyetçilik tercihiyle yerel yönetimleri egemenliğin kullanımına paydaş yapması bakımından istisnai bir anayasadır. Türkiye tarihinin yapımı ve kapsamı itibarıyla tek demokratik anayasasıdır. Bu nedenle Anayasa geleneğini iki farklı anayasal gelenek olarak düşünmek ve “1921 Anayasası ve diğer Anayasalar” şeklinde bir okuma yapmak daha isabetlidir.

Bağımsızlık savaşını yürüten Meclisin olağanüstü şartlarda çıkardığı bu Anayasa farklılıkların birlikteliğini ve mücadelenin meşruiyetini sağlama konusunda yine tek başarılı anayasadır. Bununla birlikte bu Anayasa aynı zamanda en kısa ömürlü anayasa olarak tarihe geçmiştir. 1922 sonlarından itibaren gücünü kaybeden Meclisle birlikte etkinliğini kaybetmeye başlayan Anayasa, Meclisin feshedilip yerine muhalefetsiz bir *tek parti meclisinin* ikame edilmesiyle birlikte önce köklü değişikliklere uğratılmış; bir yıl geçmeden de yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla bir yandan olağanüstü bir başarı hikâyesi iken aynı zamanda dramatik bir başarısızlık hikâyesine dönüşmüştür. Bunun nedenleri ve günümüze ışık tutacak derslerinin analitik ve interdisipliner bir bakışla araştırılıp ortaya konması gerekmektedir.

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

Anahtar Kelimeler: 1921 Anayasası, adem-i merkeziyetçilik, toplum sözleşmesi, gönüllü birliktelik, Kurtuluş Savaşı, demokratik anayasacılık, iktidarın sınırlandırılması, katılımcılık.

ABSTRACT

The 1921 Constitution, which was deliberately drafted in pluralist and participatory procedures free from political oppression and interferences a century ago by the Grand National Assembly gathered with extraordinary powers, is an exceptional constitution distinct from the Ottoman Turkish constitutional tradition thanks to its basic political preferences such as restriction and supervision of the government, approach adopted therein regarding human rights, the concept of individual and state, unity of powers, and recognition of local authorities as a shareholder in the exercise of sovereignty by adopting decentralization. It is the only democratic constitution in Turkey's history in terms of its construction and scope. Hence, it is more appropriate to consider the constitutional tradition as two different traditions and to reclassify it as *"the 1921 Constitution and other Constitutions"*.

This constitution, which was adopted under extraordinary conditions by a Parliament conducting the War of Independence, is also the only constitution that could ever accomplish the unity in diversity and in maintaining the legitimacy of the struggle. Besides, this constitution also went down in history as the one lived for the shortest time. The Constitution, which started to lose its effectiveness as the Parliament was losing power since late 1922, was subject to radical changes with the abolition of the Assembly and its replacement with a single-party assembly without opposition. It was subsequently abolished in a year. So, besides being a story of extraordinary success, it has also become the story of a dramatic failure. The underlying reasons of this experience and lessons that will shed light on today should be examined and put forward from an analytical and interdisciplinary perspective.

Keywords: The Constitution of 1921, decentralization, social contract, voluntary association, War of Independence, democratic constitutionalism, restriction of power, participation.

GİRİŞ

1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (bundan sonra 1921 Anayasası) Osmanlı-Türk anayasa geleneğinde yakın zamana kadar genelde bir *geçiş anayasası*, Kanun-i Esasi ile birlikte yürürlüğe sokulan *geçici anayasal metin*, *olağanüstü şartların doğurduğu ve anayasa olarak kabul edilemeyecek bir metin* olarak ele alınmıştır. Bunda o dönem Kanun-i Esasi'nin yürürlükte olup olmadığına dair kafa karışıklığının yanında Anayasa'nın yargı, temel haklar, devlet başkanlığı gibi hususları düzenlenmemiş veya iktidarı sınırlamamış olması akademik bir gerekçe olarak sayılmıştır.¹ Ancak bu Anayasa'ya dair değerlendirmelerin daha çok 1923 sonrası siyasal düzene egemen olan unsurların nitelendirmeleri ile az çok "Nutuk"taki değerlendirmelerin etkisinde olduğu ve retrospektif bir mahiyet taşıdığını söylemek mümkündür². Bu nedenle Osmanlı-Türk anayasa geleneğini 1876'dan başlayarak 1982 Anayasası'na kadar ulaşan hatta vücut bulan ve siyaset felsefesi yönünden *kesintisiz bir tecrübe* varsayımı hâkim olagelmıştır ancak son dönemlerde *geç Osmanlı* ve *Kurtuluş Dönemi* siyasi tarih araştırmaları bu varsayımın isabetini tartışmalı hâle getirmiş, bu bağlamda esasen anayasa geleneğimizde iki farklı hat ve anayasal paradigmanın geçerli olabileceği dile getirilmiştir³.

Diğer yandan akademide ve siyasette farklı yönleriyle öne çıkmaya başlayan ve çekim merkezi hâline gelen 1921 Anayasası ile ilgili yine son dönemde yükseltelen beklentilerin bazı riskler barındırdığını da belirtmek gerekir.

¹ Gözler, K. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Bursa: Ekin Yay., s. 69; Tanör, B. (2017). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 29. Bası, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 288 vd.

² Bu yöndeki çalışmalara örnek olarak bkz. Özbudun, E. (1992). *1921 Anayasası*, Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, s. 50, özellikle 66 vd., ; Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yay., s. 29.; Çelik, D. B. (2007). *Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yay., özellikle s. 39 vd.; Sezgin, Ö. (2005). *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu*, 2. Bası, Ankara: İmge Kitabevi Yay., s. 57 vd., 74; Yılmaz, F. (2012). *Türk Anayasa Tarihi*, İstanbul: İz Yay., s. 79 vd.; kısmen Tanör, B. (2017). s. 247 vd.

³ Can, O. (2013). *Kurucu İktidar*, İstanbul: Alfa Yay., s. 39 vd. Bu yaklaşım sonraki yıllarda ortaya çıkan yeni çalışmalara da yansımış görünmektedir. Örnek olarak bkz. Sevinç, M., Demirkent D. (2017). *Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası*, İstanbul: İletişim Yay., s. 13 vd. Bu çalışma, 1921 Anayasası'nın özgünlüğünü esas itibarıyla yerel yönetimlerin özerkliğine dair istisnai vurgu üzerinden inşa etmektedir. Tanör ise Anayasa'nın olumlu farklılığını demokratik katılım ve temsile dayandırmakta ancak bu farklılığı özgün bir siyasal paradigma olarak görmemektedir. Ona göre Anayasa esasen anayasacılığın özünü ilgilennemiştir.

1921 Anayasası dayandığı siyasal çözümleri, temel tercihleri ve yapılış yöntemi itibariyle Osmanlı-Türk anayasa geleneğinde çok özel ve istisnai bir yer tutmakta, âdeta farklı bir paradigmaya dayanmaktadır. Bu niteliğini anlamak için Anayasa'yı ortaya çıkaran koşullar ile Anayasa'yı yapan Meclisin oluşumuna ve yapısına kısaca bakmak gerekmektedir. Zira anayasa metinleri ve ortaya koydukları siyasal yapı onu yaratan kurucu iktidarın özellikleriyle doğrudan bağlantılıdır.

Hatırlanacağı üzere çok uluslu Osmanlı İmparatorluğu'nda 1908 devrimi (II. Meşrutiyet) ile anayasal eşitlik temelinde toplumsal barışın ve anayasal demokrasinin gerçekleşebilme ümidi ortaya çıkmıştı. Gerçekten de istibdat karşıtı tüm unsurların katkısı ve katılımıyla yapılan 1908 seçimlerinin ardından parlamenter demokrasinin uygulamaları hayata geçmeye başlamış, eşit yurttaşlık ümidi de Müslüman-gayrimüslim tebaanın güven duyabileceği bir siyasal iklimi imkân dâhiline sokmuştu. 1909 Anayasa değişiklikleri bu imkânın anayasal zeminini yaratmıştı ancak oldukça kırılğan olan bu ortam, ulus devlet çağının gerekleri ile dönemin sömürgeci/yayılmacı uluslararası ilişkilerinin yol açtığı dış baskıların yanında özellikle İttihat ve Terakki Cemiyetine (İTC) hâkim olan *sosyal-darwinizm* tasavvurlarının⁴ baskısı altındaydı. Oysa Makedon komitacılığını mücadele yöntemi olarak benimseyen İTC ülkede hakimiyetini tesis etmede oldukça yetersiz, tecrübesiz ve kapasitesizdi; buna karşın İmparatorluğun dağılmaktan kurtarılabilmesi ise çok derin, nitelikli, rasyonel ve barışçı politikalar gerektirmekteydi.

II. Meşrutiyet'in ilanının hemen ardından Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun Bosna-Hersek'i ilhak etmesi, Bulgaristan'ın bağımsızlık ilanı ile Girit'in Yunanistan'a katılma kararı vermesine ilaveten içeride de 31 Mart Ayaklanması bu kırılğanlığı derinleştirdi. Kırılğanlık İTC'yi daha Türkçü-Müslüman bir çizgide anlaşılabilir bir varoluş kaygısına doğru yönlendirirken gayrimüslim unsurları da kendi varoluş kaygıları doğrultusunda çareler aramaya doğru itmişti. Ekonomik olarak iflas durumuna girilmesi ile iç ve dış gelişmelerin bu süreci hızlandırdığı görülmektedir. 1911'de Trablusgarp'ın işgali, ardından Balkan Savaşlarıyla Edirne dışındaki tüm Rumeli topraklarının kaybı, Ermenilerin de eşit yurttaşlığa olan inançlarını kaybetmesi

⁴ Bu tasavvuru ve İTC'nin ideolojisini daha iyi anlayabilmek için Dr. Bahaeddin Şakir, Dr. Nazım ve çok daha belirgin ve kalıcı şekilde Ziya Gökalp'in incelenmesi önerilir.

çok uluslu anayasal çerçeveyi âdeta imkânsızlaştırmış, aynı zamanda siyaseti de rasyonellikten uzaklaştırmış görünmektedir. Nitekim Balkan Savaşlarının ardından henüz bir yıl geçmeden İTC, anayasal kurumları devre dışı bırakarak ülkeyi Dünya Savaşı'na sokmuş⁵, ağır bir yenilgiyle sonuçlanan bu savaş, Anadolu dışında tutunacak bir yurt bırakmamıştı. Savaş ile birlikte İTC liderleri ve yönetim komitesi mensuplarının çoğu ülkeyi terk etti ancak tüm bu süreç içinde takip edilen oldukça sorunlu nüfus politikaları sonucunda zaten Anadolu'daki gayrimüslim, özellikle Rum ve Ermeni nüfusunun dramatik bir şekilde azalmış olduğu görülmektedir⁶.

Anadolu'nun da elden gitmesi riski karşısında ağırlıklı kısmı İTC mensubu ve İTC'nin "*Anadolu'da Türk-Müslüman unsura dayanan bir ulus devlet oluşturma*" şeklinde tanımlanabilecek politik hedeflerini paylaşan asker ve sivil aydınlar, gayrimüslimler dışındaki sair toplumsal gruplarla iş birliğine girmiştir. Misak-ı Millî ile belirlenecek olan sınırlar içinde bir arada yaşamayı kabul eden tüm unsurlarla birlikte kurtuluş mücadelesi başlamıştır⁷.

Mondros Mütarekesi'nin şartlarına riayet edilmemesi ve Anadolu'nun da elden gitmesi ihtimalinin ortaya çıkardığı kurtuluş mücadelesi, Mustafa Kemal'in Anadolu'ya geçmesinin ardından örgütlenmeye ve aynı zamanda İstanbul'dan bağımsız bir ulusal harekete doğru evrilmiştir. Bu hareket yerel kongrelerden başlayarak Erzurum ve Sivas'ta ulusallaşmış ve Ankara'da temerküz ederek ülkenin kaderinde söz sahibi olmuştur.

Ankara'daki ulusal hareketin tazyikiyle toplanan son Osmanlı Meclis-i Mebusan Kanun-i Esasi çerçevesinde meşru halk iradesini yansıtmak suretiyle kurtuluş mücadelesinin meşruiyetini tanıyan Misak-ı Millî'yi kabul etmiştir. Son Meclis-i Mebusan seçimlerini Rum

⁵ Tefvik Çavdar bu durumu "*Osmanlı İmparatorluğu kendi bilgisi dışında bir savaşa sürüklenmişti.*" şeklinde resmeder. Bkz. Çavdar, T. (2019). *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi (1839-1950)*, Ankara: İmge Kitabevi Yay., s. 153.

⁶ Dündar, F. (2011). *İttihat ve Terakki'nin Müslümanları İskân Politikası (1913-1918)*, İstanbul: İletişim Yay., s. 62 vd.; daha geniş bilgi ve kaynaklarla Dündar, F. (2010). *Modern Türkiye'nin Şifresi, İttihat ve Terakki'nin Etnisite Mühendisliği (1913-1918)*, İstanbul: İletişim Yay., s. 175 vd.

⁷ Yılmaz, H. (2008). The Kemalist Revolution and the Foundation of the One-Party Regime in Turkey: A Political Analysis, içinde Yazıcı, S., Gözler, K., Keyman, F. (Der.), *Ergun Özbudun'a Armağan C. I* (ss. 535-564), Ankara: Yetkin Yay., s. 538 vd.; Demirel, A. (2020), *İlk Meclisin Vekilleri*, İstanbul: İletişim Yay., s. 16 vd.

ve Ermeni unsurlarının boykot ettiği, Yahudilerin ise katıldıkları ve bir milletvekiliyle temsil edildiği bilinmektedir⁸.

İstanbul'un İtilaf Devletlerince işgaline yol açan bu gelişmenin ardından kurtuluş mücadelesi 23 Nisan 1920'de Ankara'da Millet Meclisinin açılışıyla önemli bir aşamaya gelmiştir. Siyasal geleneğimizde *Birinci Meclis* olarak isimlendirilen bu Meclis başta *Meclis-i Mebusan*'ın devamı veya onu ikame eder şekilde çalışma izlenimi verse de zamanla kurucu bir özellik göstermiştir⁹.

1920 Meclisinin oluşum sürecine bakıldığında 19 Mart 1920 tarihli İntihabat Tebliği'ne göre nüfuslarına bakılmaksızın her livadan beşer Mebus, Belediye Meclisleri ile Müdafaai Hukuk Cemiyeti yönetim kurulu üyelerince seçilecekti.¹⁰ Ancak resmîleşemeyen 17 Mart tarihli taslak metinde Meclis için "*Meclis-i Müessisan*" (kurucu meclis) ifadesi kullanılmış ve aynı tebliğin 4. maddesine göre gayrimüslim unsurların seçime katılamayacağı belirtilmişti¹¹.

Birinci Meclisin üyeleri iki seçimden, tebliğe göre belirlenenler ile son Mebusan Meclisi seçimiyle seçilenlerden oluşmuştur. Nitekim Meclisin 23 Nisan 1920 tarihli ilk toplantısında aldığı 1 No.lu karar uyarınca "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu kerre intihap edilen azalarla İstanbul Meclisi Meb'usanından iltihak eden azalardan müteşekkil bulunmasına karar*" verilmiştir.

Gerek son *Meclis-i Mebusan*¹² gerekse Birinci Meclis seçimlerinde herhangi bir merkezî tespit veya aday tayini söz konusu olmamış, her

⁸ Karaca, T. N. (2004), *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., s. 317 vd. Rumların Balkan Savaşları sonrasında Trakya ve Ege'deki nüfus politikaları nedeniyle Ermenilerin de "*büyük felaket*" veya "*soykırım*" olarak nitelendirdikleri 1915 Tehcir uygulaması nedeniyle katılmalarını beklemek gerçekçi de değildi. Yahudiler ise seçime katılmış ve Mişon Ventura'yı mebus seçtirmişlerdi. Bkz. a.g.e. s. 329.

⁹ Mahmut Goloğlu, ilk aylardaki çalışmasında Meclis tutanaklarından verdiği örneklerle Meclisin kendini meşruiyetin bir unsuru olarak gördüğünü dile getirmekte, bu nedenle dönemi "*Üçüncü Meşruiyet*" olarak adlandırmaktadır. Bkz. Goloğlu, M. (1970). *Üçüncü Meşruiyet 1920*, Ankara: Başnur Matbaası, s. 149 vd.

¹⁰ Bkz. a.g.e., s. 123. O dönemde Ankara'nın meşruiyet arayışı o kadar yoğun ki Goloğlu bir ara Mustafa Kemal'in şehzadelerden birini Ankara'ya getirme teşebbüsünde bulunduğunu aktarmaktadır. Bkz. a.g.e. s. 155.

¹¹ "*Meclis-i Müessisan*" ifadesiyle birlikte "*gayrimüslimlerin seçimlere sokulmayacağı*" maddesinin de geçtiği, ancak Kazım Karabekir ve diğer komutanların yanlış anlaşılabilceği ve Millî Mücadele'ye zarar vereceği düşüncesiyle yaptıkları uyarı üzerine düzeltilen bu ilk tebliğin metni için bkz. Unat, F.R. (1957). Atatürk'ün Toplamak İsteddiği "*Meclis-i Müessisan*", *Bellekten*, C. XXI, S. 83, s. 484.

¹² Son Osmanlı Mebusan Meclisi seçimlerinin örnek derecede tarafsızlık ve özgürlük içinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Goloğlu bunun nedenini o sırada ne Hükûmetin ne partilerin ne Mustafa Kemal'in ne de millî kuruluşların seçimleri etkileyebilecek güçlerinin olmamasıyla açıklamaktadır. Bkz. Goloğlu M. (1970). s. 45.

yörenin önde gelenleri kendileri adaylığa karar vermiş ve seçilmişlerdir. 19 Mart 1920 tarihli tebliğde de ifade edildiği gibi *"her fırka, her zümre ve cemiyet tarafından aday gösterilmesi mümkün olduğu gibi, her ferdin de bu kutsal savaşa fiilen katılımı için bağımsız olarak adaylığını istediği mahalde ilana hakkı"* bulunmaktaydı. Gerçekten de her iki Meclisin mebusları da ulusal kurtuluş hedefleri konusunda uzlaşa içinde olsalar bile herhangi bir siyasi parti veya grup hiyerarşisine tabi olmaksızın tamamen özgün ve özerk bir şekilde halkı temsil etmiştir.

Birinci Meclisin sosyolojik temsili yüksektir: Asker-bürokrat üyelerin yanı sıra çiftçiler, serbest meslek mensupları, ticaret erbabı, ulema ve din adamları da temsil edilmiştir.¹³ Bir bakıma dönemin orta sınıf-millî burjuvazisinin, *Tanör*'ün ifadesiyle *"siyasal seçkinlerin"* temsil edildiği bir parlamentodan söz etmek yanlış olmayacaktır ancak yürütülen bağımsızlık mücadelesinin bilinen şartları nedeniyle gayrimüslimler ve yine dönemin sosyoekonomik gerçekleri nedeniyle emekçiler ile köylülerin temsili mümkün olmamıştır¹⁴. Bu da doğaldır zira bu Meclis doğduğu şartlardan hareketle pür bir demokratik temsil organı oluşturmaktan çok toplumsal dinamikleri harekete geçirebilecek siyasal etki gücüne sahip olanların temsili yoluyla etkinlik kazanmak ve mücadeleyi başarıya ulaştırmak amacıyla toplanmıştı. Bu nedenle başlangıçta sınıfsal temsil yerine Anadolu'daki Müslüman unsurların gönüllü birlikteliği temelinde meşruiyeti ve etkinliği güçlendirecek bir temsiliyetten hareket edilmiştir. Anadolu'da birlikte var olmak isteyen farklı kültür, dil, etnisite ve inanç kümeleri ile çok farklı ve karşıt siyasal programı yahut ideolojileri bulunan grupların temsili mümkün olmuştur.

Birinci Meclisi, Osmanlı sonrası siyasal geleneğin en çoğulcu ve temsil kabiliyeti en yüksek meclisi olarak tanımlamak gerekir¹⁵. Bu durum oylamalarda da kendini gösterir. Savaşın hüküm sürdüğü olağanüstü

¹³ Tunaya, Z.T. (1958). "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 23, S. 3-4, s. 231.

¹⁴ Tanör, B. (2017). s. 232 vd.

¹⁵ Can, O. (2013). s. 37 vd. Bu çoğulculuğu son Osmanlı Meclisi bakımından saptamak mümkündür. 1908 Osmanlı Meclisi ise gayrimüslimlerin temsiline sağlanmış olması nedeniyle daha ileri ancak İTC listesinin bir istisna dışında tüm sandalyeleri kazanmış olması nedeniyle de görece geri bir meclis olarak nitelendirilebilir. İTC listesinin hiyerarşik tek parti listesi olmayıp esasen bir koalisyon listesi mahiyetinde olduğunu da not etmek gerekir.

şartlarda dahi Meclis oylamalarının %2,5'unda, ki bunlar sadece temel siyasal kararlara ilişkindir, oy birliği sağlanabilmiş, %97,5'unda ise fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır¹⁶. Sonraki meclislerde durum değişecektir.

Diğer bir tespitin altını çizmek gerekir. Meclis-i Mebusan'dan gelen mebuslar ile 19 Mart 1920 tarihli tebliğ uyarınca Meclise seçilen mebusların üzerinde dikkate değer bir İTC düşünsel etkisi vardır¹⁷. Müdafaa-yı Hukuk Cemiyetlerinin İTC'nin yerel örgütleriyle geniş ölçüde özdeşlik gösterdiği¹⁸ hatta esas itibarıyla İTC'lilerce oluşturulduğu¹⁹ dahi ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu etkiyi İTC ile organik bağlantı biçiminde nitelendirmek mümkün değildir. İTC'nin katı merkezîyetçi, Türkçü ve pozitivist-seküler mahiyetteki çekirdek ideolojisi mebusların bir kısmında, özellikle sonradan cumhuriyetin kurucu kadrosunu oluşturacak kesiminde belirgin olarak gözlemlense²⁰ bile Meclisin bütünü açısından 1908'e doğru giderken İTC'nin kapsayıcılık iddiasıyla ortaya çıktığı dönem hatta Balkan Savaşlarının ardından İTC'nin Anadolu'yla sınırlı, gayrimüslimleri dışarıda bırakan bir "*Türk-Müslüman*" birlikteliği tasavvurunu öne çıkardığı dönem ile karşılaştırmak daha isabetlidir. Zira Mecliste sonradan İTC'den kopup muhalefet saflarında yer alan siyasi kişilikler de bulunmaktaydı²¹. Meclisin kabul ettiği kanunlar ve 1921 Anayasası metni ve tutanakları incelendiğinde adem-i merkezîyetçi, nispeten siyasal liberalizmi öne çıkaran, kapsayıcı, etnik referanslardan uzak bir siyasal yaklaşımın baskın olduğu görülmektedir ki İTC'nin 1910'dan sonra bu değerlerden radikal şekilde uzaklaştığı bilinmektedir. Mecliste İstanbul'a, eski İTC yöneticilerine, bürokrasiye, merkezîyetçiliğe, kısacası istibdat çağrıştıran her uygulamaya, İstanbul'da veya Ankara'da her tür lider sultasına ve parti hegemonyasına karşı oldukça net ve açık bir tavır gözlemlenmektedir. Meşrutîyet ve sonrasının *en büyük hastalığı* olarak görülen *fırkacılığa* karşı da ciddi bir tepki vardır. Saltanata ve

¹⁶ Demirel, A. (2020). s. 159.

¹⁷ Tunaya, T. Z. (1958). s. 232.

¹⁸ Tunçay, M. (2005). *Türkiye Cumhuriyet'inde Tek Parti Yönetimi'nin Kurulması 1923-1931*, 4. Basım, İstanbul: Tarih Vakfı, s. 27; Demirel A. (2020). s. 16 vd.

¹⁹ Akşin, S. (1980), *100 Soruda Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*, İstanbul: Gerçek Yay., s. 311.

²⁰ Akşin'in haklı olarak belirttiği gibi İTC'nin ülkelerini benimsemiş olanlar, İTC hukuken son bulsa bile o program çerçevesinde davranmaya devam edeceklerdi. Bkz. a.g.e. s. 311.

²¹ Son Osmanlı Meclisi Mebusan Başkanı olup sonradan Birinci Meclisin Başkanvekilliğini yapacak *Celalettin Arif Bey* ile birlikte *Abdulvahap Efendi* (Bolu), *Hacı Veli* (Eskişehir, Dr. Rıza Nur (Sinop), *Bekir Sami* (Amasya), *Cami Bey* (Aydın) ve *İsmail Suphi* (Burdur) Beyleri örnek verebiliriz.

iktidar gücüne karşı sembolik değerine çok ilismeksizin esaslı bir tepki gözlemlenmek de mümkündür. Başlangıçta çok bariz bir şekilde dile getirilmese de Meclisin Kanun-i Esasi'nin bağlayıcılığı²² kabul etmediği de gözlemlenmektedir.

Bu açıklamaların ışığında Birinci Meclisi siyasal deneyimlerin, toplumsal ve siyasal gerçekliğin rehberliğinde az çok yeni bir başlangıç arayışı içinde konvansiyon geleneğini takip eden bir kurucu meclis²³ olarak da görmek mümkündür.

Bununla birlikte *Tunaya*'nın tespitiyle tüm farklılıklarına ve çeşitliliğine rağmen Birinci Meclis bir uyum içindedir. Temel müşterek gaye olan ülkenin kurtarılması ve millî hâkimiyetin tesisi Meclisin uyumunu sağlayan temel saiktir²⁴. Dönemin şartları ve buna uygun oluşan Birinci Meclisin bu kompozisyonu temel siyasal konulara ilişkin kararların dışlanmaya izin vermeyen müzakereci ve oydaşmacı bir şekilde ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Meclisin tüm farklılıklarına ve çeşitliliğine rağmen temel meselelerde iş birliği ve oydaşmacı yöntemle işlemlerini sağlayan nedenlerin başında fırkacılığın reddedilmiş olması ve doğal olarak parti hiyerarşisinin bulunmaması gelmektedir. Kuşkusuz 2. Meşrutiyet'ten sonra İTC ile muhalif partilerin performansları ve yıkımdan sorumlu tutulmaları particiliğe ve parti hiyerarşisine karşı esaslı bir tepkiyi beslemiştir²⁵. Her bir mebusun bağımsız bir şekilde milletin kaderini taşıma sorumluluğu içinde hareket ettiği olağanüstü şartlarda, temel siyasal kararların neredeyse her bir milletvekilinin ikna edilmesi çabalarının sonucunda alınması, ikna çabalarının sonuçsuz kalması durumunda ise oylama ve çoğunluğa dayalı yasalaştırmadan sarfı nazar etme çabası oldukça

²² Kanuni Esasi'nin 1921 Anayasası döneminde teknik yönden bağlayıcılığı hususu, bu çalışmanın kapsamı ve ilgisi dışında kalmaktadır. Ancak kanaatimizce kendini kurucu olarak gören ve kısa sürede yeni bir anayasa ile yoluna devam eden bir Meclisin eski düzenin anayasasını bağlayıcı olarak kabul etmesi zaten eşyanın doğasına aykırıdır. Hukuki etkinlik ve geçerlilikte tek bağlayıcı irade Meclis iradesidir ve Kanun-i Esasi'nin bazı hükümlerine bazı dönemlerde referans verilmiş olması Kanun-i Esasi'nin bağlayıcılığı açıklamaktan uzaktır. Yine 1921 Anayasası'nın lafzen ve açıkça Kanun-i Esasi'nin yürürlükten kalktığını belirtmemiş olması ve bunun ancak 1924 Anayasasında yapılmış olması teknik olarak böyle bir tartışmayı cazip kılsa da anayasaların siyasal işleyişi ve yaşamı biçimlendirme ve etkileme iddiası açısından cazip kılmadığı ortadadır.

²³ Aydın, Ö. D. (2011). *"Biz, Halk: Egemenliğin Sahibi"*, *Halkın Kurucu Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı*, Ankara: Yetkin Yay., s. 59.

²⁴ Tunaya, T. Z. (1958). s. 237 vd.

²⁵ Benzer yönde bkz. a.g.e.

çarpıcıdır ve kanaatimizce neredeyse *biriciktir*. II. Meşrutiyet döneminde dahi savaşların Meclisin feshedilmesine yol açtığı ve savaş süresince de Meclisin münfesihi kaldığı dikkate alınrsa Kurtuluş Savaşı'nın Meclisle yürütölmüş olmasının biricikliği daha da çarpıcı hâle gelir.

Meclis bu dönemde kendi içinden çıkardığı Hükûmeti (İcra Vekilleri Heyeti) de aynı çoğulculuk ve oydaşmacı yöntemle seçmiş ve kendi iradesine ve denetimine tabi tutmuştur. Meclisin kendini *parti mensuplarından değil farklı düşüncelere sahip bireylerden* oluştuğunu kabul etmiş olması²⁶, Birinci Meclisin geleneksel Osmanlı-Türk anayasacılığında çok farklı bir paradigma içinde değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Mecliste ilk gruplar 1921 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkmaya başlamış, resmîyet kazanan ilk grup ise Mustafa Kemal'in kendine yakın arkadaşlarıyla birlikte 10 Mayıs 1921 tarihinde kurduğu *Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk (A-RMH) Grubu* olmuştur. Birinci Grubu bir yıl sonra resmîyet kazanacak olan İkinci Grup takip etmiştir²⁷. Ancak hemen belirtmek gerekir ki *grup bağlayıcılığının, parti hiyerarşisi ve disiplininin söz konusu olmadığı yahut henüz tesis edilemediği bu ortamda* pek çok kararda ve yasanın görüşölmesinde gruplar arası keskin bir cepheleşme yaşanmamış, aksine her iki grup içinde de önerinin lehinde ve aleyhinde tutum benimseyen mebuslar gözlemlenmiştir²⁸.

Bu özellikler, Birinci Meclisin kurucu iktidar karakteristiğini göstermekte ve bu karakteristik özelliğın nasıl bir siyasal/toplumsal sözleşmeye ve bunun da nasıl bir anayasal iradeye ve tasarıma vücut vereceğine dair ipuçlarını vermektedir.

I. HAZIRLANIŞI

1921 Anayasası tasarısı, İcra Vekilleri Heyetince “*Teşkilatı Esasiye Kanunu Layihası*” başlığıyla, içinde hükûmet programını andıran beyanname kısmıyla birlikte 31 maddelik bir metin olarak hazırlanmış ve 13 Eylül 1920 tarihinde Meclise sunulmuştur. Hemen hatırlatalım ki İcra Vekilleri Heyetinin doğrudan Meclis tarafından seçilmesi ve Meclisin çoğulculuğunu ve Meclisteki güç dengesini yansıtmayı, hazırlık/girişim

²⁶ Sevinç, M., Demirkent, D. (2017). s. 46.

²⁷ Tanör, B. (2017). s. 280.

²⁸ Demirel, A. (2012). *Tek Partinin Yükselişi*, İstanbul: İletişim Yay., s. 34 vd., 38. 1921 Anayasası'nın görüşmeleri bağlamında Özbudun da aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. Özbudun, E. (1992). s. 50.

aşamasında da Meclis iradesinin hâkim olduğunu göstermektedir. Bu nedenle layiha; Meclis dışında, iradesini hiyerarşik olarak Meclis'e dayatabilecek belirli bir grup tarafından tasarlanıp Meclise sunulan bir metin, dolayısıyla belirli bir ideolojik yaklaşımın, bütüncül bir siyasal tasavvurun projelendirmesiyle ortaya çıkan bir siyasal mühendislik ürünü değildir.

Bu metin 18 Eylül 1920 tarihinde Meclis Genel Kurulunda görüşülmüştür. Ancak pek çok mebus ile bazı icra vekilleri metnin ilk kısmının bir hükûmet yahut parti programı mahiyetinde olduğu yönünde itirazlar dile getirmiş²⁹, bunun üzerine aynı gün Meclisin kendi içinden doğan bir inisiyatifle her şubeden üçer mebus seçilerek yani Meclisteki dengeleri gözetecek şekilde oluşturulan Encümen-i Mahsus adlı *ad hoc* bir anayasa komisyonuna havale edilmiştir³⁰. Metnin normatif niteliği bulunmayan ilk maddeleri Komisyon tarafından *halkçılık beyannamesine*³¹ dönüştürülmüş, geri kalan kısmı ise 25 maddelik bir anayasa taslağı hâlinde Meclise sunulmuş, ardından Meclis Genel Kurulunda görüşülmeye başlanmıştır³².

Görüşmelerde tartışmalar daha çok a) *saltanat ve hilafet*, b) *mesleki temsil* esasları ile c) *Meclis ve İcra Vekilleri Heyeti ilişkisi* üzerinde yoğunlaşmış ve bu konularda önemli tartışmalar yaşanmıştır.

İlk tartışma halkçılık beyannamesi şeklinde bir Meclis kararına dönüştürülen kısımda yer alan "*saltanat ve hilafetin kurtarılması*" amacının aynı zamanda Anayasa'da yer alması önerisiyle ilgilidir. Öneri lehinde konuşmaların ağırlıklı kısmı, bu kurumların ilkesel olarak korunması etrafında yapılmış olup padişaha ve halifeye bağlılık iradesini yansıtmadığı gözlemlenmektedir³³. Bu şaşırtıcı değil zira İstanbul'a karşı bir *devrim Meclisi* biçiminde çalışan ve yine çoğu İstanbul Hükûmetince vatan haini ilan edilen kişilerden söz ediyoruz. Bu ifadenin Anayasa metnine alınması önerisi reddedilmiş, geçici maddede Nisab-ı Müzakere Kanunu'na atıfla dolaylı bir bağlantıyla yetinilmiştir.

²⁹ Tanör, B. (2017). s. 248.

³⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 4, s. 208-209, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c004/tbmm01004067.pdf> (Erişim Tarihi: 23/3/2021).

³¹ Halkçılık beyannamesi için bkz. Tanör, B. (2017). s. 248

³² Ayrıntılı bilgiler için bkz., Özbudun, E. (1992). s. 19 vd.; Çelik, D. B. (2007). s. 66 vd.

³³ Özbudun, E. (1992). s. 24 ve devamında aktarılan konuşma tutanakları.

İkinci tartışma, İcra Vekilleri Heyeti layihasında yer almamakla birlikte Encümeni Mahsus önerisinde yer alan *Meclis seçimlerinin mesleki temsil esasına göre belirlenmesi* (korporasyon) gereğiyle ilgilidir. İTC'nin ideolojisini oluşturan Gökalp'in izlerini³⁴ taşıyan ve ağırlıklı olarak Mahmut Esat Bozkurt gibi sonradan Birinci Grup olarak adlandırılacak grubun mensuplarınca savunulan bu öneri esaslı ve uzun süren tartışmaların ardından reddedilmiştir. Önerinin bu denli uzun ve yoğun tartışmalara yol açması ittihatçılığın düşünsel etkisinin ne kadar yoğun olduğunu, buna rağmen reddedilmiş olması da Meclisin esasen temel siyasal tercihler konusunda diğer anayasa yapım süreçlerine kıyasen özgür ve biricik mahiyette olduğunu göstermektedir. Gökalp'in İkinci Meclise doğru giderken başlayan anayasa çalışma grubunda (İstasyon Grubu)³⁵ yer alması ve doğrudan Mustafa Kemal'e danışmanlık yapmasının sonuçlarını 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarındaki temel siyasal yaklaşım ortaklığında izlemek mümkündür.

Üçüncü tartışma, Meclisin yetkileri ile Meclis-Hükûmet ilişkileri hususunda ortaya çıkmıştır. İktidarın sınırlandırılması yönünden önem arz eden bu başlıkta aynı zamanda Meclisteki iki kanat arasındaki farklılık belirginleşmiştir. Mustafa Kemal ile yakınlık içinde olup daha sonra Birinci Grup şeklinde örgütlenecek olanlar³⁶ yürütmeyi güçlendirmenin ve Meclisin yetkilerini sınırlandırmanın kurtuluş mücadelesi için iyi olduğunu savunmuştur. Onun tüm yetkileri elinde toplaması kaygısını taşıyanlar ise *"TBMM kayıtsız ve şartsız memleketin mukadderatına el koymuştur. Bunu yerine getirmek için de vekiller (bakanlar) tayin eder ki, bu vekillerin görevleri sınırlandırılabilir. Fakat BMM'nin görevi sınırlandırılmaz. Aksi hâlde, Meclis'ten kısılan yetkiler hükûmete kalmış olur"* düşüncesiyle³⁷ Meclisin yetkilerini güçlendirmek ve yürütmeyi bütünüyle Meclise tabi kılmada ısrarcı olmuşlardır. Nihayetinde Meclis üstünlüğünü pekiştirecek bir ara formülle söz konusu maddeler 7-9. maddeler olarak kabul edilmiştir³⁸. Meclisin yetkilerinin sayılmasından

³⁴ Gökalp'in solidarizm ve korporatizm yaklaşımı hakkında bkz. Parla, T. (2005). *Ziya Gökalp, Kemalizm ve Türkiye'de Korporatizm*, İstanbul: İletişim Yay.; Kieser, H. L. (2021). *Talat Paşa*, İstanbul: İletişim Yay., s. 104 vd.

³⁵ Çelik, D. B. (2007). s. 70-71.

³⁶ Sezgin, Ö. (2005). s. 85.

³⁷ Hüseyin Avni Bey'in (Erzurum) konuşması, TBMM Zabıt Ceridesi, 20 Ocak 1337 (1921), s. 328 ve müteakip sayfalardaki tartışmalar, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c007/tbmm01007135.pdf> (Erişim Tarihi 15/4/2021).

³⁸ Özbudun, E. (1992). s. 43.

vazgeçilmemiş, ancak “... gibi temel hukuka ilişkin konular” ifadesiyle genel yetkili kılınmış, icra vekilleri heyetinin görev ve sorumluluklarının ise özel kanunla düzenleneceği kabul edilmiştir.

Tartışmalı olmasa da yoğun söz almaların ve konuşmaların yaşandığı bir konu da *yerel yönetimlerin özerkliği* olmuştur. Tamamı özerkliğin lehinde seyreden bu konuşmalarda merkezîyetçiliğe meydan okunmakta, devleti kurtarmaya çalışanların önce yerelin iktidarını tesis ederek merkeze doğru ilerlemek yerine merkezden her şeyi kontrol ederek büyük hatalar yaptıkları vurgulanmaktadır. “*Yerelde yapılan hataların ve fenalıkların yerelde hesaba çekilip sorumluların görevden alınması mümkün olmadığı sürece, halkın dayaktan ve kırbaçtan kurtulamayacağı*” ifadesi oldukça çarpıcıdır³⁹. Bu ifadeler sadece tutanaklarda çarpıcı ifadeler olarak kalmamış, Osmanlı-Türk idari/siyasi geleneğinin dışında bir siyaset felsefesini yansıtan ve bu şekilde Anayasa hükümlerinin yarısını oluşturan özerklik düzenlemelerinde vücut bulmuştur. Bu açıdan bakıldığında yerel yönetimlerin özerkliğinin sadece Kürtlerin desteğini almak için gönülsüzce veya taktiksel olarak Anayasa’ya eklenen bir ilke olduğu yönündeki iddia⁴⁰, en azından Meclisin genel iradesi açısından isabetli görünmemektedir. Kanımızca bu tercih mesleki temsil esasının reddinin yanında Meclisin biricikliğini ve özgünlüğünü ortaya koyan ikinci önemli göstergedir.

İstanbul’un ve siyasi partilerin hegemonyası ve baskısından uzak milletvekillerinin halkı özgürce temsil edebildikleri, dönemin şartlarının mümkün kıldığı ölçüde müzakereci demokrasiye açık bir siyasal ortamda başka bir sonucu beklemek şaşırtıcı değildir.

Bu şartlar altında ve fiilen orduda görevli bulunan mebuslar dışında neredeyse tüm mebusların katıldığı görüşmeler sonunda taslak özel bir çoğunluk aranmaksızın 24 Ocak 1921’de kabul edilmiştir⁴¹.

II. ÖZELLİKLERİ

Anayasa tasarısının oluşturulmasında Meclis dengesini yansıtan İcra Vekilleri Heyetinin müzakeresinin belirleyici olması, ardından maddelerinin görüşülmesi, kabulünde Mecliste uzlaşının aranmış olması

³⁹ Aktaran a.g.e. s. 43 vd., 47.

⁴⁰ Çelik, D. B. (2007). s. 85 ve orada zikredilen kaynaklar.

⁴¹ a.g.e. s. 21.

ve her bir maddenin ancak Meclisin üzerinde ittifak kurması durumunda anayasa kuralı hâline gelebileceği yaklaşımının benimsenmiş olması, Anayasa'nın bütünü üzerindeki oylamalarda da *hemen hemen oy birliğiyle kabul* sonucunun ortaya çıkmasını sağlamıştır. *Özbudun*'un da tespit ettiği gibi işaret oyu ile yapılan oylamada Anayasa'nın nasıl bir çoğunlukla kabul edildiği resmen ifade edilmemiş olsa da yalnızca Birinci Grubun etkili isimlerinden *Tunalı Hilmi Bey* muhalif kalmıştır⁴². Müzakerelerde konsensüsle ilerlendiği gerçeğiyle birlikte değerlendirildiğinde 1921 Anayasası'nın neredeyse oy birliği ile kabul edildiğini çıkarsamak yanlış olmayacaktır. Uzlaşının bu denli ısrarla aranması, aynı zamanda 1921 Anayasası'nın oldukça kısa ve çerçeve bir anayasa olmasını da sağlayan nedenlerden biridir. Zira çok detaylı bir taslağın bu kadar parçalı ve farklılığı içinde barındıran bir Mecliste dışlayıcı etkiye yol açması ve çok ihtiyaç duyulan meşruiyete zarar vermesi riski yüksekti.⁴³ Yine oydaşmacı yöntemle çıkmış olması, Türk anayasa hukuku doktrininde pek dikkate alınmasa da 1921 Anayasası'nın bir sosyal sözleşme üzerine inşa edildiğini, diğer bir ifadeyle Misak-ı Millî sınırları içinde gönüllü olarak birlikte yaşama iradesine sahip olan toplumsal kesitlerin üzerinde uzlaştığı bir mutabakat metni olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda Türk anayasa hukuku doktrininde, 1921 Anayasası'nın uzun süre bir anayasa bile olmadığı veya sadece geçiş dönemi anayasası olabileceği yaklaşımının benimsenmiş olduğunun altını çizmek gerekir zira bu aynı zamanda Türkiye'nin sonraki dönem Anayasa anlayışını ortaya koyması bakımından çok önemlidir.

Bu tespitle bağlantılı olarak ilerlersek Anayasa'nın değiştirilmesinin nitelikli şartlara bağlanmamış olması, diğer bir ifadeyle olağan kanunlar gibi basit çoğunluklarla değiştirilebilmesi, bu Anayasa'nın "*yumuşak anayasa*" olarak nitelendirilmesine yol açmıştır. Kuşkusuz anayasa hukuku teorisi bakımından bu tespit doğrudur ancak Anayasa, Birinci Meclis döneminde, basit çoğunlukla değiştirilebilecekken hiçbir değişikliğe uğramamış, geçerliliği ve etkinliği, dolayısıyla bağlayıcılığı tartışma konusu yapılmamış; aksine tüm siyasal faaliyetlerin meşru çerçevesi olarak yüksek bir saygınlık görerek uygulanmıştır. Kayda

⁴² a.g.e. s. 50 vd.

⁴³ Aşağıda da değinileceği gibi toplumsal sözleşme niteliğinin kurumsallaşması ve sürdürülebilir olması, aynı zamanda iktidarın sınırlandırılmasının kurumsal güvencelerinin öngörülmesiyle bağlantılıdır. Bu güvencenin sağlanmadığı anayasaların çerçeve olma özelliğinin entegrasyon özelliklerine zarar vereceğini söylemek gerekir.

değer bir anayasaya aykırı yasama pratiği olarak nitelendirilebilecek tek örneğin 1 Nisan 1923 tarihli Meclis seçimlerinin yenilenmesi kararı olması⁴⁴ üzerinde durulmayı hak edecek bir durumdur. Basit çoğunluklarla değiştirilebilecek bir anayasanın bu kadar etkili olması ancak bu Anayasa'nın meşruiyeti ve dayandığı siyaset felsefesinin geniş bir toplumsal desteğe dayanıyor olmasıyla açıklanabilir. Bu da katılımcı ve çoğulcu bir temsiliyetin ürünü olan bir anayasanın geniş ve derin bir meşruiyete dayanacağını ve esasen *kendi lafzının ifade ettiğinden daha güçlü bir geçerliliğe sahip olabileceğini* göstermektedir⁴⁵.

Sonraki anayasaların tamamının oldukça katı/sert olduğu hâlde bunların geniş toplumsal desteğe sahip olamaması ve defalarca değişime uğramış olmaları üzerinde düşünülmesi gereken önemli bir göstergedir⁴⁶.

Yine Anayasa'nın yumuşak olmasının mantıksal sonucu olarak herhangi bir değiştirilemez kurala yer vermemiş olması ki bunu 1920 Meclisinde tasavvur etmek güçtür, gelecek kuşaklara dair kayıtlayıcı/dondurucu bir kuralın millî egemenlik ilkesiyle bağdaştırılmadığını göstermektedir. 1920 Meclisi kendini millî egemenliğin temsilcisi olarak görmekle birlikte kendi iradesini sonraki kuşakları bağlayıcı bir mutlaklıkla donatma tasavvuruna sahip olmamıştır. Onun iradesinin gücü, temsil biçiminin sağladığı güçlü meşruiyetten kaynaklanıyor görünmektedir. Nitekim pek çok konuyu hukukileştirip bağlayıcı hâle getirmek yerine gelecek kuşakların tasarrufuna bırakması, diğer bir ifadeyle karar vermemeye karar vermiş olması⁴⁷ onu bu yönüyle de sonraki anayasaların tamamından farklılaştırmaktadır.

⁴⁴ Tanör, B. (2017). s. 282; Tunçay, M. (2005). s. 42; Gözler, K. (2017). s. 54; Erdoğan, M. (2011). *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara: Liberte Yay., s. 71; Can, O. (2013), s. 42.

⁴⁵ Hollanda Anayasası'nın anayasallık denetimini yasaklamış olmasına rağmen, üstünlüğü ve etkinliğinin zarar görmediğini bu bağlamda hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Hollanda Anayasası mad. 120. "*Parlamento yasaları ve antlaşmaların anayasaya uygunluğu mahkemelerce incelenemez.*" Geniş değerlendirme için bkz. de Poorter, J.C.A (2013). "Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility", *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Issue 2 (March). s. 89-105; Royer, S. (1992). "Hollanda'da Anayasaya Uygunluk Denetimi", *Anayasa Yargısı*, C. 9, s. 389-391.

⁴⁶ Kuşkusuz toplumsal yaşamdaki değişimlere paralel olarak zaman içinde anayasalar da değişebilir ancak Türkiye'de anayasa değişikliği talepleri ağırlıklı olarak ontolojik itirazlardan kaynaklanmıştır.

⁴⁷ Dixon ve Ginsburg bu yaklaşımı zamansal emperyalizmin tersine çevrilmesi metaforuyla gelecek kuşaklara saygıyla açıklamaktadır. Bkz. Dixon, R., Ginsburg, T. (2011). "Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, No. 3-4, s. 637.

Reddedilen hususlara bakalım:

Yukarıda da belirtildiği gibi *mesleki temsil usulü* reddedilirken bununla birlikte orta yolu bulmak için tek dereceli seçim ilkesinden de vazgeçilmiştir. En azından Anayasa'nın bu konuda suskun olması sağlanmıştır. Referandum ile halkın kanun teklif etme yetkisi de gerçekçi bulunmayarak reddedilmiştir. Ayrıca Meclisin dört ay içinde kendi içinden daha küçük bir Meclis oluşturup dağılmasını ve küçük meclisin çalışmaları yürütmesi yönündeki teklif de reddedilmiştir⁴⁸. *Tanör*'ün ifadesiyle Sovyet Yüksek Prezidyumunu andıran⁴⁹ böyle bir yapı daha encümen aşamasında metinden çıkarılmış ve Genel Kurula dahi getirilmemiştir.

Buna karşın Osmanlı-Türk Anayasa geleneğinin dışında güçlü bir adem-i merkezi idari yapı ile siyasi partilerin veya kişilerin hâkimiyet inşasına kapalı bir meclis üstünlüğü anlayışının görünür bir itirazla karşılaşmaksızın kabul edilmiş olmasını, Anayasa'nın etnik bir referansa yer vermemesini, devlet dinine yer vermemiş olması hususunun yine itirazla karşılaşmamış olmasını ayrıca not etmek gerekir. Meclisin ve millet egemenliğinin üstünlüğünün yanında toplumu egemen kılacak ve demokrasinin inşası için olmazsa olmaz yapısal bir tercih olan yerel yönetimlerin özerkliğinin sağlanması, buna karşın saltanat ve hilafetin sadece "*kurtarılması gereken*" ve – tutanaklara bakılırsa- ancak Meclisin belirleyeceği çerçeve içinde varlıklarını sürdürebilecek hukuki kurumlar olarak Anayasa'nın geçici hükmünde dolaylı bir atıfla ifade bulmuş olması Birinci Meclisin muhafazakâr ve dindar unsurları dâhil olmak üzere üzerinde ittifak kurdukları bir husustur. Bu yaklaşımı Kasım 1922'de saltanatın kaldırılmasında sağlanan oy birliğinde de görmek mümkündür.

Anayasa asgari uzlaşıya önem vermiş, 1923 ve sonrası alınmış bulunan kararlara dair bir tercih içermemiştir. Diğer bir ifadeyle devletin tüm temel erkleriyle organlarına dair detaylı düzenlemeler getirmemiş, bir bakıma bu konuları toplumsal uzlaşı ve ihtiyaç tespitine bağlı olarak geleceğin yasama organına bırakmıştır. Yargı ve temel haklar

⁴⁸ Akın, R. (2014). 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Hukuk Tarihimizdeki Önemi, içinde Gedikli, F. (Der.), *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (ss. 599-605), İstanbul: On İki Levha Yay., s. 602.

⁴⁹ Tanör, B. (2017). s. 252.

düzenlenmemiştir. Devlete ideolojik kimlik verilmemiş, egemenliğin sahibi *millet* etnik veya ideolojik sıfatlarla tanımlanmamıştır. Osmanlı dönemine ait halifelik ve benzeri kurumlar hakkında bir hüküm içermemiştir ancak kurumsal güvence eksikliklerinin 1921 Anayasası'nın entegrasyon işlevinde önemli zaafılara yol açtığını kabul etmek gerekir.

Anayasanın ne kadar uzun olacağı, hangi kurumları *anayasal* mahiyette görüp düzenleyeceği, hangi hususları yasama dinamiğine bırakacağı ve anayasanın ideolojik bir karakterinin bulunup bulunmayacağı hususu anayasanın varlık koşulu değildir. Uzlaşma anayasalarının çerçeve mahiyetinde olmaları yadırgatıcı olmamalıdır. Sadece üzerinde uzlaşılacak anayasal konuların anayasal üstünlüğe sahip hukuk normuna dönüştürülmesi, uzlaşamayan hususların toplum sözleşmesinin unsuru olamayacağını göstermektedir. Homojen olmayan toplumlarda ideolojik ve detaylı anayasaların dışlayıcı olma olasılığı oldukça yüksektir. 1921 Anayasası'nı bu yaklaşımla okumak daha hakkaniyetli olacaktır. Bununla birlikte Anayasa'nın entegrasyon sağlayıcı ve dengeleyici/denetleyici somut kurumsal mekanizmalara yer vermemiş olması, muhtemelen siyasi partilerin bulunmayacağı bir Meclis anlayışına göre dizayn edilmiş olması, Anayasa'nın varlığıyla ilgili olmasa da Anayasa'nın sürdürülebilir başarısıyla kesinlikle ilgilidir ki 1921 Anayasası'nın bu konuda esaslı sorunlarının bulunduğunu inkâr edilemez⁵⁰.

III. ANAYASA'NIN DAYANDIĞI SİYASİ FELSEFE

Anayasanın siyasi felsefesi, anayasanın dayandığı temel siyasal tercihin ne olduğunu ifade eder. Buna göre anayasal düzende nasıl bir devlet anlayışının benimsendiği, birey ve topluma yaklaşımı ve devlet-toplum, devlet-birey ilişkisinin ve iktidarın nasıl düzenlendiği, anayasanın ve yurttaşların ideolojiyle, dinle ve sair kimliklerle tanımlanıp tanımlanmadığı hususları anayasanın siyasi felsefesi hakkında fikir verir.

Bir anayasanın dayandığı siyasi felsefe, o anayasayı yapan kurucu iktidarın siyasi felsefesini yansıtır. Bu da anayasanın *hangi* kurucu iktidar tarafından *nasıl* yapıldığı sorusuna götürür. Anayasa katılımcı ve demokratik bir yöntemle yapıldıysa dayandığı siyaset felsefesini,

⁵⁰ Bu tür çerçeve anayasalarının faydaları ve riskleri ile ilgili kapsamlı çalışma için bkz. Dixon, R., Ginsburg, T. (2011).

yapımında yer alan tekil aktörlerin siyasi tercihlerinden çok anayasanın yazılı metninden okumak mümkündür. Zira bu yöntemde anayasa asgari bir uzlaşmayı ifade eder, anayasanın dayandığı temel tercihler de büyük ölçüde anayasada açık veya örtülü bir şekilde ifade bulan genel ilkeler ve normlardan okunabilir. Buna karşın anayasa bir grubun, liderin veya yalnızca bir sınıfın etkin olduğu bir süreçte yapılmışsa dayandığı felsefe anayasanın metnine bütünüyle yansımayaabilir. Kurumsal güvenceler veya iktidarın sınırlandırılmasına dair mekanizmalar konusundaki suskunluk, kurucu grubun veya sınıfın siyasal hareket alanına işaret olarak okunabilir. İktidarın değişmesine genelde olanak tanımayan anayasalar, özellikle temel hak güvencelerine dair kısımları itibarıyla genelde itibari veya görünüşte anayasa⁵¹ olarak nitelendirilmektedir. Bu anayasalarda siyaset felsefesini iktidarın nasıl düzenlendiğine ilişkin sistem normları ile anayasayı yapan iradenin tercihlerine, kimi zaman nerede suskun kaldığına bakarak belirlemek mümkündür.

1921 Anayasası, yukarıda da ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere oldukça katılımcı ve oydaşmacı bir yöntemle yapılmış, anayasa metni asgari ortak paydaları yansıtacak şekilde kaleme alınmış ve iktidar olgusu da buna göre biçimlenmiştir. Bu nedenle anayasanın dayandığı siyaset felsefesini anayasadaki normatif tercihlere bakarak tespit edebiliriz.

i) Anayasada *devletin ve rejiminin isimlendirilmesi* söz konusu değildir. “*Türkiye devleti*”, Osmanlı Devleti’nin son yüzyılında da kullanılan bir kavram olduğundan tercih edilmiş ve Anayasa’nın yürütme yetkisini düzenleyen 3. maddesinde ifade edilmiştir. Bu hükme göre Türkiye devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükûmeti *Büyük Millet Meclisi Hükûmeti* unvanını taşır.

ii) Kanun-i Esasi’de 1909 yılında yapılan köklü değişikliklerin ardından artık siyasal işleyişin meşruiyet dayanağına dönüşmüş olmasına rağmen Anayasa’da açıkça zikredilmeyen *millî egemenlik ilkesi*, meydan okurcasına güçlü bir vurguyla Anayasa’da ifade edilmiş, Anayasa’nın geri kalan hükümleri de millî egemenlik ilkesinin hayata geçmesini sağlayacak şekilde tanzim edilmiştir. Kanaatimizce bu vurgu

⁵¹ Sartori, G. (1962). “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4, s. 861 vd.; Loewenstein, K. (1969). *Verfassungslehre*, 2. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Vlg., s. 153 vd.

anayasacılık tarihinin gelişim çizgisini yakalama açısından çok önemlidir. Hatırlanacağı üzere egemenliğin kaynağının akla ve toplumsal taleplere dayandırılması şeklinde Avrupa'da 16-18. yüzyıllar arasında yaşanan siyasal gelişmeler önce sekülerleşmeyi ardından onun zorunlu bir sonucu olarak millî egemenliği ortaya çıkarmıştı. Osmanlı'nın dağılma sürecinde siyasal, kültürel ve hukuksal alanda atılan modernleşme adımları, Tanzimat ve Islahat Fermanları devlet yönetimini önemli düzeyde *sekülerleştirmiş* ve akla dayandırmıştı. 1908'de Kanun-i Esasî'de ifade bulmasa da Meclisi Mebusan çalışmalarında ve iktidar uygulamalarında *hâkimiyeti millîye* ilkesine vurgular başlamıştı. Ulusal egemenlik ilkesinin 1921 Anayasası'nda sembolik atfın ötesinde anayasal düzenin temel ilkesi kılınması, sekülerleşme ve laikleşme süreci bakımından da önemli kırılmaya işaret etmektedir⁵².

Anayasa'nın 1. maddesine göre egemenlik kayıtsız ve şartsız milletindir. Yönetim usulü ise halkın kaderini bizzat ve fiilî olarak idare etmesi esasına dayanır. Bu şekilde millet sadece egemenliğin kaynağı değil aynı zamanda egemenliği bizzat uygulamada da kullanacaktır. Kuşkusuz bu ifade ile doğrudan demokrasi kastedilmemekte, aksine merkezden ve yerelden başlayarak temsili demokrasinin kabul edildiğini göstermektedir⁵³. Nitekim takip eden maddelerde Meclisin yasama yetkisini ve kendi belirlediği hükûmet aracılığıyla yürütme yetkisini kullandığı belirtilmektedir. Yerel yönetimlere ilişkin hükümlerde de kamu idaresi yetkisi vilayet şuralarıyla ve özellikle nahiyelele paylaşılmaktadır. Millet Meclisi, vilayet şuraları (meclisleri) ve nahiyelele Anayasa'ya göre seçimle oluşturulan yegâne kurumlardır. Dikkat edilirse egemenlik kayıtsız ve şartsız millete, milleti temsil yetkisi de Meclise özgülenmişken *-ki bu vurgu kanımca daha çok kurtuluş savaşı sırasında İstanbul Hükümetinin milleti temsil iddiasının olamayacağı anlamına gelir-* egemenliği kullanma hakkı tek başına Meclise verilmemiştir. Bu hususlar yönetim şekline ilişkin *"halkın bizzat ve bilfiil"* ifadesiyle birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın egemenliği kullanma hakkını sadece Meclise vermediği, diğer bir ifadeyle Meclisin egemenlik hakkını kullanan yegâne organ olmadığı şeklinde anlaşılabilir. Meclis görüşmelerinde özellikle *kazai, iktisadi ve mali* özerkliğe sahip nahiyelele ilişkin maddenin egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğuna

⁵² Sevinç, M., Demirkent, D. (2017). s. 45.

⁵³ Tanör, B. (2017). s. 257.

ilişkin 1. maddenin tamamlayıcısı olduğu ittifakla kabul edilmiştir⁵⁴. Meclis yürütme yetkisini kendi içinden çıkan hükûmet eliyle kullanırken vilayet şurâlarının ve nahiyelerinin özerkliğine müdahale etme hakkına sahip kılınmamıştır. Bu tespit, kanımca bir yandan egemenliğin kullanımında merkez-yerel arasında bir dengenin gözetildiğini, diğer yandan çoğunlukçu millî egemenlik anlayışına pek sıcak bakılmadığını göstermektedir.

iii) Anayasa millet egemenliğini temel alırken dönemin yükselen ve İTC'ye hâkim olan ulusalcılık ve ırkçılık eğilimlerinin aksine milleti herhangi bir *etnik kökene atfen* tanımlamamıştır. Meclis görüşmelerinde *anasır-ı İslamiyye* kapsamında Türk, Kürt, Çerkez, Laz gibi çeşitli unsurlara atıfla müzakereler yapılırken gönüllü birliktelik esas alınmış; bu çerçevede *Misak-ı Millî*'nin ilk maddesine⁵⁵ uygun şekilde üst kimlik olarak yalın *millet* kavramı benimsenmiştir⁵⁶. Anayasa'nın 1. maddesindeki *millet* kavramı ile 3. maddesindeki *Türkiye devleti* kavramlarının seçimi birbirini tamamlamakla bilinçli bir seçime işaret etmektedir⁵⁷.

iv) Anayasa'nın etnik kökene atıfla bir millet ve devlet tanımından kaçınmış olması *devlet-birey ve devlet-toplum ilişkisine* nasıl yaklaştığını da göstermektedir. Etnik vurgulardan kaçınma, sadece taktik bir işleve sahip değildir. Müzakere tutanaklarından da birey ve toplum temelli olarak ilerlediği görülmektedir. Devlete ve bürokrasiye karşı ciddi bir hassasiyet ve reddiye söz konusudur. Tüm Meclisin üzerinde ittifak ettiği bu husus, aynı zamanda devlet dininin veya herhangi bir inancın öne çıkarılmamasıyla da tahkim edilmektedir. Her ne kadar Anayasa'nın

⁵⁴ Encümen sözcüsü Vehbi Bey (Karesi), Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun ruhunu nahiyelerin özerkliğini düzenleyen hükmün oluşturduğunu ifade etmekte; Mehmet Şükrü Bey (Karahisar-ı Sahip) bu hükmün egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğuna dair birinci madde hükmünün destekleyici gücü olduğunu belirtmektedir. Bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, 22 Aralık 1336 (1920), s. 493 vd., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c006/tbmm01006119.pdf> (Erişim Tarihi 15/3/2021).

⁵⁵ Misak-ı Millî metninin Ankara ve İstanbul metinleri arasında fark bulunduğu dair pek çok tartışma bulunmaktadır ancak konumuz açısından anlam ifade eden ilk maddesi ("*Osmanlı İslam çoğunluğu*") bu tartışmaların dışında yer almaktadır. Türk Tarih Kurumunun esas aldığımız metni için bkz. <http://www.ttk.gov.tr/index.php?Page=Sayfa&No=244> (Erişim Tarihi 2/3/2021).

⁵⁶ Aynı yaklaşım 1921 Anayasası'nın kabulünden iki hafta sonra Mecliste kabul edilecek İstiklal Marşı metninde de gözlemlenebilir.

⁵⁷ Birkaç hafta sonra kabul edilecek olan İstiklal Marşı metninde de aynı yaklaşım dikkati çekmektedir.

7. maddesinde “*ahkâm-ı şer’iyyenin tenfizi (uygulanması), umum kavaninin vaz’ı (kanunların çıkarılması), tadili (değiştirilmesi), feshi (yürürlükten kaldırılması) ... gibi hukuk-ı esasiye Büyük Millet Meclisine aittir.*” demek suretiyle şeri hukuka bir atıf varsa da şeri hukukun o dönem hâlen yürürlükte, dolayısıyla geçerli hukuk olduğu, bu nedenle de atfın ideolojik bir tercihe işaret etmediği göz ardı edilmemelidir.

Anayasa’nın etnik ve dinî referanslardan kaçınması, aynı zamanda birey ve toplumu kamu gücü kullanmak suretiyle *tanımlama ve biçimlendirme* iddiasının olmadığını, devlete böyle bir yetki tanınmadığını göstermesi bakımından önemli kılmakta ve 1921 Anayasası’nı tarihsel bir istisna hâline getirmektedir.

IV. HÜKÛMET BİÇİMİ

Anayasa hukuku doktrininde 1921 Anayasası’nın hükûmet biçimi istisnasız biçimde meclis hükûmeti olarak kabul edilmektedir.⁵⁸ Esasen Anayasa, Meclisin açılışını takip eden günlerde 25 Nisan’da doğrudan kendi içinden bir hükûmet oluşturmuş, 2 Mayıs 1920 tarihinde de 3 sayılı Kanun’u kabul ederek meclis hükûmeti sisteminin yasal zeminini oluşturmuştur. 1921 Anayasası bu tercihi anayasal düzeyde kabul etmiştir. Anayasa’nın 2. maddesi yürütme ve yasama erkinin Meclise ait olduğunu, 3. maddesi de Türkiye devletinin doğrudan Meclis tarafından idare edileceğini karara bağlamak suretiyle meclis hükûmeti sisteminin temel esaslarını benimsemiş olmaktadır.

Meclis geçici madde gereğince bağımsızlık mücadelesinin kazanılması aşamasına kadar aralıksız toplanacaktır ancak 5. maddesinde barış dönemi için yasama dönemi iki yıl olarak tayin edilmiştir.

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “*İcra kudreti ve teşri salahiyeti milletin yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder.*” ile 3. maddesinde yer alan “*Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükûmeti ‘Büyük Millet Meclisi Hükûmeti’ unvanını taşır.*” hükümleri bu erklerin Meclise ait olduğunu söylemekle birlikte hükûmetin nasıl oluşturulacağı, yetki ve sorumluluklarının ne olduğu hususu netleşmemiştir. 1923 yılında yapılan değişiklik ve ardından 1924 Anayasası’yla getirilen hükûmet sistemi de teorik yönden

⁵⁸ Aynı yönde Özbudun, E. (1992). s. 58.

meclis hükûmeti sistemi olarak isimlendirilse bile gerçekte “*erkler birliği-fonksiyonlar ayrılığı*” olarak işleyecekti.

Diğer taraftan erkler birliği sisteminin benimsenmiş olması ile Anayasa’nın 7. maddesinin son cümlesindeki “*Heyeti Vekilenin vazife ve mesuliyeti kanunu mahsus ile tayin edilir.*” hükmüyle yürütme yetkisinin nasıl kullanılacağı hususunun özel kanuna bırakılmış olması kanımca sistemin parlamenter sistem olarak işletilmesine de kapı aralıyordu. Nitekim daha sonra Encümen-i Mahsus tarafından erklerin parlamenter sistemde olduğu gibi işlemesine olanak veren bir kanun taslağı hazırlanmıştı (mad. 10)⁵⁹ ancak Meclis başkanının tarafsızlığını, başbakanın Meclis içinden seçilmesini ve belirleyeceği bakanlar kurulunun güvenoyu alması zorunluluğunu öngören bu kanun teklifi uzun görüşmeler sonucunda Birinci Grubun çoğunluk oylarıyla reddedilmişti⁶⁰. Teklif üzerine yapılan görüşmelerde *erkler ayrılığı sisteminin dünyanın hiçbir tarafında tam işlemediği (!)*, ABD ve İngiltere’nin bundan şikâyetçi olduğu, esasen erkler ayrılığının milleti bölmek anlamına geldiği görüşlerinin dile getirilmiş olması ilginçtir⁶¹.

1921 Anayasası döneminde hükümetin yapısı daha çok kanunlara bırakılmıştır. İcra vekillerinin seçim usulünü belirleyen 2 Mayıs 1920 tarihli Kanun’da 11 olarak belirlenen icra vekilleri Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu ile seçilecektir. Anayasa’nın 8. maddesine göre Meclis icra vekillerine talimat verebilir ve ihtiyaç gördüğünde de görevden alıp değiştirebilir. Bu sistem *bakanlığın düşürülmesi* olgusuna yabancıdır. İcra vekilleri arasında çıkacak uyuşmazlıkları da Meclisin bizatihi kendisi çözer. Bu özellikler sistemin meclis hükûmeti sistemi olduğunun göstergesi sayılabilir⁶².

Anayasa’nın 9. maddesine göre İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini başkan olarak seçerler (Bakanlar Kurulu başkanı), Meclis başkanı da İcra Vekilleri Heyetinin doğal başkanıdır.

⁵⁹ 24 Kasım 1921 tarihli TBMM Zabıt Ceridesi, C. 14, s. 329, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c014/tbmm01014116.pdf> (Erişim Tarihi 16/3/2021).

⁶⁰ Bu husus Meclis içi muhalefetin temel çatışma noktalarından bir olduğunu kaydedilmektedir. Bkz. Demirel, A. (2020). s. 117.

⁶¹ Bu iddianın Lozan’da hukuk doktorası yapmış Mahmut Esat Bozkurt tarafından dile getirilmesini özellikle not etmek gerekir. M. Esat’ın konuşması, 28 Kasım 1921 TBMM Zabıt Ceridesi, C. 14, s. 381, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c014/tbmm01014118.pdf> (Erişim Tarihi 16/3/2021).

⁶² Tanör, B. (2017). s. 259.

Anayasa, parlamenter veya başkanlık hükûmet sistemlerinde olduğu gibi ayrıca bir devlet başkanlığı kurumu öngörmemiştir. Bu husus, anayasa öğretisinde 1921 Anayasası'nın geçici niteliğine işaret olarak yorumlanmıştır ancak Anayasa'nın Meclisi düzenleme ve siyasal işleyişin merkezine yerleştirme biçimini göz önünde bulundurduğumuzda esasen devlet başkanlığı yetkisinin egemen milleti temsile yegâne yetkili olan Meclise ait olduğu ve Meclis başkanı tarafından da temsil edildiği pekâlâ söylenebilir. Saltanatın kaldırılmasına dair karardaki “*Misak-ı Millî hudutları dahilinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmetinden başka şekli hükûmet*” tanınmadığı beyanı da bu bağlamda dikkat çekicidir.

Öte yandan Anayasa'nın Meclis başkanına tanıdığı yetkiler, *Özbudun*'un da tespit ettiği gibi esasen devlet başkanına ait olan yetkililerdir⁶³. Bu durum meclis hükûmeti sisteminin mantığına aykırı değildir. Çünkü meclis hükûmeti sisteminde ayrı bir devlet başkanlığı kurumu mevcut değildir. Bu nedenle devlet başkanlığı statüsünün öngörülmemiş olmasını taktik gerekçelerle açıklama çabaları⁶⁴ anlaşılabilir olmakla birlikte çok isabetli görünmemektedir⁶⁵.

Meclisin geçici maddede de ifade edildiği gibi aralıksız toplanık hâlde olması (istimrar ilkesi) Meclisten nispeten özerk bir hükûmet işleyişini de imkânsızlaştırmaktadır.

V. İKTİDARIN SINIRLANDIRILMASI

A. MERKEZDE

Diğer önemli bir nokta da Anayasa'da iktidarın sınırlandırılması konusunda geleneksel anlayışın dışında bir yöntemin benimsenmiş olmasıdır. Türkiye'de hâkim görüş 1921 Anayasası'nın iktidarı sınırlandırma konusuyla ilgilenmediğini ve önceliğini daha çok Kurtuluş Savaşı'nın kazanılmasına verdiğini, bu nedenle de klasik anlamda bir

⁶³ Benzer doğrultuda bkz. *Özbudun*, E. (1992). s. 67.

⁶⁴ Bu yönde bkz. Tanör, B. (2017). s. 260;

⁶⁵ Bu gerekçenin genelde “Nutuk”taki açıklamalar esas alınarak oluşturulduğu gözlemlenmektedir. Ancak “Nutuk”un Atatürk'ün içinde pek çok tarihî bilgiyi barındırması da değer yargıları ve yorumlar itibarıyla 1927 yılına ait özel görüşleri yansıttığı bilinmektedir. Özel yaklaşımlarla 1921 Anayasası'nı yorumlamak yerine Anayasa'nın oy birliğiyle kabul edilen hükümlerinin tutanaklar yardımıyla yorumlanması suretiyle Anayasa'nın amacının tespiti daha sağlıklı ve bilimseldir. Benzer özel değerlendirmeler için bkz. *Özbudun*, E. (1992). s. 66 vd.; Tanör, B. (2017). s. 260.; Çelik, D. B. (2007). s. 83 vd.

anayasa hüviyetini haiz olmadığını kabul etmektedir⁶⁶. Buna katılmak mümkün değildir. Anayasa'nın bu özelliği, onu eksik kılmaktan çok meclis hükûmeti sisteminin mantığıyla ve 1920 Meclisi gibi katılımcılığa dayanan bir yasama organının başta yürütme olmak üzere tüm devlet iktidarını denetleyebileceği gerçeğiyle esasen uyumludur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk anayasa hukuku öğretisinde bütünüyle ihmal edilmiş de olsa *egemenliği kullanan anayasal organların katılımcılığa dayanması, diğer bir ifadeyle çoğulcu olması, iktidarın sınırlandırılmasının temel yöntemlerinden biridir*. Meclis hükûmeti sisteminde iktidarın sınırlandırılması, parlamenter veya başkanlık hükûmet sisteminde görüldüğü şekliyle sadece erkler ayrılığı sistemiyle sağlanmamaktadır.

İsviçre örneği üzerinden açıklamak gerekirse meclis hükûmeti sisteminde meclis siyasal işleyişin merkezinde ve devletin en üstün egemenlik yetkisine sahip organıdır (İsviçre [İ]-AY mad. 148)⁶⁷. Meclis, Yürütme Konseyi (Bundesrat/hükûmet) üyelerini seçer, talimat verir ve denetler (İ-AY mad. 169, 171 ve 175). Yürütme Konseyi üyeleri belirlenirken, Meclisteki tüm siyasi partilerin temsiline, ayrıca ülkesel çeşitliliği yansıtacak şekilde katılımcılığa dayanmak zorunludur⁶⁸ (İ-AY mad. 175/2-4)⁶⁹. Ayrı bir devlet başkanlığı bulunmamaktadır⁷⁰. Meclis bu görev için Federal Konsey içinden bir üyeyi bir yıllığına görevlendirir (İ-AY mad. 176). İsviçre Anayasası'na göre Federal Meclis, Yürütme Konseyini, federal idareyi ve tüm federal mahkemeleri denetleme hakkına sahiptir (İ-AY mad. 169), ayrıca tüm federal yargıçları da Meclis seçer (İ-AY mad. 168). Son olarak İsviçre'de, biraz da federatif sistemden kaynaklı olarak Meclisin yetkisi kantonların anayasal yetkileriyle

⁶⁶ Örnek olarak bkz. Tanör, B. (2017). s. 289.

⁶⁷ Güncel İsviçre Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en> (Erişim Tarihi 6/6/2021).

⁶⁸ Ayrıntılar için bkz. Bächtiger, A., Schwarz, D. ve Lutz, G. (2006), "Parliamentary Practices in Presidentialism? A Swiss Perspective on Governance in a Separation of Powers Framework", Joint Sessions of the ECPR, 25-30 Nisan 2006, s. 2., <https://ecpr.eu/Filestore/paperproposal/908b4441-065d-40f2-8542-76f5aaf243ee.pdf> (Erişim Tarihi 3/6/2021).

⁶⁹ 1921 Anayasası çoğulculuğun gerçekleşeceğini varsaymaktadır ki nitekim Birinci Meclis döneminde bu yönde esaslı bir itiraz söz konusu değildir. Ayrıca 1921 Anayasası'nda icra vekilleri yalnızca Meclis üyeleri arasından seçilebilir.

⁷⁰ Kley, A. (2007). Switzerland, içinde Robbers, G. (Der.), *Encyclopedia of World Constitutions Volume 3: Oman to Zimbabwe* (ss. 885-894), New York: Facts on File, s. 885.

sınırlandırılmış ve dengelenmiştir (İ-AY mad. 42 vd. ve 148)⁷¹. Tüm bu düzenlemelerin iktidarın sınırlandırılmasıyla ilgili ve sınırlandırmanın işlevsellik kazandığı yerin Meclisin çoğulcu yapısı olduğu açıktır. Bu yaklaşımın 1921 Anayasası'nda da yeterli ve somut kurumsal mekanizmalardan mahrum, dolayısıyla sürdürülebilirlik yönünden yetersiz olmakla birlikte temel yaklaşım olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

İktidarın sınırlandırılması için erklerin özgülendiği kurumların birbirinden ayrılması ve birbirlerine karşı denge ve denetim mekanizmalarıyla donatılmış olması kuşkusuz hayati önemdedir. Bununla birlikte toplumsal çeşitliliğin yansıtılmadığı, yalnızca bir toplumsal kesimin temel anayasal organlardaki pozisyonları işgal ettiği, dolayısıyla anayasal organların siyasal, etnik veya kültürel yönden homojen görünüm arz ettiği bir sistemde, erkler ayrılığı ilkesiyle denge ve denetim mekanizmalarının beklenen anayasal işlevini yerine getirmesi oldukça güçtür. Birinci Meclisin çoğulcu ve herhangi bir hiyerarşinin bulunmadığı ortamda her bir mebusun özerk bir şekilde temsil yetkisini kullanıyor olması, Meclisin kendi otoritesini sınırlamasına imkân sağlayabiliyordu. Yine egemenlik yetkisini kiskançlıkla kullanması, yürütmeyi bizatihi seçmesi ve kendi denetimine tabi kılması da dikkate alındığında sınırlı iktidar ile ulaşılmak istenen hedef yönünden 1920-1922 aralığında oldukça başarılı sayılır. 1921 Anayasası ön koşulsuz, ideoloji, etnik ve inanç yönlerinden tarafsız bir siyasal yapılanma öngörerek bunu sağlayabilecek durumdaydı. Siyasi grupların (partilerin) ortaya çıkması anına kadar bu konuda başarılı olduğu açıktır⁷². En azından iktidarın denetlenmesi bakımından Türkiye Cumhuriyeti Meclis tarihinde en etkin, bu niteliğiyle de neredeyse biricik olduğu tartışmasızdır.

B. MERKEZ-YEREL İLİŞKİSİNDE

1921 Anayasası'nda iktidarın sınırlandırılmasını sağlayabilecek ikinci önlem çok güçlü bir adem-i merkeziyetçiliktir. Anayasa maddelerinin

⁷¹ 1921 Anayasası ise kanun dairesinde olsa bile yerel alanda yürütme yetkisini merkezi hükümetle paylaşmak suretiyle bir denge mekanizması öngörmüştür. Belirtelim ki "kanun dairesinde" ifadesi, kanımca Anayasa'da tüketici şekilde belirlenmiş yetkilerin kapsamının Meclisin takdirine bırakıldığı şeklinde yorumlanamaz.

⁷² Soysal, 1921 ve 1924 döneminde belirli bir "parti" hayatının bulunmayışını, meclis egemenliği ilkesinin birden fazla partili bir düzende yaratabileceği sorunları gözden uzak tuttuğunu ifade ederken bir yönüyle bu tespiti de işaret etmektedir. Soysal, M. (1969). *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., s. 14.

yarısından fazlasını kaplayan yerel yönetimler hem demokratik temsile dayandırılarak özerkleştirilmiş hem de Meclisin kontrolü ve yönetimindeki merkezî hükûmetin karşısında güçlü yetkilerle donatılmıştır. Çerçevesi Meclis tarafından belirlenmek koşuluyla vakıflar, medreseler, millî eğitim, iktisat, sağlık, tarım, bayındırlık ve sosyal yardımlaşma alanları münhasıran yerel yönetimlere bırakılmıştır. Meclisin merkez-yerel ilişkilerindeki yasama yetkisi, yetkilerin içeriğine ilişkin kurucu bir yetki olmayıp daha çok somutlaştırıcı veya uygulamayı mümkün kılıcı mahiyette olacağını söylemek gerekir. Zira Anayasa'nın 11. maddesi merkezî hükûmetin yetkilerini tüketici ve istisnai bir şekilde saymış, buna karşın özerklik tanıdığı vilayetlerin yetkilerini tüketici bir dil kullanmamak suretiyle sayarak tespit etmiş, bir bakıma genel yetkili kılmıştır. Bu alanda Meclisçe çıkarılacak kanunlarla vilayetlerin anayasal yetkilerinin özü ve kapsamına dair bir tasarrufta bulunulması Anayasa'nın özerklik ve genel yetkili kılma yönündeki tercihinin uygun düşmeyecektir⁷³.

Bu şekilde hem iktidarın sınırlandırılmasının dikey boyutu öngörülmüş hem de demokrasinin yerelden başlayarak inşa edilmesinin kurumsal imkânları yaratılmıştır. Çok önemli anayasal yetkilerin merkez ile yerel arasında paylaşılması Osmanlı-Türk anayasa geleneğinde tektir⁷⁴.

1921 Anayasası tarihsel kaygılarla ve haklı olarak iktidarı kullanan yürütme organına karşı, dönemin şartlarının elverdiği ölçüde, tüm farklılığıyla milleti temsil eden Meclisi çıkarmak suretiyle iktidarı sınırlandırma, denetleme ve kötüye kullanımını engelleme yolunu tercih etmiştir. Bu tercih modern anayasacılığın esprisi içinde dikkate şayandır ancak Türk anayasa doktrinine bütünüyle yabancıdır.

Özerk vilayetlere ve nahiyelere tanınmış geniş yetkilerle birlikte değerlendirildiğinde 1921 Anayasası'nın İspanya veya İtalya örneğini çağrıştıran bölgesel devlet modelini öngördüğü dahi ileri sürülebilir. Hatta tutanaklarda *merkezî hükûmet* ifadesinin yanında *yerel hükûmet*

⁷³ Nitekim Encümen sözcüsü Vehbi Bey'in (Karesi) getirdiği izahat, bu kanunların genel ve ana hatları belirleyecek mahiyette olacaklarını göstermektedir. Bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, 12 Aralık 1336 (1920), s. 375., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c006/tbmm01006114.pdf> (Erişim Tarihi 16/3/2021).

⁷⁴ Tanör, B. (2017). s. 265.

kavramlarının kullanılmış olması⁷⁵ bir an için buna kanıt olarak da ele alınabilir. Bununla birlikte Anayasa'nın metni ve görüşmelerdeki belirsizlik ile yerel yönetimlere ilişkin Anayasa hükümlerinin savaş koşullarında hayata geçirilmesinin mümkün olmaması ve savaşı müteakip yürürlükten kaldırılmış olmaları karşısında bu konuyla ilgili kesinlik ifade eden önermeler kurmanın zor olduğu kabul edilmelidir. Bu doğrultuda hazırlanan kanunlar da görüşülmeyen Meclis feshedilmiştir⁷⁶.

VI. TEMEL HAKLAR

Anayasa temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hüküm içermemektedir. Kuşkusuz bu durum, anayasaların temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma özellikleri dikkate alındığında bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Diğer yandan Kanun-i Esasi'nin temel haklara ilişkin hükümlerinin yürürlükte olduğu şeklinde bir değerlendirme de akla gelebilir.

Ancak 1921 Anayasası'nın temel haklar tercihinin değerlendirirken sonraki anayasaları örnek olarak kabul etmekten çok bu Anayasa'nın kendi gerçekliği ve siyasal tercihleri ışığında bir değerlendirme yapmak daha sağlıklı görünmektedir.

Özgürlükler için hem devletin varlığı (meşru şiddet kullanma tekeline sahip olması nedeniyle) hem de devletin yokluğu (üçüncü kişilerden gelen ihlallere karşı koruma görevini yerine getirmemesi nedeniyle) tehdit oluşturmaktadır. 1921 Anayasası yürütme ve idare anlamında devlet aygıtını katılımcı bir meclisin denetimi ve yönetimine tabi kılması yoluyla temel haklar bakımında ayrıca bir kaygı güdülmesini engellemiş görünmektedir. Gerçekten de Anayasa, iktidarı Meclisin çoğulculuğu ve özgürlüğünden kaynaklı etkinliğiyle denetleme, yönlendirme ve yerelde de adem-i merkezîyetçilikle sınırlandırma yolunu tercih etmek suretiyle esasen devleti tehdit olmaktan çıkarmayı hedeflemiştir. Bu nedenle Anayasa'nın bir haklar kataloğu öngörmemiş olması kanaatimce büyük bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. Hatırlanacağı üzere Fransa Anayasası'nda ve ABD Anayasası'nın ilk hâlinde de temel haklar kataloğuna yer verilmemiştir. Fransa'da temel haklar, Anayasa'nın

⁷⁵ TBMM Zabıt Ceridesi, 14 Aralık 1336 (1920), s. 370 vd., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c006/tbmm01006114.pdf> (Erişim Tarihi 17/3/2021).

⁷⁶ Akın, R. (2014). s. 603 vd.

“Başlangıç” kısmının referansı ile içtihatlarla somut güvencelere dönüştürülmüş⁷⁷, ABD’de de ilk temel hak kataloğu 1791 yılında, yani anayasanın yürürlüğe girişinden dört yıl sonra Kongre tarafından⁷⁸ eklenmişti. Bu temel haklar kataloğunun en çarpıcı özelliği ise Kıta Avrupası’nda ve Türkiye anayasalarındaki bireylere özgürlük tanıma anlayışının aksine devlete ve özellikle Kongreye bireylerin özgürlüklerine müdahaleyi yasaklama anlayışına dayanmış olmasıydı⁷⁹. ABD anayasal düzeninin doğası üzerine en önemli bilgi kaynağı olan federalist yazılarda (no. 47 ve 84) iktidarın temel hakları ihlal etme yeteneği ortadan kaldırıldığında ayrıca temel hak kataloğuna ihtiyaç duyulmadığı vurgulanmış⁸⁰.

Birinci Meclisin de temel haklara benzer bir yaklaşım içinde hareket ettiğini söyleyebiliriz. Anayasa’nın kabulünden kısa bir süre sonra 18 Nisan 1921 tarihinde Meclise sunulan Hürriyet-i Şahsiye Kanun teklifi, iki yıla yakın komisyonda beklemiş; barış görüşmelerine geçildikten sonra içtüzükteki bekleme süresi de tamamlandığı için komisyonda görüşülmeden gündeme alınmış ve Birinci Grup ile İcra Vekilleri Heyetinin yoğun direnişine rağmen 12 Şubat 1923 tarihinde kabul edilmiştir⁸¹.

⁷⁷ Geniş bilgi için bkz. Rivero, J. (1977). “The Constitutional Protection of Human Rights in French Law”, *The Irish Jurist* (1966-), New Series 12, No. 1, s. 1-14.

⁷⁸ Bazı kolonilerin (North Carolina, Rhode Island) anayasayı kabul etmek için temel hak kataloğunun kabul edilmesini şart koşmaları neticesinde Federasyonun çalışmaya başlamasından ve Kongrenin toplanmasından sonra “first ten amendment” denilen on maddeden oluşan ilk temel haklar kataloğu anayasaya eklenmiştir. Bkz. Urofsky, M.I., Finkelman, P. (2011). *A March of Liberty*, 3th Edition, New York: Oxford University Press, s. 128.

⁷⁹ Ek.1: “Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyetle neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır.” Ek. 9: “Bazı hakların Anayasa’da sıralanmış olması, halkın diğer haklarının reddedilmesi veya küçümsenmesi olarak yorumlanmayacaktır.” Kaynak için bkz. <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf> (Erişim Tarihi 6/5/2021).

⁸⁰ 47 No.lu federalist yazıda Madison Montesquieu’nün “yasama ve yürütme erkinin tek kişinin veya yönetici grubun elinde toplandığı yahut yargı erkinin yasama ve yürütmeden ayrılmadığı yerde özgürlük olmaz” ifadesini alıntılararak, “özgürlüğün korunması için üç büyük erkin birbirinden kesin olarak ayrılması” gerektiğini vurgulamaktadır. Hamilton, New York’ta yayımlanan 84 No.lu “Federalist Paper” makalesinde, anayasada neden temel hak kataloğunun düzenlenmediği sorusuna çarpıcı sorularla karşılık vermektedir: “Neden elde **yapma** yetkisi zaten yokken bazı şeylerin yapılamayacağını ilan edersiniz? Neden, meselâ, hangi kısıtlamaların dayatılabileceğine dair yetki ortada yokken basın hürriyetinin sınırlandırılmayacağını ifade edersiniz ki?”. Metinler için bkz. https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf (Erişim Tarihi 3/5/2021).

⁸¹ Çavdar, T. (2019). s. 229.

Meclis görüşmelerinde *Habeas Corpus* (metinde “*Habeyes Korpüs*”) olarak nitelendirilen⁸² Hürriyet-i Şahsiye Kanunu memuriyet nüfuzunu kötüye kullanarak anayasa, kanunlar ve nizamnamelerde fertlere sağlanmış olan hürriyeti şahsiye veya hukuku tabiiye ve medeniyeye tecavüz edenleri ve bu suça iştirak edenleri cezalandırmakta ve müebbeten rütbe ve memuriyetten çıkarılmasını ve doğan zararın da tazmin ettirilmesini sağlamaktaydı⁸³. Meclisin kendini hak bahşeden/tanıyan konumda görmeyip haklarla ilişkisini güvence altına alma sorumluluğu biçiminde kabul etmesi⁸⁴ de biricik ve maalesef anayasa geleneğimizde istisna olarak kalmıştır⁸⁵.

Ancak 20. yüzyıl başlarının dünya ve Türkiye şartlarında Anayasa'da temel haklara yer verilmemiş olması, bu Anayasa'nın *eksik* ve *yetersiz*, buna karşın temel haklar kataloğu öngören sonraki anayasaların -en azından anayasal tasarım yönünden- *tam* ve *yeterli* olarak nitelendirilmesine yol açmış görünmektedir. Buna bağlı olarak da temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olup olmaması esas itibarıyla temel haklara anayasalarda yer verilip verilmediğiyle ölçülmüştür. Bu yanlışla nedeniyle Türkiye'de özgürlükler bakımından tehdit oluşturan olgunun esas itibarıyla Anayasa'nın teşkilata/iktidara dair kısmının yani erklerin düzenlenme biçimi, bunların birbiriyle ilişkisi ve sınırlandırılması ile denge ve denetim araçlarının mevcut olup olmamasıyla ilgili olduğu hususu hak ettiği dikkati çekememiştir.

Gerçek şu ki temel haklar yönüyle 1921 Anayasası'ndaki eksiklik, temel haklar kataloğu öngören müteakip anayasaların *tamlığından*

⁸² TBMM Zabıt Ceridesi 7 Şubat 1339 (1923), s. 216., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c027/tbmm01027188.pdf> (Erişim Tarihi 22/4/2021).

⁸³ Sadeleştirilmiş metin ve tartışmalar için bkz. a.g.e. s. 228 vd.

⁸⁴ Görüşmeler sırasında Sinop Mebusu Hami Hakkı Bey'in “*Rica ederim, hürriyet bahşedilmez, temin edilir!*” ifadeleriyle 10 Şubat'taki görüşmelerde dile getirdiği “*O halde Hükümet, bu kanunla yıkılacak diyorlar. Yıkılacak eğer hürriyeti şahsiyenin aleyhtarı bir idare ise yıkılsın. (Yıkılsın sesleri) Heyeti Celilenize soruyorum. Hürriyeti şahsiye aleyhtarı olduğu için uzun seneler payidar olan bir idareyi yıktık. Eğer onu yıkıp da yeni bir hürriyeti şahsiye ve teşkilât yapmak istiyorsanız onu istemiyen bir fert yoktur.*” ifadelerinin Meclisin yaklaşımını yansıtmaları bakımından çarpıcıdır. TBMM Zabıt Ceridesi, s. 214 ve 10 Şubat 1339 (1923), s. 267., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c027/tbmm01027190.pdf> (Erişim Tarihi 22/4/2021).

⁸⁵ Bu kanunun kabul edilmesi mücadelesini veren Ali Şükrü bir ay sonra öldürülmüş, aynı günlerde Meclisin feshi kararı alınmıştır. Haziran 1923 seçimlerinde ise kanuna destek veren birinci grup mebusları dahi Meclis dışında bırakılmıştır. Bu süreçte kanun teklifinin karşısında duran dönemin Başvekili *Rauf Orbay* ile *Refik Şevket* ve *Fethi Okyar* ise sonraları farklı şekillerde muhalefeti deneyimleyecek ve karşı çıktıkları bu kanunun korumasını aramak durumunda kalacaklardır. Daha geniş değerlendirme için bkz. Çavdar, T. (2019). s. 243 vd.

daha az zararlı, daha az dışlayıcı ve yıkıcı olmuştur. Zira en ağır temel hak ihlalleri, müteakip dönemde temel haklara genişçe yer vermesine karşın devlet iktidarını merkez-yerel arasında dengelemeyen, katılıma dayandırılmayan, dışlayıcı-ideolojik anayasalar döneminde yaşanmıştır. Birinci Meclis döneminde çıkarılan Hürriyet-i Şahsiye gibi bir düzenlemeye bir daha şahit olunmamıştır.

VII. YARGI

İktidarın sınırlandırılması ve bireysel özgürlüklerin korunmasının somut güvence mekanizmalarından olan yargı erkinin düzenlenmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Yargı konusunda Anayasa'da bir düzenleme yer almamakla birlikte Kanun-i Esasi'nin yargıya ilişkin güvencelerinin geçerli olduğu ve Osmanlı Devleti döneminin yargı sistemine esas itibarıyla dokunulmadığı not edilmelidir. İstiklal mahkemeleri ve Yargıtay işlevi görmek üzere Temyiz Mahkemesi kanunla kurulmuştur. İstiklal mahkemeleri, Meclisin ayaklanma ve asker kaçakları gibi istisnai konularda yargılama yetkisini bizzat kullanmasını sağlamıştır. Bu istisnai uygulamaya bakarak Meclisin yargı yetkisini de uhdesinde bulundurduğunu söylemek⁸⁶ tartışmalı görülmektedir.

Sivas'ta kurulmasına karar verilen temyiz mahkemesi ise olağan mahkemelerin varlığına dokunmaksızın İstanbul ile ilişkisini kesmiş ve adli kararların hukuki denetiminin Ankara'daki yasa koyucunun belirlediği çerçevede gerçekleştirilmesini sağlamıştır. Bu şekilde Anayasa'da açıkça düzenlenmese de yargı konusunda da egemenliğin millete ait olduğu ve onu temsil eden Meclisçe meşrulaştırıldığı ilan edilmiştir.

Yargı konusunda önemli bir tespit de Anayasa'nın 20. maddesinde özerk yerel yönetim birimi olarak nahiyelerin yargısal yetkiye sahip kılınmış olmasıdır. Bir o kadar ilginç olan husus da madde metninde nahiyelere *kazai/yargısal* yetkileriyle birlikte özerklik tanınmış olmasına rağmen maddenin esasına dair bir tartışmanın yaşanmamış olmasıdır. Bu nedenle halen hukuken sona ermemiş bulunan Osmanlı döneminden kalan mahkemelerin Sivas'ta kurulan temyiz mahkemesiyle ilişkilendirilmiş şekilde faaliyetlerinin devam etmesi ancak bunlara anayasa metninde değinilmemiş olmasını

⁸⁶ Örnek olarak bkz. Gözler, K. (2017). s. 73.

anlamlandırmak güçleşmektedir. Ancak nahiyelere tanınan yargılama yetkisini, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu temel ilkesinin tamamlayıcısı hatta anayasanın ruhu olarak görme iradesiyle birlikte değerlendirdiğimizde bu tercihin sembolik olduğunu söylemek de güçleşmektedir. Bu hususun nasıl anlaşılması gerektiği muğlaklığını korumakla birlikte Anayasa'nın nahiyelere yargı yetkisini tanıdığı gerçeği de ortadan kalkmamaktadır.

VIII. UYGULAMA VE DEĞERLENDİRME

Bu Anayasa, üyeleri hem Osmanlı Mebusan Meclisi seçimi hem de 19 Mart 1920 tarihli seçim tebliğine göre yapılan seçim ile belirlenen ve siyasal düşünceler, sosyokültürel ve sınıfsal farklılıklar yönünden dönemin şartlarının elverdiği en çoğulcu, temsil kabiliyeti en yüksek, buna bağlı olarak da içeriye ve dışarıya karşı güçlü bir meşruiyet kalkanına sahip bir Meclis tarafından yapılmıştı. ABD Anayasası'nı hazırlayan *Philadelphia Konvansiyonuna*⁸⁷ egemen "*Experience must be our only guide*"⁸⁸ anlayışının 1920 Meclisi için de geçerli olduğu söylenebilir. Gerçekten de Birinci Meclisin mebusları istibdat, İTC diktatörlüğü ve meşrutiyetin hatalarından ders alarak (en azından bunun farkında olarak) iktidarın Meclis yerine kişi veya grupların elinde toplanmasına karşı hassasiyet içinde davranmış, ulusu temsilde parti, grup veya inanç taassubu/hiyerarşisi tanımadan hareket etmiştir. Tekil bir ideolojinin, siyasal görüşün veya kendi içinde çok tutarlı akli bir siyasal tasarımın değil deneyimlerin ışığında önlerinde duran can yakıcı sorulara anayasal cevaplar vermeye çalışmışlardır. Bu özellikleri Mecliste temel meseleler hukuka dönüştürülürken mümkün olduğunca herkesin ikna olması ve ittifakla hareket edilmesini sağlamıştır. Sonuçta temsil edilen farklılıkların üzerinde uzlaşa sağlayabileceği bir anayasal metin ortaya

⁸⁷ Urofsky, M., Finkelman, P. (2011). s. 106 vd.

⁸⁸ John Dickinson'un konvansiyon görüşmelerine damga vuran konuşması: "*Experience must be our only guide. Reason may mislead us. It was not Reason that discovered the singular and admirable mechanism of the English Constitution. It was not Reason that discovered... the odd and in the eye of those who are governed by reason, the absurd mode of trial by Jury. Accidents probably produced these discoveries, and experience has given a sanction to them. This is then our guide.*" (Tecrübe bizim tek rehberimiz olmalı. Akıl (soyut ide) bize hata yaptırabilir. İngiliz Anayasası'nın eşsiz ve hayranlık uyandırıcı mekanizmasını keşfeden, akıl değildi. Bu anlayışla yönetilenlerin gözünde farklı olanı keşfettiren akıl yürütme değil, Jürinin tuhaf yargılama biçimiydi. Bu buluşlara muhtemelen rastlantılar yol açtı ve tecrübe de onları teyit etti. O hâlde rehberimiz budur.) Metin için bkz. White, M. (1987). *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, New York: Oxford University Press, s. 46.

çıkmuş ve bu metin de neredeyse oy birliğiyle kabul edilmiştir. Bu Anayasa önceden tayin edilmiş bir siyasal tasavvura göre dizayn edilmiş olmayıp siyaset felsefesi ancak Anayasa'nın metninin ortaya çıkmasıyla billurlaşan, bu nedenle de sosyal sözleşme olarak nitelendirilebilecek bir anayasadır.

Savaş şartlarında yürürlükte olan 1921 Anayasası'nın merkezî otoriteye ait hükümleri uygulanmıştır. Yasama ve yürütme yetkisi Anayasa'da öngörüldüğü şekilde, yargı yetkisi ise gerek Kanun-i Esasi döneminden kalan gerekse Meclis tarafından çıkarılan kanunlara göre kullanılmıştır. Anayasa'nın yerel yönetimlere ilişkin hükümleri sistematik bir şekilde uygulanmamıştır. Bu da ulusal egemenliğin Birinci Meclis tasavvuruna göre eksik hatta ruhandan mahrum bir şekilde uygulandığı anlamına gelir. Ancak bu hükümlerin varlığı, Misak-ı Millî çerçevesinde yurdun kurtarılmasına katılan unsurlar için bir güvence, geleceğe dair bir söz olarak önemini ve etkisini korumuştur.

Meclis, siyasal işleyişin merkezi, iktidarı sınırlandıran, denetleyen ve yönlendiren temel anayasal organ olarak konumlanmış; buna göre de işlev görmüştür. Vurgulamak gerekir ki 1921 Anayasası döneminde Meclisin güçlü yapısı ve fonksiyonu önemli ölçüde siyasi partilerin yokluğuna ve milletvekillerinin herhangi bir parti hiyerarşisine tabi olmaksızın doğrudan halkı temsil gücüne ve yetkisine sahip olmasına bağlıydı. Dolayısıyla etkinliğinin sürdürülebilir olması bu ve müteakip Meclislerin aynı özelliklere sahip olmasıyla mümkündü.

1908 Osmanlı tecrübesini saymazsak farklılıkların demokratik ve ön koşulsuz bir şekilde temsil edildiği tek meclis olan 1920 Meclisi, toplanmadan önce de kurucu bir niteliğe sahip olacağı beklenen bir meclisti. Bu yönüyle 1921 Anayasası, Türkiye'nin katılımcı tek anayasası niteliğine sahiptir. Adem-i merkezîyetçiliği esas almakta, yerel meclislerin özerkliğini ve şûra sistemini kabul etmektedir. Temel haklara yer vermemekle birlikte bu Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan "*Hâkimiyet bilâ kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfil idare etmesi esasına müstenittir.*" ifadesi doğrudan demokrasi anlamına gelmese de Meclisin bu konudaki meşruiyetine ve gücüne vurgu yaptığı açıktır⁸⁹. Yani devlet, doğrudan doğruya ve fiilen millet

⁸⁹ Tanör, B. (2017). s. 258.

tarafından idare edilecektir⁹⁰. Bu temel ilke Meclis ile özerk vilayet şuraları ve nahiyeler eliyle hayata geçirilecektir. Meşruiyeti oldukça güçlü olan bu renkli Meclisi, milletin kaderi hakkında tek ve son sözü söyleyecek biçimde tanzim eden Anayasa, aynı zamanda halkın İstanbul'daki bürokrasiye olan tepkisini yansıtmaktadır⁹¹.

Anayasa, kuvvetler birliği anlayışına dayanan meclis hükûmeti sistemini kabul etmiştir. Yasama ve yürütme yetkisinin tamamı meclisin uhdesinde toplanmıştır. Bunun bir sonucu olarak da devlet başkanı ve kabine/hükûmet söz konusu değildir. Meclisin bu baskın özelliği, onun meclis hükûmeti sistemine sahip olduğunu gösterdiği gibi konvansiyon geleneğine de işaret etmektedir. Anayasa metninde yargı yetkisine ilişkin olarak 20. maddedeki nahiye şûraları ve idare heyetlerinin yargısal yetkilerinin bulunduğu şeklindeki ifade dışında herhangi bir ibarenin yer almaması bu kurucu meclisçe aksi kararlaştırılmadıkça eski mevzuatın yürürlüğünü devam ettirmiş olmasıyla da açıklanabilir.

Kuşkusuz eski mevzuatın yürürlüğünün devam ediyor olması Kanun-i Esasi'nin 1921 Anayasası'yla birlikte yürürlükte olduğu gibi bir yanılgıya götürebilir. Nitekim Türk anayasa hukuku doktrininde bu dönemin “iki anayasalılık” olarak değerlendirildiği de görülmektedir⁹². Ancak *kuruculuk* iddiasıyla ortaya çıkan ve yeni bir siyasal düzen kuran bir meclisin sadece “*Kanun-i Esasi yürürlükten kaldırılmıştır!*” şeklinde bir ifade kullanmamış olmasını *iki anayasalılık* olarak değerlendirmek çok isabetli değildir. Anayasa klasik tanımıyla siyasi iktidarı, organlarını, yetkilerini ve sınırlarını düzenleyen hukuki kurallar bütünü olduğuna göre 1921 Anayasası'nın varlığı karşısında ikinci bir anayasanın da geçerli olduğu ve Büyük Millet Meclisiyle Hükûmetini bağladığını iddia etmek kanaatimizce mümkün değildir. Kanun-i Esasinin özgürlüklere ve yargı güvencelerine ilişkin kimi hükümlerinin geçerlilikleri devam etse de bu geçerliliğin kaynağının 1876 tarihli *padişah iradesi* veya 1909'daki

⁹⁰ Mukadderat ifadesinden milletin kuruculuk konusunda bizzat ve bilfiil yetkiyi uhdesinde tuttuğu sonucu da çıkarılabilir. Bu görüş için bkz. Aydın, Ö. D. (2011). s. 369.

⁹¹ Bu konuda taslağı Meclise sunarken İsmail Suphi Bey'in yaptığı konuşma çok çarpıcı veriler içermektedir. Bkz. Özbudun, E. (1992). s. 44 vd. Adem-i merkeziyetçiliğin neredeyse tüm vekillerce kabul edildiği dikkate alındığında Kurtuluş Savaşı'nı meşrulaştıran temel düşüncenin adem-i merkeziyetçilik ve bürokratik oligarşiye açıkça karşı çıkış olduğunu söylemek gerekir.

⁹² Tanör, B. (2017). s. 267; Çelik, B. (2007). s. 86.

Meclis-i Mebusan iradesi olmayıp 1920 Büyük Millet Meclisi iradesi olduğu unutulmamalıdır⁹³.

Demokratik yönden bakıldığında Türkiye'nin tek meşru anayasası 1921 Anayasası'dır. Esas itibarıyla ait olduğu toplumun katılımı ve ortak iradesiyle yeni bir devletin kuruluşunu belgeleyen bir metin niteliğindedir.

Diğer önemli bir nokta da bu Anayasa'da iktidarın sınırlandırılması konusunda geleneksel anlayışın dışında bir yöntemin benimsenmiş olmasıdır. İktidarın sınırlandırılmasında en etkin araç, toplumsal katılımı sağlayacak demokratik denge ve denetim imkânıdır. 1921 Anayasası ön koşulsuz, ideoloji, etnik ve inanç yönlerinden tarafsız bir siyasal yapılanma öngörerek bunu sağlayabilecek durumdaydı. Bu şekilde hem iktidarın sınırlandırılmasının dikey boyutu öngörülmüş hem de demokrasinin yerelden başlayarak inşa edilmesinin kurumsal imkanları yaratma iradesi ortaya konmuştur.

Devlet iktidarının Meclis tarafından denetleniyor olmasını buna ilave olarak düşünmek gerekir. Gerçekten de Türkiye tarihinde Birinci Meclis kadar otoriter eğilimlere ve bürokrasiye başkaldırabilen başka bir meclis örneği bulunmamaktadır⁹⁴.

Anayasal düzenin mühendisliğinde yerelden başlayarak çoğulcu ve katılımcı bir esasa göre biçimlenen, toplumsal asgari müştereklerin sosyal sözleşme temelinde hukuksal ve siyasal normlara dönüştürüldüğü 1921 Anayasası Osmanlı-Türk anayasa geleneğinin dışında kalan tek anayasa olup bu durum Birinci Meclisi de tarihimizdeki tek demokratik kurucu iktidar hâline getirmektedir. Kurucu siyasal karar; katılımcı, demokratik bir temsil yoluyla toplumsal alanda oluşmuş ve egemen hukuk iradesine dönüşmüştür.

⁹³ Alman Anayasası'nın 140. maddesi 1919 tarihli İmparatorluk Anayasası'nın (Weimar Anayasası) din ve dinsel topluluklara dair beş maddesinin anayasanın parçası olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla bu maddelerin yürürlüğü devam ettirdiği kabul edilmektedir. Ancak bu maddelerin yürürlüğünü sağlayan 1919 tarihli kurucu iktidar iradesi veya Weimar Anayasası'nın yürürlüğü değil 1949 tarihli Anayasa'nın bizzatı kendisidir. BVerfGE, 16, 210 (2019). Benzer doğrultuda bkz. Gözler, K. (2017). s. 68.

⁹⁴ 1924 Anayasası'nın benzer özelliğini değerlendirirken Soysal "geriye baktığımız zaman, bize 'sınırsız Meclis iktidarı'nın başlangıç noktası gibi gözüken dönem, Anadolu ihtilalcilerinin gözüne 'iktidarı sınırlama' çizgisinin doğal sonucu ve bitiş noktası olarak gözükmekteydi." şeklinde çarpıcı bir değerlendirme yapar. Bkz. Soysal, M. (1969). s. 13.

Bu yönüyle 1921 Anayasası, Türkiye tarihinde olağanüstü derecede önemli bir döneme işaret eder. 1876'dan başlayan ve 2017 yılı ile başka bir dönüşüme uğrayan 1982 Anayasası'yla devam eden Osmanlı-Türk anayasal geleneğinde bir istisna, temel tercihleriyle karşı kutupta yer alan bir siyasal paradigmayı yansıtan tarihimizin tek ve biricik toplumsal sözleşme belgesi, yine bu niteliğiyle gerek içeride gerekse dışarıda sağlam bir meşruiyet zeminine oturan, bir kurtuluş mücadelesini haklı ve güçlü kılan bir hukuki-siyasi başarı hikâyesidir.

1921 Anayasası aynı zamanda *dramatik bir başarısızlık hikâyesidir*.

1921 Anayasası'nın yasama-yürütme ilişkilerini düzenleyen 2-9. maddeleri *Anayasa'nın hazırlandığı anda geçerli güç ilişkileri ve dengelerinde bir değişim yaşanmadığı takdirde* başlangıçta beklenen sonuçları doğurabilirdi. Yukarıda da belirtildiği gibi Mecliste siyasi partilerin ve hiyerarşik yapıların yokluğu, İcra Vekilleri Heyetinin TBMM'deki çoğulculuğu yansıtacak şekilde belirlenmesi, TBMM'deki dengenin aynı zamanda yürütmeye yansımaları, dolayısıyla iktidarın sınırlandırılmasını mümkün kılıyordu. Ancak siyasi partilerin bulunduğu bir vasatta bu düzeneğin çalışması, kurumsal tedbirler ve güvencelerle mümkün olabilirdi. Yukarıda da açıklandığı üzere meclis hükûmetinin başarılı tek örneği olan İsviçre'de Anayasa Federal Hükûmetin (*Bundesrat*) ülkenin çoğulculuğunun ifadesi olan “*bölgesel ve dilsel*” dengesi dikkate alınarak seçilecek yedi bakandan oluşmasını öngörmektedir⁹⁵. Anayasal zorunluluk, katı hiyerarşik yapılarının bulunmamasının da katkısıyla siyasi partilerin kendi aralarında belirlediği bir “*sihirli formül*” uyarınca çoğulculuğun sağlanmasına yol açmaktadır⁹⁶. Ancak Birinci Meclis böyle bir kurumsallaşmayı sağlayamamış, icra vekilleri kanunuyla atılan kurumsallaşma adımları ise 1921 Anayasası'nın yürürlüğünden hemen sonra oluşturulan Birinci Grubun direnişiyle engellenmişti.

1921 Anayasası'nın öngördüğü sistemde çoğulculuğu zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktaydı. Birinci Meclis, kompozisyonu itibarıyla bunu sağlayabileceğini varsayıyordu. Nitekim İcra Vekilleri Heyetinin

⁹⁵ Häfelin, U., Haller, W., Keller, H. (2008). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich: Schultess Ş. s. 478 vd.

⁹⁶ Her ne kadar siyasi partilerin 1959 yılından beri değişmeyen temsil oranlarına göre uyguladıkları ve büyük partiler CVP, FDP ve SP'nin ikiye, küçük parti SVP'nin bir bakanla temsil edilmesi şeklinde somutlaşan “sihirli formül” 2003 tarihinden sonra SVP'nin zamanla büyük parti hâline gelmesiyle değişmişse de 2015'ten itibaren yeniden eski hâlinde devam etmiştir. Bkz. <https://de.wikipedia.org/wiki/Zauberformel> (Erişim Tarihi 8/6/2021).

oluşumuna dair 2 Mayıs 1920 tarihli Kanun, bir oranlama öngörmese de seçimi ve adaylığı bütünüyle Meclisin inisiyatifine bıraktığından çoğulculuk bir sonuç olarak doğabiliyordu ancak çoğulculuğun Mustafa Kemal'in arzuladığı uyumu sağlamaması nedeniyle yarattığı bir siyasal kriz üzerine⁹⁷ Kanun'da değişiklik yapılmış ve 4 Kasım 1920 tarihli ve 47 sayılı Kanun ile icra vekillerinin TBMM başkanının mebuslar içinden göstereceği adaylar arasından salt çoğunlukla seçilmesi esası getirilmişti. Bu değişikliğin güç temerküzüne giden ilk adımlardan biri olduğuna kuşku yoktur. 1921 Anayasası'nın hazırlanması sırasında İcra Vekilleri Heyetinin oluşumundaki kriz ile Meclisin bu temerküze karşı esaslı bir direnç gösterdiğine şahit oluyoruz⁹⁸. Bu direnç 8 Temmuz 1922 tarihli ve 244 sayılı Kanun ile seçim usulünün ilk hâline getirilmesiyle başarıya da ulaşmış görünmektedir. TBMM'nin bu eğiliminin kendi içindeki çoğulculuğun doğal bir denge hâlinde siyasi işleyişi belirlemesi ve yürütmenin denetimi ve dengelenmesi kaygılarını yansıttığı açıktır⁹⁹.

8 Temmuz 1922'de İcra Vekilleri seçiminde Meclis başkanının aday gösterme usulünün ortadan kaldırılarak yeniden doğrudan Meclisin seçmesi usulüne dönülmesiyle Meclisin İcra Vekilleri Heyeti üzerinde etkili olması, 20 Temmuz'da Başkomutanlık Kanunu'nun Mustafa Kemal'e yasama yetkisi veren 2. maddesinin kaldırılması, yine Meclis başkanı tarafından kurulan istiklal mahkemelerinin görevlerinin sonlandırılması ve yeni kanunla Meclis denetimine tabi kılınması, Birinci Meclisin üstünlüğü yeniden tesis etmesine imkân veren hamlelerdi. 1 Kasım 1922'de saltanat oy birliği ile kaldırılırken TBMM kararının biçimlenmesinde İkinci Grup etkili olmuştu¹⁰⁰.

Ancak 10 Mayıs 1921 tarihinde Meclis içinde çoğunluğu oluşturacak olan Anadolu ve Rumeli Müdafaayı Hukuk (A-RMH) Grubunun kurulması ve Meclis Başkanı Mustafa Kemal'in aynı zamanda grubun başkanı seçilmesi, Kurtuluş Savaşı için zorunlu görülen Başkomutanlık Kanunu'nun çıkarılması ve uzatılması, Meclise ait olan önemli anayasal yetkilerin sonradan *Halk Fırkası* adını alacak Birinci Grubun

⁹⁷ Tanör, krizin doğmadığını, Mustafa Kemal'in arzulamadığı bir kişinin (Nazım Bey) dahiliye vekili olarak seçilmesi üzerine istifaya zorlaması nedeniyle krizin esasen Mustafa Kemal'in eyleminden kaynaklandığını tespit etmektedir. Bkz. Tanör, B. (2017). s. 242.

⁹⁸ Özbudun, E. (1992). s. 41.

⁹⁹ Nitekim bu kaygıların İkinci Grubun programında belirginleştiği görülmektedir. Program hakkında bilgi için bkz. Demirel, A. (2020). s. 134 vd.

¹⁰⁰ a.g.e. s. 142.

da liderliğini yapan Meclis başkanında toplanmasına yol açmış, bu şekilde peyderpey gücünü kaybeden Meclis, zaferin de kazanılmasıyla kendini günden güne hissettiren iktidar temerküzü karşısında dengeleyici işlevini önemli ölçüde yitirmiştir. Muhafız milletvekillerinin öldürülmesi ve sindirilmesini müteakip Meclis Anayasa'ya aykırı bir şekilde feshedilmiş¹⁰¹ ve muhaliflerin aday olmasına izin verilmediği Haziran 1923 seçimleriyle çoğunluğunu asker ve sivil bürokratların¹⁰² oluşturduğu İkinci Meclis oluşturulmuştur. İkinci Meclise İkinci Grup ve Bağımsız Gruptan hiçbir mebus seçilemezken Birinci Grubun %37,5'i İkinci Meclise de seçilmiş¹⁰³, geri kalanlar ise Mustafa Kemal tarafından ilk defa mebus yapılmıştır. Meclis tasfiyeye uğrarken Birinci Grupta olup nispeten daha özerk davranabilen, kimi durumda diğer grubun önerilerini de destekleyen mebuslar ile *anasır-ı İslamiye*'ye mensup olup planlanan Türkçü politikalara itiraz edebilecek Kürt mebuslar Meclis dışında bırakılmıştır. Bu şekilde *muhalefetsiz* bir meclis oluşturulmuş, en azından oluşturulmak istenmiştir. Bütünüyle katı merkezîyetçi anlayışa sahip kadroların hâkimiyetine giren bu yeni Meclisin Kurtuluş Savaşı'nın kazanılmasında hayati rol oynayan *yerel özerklik* hükümlerini hayata geçirmesini beklemek de artık gerçekçi olmazdı¹⁰⁴.

Tek listeli seçim sonucunda ortaya çıkan ve parti/lider hiyerarşisinin güçlü olduğu İkinci Meclis bir bakıma *Halk Fırkası Genel Kurulu* gibi işlev görürken çok daha farklı bir siyaset felsefesine vücut verecektir. İkinci Meclis başlangıçta teknik yönlerden bazı itirazların dile getirilmesine sahne olsa da kısa sürede yeknesaklaşacak, parti liderliğinin verdiği kararı oy birliğiyle tasdik eden formel bir temsil organına indirgenecektir. Bu Meclisin icraatlarının Birinci Meclisin icraatlarından esaslı düzeyde farklılaşması da kaçınılmazdır.

¹⁰¹ Muhafız II. Grubun seçimlerin yenilenmesine itiraz etmeyip onay vermeleri kendi sonlarını da hazırlamıştır. Kısa süre sonra yapılan Hıyanet-i Vataniye Kanunu değişikliği ise gidişatı belirlemiştir. Kanun değişikliğiyle saltanatın ilgası ve TBMM hâkimiyeti aleyhine sözle, basın yoluyla veya fiilen muhalefeti vatana ihanet olarak kabul ediliyordu. II. Grup temsilcileri, saltanatın ilgası oy birliğiyle kabul edildiği hâlde bu Kanun'un çıkarılmasının yanlış olduğu, ülkeye özgürlük getirmek için uğraşırken suistimallere imkân sağlayan böyle bir kanunun seçim dönemi için ülkenin yararına olmadığı, faşizm kabul edilecekse adının konması gerektiği şeklinde itiraz etmiş olsalar da sonuç değişmemiştir. Bu kanun değişikliğinden sonra I. Grup dışındaki siyasi grup ve örgütlerin faaliyette bulunabilme imkânları kalmamıştır. Bkz. a.g.e. s. 157 vd.

¹⁰² Demirel, A. (2020). s. 176 vd.

¹⁰³ Demirel, A. (2012). s. 175.

¹⁰⁴ Oysa I. Grubun ilk oluşturulduğu sırada programında Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na göre devletin adım adım örgütlenmesi amaçlanmıştı. Bkz. Demirel, A. (2020). s. 116.

29 Ekim 1923'te *tavzihen tadil* yöntemiyle¹⁰⁵ yapılan anayasa değişikliği oy birliğiyle kabul edilerek cumhuriyet ilan edilmiştir. 1921 Anayasası'nın ilk hâlinde bulunmayan "*devletin Dini din-i islamdır.*" hükmü ile "*Resmî dili Türkçedir.*" hükmü ilave edilmiştir. Bununla birlikte sadece cumhuriyet rejimine geçişin zorunlu kıldığı değişikliklerle yetinilmemiştir. 1921 Anayasası'nın en önemli özelliği olan ve onu diğer anayasalardan keskin bir şekilde ayıran, *ancak anayasa hukuku veya siyasi tarih anlatısında genelde es geçilen*¹⁰⁶, *denge ve denetim unsuru ile demokratik katılım aracı olan yerel yönetimlerin özerkliği* ortadan kaldırılmıştır. Birinci Meclisin Anayasa'nın ruhu ve egemenliğin tamamlayıcısı olarak nitelendirdiği yerel yönetim özerkliğinin ortadan kaldırılması İkinci Mecliste tartışılmadan kabul edilmiştir.

Meclis hükûmeti sisteminin hükûmeti denetleme araçları da ortadan kaldırılarak yürütme Meclisten özerkleştirilmiştir (fonksiyonlar ayrılığı). Milletvekilleri için yemin zorunluluğu getirilmiştir. Hükûmet modelinde şeklen parlamenter sisteme yaklaşılmıştır.

Bu değişiklikten hemen sonra devam eden anayasa çalışmalarının ardından başkalaştırılan 1921 Anayasası Nisan 1924'te yeni anayasanın yürürlüğe girmesiyle tarihe karıştı. Anayasa tarihimizin özgün ve biricik istisnası sona ermiş ve Osmanlı-Türk anayasa geleneği izinde başka bir dönem başlamıştır.

1921 Anayasası tecrübesinin başarısı gönüllü birliktelik temelli bir kurtuluşu mümkün kılmış ancak başarısızlığı da demokrasinin bir türlü kurumsallaşamamasına ve nihayetinde çökmesine, bunun yanında toplumsal barışı zehirleyen inanç, kimlik ve kültür sorunlarına zemin hazırlamıştır.

IX. ÇIKARILACAK DERSLER

1921 Anayasası ve Birinci Meclis deneyimi, toplum sözleşmesine dayanan demokratik, çoğulcu, katılımcı liberal bir anayasanın gerek yöntemi gerekse içeriği bakımından önemli dersler sunmaktadır. Bu

¹⁰⁵ *Tavzihen tadil* olağan bir anayasa değişikliği için gerekli komisyon incelemesi gibi prosedürlerin atlanmasına ve birkaç saat içinde istenilen değişikliğin yapılmasına imkân sağlayan bir usuldür. *Tavzihen* ifadesi (açıklığa kavuşturma) kullanılsa da bu tasarruf, anayasal rejimin değişmesi ve adem-i merkeziyetin ortadan kaldırılması gibi köklü değişikliklere yol açmıştı.

¹⁰⁶ Bu boyutu ilk vurgulayan 2013 tarihli çalışmamız için bkz. Can, O. (2013). s. 19-54, özellikle s. 37 vd. Sonrasında Sevinç, M., Demirkent, D. (2017). s. 11-51.

dersler kanımca sadece 1921 Anayasası dönemine değil özellikle sonraki yıllarda girilen yeni anayasa çabalarının sonuçsuz kalmasına ve demokrasiyi ortadan kaldıran anayasal tasarrufların ortaya çıkmasına da ışık tutacak niteliktedir.

100. yılını kutladığımız 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (Anayasa) yüzyıl öncesinden bugüne karşımıza tarihi önermeler çıkarmaktadır. Yukarıdaki yorum ve değerlendirmelerin de yardımıyla önermeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Toplumsal çoğulculuğun yansıdığı, politik kırmızı çizgilerin bulunmadığı veya üyelerinin doğal ve özgür müzakere ortamında ortak duygunun ifadesini yansıttığı, üyelerinin siyasal hiyerarşilerden özerk davranarak temel siyasal kararların oluşumunda belirleyici olduğu bir meclisin veya konvansiyonun yapacağı anayasa dışlayıcı olamaz. Toplumsal barış, ancak gerçek bir toplum sözleşmesi temelinde sağlanabilir.
- Bir anayasanın gücü aynı zamanda ondan güç devşiren anayasal organların, özellikle meclisin meşruiyetiyle, diğer bir ifadeyle çoğulcu, katılımcı ve özerk oluşuyla doğrudan ilişkilidir.
- Büyük toplumsal ve siyasal krizlerin üstesinden gelmenin tek rasyonel yolu demokratik mekanizmaları devre dışı bırakmak ve/veya iktidarı tek elde toplamak, yöneticilerin denetlenebilirlik ve hesap verilebilirliğini askıya almak değildir.
- Ülkenin bağımsızlığının ortadan kalktığı, parçalanma hatta toplumsal çözülme tehdidinin bulunduğu şartlarda dahi özgür, katılımcı ve çoğulcu bir demokratik temsil, tarihsel başarılar sağlayabilir, bu başarıyı aynı zamanda toplum sözleşmesiyle taahhüt edebilir.
- İktidarın sınırlandırılması için biçimsel erkler ayrılığı yeterli değildir. Çoğulcu ve özerk bir meclisin varlığı yürütmenin denetlenmesi, dolayısıyla iktidarın sınırlandırılması için yaşamsaldır.
- Çoğulculuğu anayasal ve toplumsal düzlemde kurumsallaştıramayan, kurumsal tedbirlerle toplumsal entegrasyon sağlayamayan, denge ve denetim mekanizmalarıyla güç temerküzünü engelleyemeyen bir çerçeve anayasanın

sürdürülebilir bir başarı ortaya koyması mümkün değildir. Bir anayasanın sadece çerçeve oluşu, toplumsal sözleşmeyi yansıtmayı bakımından anlaşılabilir olsa da yeterli değildir. Toplumsal sözleşmeyi koruyucu ve bu sözleşme temelinde bütünlüğünü güçlendirici kurumsal mekanizmaların varlığı yaşamsaldır.

- Siyasi partiler ve seçim mevzuatı, demokrasi ve toplumsal barış için yaşamsal düzenlemelerdir. Siyasi partilerin katı hiyerarşik ve lider eksenli olarak örgütlendikleri bir ülkede, güçlü yetkilerle donatılmış bir meclisin hızla lider kontrolüne girmesi kaçınılmazdır. Sistem yürütme merkezli bir kuvvetler birliği rejimine dönüşür ve meclisin sahip olduğu yetkiler, gerçekte lider veya yönetici elit tarafından kullanılır. Bu da hem demokrasiyi ortadan kaldırır hem de ulusal egemenlik ilkesini anlamsızlaştırır.
- Partiler demokrasisi çağında, siyasi partilerin demokrasinin gereklerine uygun bir şekilde yapılandırılmalarını zorlayacak anayasal düzlemde tedbirlere yer verilmeli, anayasal kurumlarda devlet başkanlığı, bakanlık veya vekillik gibi sorumluluk üstlenenler ile parti yöneticileri arasında hiyerarşik ilişkinin kurulmasına izin verilmemelidir.
- Parti hiyerarşisinin meclisin kompozisyonuna ilişkin yetkileri asgariye indirilmelidir.
- Tüm bu derslerin çıkarıldığı bir anayasanın katı bir niteliğe sahip olmasının gerekliliği de not edilmelidir.

Bu derslerin dikkate alındığı bir anayasa yapım süreci ve anayasa tasarımı, kanımızca tarihsel başarının tekrarlanmasına imkân sağlar; aynı zamanda dramatik başarısızlıkları da engelleme potansiyeli barındırır.

KAYNAKÇA

- AKIN, Rıdvan (2014). 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Hukuk Tarihimizdeki Önemi, GEDİKLİ, F. (Der.), *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (ss. 599-605), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- AKŞİN, Sina (1980). *100 Soruda Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*, İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- AYDIN, Öykü D. (2011). *Biz, Halk: Egemenliğin Sahibi, Halkın Kurucu Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- BÄCHTİGER, André, SCHWARZ, Daniel, LUTZ, Georg (2006). "Parliamentary Practices in Presidentialism? A Swiss Perspective on Governance in a Separation of Powers Framework", Joint Sessions of the ECPR, 25-30 Nisan 2006, <https://ecpr.eu/Filestore/paperproposal/908b4441-065d-40f2-8542-76f5aaf243ee.pdf> (Erişim Tarihi 3/6/2021).
- CAN, Osman (2013). *Kurucu İktidar*, İstanbul: Alfa Yayıncılık.
- ÇAĞDAR, Tevfik (2019). *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi (1839-1950)*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- ÇELİK, D. Burak (2007). *Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- de POORTER, Jürgen C.A (2013). "Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility", *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Issue 2 (March), ss. 89-105.
- DEMİREL, Ahmet (2012). *Tek Partinin Yükselişi*, İstanbul: İletişim Yayınevi.
- DEMİREL, Ahmet (2020). *İlk Meclisin Vekilleri*, İstanbul: İletişim Yayınevi.
- DIXON, Rosalind, GINSBURG, Tom (2011). "Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, No. 3-4, ss. 636-672.
- DÜNDAR, Fuat (2010). *Modern Türkiye'nin Şifresi, İttihat ve Terakki'nin Etnisite Mühendisliği (1913-1918)*, İstanbul: İletişim Yayınevi.
- DÜNDAR, Fuat (2011). *İttihat ve Terakki'nin Müslümanları İskân Politikası (1913-1918)*, İstanbul: İletişim Yayınevi.
- ERDOĞAN, Mustafa (2011). *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara: Liberte Yayınları.

- GOLOĞLU, Mahmut (1970). *Üçüncü Meşrutiyet 1920*, Ankara: Başnur Matbaası.
- GÖZLER, Kemal (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Bursa: Ekin Yayınevi.
- HÄFELİN, Ulrich, HALLER, Walter, KELLER, Helen (2008), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich: Schulthess Ş.
- KARACA, Taha N. (2004). *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- KIESER, Hans-Lukas (2021). *Talat Paşa*, İstanbul: İletişim Yayınevi.
- KLEY, Andreas (2007). Switzerland, içinde ROBBERS, Gerhard (Der.), *Encyclopedia of World Constitutions Volume 3: Oman to Zimbabwe* (ss. 885-894), New York: Facts on File.
- LOEWENSTEIN, Karl (1969). *Verfassungslehre*, 2. Aufl., Tübingen.
- ÖZBUDUN, Ergun (1992). *1921 Anayasası*, Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi.
- ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- PARLA, Taha (2005). *Ziya Gökalp, Kemalizm ve Türkiye’de Korporatizm*, İstanbul; İletişim Yayınevi
- RIVERO, Jean (1977). “The Constitutional Protection of Human Rights in French Law”, *The Irish Jurist* (1966-), New Series 12, no 1, ss. 1-14.
- ROYER, Sjoerd (1992). “Hollanda’da Anayasaya Uygunluk Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, C. 9, ss. 389-391.
- SARTORI, Giovanni (1962). “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4, ss. 853-864.
- SEVİNÇ Murat, DEMİRKENT, Dinçer (2017). *Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası*, İstanbul: İletişim Yayınevi.
- SEZGİN, Ömür (2005). *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu*, 2. Bası, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- SOYSAL, Mümtaz (1969). *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- TANÖR, Bülent (2017). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 29. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- TUNAYA, Tarık Zafer. (1958). "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 23, S. 3-4, ss. 227-247.
- TUNÇAY, Mete (2005). *Türkiye Cumhuriyet'inde Tek Parti Yönetimi'nin Kurulması 1923-1931*, 4. Basım, İstanbul: Tarih Vakfı.
- UNAT, Faik R. (1957). "Atatürk'ün Toplamak İstedığı 'Meclisi Müessisan'", *Belleten*, C. XXI, S. 83, ss. 438-487.
- UROFSKY, Melvin I. ve FINKELMAN, Paul (2011). *A March of Liberty*, 3th Edition, New York: Oxford University Press.
- WHITE, Morton (1987). *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, New York: Oxford University Press.
- YILMAZ, Faruk (2012). *Türk Anayasa Tarihi*, İstanbul: İz Yayıncılık.
- YILMAZ, Hakan (2008). The Kemalist Revolution and the Foundation of the One-Party Regime in Turkey: A Political Analysis, içinde YAZICI, Serap, GÖZLER, Kemal, KEYMAN, Fuat (Der.), *Ergun Özbudun'a Armağan C. I* (ss. 535-564), Ankara: Yetkin Yayınları.



BİLGİ EDİNME HAKKI ÇERÇEVESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Protection of Personal Data within the Scope of the Right to Information

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ*

Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU**

ÖZ

Demokratik bir toplumda varlığı zorunlu kabul edilen bilgi edinme hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı, birbirini tamamlayıcı nitelikte olabileceği gibi birbiri ile çatışma hâlinde de olabilmektedir. Mevcut yasal düzenlemelerimizde doğrudan her iki hak arasında var olabilecek bir çatışmanın nasıl çözümlenebileceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda istisnalar arasında yer verilen “özel hayatın gizliliği”, kişisel verilerin korunmasını da kapsamakta ancak söz konusu Kanun, bu istisnaya birtakım sınırlamalar getirdiği için kişisel verilerin korunması ile bilgi edinme hakkının çatışması doğrudan bu yasal düzenleme ile çözüme kavuşturulamamaktadır. Bu sebeple bir başkasına ait kişisel verilerin veya bu kişisel verileri içeren bir bilgi veya belgenin talebi hâlinde, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’ndaki ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’ndaki yasal düzenlemeler ile Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallar birlikte değerlendirilerek bu iki hak arasında makul bir dengenin kurulması sağlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Bilgi edinme hakkı, kişisel veri, kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği, yönetimde şeffaflık.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, fegunduz@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7721-9444.

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ismail.yazicioglu@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0937-4941.

ABSTRACT

The right to information and the right to protection of personal data, which are deemed necessary in a democratic society, may be both complementary and in conflict with one another. In the statutory regulations in force, there is no clear regulation as to how to resolve a conflict that may exist directly between two rights. The “privacy of private life”, which is enumerated among the exceptions in the Right to Information Law, also covers the protection of personal data; however, any conflict between the protection of personal data and the right to information cannot be resolved directly through this statutory regulation, as the Law in question imposes certain restrictions on this exception. For this reason, in case of a request for personal data of another person or information or document containing such personal data, the statutory arrangements in the Right to Information Law and the Protection of Personal Data Law and the provisions regarding the limitation of fundamental rights and freedoms set forth in Article 13 of the Constitution should be all taken into consideration, and a reasonable balance should be thereby struck between these two rights.

Keywords: The right to information, personal data, right to protection of personal data, privacy of private life, transparency in administration.

GİRİŞ

Kamu yararını sağlamak amacıyla faaliyetlerde bulunan idareye bu amacını gerçekleştirebilmesi için birtakım üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınmıştır. İdare bu üstün yetkiler çerçevesinde muhatabının rıza ve muvafakatine ve çoğu zaman herhangi bir katılımına ihtiyaç duymadan tek yanlı idari işlemler yapabilmektedir. İşte bilgi edinme hakkı, idarenin bu üstünlüğü karşısında bireylerin idarenin faaliyetlerinin işleyişine ilişkin bilgi sahibi olabilmesi ve böylece bir denetim gücü oluşturabilmesi için kabul edilmiş demokratik bir haktır.

Bilgi edinme hakkı gibi demokratik bir toplumda bulunması gereken bir diğer hak ise kişisel verilerin korunması hakkıdır. Kişisel verilerin korunması hakkı, bilgi edinme hakkından farklı olarak sadece kamu kurum ve kuruluşlarına karşı değil kamusal niteliğe sahip olmayan kişi ve kuruluşlara karşı da birey lehine tanınması gereken bir haktır. Böylece bireylerin kişisel verileri herkese karşı korunmuş olacaktır.

Demokratik toplumlar için vazgeçilmez iki hak olan bilgi edinme hakkı ve kişisel verilerin korunması hakları arasında sıkı bir ilişki olduğu, bu ilişkinin bazen birbirini tamamlama bazense birbiri ile yarışma (çatışma) şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Kişinin kendisine ait verileri bilgi edinme hakkı çerçevesinde talep etmesi durumunda, bu iki hak birbirini tamamlamakta ancak kişinin talep ettiği bilgi veya belgenin bir başkasına ait kişisel verileri içermesi durumunda ise bu iki hak birbiri ile yarışma hâlinde olmaktadır.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda, bu hakkın istisnalarının düzenlendiği ancak bu istisnalar arasında kişisel verilerin açıkça yer almadığı görülmektedir. Bununla beraber, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda yer alan istisnalardan biri olan “özel hayatın gizliliği”, kişisel veriler ile yakın irtibat hâlinindedir. Bu çalışmada, bilgi edinme hakkı çerçevesinde kişisel verilerin hangi durumlarda ve nasıl korunması gerektiği, özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunması arasındaki ilişki de dikkate alınarak incelenmektedir.

I. GENEL OLARAK BİLGİ EDİNME HAKKI VE SINIRLARI

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren geleneksel yönetim anlayışı¹ etkisini yitirmeye başlamış, idareye hâkim olan gizli ve dışa kapalı uygulamalar yerini yeni bir yönetim ilkesi ve modeline bırakmıştır². Yönetimde açıklık veya yönetimde şeffaflık olarak adlandırılan³ bu yönetim modeli, idari işlemlerin açık ve anlaşılır olmasını ifade etmektedir⁴. Yönetimde açıklık, idarenin tek yanlı işlem yapma gücünün dengelenmesini ve idari işlemler üzerinde vatandaşlar tarafından etkili bir denetim mekanizmasının kurulmasını sağlamaktadır. Bu yönüyle yönetimde açıklık, idarenin keyfiliğini ve hukuk devleti sınırları dışına çıkmasını önlemeye veya azaltmaya yönelik bir yöntemdir⁵.

Bilgi edinme hakkının yönetimde açıklık ilkesinin benimsenmesine paralel olarak geliştiği görülmektedir⁶. Zira yönetimde açıklığın sağlanabilmesi için idarenin sahip olduğu bilgi ve belgelerin açık olması ve bunlara erişebilme imkânının bireylere tanınması gerekmektedir⁷. Bu durum ise bilgi edinme hakkını ilgilendirmektedir. Nitekim bilgi edinme hakkı genellikle, bireylerin idarenin işlem ve eylemleriyle ilgili bilgi ve belgeleri serbestçe elde edebilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁸.

Bilgi edinme hakkı, uluslararası hukuk metinlerinde yer aldığı gibi çok sayıda ülkenin ulusal hukuk düzeninde de tanınıp güvence altına alınmıştır. Uluslararası hukuk metinlerine bakıldığında bilgi edinme

¹ Max Weber tarafından kavramlaştırılan bürokrasi modeline göre örgütlenen geleneksel yönetim anlayışı, ayrıntılı kurallara dayanmakta, gayrişahsi, katı hiyerarşik ve merkeziyetçi nitelikler taşımaktaydı. Bu anlayış, yönetimi kurallara aşırı bağımlı hâle getirmiş ve bireylerin yönetime katılma olanaklarını zayıflatmıştı. Geleneksel yönetim anlayışı hakkında bkz. Eryılmaz, B. (1999). "Geleneksel Yönetimden Yeni Yönetim Anlayışına", *Liberal Düşünce*, C. 4., S. 15., s. 84-88.

² Eken, M. (1994). "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27., S. 2., s. 39-40.

³ Yönetimde açıklık ilkesinin gelişimi hakkında bkz. Kırıışık, F. (2016). *Yönetimsel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*, Bursa: Ekin Yay., s. 17-20; Aydemir, M. E. (2020). *Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı*, Ankara: Adalet Yay., s. 55-64.

⁴ Kaya, C. (2005). *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Ankara: Seçkin Yay., s. 30.

⁵ Güran, S. (1982). "Yönetimde Açıklık", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 3., S. 1-3., s. 102-103.

⁶ Eken, M. (1995). "Bilgi Edinme Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 17., s. 61-63.

⁷ Akıllıoğlu, T. (1991). "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 46., S. 3., s. 9; Kaya, C. (2005). s. 31.

⁸ Bilgi edinme hakkının tanımıyla ilgili bkz. Eken, M. (1995). s. 63; İyimaya, A. (2003). "Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1., s. 41.

hakkının çoğunlukla ifade özgürlüğü kapsamında düzenlendiği görülmektedir. Örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesi bu yönde bir düzenlemedir. Maddede, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra bu hakkın her türlü medya yoluyla bilgi alma, verme ve arama özgürlüğünü içerdiği düzenlenmiştir⁹.

Bilgi edinme hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) düzeyinde korunmasına bakıldığı zaman Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ilk içtihatlarında, bilgi edinme taleplerini Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi kapsamında değerlendirmedeği görülmektedir. Bu dönemde AİHM, 10. maddenin devlete pozitif bir yükümlülük getirmediği yani devletin söz konusu maddeye dayanarak bu tür bilgileri bireye verme yükümlülüğünün bulunmadığı görüşündedir. Bu bakımdan AİHM, kendileri hakkında devlet tarafından tutulan kayıtlara erişim talepleri reddedilen başvurucuların davalarını 10. madde kapsamında değerlendirmemiştir¹⁰.

⁹ Bkz. "Universal Declaration of Human Rights", <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights> (Erişim Tarihi: 21/12/2020). Bilgi edinme hakkını ifade özgürlüğü kapsamında düzenleyen başka uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır. Bunlardan biri olan ve Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'yi Türkiye de imzalayıp onaylamıştır. Sözleşme'nin 19. maddesinin 2. fıkrasında; herkesin düşüncelerini açıklama hakkına sahip olduğu, bu hakkın her türlü bilgiyi ve fikri sözlü, yazılı, basılı veya kişinin seçeceği başka bir biçimde arama, edinme ve yayma özgürlüğünü içerdiği belirtilmiştir. Bkz. RG: 21.07.2003, S. 25175. Benzer şekilde Birleşmiş Milletler tarafından ilan edilen Milenyum Bildirgesi'nde de bilgi edinme hakkının düzenlendiği uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun hazırladığı 25 Haziran 1998 tarihli Aarhus Sözleşmesi bu düzenlemelerden biridir. Sözleşme'nin 3. maddesinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın halkın çevresel konularda bilgiye erişim, karar alma sürecine katılım ve yargıya erişim imkânına sahip olacağı düzenlenmiştir. Bkz. "Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters", <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/text> (Erişim Tarihi: 21/12/2020).

¹⁰ Bychawska-Siniarska, D. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması; Uygulamacılar İçin El Kitabı*, Köksal, T. D. (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 15; Soykan, C. (2007). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2, s. 68 vd. *Leander/İsveç* davası, AİHM'nin bu konudaki yaklaşımının ortaya konulması açısından oldukça önemlidir. Söz konusu dava, hakkında yapılan personel soruşturması nedeniyle işine son verilen başvurucunun, buna yol açan siyasi faaliyetleri ile ilgili bilgilerin bulunduğu polis kayıtlarına erişme talebinin reddedilmesine ilişkindir (*Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26/3/1987, §§ 14, 16, 17). AİHM'e

Bununla birlikte sonraki kararlarında AİHM, 10. madde ile ilgili yaklaşımını değiştirmeye başlamış¹¹ ve 10. maddeyi bilgi edinme hakkı bakımından daha geniş bir biçimde yorumlayarak¹² bilgi edinme taleplerini bu madde kapsamında değerlendirmiştir¹³.

göre, Sözleşmenin 10. maddesi bir kimsenin başkalarının ona vermek istediği ya da vermek isteyebileceği bilgilerin devlet tarafından sınırlandırılmamasını koruma altına almaktadır. Dolayısıyla devletin 10. madde bakımından negatif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. 10. madde, başvurucuya kendisiyle ilgili bilgilere erişme hakkı sağlamadığı gibi devlete de bu tür bilgileri bireye verme yükümlülüğü getirmemektedir (*Leander/İsveç*, § 74). AİHM, *Leander/İsveç* davasında başvurucunun bilgi edinme talebinin reddedilmesini Sözleşmenin özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamında ele almaktadır. AİHM'e göre, gizli polis kayıtlarının başvurucunun özel hayatıyla ilgili bilgiler içerdiği muhakkaktır. Ayrıca bu tür bilgilerin kayıt altına alınması ve paylaşılması, başvurucuya bunların aksini ispat etme imkânının tanınmadığı da düşünüldüğünde Sözleşme'nin 8. maddesine müdahale oluşturmaktadır (*Leander/İsveç*, § 48). AİHM, bu müdahalenin ulusal güvenliğin korunması bakımından demokratik bir toplumda gerekli ve hukuka uygun olduğunu değerlendirerek 8. maddenin ihlal edilmediğine karar verse de (*Leander/İsveç*, §§ 49, 57, 67, 68) söz konusu karar başvurucunun bilgi edinme başvurusunun 8. madde kapsamında değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. AİHM sonraki süreçte devlet tarafından tutulan kişisel kayıtlara erişim talepleri ile ilgili pek çok davayı *Leander* davasına benzer şekilde Sözleşme'nin 8. maddesi üzerinden değerlendirmeye devam etmiştir. Bkz. Soykan, C. (2007). s. 69. Bu davalara örnek olarak bkz. *Gaskin/Birleşik Krallık*, B. No: 10454/83, 7/7/1989; *M.G./Birleşik Krallık*, B. No: 39393/98, 24/9/2002; *McGinley ve Egan/Birleşik Krallık*, B. No: 21825/93 ve 23414/94, 9/6/1998; *Rotaru/Romanya*, B. No: 28341/95, 4/5/2000; *Roche/Birleşik Krallık*, B. No: 32555/96, 19/10/2005.

¹¹ Soykan, C. (2007). s. 72-73.

¹² Bychawska-Siniarska, D. (2018). s. 15. Bkz. *Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan*, B. No: 37374/05, 14/4/2009.

¹³ *Sdružení Jihočeské Matky/Çek Cumhuriyeti* davası AİHM'in değişen yaklaşımını yansıtmaları bakımından önemlidir. Bu dava, çevreci bir sivil toplum kuruluşu olan başvurucunun nükleer bir enerji santraliyle ilgili belge ve planlara erişim talebinin Çek makamları tarafından reddedilmesine ilişkindir. AİHM bu davada, başvurucunun talebinin reddedilmesini 10. madde anlamında bilgi edinme hakkına bir müdahale olarak kabul etmiş ancak bu müdahalenin söz konusu maddenin 2. fıkrasına uygun bir biçimde yapıldığı gerekçesiyle ihlal kararı vermemiştir. Bununla birlikte, başvurucunun bilgi edinme talebinin AİHM tarafından 10. madde bakımından kabul edilebilir bulunmasına dikkat çekmek gerekmektedir. Bkz. *Sdružení Jihočeské Matky/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 19101/03, 10/7/2006. Ayrıca bkz. Soykan, C. (2007). s. 72-73; Dimmich, A. (2008). "The Right of the Public to be Properly Informed under Article 10 of the European Convention on Human Rights", *University of Warmia and Mazury in Olsztyn Law Review*, Vol. 1, s. 108. Bilgi edinme hakkının 10. madde kapsamında değerlendirildiği diğer bir dava, yukarıda da belirtildiği gibi, *Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan* davasıdır. Dava konusu olayda, bir milletvekili Ceza Kanunu'nda uyuşturucuyla ilgili birtakım suçlarda yapılan son değişikliklerin anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasını Anayasa Mahkemesinden talep etmiştir (*Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan*, § 7). Uyuşturucu politikaları konusunda da faaliyet gösteren bir dernek olan başvurucu, Anayasa Mahkemesine yapılan taleple ilgili dosyayı görmek istemiş ancak Anayasa Mahkemesi bu isteği, milletvekilinin onayı olmadan üçüncü kişilerle bilgi paylaşamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir (*Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan*, § 10). Bunun üzerine başvurucu önce bölge mahkemesine, onun da ret kararı üzerine temyiz mahkemesine başvurmuş ve ilgili dosyadaki bütün kişisel veriler çıkarılarak kendisinin erişimine açılmasını istemiştir. Temyiz mahkemesi, bu dosyada yer alan verilerin şahsi nitelikte olduğunu ve milletvekilinin onayı olmadan başkalarının erişimine açılmayacağını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, kişisel verilere sağlanan korumanın, kamusal bilgiye erişme

Ülkemizde ise 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile bilgi edinme hakkı anayasal bir hak olarak tanınmıştır (mad. 74/4). Ancak daha öncesinde, Avrupa Birliği'nin konu ile ilgili mevzuatı da dikkate alınarak hazırlanan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile bilgi edinme hakkı hukukumuzda girmiştir¹⁴. Kanun'un genel gerekçesinde, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerinden biri olan bilgi edinme hakkının tanınmasının yönetimde açıklık ve şeffaflığın sağlanması, devletin denetiminin kolaylaşması ve devletin demokratik karakterinin güçlenmesi açısından önemli bir işlev göreceğine dikkat çekilmiştir. Kanun'un amacı *“demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek”* şeklinde ilk maddede belirtilmiştir.

Kanun'un 2. maddesinde bilgi edinme başvurularının ancak kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yapılabileceği düzenlenerek Kanun'un kapsamı belirlenmiştir. Dolayısıyla kapsam dışında kaldığı için özel hukuk tüzel kişilerine bilgi edinme başvurusunda bulunmak mümkün değildir¹⁵. Kanun'a göre herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. Ancak Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerin bilgi edinme hakkını kullanabilmesi, isteyecekleri bilginin kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olması ve karşılıklılık esasına bağlanmıştır (mad. 4).

Bilgi edinme başvurusunun konusunu, başvuru alanı kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken

ve diğer hukuki menfaatlerce hükümsüz kılınmayacağı düşüncesindedir (*Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan*, §§ 14, 15). AİHM ise kararında, başvuru alanının erişmek istediği dosyadaki bilgilerin kamusal nitelikte olduğunu ve kişisel veri içermediğini ifade etmiştir. Ayrıca kararda, son dönemde bilgi edinme hakkının AİHM tarafından daha geniş kapsamda yorumlandığı hatırlatılarak Sözleşme'nin 10. maddesi üzerinden bir değerlendirme yapılmış ve bu maddenin ihlal edildiği tespit edilmiştir (*Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan*, §§ 35, 37, 39).

¹⁴ Kanun No: 4982, Kabul Tarihi: 9/10/2003, RG: 24/10/2003, S. 25269.

¹⁵ Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik, bilgi edinme başvurularının yapılabileceği kurum ve kuruluşlar ile ilgili olarak daha ayrıntılı bir hükme yer vermiştir. Yönetmeliğin 2. maddesine göre *“merkezi idare kapsamındaki kamu idareleri ile bunların bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlarının, köyler hariç olmak üzere mahalli idareler ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşları ile birlik veya şirketlerinin, T.C. Merkez Bankası ve üniversiteler de dahil olmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz olarak enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının”* faaliyetleri için bilgi edinme başvurusunda bulunulabilir.

bilgi veya belgeler oluşturmaktadır (mad. 7). Bilgi ve belgeden ne anlaşılması gerektiği Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre bilgi; kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan 4982 sayılı Kanun kapsamındaki her türlü veri iken (mad. 3/c) belge; kurum ve kuruluşların sahip oldukları 4982 sayılı Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plan, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını ifade etmektedir (mad. 3/d). Kanun'a göre bilgi ve belgeye erişimden istenen bilgi veya belgenin onaylı bir kopyasının başvuru sahibine verilmesini anlamak gerekmektedir. Ancak istenen bilgi veya belgenin kopyasının verilmesinin mümkün olmadığı hâllerde; yazılı veya basılı belgelerde bu belgenin aslının incelenmesi ve not alınabilmesi, ses kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunların dinlenebilmesi, görüntü kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunların izlenebilmesi imkânının başvuru sahibine sağlanması hâlinde de bilgi ve belgeye erişim gerçekleşmiş olmaktadır (mad. 3/e, 10).

Her temel hak ve özgürlük gibi bilgi edinme hakkının da sınırları bulunmaktadır. Bilgi edinme hakkı, her şeyden önce Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine tabidir¹⁶. Kanun'a bakıldığında ise kişilerin, bilgi edinme hakkı kapsamında her türlü bilgi veya belgeye erişme hakkına sahip olmadığı görülmektedir. Kanun'a göre, yargı denetimi dışında kalan işlemler (mad. 15), devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler (mad. 16), ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler (mad. 17), istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler (mad. 18), idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler (mad. 19), adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler (mad. 20), özel hayatın gizliliği kapsamındaki bilgi veya belgeler (mad. 21), haberleşmenin gizliliği kapsamındaki bilgi veya belgeler (mad. 22), ticari sır niteliğindeki bilgi veya belgeler (mad. 23), fikir ve

¹⁶ Anayasa Mahkemesi de kararında "Bilgi edinme hakkı, yönetilenlerin yönetenleri denetleyebilmesinin, dolayısıyla hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesinin çok önemli bir aracı olarak işlev görmektedir. Bilgi edinme hakkı, devletin demokratik niteliğinin geliştirilmesi ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususlarında önemli bir rol oynadığından, demokratik hukuk devletinde vazgeçilmez bir hak niteliğine sahip bulunmaktadır. Bu hakkın sınırlanmasını öngören düzenlemelerin de Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere ve bu bağlamda ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği açıktır." ifadelerine yer vermiştir. Bkz. AYM, E.2013/114, K.2014/184, 4/12/2014, § 37.

sanat eserlerine ilişkin başvurular (mad. 24), kurum içi düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler (mad. 25), kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler (mad. 26), tavsiye ve mütalaa talepleri (mad. 27) bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.

Bu çalışmanın konusu bakımından bilgi edinme hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki ilişkinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Kişisel veriler, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda ayrı bir istisna olarak düzenlenmemiştir. Ancak kişisel veriler ile bilgi edinme hakkının bir istisnası olarak düzenlenen “özel hayatın gizliliği” arasındaki irtibat dolayısıyla öncelikle özel hayatın gizliliği üzerinde durmak gerekmektedir.

II. BİLGİ EDİNME HAKKININ BİR SINIRI OLARAK “ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ”

Bilgi edinme hakkı; özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması, ifade özgürlüğü gibi pek çok hak ile ilişki içerisindedir. Bu ilişki bazen birbirini tamamlama şeklinde olabilirken bazen de bir çatışma, yarışma şeklinde olabilir. Bilgi edinme hakkının çatışma içerisinde bulunduğu haklardan biri özel hayatın gizliliğinin korunması hakkıdır. Bu iki hak arasında var olan çatışma dolayısıyla özel hayatın gizliliği, bilgi edinme hakkının istisnalarından biri olarak Kanun'da düzenlenmiştir. Bilgi edinme hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki ilişkinin ortaya konulabilmesi için öncelikle özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ve bu hakkın bilgi edinme hakkı bakımından sınırları belirlenmelidir.

A. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI HAKKI

“Özel hayatın gizliliği”, kişinin hak ve ödevleri arasında, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu maddenin ilk fıkrasında; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı düzenlenmektedir. Özel hayatın gizliliğinin korunabilmesi için devlet, bu hakka hem müdahale etmemeli hem de üçüncü kişiler tarafından müdahale edilmesini engellemek için gerekli tedbirleri almalıdır¹⁷.

¹⁷ Celal Oraj Altunörgü, B. No: 2018/31036, 12/1/2021, § 25; H.Ç., B. No: 2017/14907, 30/9/2020, § 33; A.A.Y., B. No: 2016/13011, 29/9/2020, § 25; E.Ü. [GK], B. No: 2016/13010, 17/9/2020, § 56;

Devlet negatif yükümlülükleri çerçevesinde özel hayata müdahale etmeyecek, pozitif yükümlülükleri doğrultusunda ise gerekli tedbirleri alacaktır¹⁸. Devletin koruma yükümlülüğü olarak ifade edilen¹⁹ pozitif yükümlülükleri bakımından ilk yapılması gereken yasama yetkisini kullanarak kanuni düzenlemeler ile özel hayatı korumaktır. Bu doğrultuda özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının Anayasa'da güvence altına alınmasından başka, özel hayatın gizliliğinin ihlali 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile suç olarak düzenlenmiştir²⁰. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 23-25. maddeleri arasında "Kişiliğin korunması" başlığı altında birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Özel hayatın gizliliğinin, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda bilgi edinme hakkının istisnalarından biri olarak yer alması da devletin yasama yetkisini kullanarak özel hayatın gizliliğini korumak için yapmış olduğu pozitif düzenlemelerdendir.

Kişilik haklarından biri olarak kabul edilen özel hayatın gizliliğinin²¹, ulusal mevzuat yanında pek çok uluslararası düzenleme ile de koruma altına alındığı görülmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi²² ile AIHS'in 8. maddesi²³ bu düzenlemelerdendir.

Arif Ali Cangı [GK], B. No: 2016/4060, 17/9/2020, § 61; Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, § 43; Ercan Kanar, B. No: 2013/533, 9/1/2014, § 51.

¹⁸ "Anayasanın 20. maddesi esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumakla birlikte, devletin sadece böyle bir müdahalede bulunmaktan kaçınmasını gerektirmemekte, belirtilen negatif yükümlülüğünün yanı sıra özel ve aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesi noktasında pozitif yükümlülükleri de kapsamına almaktadır. Anayasanın 20. maddesi, 'Devletin temel amaç ve görevleri' kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte ele alındığında, belirtilen pozitif yükümlülükler işaret etmektedir." Bkz. Nurcan Belin, B. No: 2014/14187, 10/01/2018, § 44. Ayrıca bkz. Mehmet Arif Kılınç, B. No: 2013/1656, 16/7/2014, § 27; Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36.

¹⁹ Boyar, O. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, içinde İncoğlu, S. (Der.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (ss. 54-81), İstanbul: Beta Yay., s. 54.

²⁰ "Madde 134- Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(Değişik: 2/7/2012-6352/81 md.) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur."

²¹ İmre, Z. (1974). "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 39, S. 1-4, s. 147.

²² "Madde 12- Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır."

²³ "Madde 8- Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş

Ulusal ve uluslararası mevzuatta özel hayatın korunmasından bahsedilmiş ancak özel hayatın ne olduğu her iki hukuk düzeninde de tanımlanmamıştır. Esasen özel hayatın oldukça geniş bir kavram olması, tanımlanmasını da zorlaştırmaktadır. Nitekim AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hususa dikkat çekilmiş ve özel hayatın kapsamına hangi konuların girdiği belirtilmekle yetinilmiştir. AİHM'e göre, özel hayatın bireylerin kişisel hayatından ibaret görülmesi ve dış dünyanın tümüyle dışarıda bırakılması, özel hayatın kapsamını kısıtlayıcı bir sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla bireylerin kamusal olarak başkalarıyla kurduğu etkileşimlerde dahi özel hayatın kapsamına girebilecek bir alan bulunabilir. Bu görüş doğrultusunda AİHM; isim, kimlik, kişisel gelişim ve başka insanlarla ilişki kurma ve geliştirme, mesleki veya ticari faaliyetler, cinsel yaşam gibi konuların özel hayat kapsamına girdiğini kabul etmektedir²⁴. Anayasa Mahkemesi de AİHM'in yaklaşımına paralel şekilde kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün, fiziksel ve sosyal kimliğinin, isminin, cinsel yöneliminin, cinsel yaşamının, kişisel bilgiler ve verilerinin, kişisel gelişiminin, aile hayatının özel hayat kapsamında yer aldığını belirtmektedir²⁵.

Doktrinde ise genel olarak özel hayatın; kamuya açık (ortak) alan, özel alan ve gizli (sır) alan olmak üzere üç kısma ayrıldığı kabul edilmektedir²⁶. Kamuya açık alan, kişinin herkesle paylaşabildiği alandır. Özel alan, kişinin yakın çevresi ile paylaştığı herkese açık olmayan alandır. Gizli alan ise kişinin başkaları ile paylaşmadığı veya en yakınları ile paylaştığı ve başka kişiler tarafından paylaşılmasından rahatsızlık duyduğu alandır²⁷. Bu üç alanın tamamı özel hayat olarak adlandırılabilirse de özel hayat kavramını, belirsiz kapsamı nedeniyle her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığını veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

²⁴ P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, B. No: 44787/98, 25/9/2001, § 56; Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29.

²⁵ Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 61.

²⁶ Döner, A. (2010). *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 255. Benzer bir sınıflandırma; "şahsın özel hayatı", "şahsın gizli hayatı" ve "şahsın umumi hayatı" kavramları kullanılarak yapılmıştır. Bkz. İmre, Z. (1974). s. 148.

²⁷ Döner, A. (2010). s. 255-256.

B. BİLGİ EDİNME HAKKININ BİR İSTİSNASI OLARAK ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Demokratik rejimlerde kamu işlemlerinin açıklığının, özel hayatın ise gizliliğinin temel ilke olduğu kabul edilmektedir²⁸. Bireylere kamu kurum ve kuruluşları karşısında bilgi edinme hakkı tanınmakta ancak özel hayatın gizliliği birtakım sınırlamalar dâhilinde bu hakkın istisnası olarak hüküm altına alınmaktadır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 21. maddesinde; kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğu düzenlenmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrasında ise kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgelerin, kurum ve kuruluşlar tarafından ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabileceği ifade edilmiştir. Buna göre;

- Açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkının konusunu oluşturmayacaktır.
- Ancak yukarıda sayılan kapsamda bir bilgi veya belge, kişinin izin verdiği hâllerde bu bilgi edinme hakkının konusunu oluşturabilecektir.
- Kamu yararının gerektirdiği hâllerde ise kişisel bilgi veya belgeler, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla bilgi edinme hakkının konusunu oluşturabilecektir.

Görüldüğü üzere kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, kamu yararının gerektirdiği hâllerde bile ancak ilgisinin rızası ile açıklanabilecektir. Bilgi edinme hakkının kapsamı içerisinde olduğu ifade edilen Kanun'un 21. maddesindeki niteliklere sahip bir bilgi veya belgenin genel, objektif bir şekilde

²⁸ Tayfun, R., Çetin, M. (2015). "Özel Hayatın Gizliliği Perspektifinden Birey- Devlet İlişkileri", *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, S. 41, s. 2.

sayılması ve tanımlanması da mümkün değildir. Bir bilgi veya belgenin bu niteliklere sahip olup olmadığının her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmeyi yapacak olan ise öncelikle bilgi veya belgeyi elinde bulunduran kurum ve kuruluşlar, daha sonra da Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK) ve yargı mercileridir²⁹.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu da genel olarak kararlarında bu istisnanın kapsamını belirlemek için somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir³⁰. Kurul bir kararında; *“...Kişilerle ilgili olsa bile kamusal nitelikteki bilgi ve belgelerin ise 4982 sayılı Kanun çerçevesinde bilgi edinme taleplerine açık olacağı aşıkardır. Bu çerçevede, talep edilen bilgi ve belgelerin, kişilerin üniversitedeki görevleri ve meslek yaşamı ile ilgili olması durumunda bunların kamusal bilgi niteliğinde kabul edilerek açıklık ilkesi doğrultusunda bilgi edinme istemlerine açık olmasının gerektiği, neticede, üniversitenin akademik kadrolarına atanmak için düzenlenen jüri raporlarının, yayın listesinin, öğretim üyeliğine Yükseltme ve Atama İlkelerine göre hesaplanan toplam puanlarının ve bu konularla ilgili diğer bilgi ve belgelerin başvuruda bulunan herkesin erişimine açılmasının 4982 sayılı Kanunun ruhuna uygun düşeceği...”*³¹” değerlendirmesinde bulunmuştur.

Benzer şekilde Kurul, üniversite akademik kadrosuna yeniden atanan bir kimse için verilen jüri raporlarını elde etmek isteyen başvuranın bu talebinin kamusal niteliği nedeniyle özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve bilgi edinme talebinin kabul edilmesine karar vermiştir³².

Bundan başka Kurul, kamusal kaynakların ne şekilde harcandığı bilgisinin kamuya açık olmasının yönetimde şeffaflık ilkesinin gereği olduğunu vurgulayarak kamusal kaynaklardan olması nedeniyle kamu çalışanlarının ücretlerinin kamusal bir bilgi olduğunu ve maaş bordrolarının özel hayata ilişkin bir bilgi olarak değerlendirilemeyeceğini³³; Dışişleri Bakanlığı tarafından belli bir dönemde ateşe yardımcısı olarak atanan kişilerin isimlerine ilişkin bilgi talebinin kamusal işlemlere ilişkin kamusal nitelikte olduğunu ve özel

²⁹ Döner, A. (2010). s. 261.

³⁰ a.g.e. s. 261.

³¹ BEDK, K.T. 7/9/2005, K.S. 2005/619. Aynı yönde bkz. BEDK, K.T. 17/1/2005, K.S. 2005/38; BEDK, K.T. 6/4/2005, K.S. 2005/222.

³² BEDK, K.T. 25/10/2004, K.S. 2004/140; Aynı yönde bkz. BEDK, K.T. 1/6/2005, K.S. 2005/409.

³³ BEDK, K.T. 20/12/2004, K.S. 2004/213. Aynı yönde bkz. BEDK, K.T. 20/12/2004, K.S. 2004/217.

hayatın gizliliği kapsamında kabul edilemeyeceğini³⁴; Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan personel alımı sınavına katılan kişilerin yazılı sınav notları ve başarı sıralamalarına ilişkin bilgi talebinin anayasal bir hak olan kamu hizmetine girme hakkının kullanılmasıyla ilgili olduğunu ve özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilemeyeceğini³⁵ karara bağlamıştır. Bu kararlardan anlaşılacağı üzere Kurul, kişisel niteliği bulunsa da kamusal yönü ağır basan bilgi veya belgeleri özel hayatın gizliliği kapsamında bilgi edinme hakkının bir istisnası olarak değerlendirmemektedir.

Bununla beraber Kurulun, kamu personelinin özlük dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerin erişimine açılıp açılmayacağı ile ilgili ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir. Kurula göre söz konusu belgeler açıklanması hâlinde kişinin özel hayatına haksız bir müdahale oluşturacaksa veya kurumun sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalara ilişkin ve kamuoyunu ilgilendirmeyen düzenlemeler içeriyorsa bilgi edinme hakkının kapsamı dışında kalmalıdır. Buna karşılık, kişinin özel hayatına haksız bir müdahale oluşturacak nitelikte olmayan, başvurucunun kişisel haklarını yakından ilgilendiren, örneğin yapmış olduğu bir şikâyetin haklılığını kanıtlamasını sağlayabilecek nitelikte olan talepler, kamuoyuna yansıyan kusurların veya suçların ortaya çıkmasını sağlayabileceğinden kamu yararı gereği bilgi edinme hakkı kapsamı içinde değerlendirilmelidir³⁶.

III. BİLGİ EDİNME HAKKI İLE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bilgi edinme hakkının irtibatlı olduğu haklardan biri kişisel verilerin korunması hakkıdır. Bu iki hak arasındaki ilişkinin çift yönlü olduğu görülmektedir. Kişinin kendisine ait kişisel veriler söz konusu olduğunda bu iki hak birbirini tamamlamaktadır. Şöyle ki kişi kendisi ile ilgili kişisel verileri bilgi edinme hakkı çerçevesinde talep edebilecektir. Kişisel verilerin korunması hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında da kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkının bulunduğu düzenlenmektedir.

³⁴ BEDK, K.T. 6/5/2005, K.S. 2005/328.

³⁵ BEDK, K.T. 6/5/2005, K.S. 2005/309.

³⁶ BEDK, K.T. 11/2/2005, K.S. 2005/76.

Bununla birlikte, kişinin kendi kişisel verilerine ilişkin bilgi edinme hakkını kullandığı durumlarda da idarenin kişisel verilerin korunmasını ihlal etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesinin kararına yansımış bir olay şu şekildedir; Millî Savunma Bakanlığında sivil memur olarak görev yapan kişinin kendisi hakkında düzenlenen sicil raporlarının tarafına verilmesi talebi, Bakanlık tarafından reddedilmiştir. Kişinin Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna yapmış olduğu itiraz neticesinde Kurul tarafından sicil raporlarının gizli ve kişiye özel yazı ile başvurucunun erişimine açılmasına karar verilmiştir. Ancak belgeler üzerine gizli kaşesi vurulmasına rağmen kişiye özel tasnifi yapılmadığı için başvurucudan önce başkaları bu belgeyi görmüştür. Bunun üzerine Askeri Yüksek İdare Mahkemesine yapılan manevi tazminat talebi reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise “...başvurucunun mesleki faaliyetlerine ilişkin önemli bilgileri içeren sicil raporlarının başkalarının öğrenilebilmesinin mümkün kılındığı anlaşıldığından somut olayda devletin özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmediği anlaşılmaktadır” diyerek başvurucunun özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır³⁷.

Başkasına ait kişisel veriler söz konusu olduğunda ise bilgi edinme hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı birbiri ile çatışma hâlinde olacaktır. Şöyle ki kişinin bilgi edinme hakkına dayanarak talep ettiği bilgi ve belgeler, doğrudan başka kişilere ait kişisel verilere ilişkin olabilir veya başka kişilere ait kişisel veriler içerebilir. İki hak arasındaki böyle bir çatışma hâlinde hangi hakka üstünlük tanınması gerektiği veya iki hak arasında nasıl bir denge kurulacağının tespiti için öncelikle kişisel veri ve kişisel verilerin işlenmesi kavramlarının açıklanması, ardından ise kişisel veriler ile özel hayatın gizliliği arasındaki ilişkinin ve son olarak da bilgi edinme hakkı ile kişisel veriler arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir.

A. KİŞİSEL VERİ VE KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ KAVRAMLARI

Kişisel veri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun³⁸ 3. maddesinde “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her

³⁷ Nurcan Belin, §§ 47-55.

³⁸ Kanun No: 6698, Kabul Tarihi: 24/3/2016, RG: 7/4/2016, S. 29677.

türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde (mad. 4/1)³⁹ ve Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Sayılı Sözleşme’de de (mad. 2/a) kişisel veri ile ilgili benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir⁴⁰.

Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına göre de kişisel veriler; “... belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır⁴¹.”

Bahsi geçen tanımlarda da görüldüğü üzere kişisel veriler oldukça geniş ele alınmaktadır. Aynı zamanda kişisel verilerin yalnızca kişinin kendisi ile ilgili verileri değil kişinin özel hayatı içerisinde yer alan aile bireyleri ile ilgili verileri de kapsadığı görülmektedir⁴². Danıştay da kişinin aile üyelerinin psikolojik sorunlarına veya adli makamlara yansımış bir suç işleyip işlemediklerine ilişkin bilgilerin kişisel veriler içerisinde yer alması gerektiği değerlendirmesinde bulunmuştur⁴³.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 1. maddesinde bu Kanun’un amacının kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple kişisel verilerin işlenmesi ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 3/e maddesine göre kişisel verilerin işlenmesi; “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik*

³⁹ Bkz. “General Data Protection Regulation”, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

⁴⁰ Bkz. “Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108> (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

⁴¹ AYM, E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014; AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015.

⁴² Akgül, A. (2014). *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: Beta Yay., s. 8.

⁴³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 13/2/2013 tarih ve E.2012/617 sayılı kararı, aktaran Akgül, A. (2014). s. 8.

olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” ifade etmektedir⁴⁴.

Bu tanımlama ile verilerin kaydından, değiştirilmesine ve açıklanmasına kadar pek çok işlem kişisel verilerin işlenmesi kapsamında sayılmıştır. Ayrıca “gibi” ifadesi kullanılıp “veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem” denilerek, maddede sayılanlar dışındaki tüm işlemler de “işleme” kavramının içerisine alınmıştır. Bu tanımlamaya göre bilgi edinme hakkı çerçevesinde talep edilen bilgi veya belgelerde bir başkasına ait kişisel verinin varlığı hâlinde, bu bilginin veya belgenin bilgi edinme talebinde bulunan ile paylaşılması da kişisel verilerin işlenmesi kavramı içerisinde değerlendirilecektir.

B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Özel hayat kavramının oldukça geniş bir kapsama sahip olması nedeniyle tanımlanmasının zor olduğu, bununla beraber doktrinde; kamuya açık (ortak) alan, özel alan ve sır (gizli) alan şeklinde üç kısma ayrıldığı⁴⁵ daha önce ifade edilmişti. Kişisel veriler de en gizli alandan kamuya açık alana kadar kişinin özel hayatının her aşamasını ilgilendirmektedir. Dolayısıyla kişisel veriler özel hayatın kapsamına dâhildir. Buradan hareketle özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının kişisel verilerin korunması hakkını kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁶.

Diğer yandan 2010 yılına kadar Anayasa’mızda düzenlenen temel haklar arasında yer almayan kişisel verilerin korunması hakkının, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddeye eklendiğini hatırlatmak gerekir (mad. 20/3).

⁴⁴ Benzer şekilde Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde “İşleme, kişisel veri veya kişisel veri dizisinin otomatik veya başka bir şekilde toplanması, kaydedilmesi, organize edilmesi, yapılandırılması, depolanması, uyarlanması veya değiştirilmesi, geri alınması, kullanılması, iletim yoluyla açıklanması, yayılması veya erişilebilir hâle getirilmesi, sıralanması veya kombine edilmesi, sınırlandırılması, silinmesi veya yok edilmesi gibi yollarla herhangi bir işlem veya işlem dizisine tabi tutulması anlamına gelir.” şeklinde düzenlenmiştir (mad. 4/2). Bkz. “General Data Protection Regulation”, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

⁴⁵ İmre, Z. (1974). s.147.

⁴⁶ Akgül, A. (2014). s. 86.

Anayasa Mahkemesi de kararlarında kişisel verilerin korunmasını özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmektedir⁴⁷. Hatta kişisel verilerin korunması hakkının, Anayasa’da güvence altına alınmasından önceki dönemde de Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği kapsamında ele alındığı görülmektedir. Örneğin bu dönemde 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu’nun 8. maddesinde yer alan *“İstatistiki birimler, kendilerinden istenen veri veya bilgileri, Başkanlığın belirleyeceği şekil, süre ve standartlarda eksiksiz ve doğru olarak ücretsiz vermekle yükümlüdür.”* hükmü Anayasa’nın özel hayatın gizliliği, düşünce ve kanaat hürriyeti ile bazı maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Mahkeme, maddede açıklayıcı bir düzenleme bulunmadığı için kişisel veri veya isteme bağlı veri olarak adlandırılan, belirli veya belirlenebilir kişilerle ilgili her türlü bilgilerin bu maddeye dayanarak istenebileceğini belirtmiştir. Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi, *“Anayasa’nın 20. ve 25. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen itiraza konu 8. madde hükmüyle kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme tekeli olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamının sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir.”* diyerek söz konusu hükmü Anayasa’nın 20. ve 25. maddelerine aykırı bulmuş ve iptaline karar vermiştir⁴⁸.

AİHS’de kişisel verilerin korunması hakkı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen AİHM bu hakkın Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında olduğunu kabul etmektedir⁴⁹. AİHM tarafından isim, posta adresi, e-mail adresi,

⁴⁷ Bülent Polat [GK], § 61; Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 43. Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir kararına konu olan olayda, başvuru kurumsal e-posta hesapları ile gerçekleştirdiği yazışmaların bilgilendirme yapılmadan ve rızası alınmadan incelendiğini ve bu yazışmalara dayanarak performans düşüklüğü nedeniyle iş akdinin haksız olarak feshedildiğini belirterek özel hayatına saygı hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme *“başvurucunun e-posta bilgileri ve yazışmalarının belirli bir gerçek kişi hakkındaki bilgi kapsamında olduğu gözetildiğinde bu bilgilere erişilmesinin, bunların kullanılmasının ve işlenmesinin özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve haberleşme hürriyeti yönünden incelenmesi”* gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Celal Oraj Altunörgü, §§ 22, 29-30.

⁴⁸ AYM, E.2006/167, K.2008/86, 20/3/2008.

⁴⁹ Arslan Öncü, G. (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 79. Anayasa Mahkemesi de kararında, kişisel verilerin korunması hakkı ile ilgili olarak Anayasa’nın 20. maddesine eklenen 3. fıkranın, AİHS’in 8. maddesinde koruma altına alınan özel hayata saygı hakkına karşılık geldiğini belirtmektedir. Bkz. Celal Oraj Altunörgü, § 25.

kullanılan bilgisayarın IP adresleri, GPS verileri, fotoğraflar, ses örnekleri, parmak izi ve DNA profilleri, bankacılık belgeleri, tıbbi veriler, kamera kayıtları, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilmektedir⁵⁰.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde de bu Kanun'un amacının "...kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek" olduğu ifade edilerek özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunması arasındaki ilişki vurgulanmıştır.

Hukukumuzdaki düzenlemeler, doktrindeki yaklaşım ve Anayasa Mahkemesi ile AİHM kararları bir arada düşünüldüğünde kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı kapsamı içinde olduğu rahatlıkla söylenebilir.

C. BİLGİ EDİNME HAKKI ÇERÇEVESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Kişisel verilerin korunması, bilgi edinme hakkının bir istisnası olarak Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bununla beraber daha önce ifade ettiğimiz gibi kişisel verilerin korunması, bilgi edinme hakkının istisnalarından biri olarak Kanun'da düzenlenen özel hayatın gizliliği kapsamında yer almaktadır. Ancak özel hayat tamamen değil birtakım sınırlamalar ile bilgi edinme hakkının bir istisnası olarak düzenlenmiştir. Bu noktada kişisel verilerin bilgi edinme hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir diğer ifade ile bilgi edinme hakkının kullanılmasında, kişisel veriler hangi durumlarda bu hakkın kapsamı içerisinde hangi durumlarda ise bu hakkın kapsamı dışında yer almaktadır? Bir başkasına ait kişisel veri barındıran bir bilgi veya belge, bilgi edinme hakkının konusu olabilecek midir?

Bu sorunların bilgi edinme hakkı ile kişisel verilerin korunması arasındaki ilişki ortaya konularak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken de Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'ndaki düzenlemeye uygun olarak özel nitelikli kişisel veriler ile özel nitelikli olmayan kişisel veriler açısından konu ayrı ayrı ele alınacaktır.

⁵⁰ Arslan Öncü, G. (2019). s. 82-83.

1. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Bilgi Edinme Hakkı Karşısındaki Durumu

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Kişisel Verilerin İşlenmesi" başlıklı 2. bölümünün "Genel ilkeler" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasına göre "Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir." Kanun'un 5. maddesinde genel olarak kişisel verilerin işleme şartlarına yer verilirken Kanun'un 6. maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları düzenlenmiştir.

Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasına göre kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. Maddenin 2. fıkrasına göre özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

Bununla beraber, Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrasında, 1. fıkra sayılan özel nitelikli kişisel veriler ile ilgili ikili bir ayırım yapılarak, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde bazı koşulların varlığı halinde kişinin açık rızasının aranmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği hükmün devamında düzenlenmiştir.

Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme bakımından dikkat çeken husus "kanunlarda öngörülen haller" ifadesinin, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin açık rıza aranmaksızın işlenebilmesi için öngörülmüş olmasıdır. Diğer bir deyişle, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler, söz konusu fıkra sayılan sebeplerin varlığı halinde kanuni bir dayanağa ihtiyaç duyulmadan ve kişinin açık rızası aranmadan işlenebilecektir.

Özel nitelikli kişisel verilerin bilgi edinme hakkına konu olup olmayacağı bu düzenlemeler ile Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun

21. maddesi birlikte değerlendirilerek tespit edilebilir. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında, kişinin rızası olmaksızın özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgelerin bilgi edinme hakkının kapsamı dışında olduğu açık bir biçimde düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrası, özel hayatın gizliliği kapsamındaki kişisel bilgi ve belgelerin açıklanmasında kamu yararının gerektirdiği hallerde dahi kişinin rızasını aramaktadır.

Daha önce de belirtildiği gibi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'ndaki "kişisel verilerin işlenmesi" kavramı oldukça geniş bir anlam ifade ettiğinden bilgi edinme hakkı çerçevesinde talep edilen bilgi veya belgelere erişim de bu kapsamda değerlendirilecektir. Ancak bu geniş kapsamlı "kişisel verilerin işlenmesi" kavramının içerisinde yer alan verinin bilgi edinme hakkına konu olması ile ilgili Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'ndaki düzenlemeleri özel bir düzenleme olarak kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla özel nitelikli kişisel veriler bakımından Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesi dikkate alındığında, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin kişinin rızası dışında bilgi edinme hakkına konu olamayacağı ifade edilebilir. Sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin kişinin rızası olmaksızın işlenebilmesi için ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında "kanunlarda öngörülen haller" koşulu aranmakta ancak Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesinde bu nitelikte verilerin kişinin rızası dışında bilgi edinme hakkına konu olabileceği ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bilgiler doğrultusunda, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veya bunlar dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin, kişinin rızası olmaksızın bilgi edinme hakkının konusunu oluşturamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

2. Özel Nitelikli Olmayan Kişisel Verilerin Bilgi Edinme Hakkı Karşısındaki Durumu

Özel nitelikli olmayan kişisel veriler için ise öncelikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "*Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*" başlıklı 5. maddesine bakmak gerekmektedir. Bu madde kişisel verilerin maddede sayılan şartlardan birinin bulunduğu hâller dışında, ilgili kişinin açık rızası olmadan işlenemeyeceğini düzenlemektedir. Söz konusu maddeye

göre ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesinin mümkün olduğu durumların başında “*Kanunlarda açıkça öngörülmesi*” hâli yer almaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda yer alan bu düzenlemeden yola çıkıldığında bir kişisel verinin açıklanması, elde edilebilir hâle getirilmesi ve bunlara benzer işlemler, kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilmektedir. İlgili kişinin açık rızası olmadan bir kişisel verinin işlenebilmesini mümkün kılan durumlardan biri de işlemenin bir kanuni dayanağının var olmasıdır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun “*Bilgi verme yükümlülüğü*” başlıklı 5. maddesinde, kurum ve kuruluşların bu Kanun’da yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bilgi edinme hakkının kapsamındaki bilgi veya belgeler, kişinin kendisiyle ilgili olabileceği gibi kendisi dışında başka kişilerle ilgili de olabilecektir⁵¹. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’ndaki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’na dayanılarak talep edilen bilgi veya belgede bulunan kişisel verilerin bilgi talep edenlerle paylaşılması, bu bilgi veya belgelerin başvuranların yararlanmasına sunulması, kişisel verilerin işlenmesi kavramı içerisinde yer alacaktır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’ndaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde; Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 5. maddesi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda yer alan kişisel verilerin kişinin rızası olmadan açıklanabilmesine imkân tanıyan kanuni dayanak şeklinde anlaşılabilecektir. Ayrıca Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’ndaki özel hayatın gizliliği istisnası kapsamında olmayan kişisel veriler de bilgi edinme hakkının kapsamı içerisinde yer alacaktır. Ancak bilgi edinme hakkı lehine yapılan bu geniş yorum, kişisel verilerin korunması hakkına ölçüsüz ve hakkın özüne dokunacak şekilde müdahale edilmesi sonucunu doğurabilir⁵².

⁵¹ Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 4. maddesine göre Türk vatandaşlığına sahip olanların bu Kanun gereğince talep ettikleri bilgi ve belgelere ilişkin olarak “ilgi ispat etme” yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bkz. Akyılmaz, B., Sezginer, M., Kaya, C. (2020). *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Savaş Yay., s. 524.

⁵² Bununla beraber özel hayat kavramına ilişkin üçlü ayırım çerçevesinde kural olarak kişinin kamusal/ ortak hayatının bilgi edinme hakkına konu olabileceği, özel ve gizli hayatının ise istisna kapsamına girdiği yönündeki değerlendirme için bkz: Gök, H. (2012). “Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99, s. 15.

Şöyle ki bilindiği üzere temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ancak Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak mümkündür. Buna göre sınırlamanın öncelikle bir kanuni düzenlenmeye dayanması gerekmektedir. Çalışma konumuz açısından bu ölçütü değerlendirdiğimizde hem bilgi edinme hakkı hem de kişisel verilerin korunması hakkı, ayrı kanuni düzenlemelere konu olmuş ve bu kanunlar ile hakların sınırları da düzenlenmiştir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında dikkat edilmesi gereken diğer hususlar ise sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması, ölçülülük ilkesine uygun olması ve hakkın özüne müdahale etmemesidir.

Bilgi edinme hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı, demokratik toplumların vazgeçilmez gereklerinden biridir. Dolayısıyla her iki hakka getirilecek sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması ve bu iki hak karşı karşıya geldiğinde aralarında hassas bir dengenin kurulması gereklidir. Anayasa'nın 13. maddesindeki diğer sınırlama ölçütlerinden olan ölçülülük ve hakkın özüne müdahale etmeme ölçütleri ise birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Sınırlamanın ölçülü kabul edilebilmesi için sınırlama; ulaşılmak istenen hedef için gerekli, o amaca ulaşmak için elverişli olmalı ve amaç ile orantılı olmalıdır. Hakkın özü kavramı ise tanımlanması zor bir kavram olmakla birlikte bir hak sınırlandırıldığında o hakkın varlığı anlamsız bir hâle geliyorsa hakkın özüne müdahale edildiği kabul edilmektedir⁵³. Dolayısıyla hem bilgi edinme hakkına hem de kişisel verilerin korunması hakkına getirilen sınırlamaların ölçülü olması ve hakkın özüne dokunmaması gerekir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda talep edilebilecek bilgi veya belgelerin kişinin kendisi ile ilgili olması şartı konulmadığı için talep edilebilecek bilgi veya belgeler Kanun'da belirtilen özel hayatın gizliliği kapsamında yer almıyorsa bu hakkın konusu olabilecektir⁵⁴. Ancak bu denli geniş bir yorum; bilgi edinme hakkı vasıtasıyla Kanun'daki özel hayata ilişkin getirilen istisna dışında tüm kişisel verilerin elde edilmesine imkân doğuracaktır. Bu durum da

⁵³ Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yay., s. 117.

⁵⁴ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında kişisel verilerin yalnızca 21. maddedeki özel hayatın gizliliği kapsamında korunduğu yönünde değerlendirmeler ile ilgili bkz. Henkoğlu, T. (2015). *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Yetkin Yay., s. 96.

kişisel verilerin korunması hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması sonucu doğuracak ve kişisel verilerin korunması hakkının varlığını anlamsız kılarak hakkın özüne müdahale niteliğinde olacaktır. Bununla beraber, kişisel verilerin korunmasını mutlak bir şekilde kabul ettiğimiz zaman -kişisel veri ve kişisel verilerin işlenmesi kavramlarının çok geniş bir içeriğe sahip olduğu da dikkate alındığında- pek çok somut olayda bilgi edinme hakkı anlamsız kalacaktır. Birbiri ile çatışma hâlinde olan bu iki hak arasında hassas bir denge kurulması gereklidir.

Bu dengenin kurulması, bilgi edinme hakkı kullanılırken kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edilmemesi ile sağlanabilir. Kişisel verilerin korunması hakkı mutlak bir hak olmadığı için kişisel verilere yapılan müdahalenin hukuki görülebilmesi, öncelikle kanuni bir dayanağının var olmasına, müdahalenin meşru bir amaç için yapılmasına ve müdahalenin gerekli ve ölçülü olmasına bağlıdır⁵⁵.

Bu durumda bilgi edinme hakkı kapsamında talep edilen bilgi veya belgelerde kişisel verilerin kapatılarak o bilgi veya belgenin verilmesi mümkünse ve bu yöntem kişisel verileri korumak için yeterliyse talep edilen bilgi veya belgeler bu şekilde talepte bulunan kişi ile paylaşılabilir. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 9. maddesinde benzer bir düzenleme, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgilere ilişkin olarak yer almaktadır. 9. madde hükmüne göre *“İstenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabilir, söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulur. Ayırma gerekçesi başvurana yazılı olarak bildirilir.”* Kanaatimizce, bilgi veya belgelerdeki bir başkasına ait kişisel veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gereğince *“açıklanması yasaklanan bilgiler”* olarak kabul edildiğinde 9. madde hükmü kişisel veriler içeren bilgi veya belgeler için uygulanabilir.

Kendileri hakkındaki soruşturma raporlarına, sicil raporlarına ve özlük dosyalarına ulaşmak isteyen başvuru sahiplerinin talepleriyle ilgili olarak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, *varsa üçüncü kişilere ait bilgiler çıkarıldıktan sonra talep edilen belgelerin onaylı suretlerinin*

⁵⁵ Arslan Öncü, G. (2019). s. 85.

başvuruculara verilmesini kararlaştırmıştır⁵⁶. Kurulun önüne gelen başka bir olayda başvuru sehven yaptığı bir hata sonucunda ihtar alarak 1. derece kadrolu başmüfettişliğe atanamadığını belirtmektedir. Başvurucu benzer hatayı yapan başka bir müfettişe ihtar cezası verilmediğini ifade ederek bununla ilgili inceleme raporunu talep etmiştir. Kurul, talep edilen inceleme raporunun *başvurucuyla ilgisinin bulunmamasına rağmen* müfettişlere yönelik işlemlerde eşit davranılıp davranılmadığının tespiti bakımından, *üçüncü kişilerin isimlerinin kapatılarak* başvuru kişinin erişimine açılmasına karar vermiştir⁵⁷.

Danıştay da bir kararında, davacı hakkında düzenlenen soruşturma raporlarına yönelik olarak soruşturma dosyasındaki üçüncü kişilere ve soruşturma ile ilgili ifadelerine başvuru kişilere ait kimlik bilgileri ile bu kişilerin kimliklerinin tespitine imkân verecek bilgi ve belgelerin çıkarıldıktan sonra kalan bilgi ve belgelerin kişilerin erişimine açılabileceğine karar vermiştir⁵⁸.

Bununla beraber, istenilen bilgi veya belgedeki kişisel verilerin kapatılarak verilmesi bilgi edinme hakkının kullanılmasını anlamsız kılacak veya bu hakkın özüne dokunacak nitelikte ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5. maddesinin 2/e hükmünün dikkate alınarak çözüm bulunması yerinde olacaktır. Bu hükmüne göre bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması hâlinde kişinin açık rızası aranmadan kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.

Bilgi edinme hakkı çerçevesinde talep edilen ve bir başkasına ait kişisel veri içeren bilgi veya belge bir hakkın kullanılması veya korunması için zorunlu ise bu bilgi veya belge bilgi edinme talebinde bulunan kişi ile paylaşılabilmelidir. Burada bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunmasının her somut olay için tespit edilmesi gereklidir. Bir örnek üzerinden açıklarsak; bir kişilik açılan kadroya başvuranlar arasında diploma notu, yabancı dil puanı, KPSS puanı gibi bazı ölçütlere göre yapılacak sıralama sonucunda beş kişinin yazılı sınava çağrılacağını duyurulduğunu, başvurular sonucunda başvuranların puanları açıklanmadan yalnızca sıralamanın açıklandığını ve kişinin

⁵⁶ BEDK, K.T. 11/10/2004, K.S. 2004/128; BEDK, K.T. 11/10/2004, K.S. 2004/129; BEDK, K.T. 25/10/2004, K.S. 2004/140; BEDK, K.T. 6/5/2005, K.S. 2005/308.

⁵⁷ BEDK, K.T. 27/4/2005, K.S. 2005/299.

⁵⁸ Danıştay 10. Dairesinin 20/10/2008 tarih ve E.2006/6885 sayılı kararı, aktaran Akgül, A. (2014). s. 306.

bu sıralamada yer almadığını düşünelim. Bu durumda kişinin hakkını arayabilmesi diğer kişilerin kişisel verileri niteliğinde olan notlarını bilmesine bağlıdır. Böyle bir durumda bilgi edinme hakkı çerçevesinde başkasına ait kişisel veriler, bir hakkın kullanılması için zorunlu olduğu ölçüde elde edilebilmelidir⁵⁹.

İçki ürettiği iddiasıyla şikâyet üzerine evi aranan ancak bu iddianın asılsız çıkması üzerine komşuları karşısında itibarı kırılan başvuru, kendisi hakkında asılsız şikâyetle bulunan kişi ve kişilerin kimlik bilgilerini yetkili idareden talep etmiştir. Bu talebe idarenin olumsuz karşılık vermesi üzerine başvuru, kendisinin mağdur ve özel hayatına haksız müdahale edilen konumda bulunduğunu ancak asılsız ihbarda bulunanın özel hayatının korunduğunu belirterek talep ettiği bilginin tarafına verilmesi amacıyla Kurula başvurmuştur. Kurul, asılsız ihbarda bulunanın başvurucuya karşı hukuken korunamayacağını ve bu durumun Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve ilgili yönetmeliğin bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin istisnalarına girmediğini belirterek talep edilen bilgilerin başvuruca verilmesini kararlaştırmıştır⁶⁰. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun bu kararı, bir hakkın kullanılması için bir başkasına ait kişisel verilerin bilgi edinme hakkı kapsamında başvuran ile paylaşılmasına örnek olarak verilebilir.

Buna karşılık Kurul, başvuranın kendisi dışındaki bir kimsenin soruşturma⁶¹, sicil veya müfettiş raporları gibi raporlarına erişme talebini, bu talebin Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına

⁵⁹ Ancak Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilen raportör yardımcılığı sınavıyla ilgili olarak, adı geçen kurumca başarılı olanların puanlarının yayınlanması ile yetinildiğini belirten ve bu sınava katılanlardan biri olan başvuruca, mülakata katılan tüm adayların puan ve başarı sırasının kendisine bildirilmesi yönündeki talebinin reddi üzerine Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, söz konusu talebin özel hayata müdahale oluşturduğuna ve bilgi edinme talebinin karşılanamayacağına karar vermiştir. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, Anayasa Mahkemesi raportörlüğüne atanması yönündeki başvurusundan sonra, raportör olarak atanan beş ayrı hâkim/ savcının, meslekteki görev süreleri, yabancı dil düzeyleri ve akademik edinimleri hususunda bilgi edinme talebi reddedilen başvuruca bu talebi hakkında da benzer şekilde karar vermiştir. Bkz. BEDK, K.T. 29/3/2012, K.S. 2012/393; BEDK, K.T. 6/12/2012, K.S. 2012/1969, aktaran Erdemli, M., Onur, T. (2014). "Türkiye'de Özel Hayat ve Bilgi Edinme Hakkı İlişkisi: Bilgi Edinme Kurulundan İki Adım İleri Bir Adım Geri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, s. 288.

⁶⁰ BEDK, K.T. 6/5/2005, K.S 2005/324.

⁶¹ Bu noktada, yürütülen idari soruşturmalarla ilgili olan ve açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak bilgi veya belgelerin, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu mad. 19 gereği bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğunu belirtmek gerekir.

göre soruşturma yapılan söz konusu kişilerin özel hayatı ile mesleki değerlerine haksız müdahale oluşturacağı gerekçesiyle reddetmiştir⁶².

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun önüne gelen başka bir olayda ise başvuru; polis memuru olarak görev yaparken naklen başka bir kuruma geçen ancak uyum sağlayamadığı için tekrar emniyet teşkilatına dönmek isteyen ve dönüş istekleri kabul edilen kimselerin var olup olmadığını, var ise bu kimselerin adı, soyadı ve emniyet teşkilatına dönüş yaptıkları tarihi talep etmiştir. Kurul, kuruma dönmek için başvurup da başvurusu kabul edilen olup olmadığı bilgisinin kişisel olmayan ve genel nitelikli bir bilgi olduğunu ve başvuru ile paylaşılabileceğini belirtmiştir. Buna karşılık başvuruda yer alan “uyum sağlayamadığı için” ifadesi ile adı, soyadı, kuruma dönüş tarihi gibi kişisel bilgi niteliğinde olan bilgilerin Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 21. maddesindeki özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilerek başvurucuya verilmemesi gerektiğine Kurul tarafından karar verilmiştir⁶³.

Anayasa Mahkemesi kararına konu olan bir olayda ise başvuru; kendi isminin ve kaldığı otel bilgilerinin İçişleri Bakanlığına yapılan bilgi edinme talebi sonucunda talepte bulunanla paylaşılması üzerine, Bakanlığa karşı kişisel verileri ihlal edildiği iddiasıyla tam yargı davası açmıştır. İdare mahkemesi, davanın reddine karar vermiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır. Bunun üzerine yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda özel hayatın gizliliğinin istisna olarak kabul edildiğini ve bu düzenleme çerçevesinde açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgilerine, özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu bilgilerin paylaşılmasının ancak kişiye önceden haber verilerek yazılı rızasının alınması şartıyla ve kamu yararının gerektirdiği hâllerin varlığı durumunda mümkün olabileceğine dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, somut olayda açıklanan bilgi ve belgeler, avukatlık yapan başvuruçunun şeref ve itibarı ile mesleki değerlerine haksız müdahale oluşturabilecek niteliktedir. Ayrıca bu bilgilerin verilmesinde başvuruçunun açık rızası bulunmadığı gibi

⁶² BEDK, K.T. 11/10/2004, K.S. 2004/135; BEDK, K.T. 11/10/2004, K.S. 2004/129; BEDK, K.T. 25/10/2004, K.S. 2004/140; BEDK, K.T. 6/12/2004, K.S. 2004/191; BEDK, K.T. 17/1/2005, K.S. 2005/41.

⁶³ BEDK, K.T. 6/12/2004, K.S. 2004/199.

kamu yararı olduğu da ispatlanamamıştır. Bu nedenlerle somut olay bakımından Mahkeme, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kişinin kişisel verilerinin üçüncü bir kişiyle paylaşılmasına dair kanuni bir dayanak oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁴.

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda bir başkasına ait kişisel verilerin korunması ile bilgi edinme hakkı arasındaki ilişkiye baktığımızda; özel nitelikli kişisel verilerin bilgi edinme hakkının istisnaları kapsamında olduğunu ve kişinin açık rızası olmadığı sürece bilgi edinme hakkına konu olamayacağını ifade etmek gerekir. Diğer kişisel veriler söz konusu olduğunda ise bilgi edinme hakkının konusu olan bilgi veya belgede kişisel verilerin gizlenmesi bilgi edinme hakkının kullanılmasını engellemiyorsa kişisel veriler gizlenerek bilgi veya belge paylaşılabilir. Bununla beraber, bilgi veya belgelerdeki kişisel verilerin gizlenmesi hâlinde bilgi edinme hakkı anlamını yitiriyorsa ancak bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için kişisel verilerin paylaşılması zorunluysa kişinin açık rızası aranmadan söz konusu kişisel veriler bilgi edinme hakkının konusunu oluşturabilmelidir.

SONUÇ

Demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarından olan bilgi edinme hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı pek çok kez birbiriyle çatışma hâlinde karşımıza çıkabilir. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda, kamu kurum ve kuruluşlarının ellerinde olan veya olması gereken tüm bilgi veya belgelerin yine bu Kanun'da sayılmış olan istisnalar arasında yer almadığı sürece talepte bulunana verilmesi gerektiği yönündeki düzenleme gereğince, başkasına ait kişisel veriler içeren bilgi veya belgeler talep edilebilir.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda, kişisel verilere ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple böyle bir çatışma durumunda, kişisel verilerin irtibatlı olduğu ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda bilgi edinme hakkının istisnalarından biri olarak sayılan “özel hayatın gizliliği” ne ilişkin düzenleme ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'ndaki ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'daki düzenlemeler birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılabilecektir.

⁶⁴ Arif Ali Cangı [GK], §§ 11, 15, 18, 65, 78.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesi ile Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun özel hayatın gizliliğine ilişkin 21. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasak olduğundan, başkasına ait özel nitelikli kişisel veriler açık rıza koşuluna uyulmadığı sürece bilgi edinme hakkının konusunu oluşturamayacaktır. Özel nitelikli kişisel veriler dışındaki kişisel veriler ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5. maddesine göre kanunun açıkça öngörmesi hâlinde işlenebilecektir.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 5. maddesindeki, sorumlu idarelerin sahip olduğu veya sahip olması gereken bilgi veya belgelerin yine Kanun'da sayılmış olan istisnalar dışında bu hakkın konusu olabileceği yönündeki düzenleme, kişisel verilerin işlenmesine izin veren bir kanuni düzenleme olarak kabul edilebilecektir. Ancak iki hak arasında var olan çatışmanın bu şekilde çözümlenmesi, kişisel verilerin korunması hakkının varlığını anlamsız kılacaktır. Aynı zamanda bu şekilde bir değerlendirme, kişisel verilerin korunması hakkının Anayasa'nın 13. maddesine aykırı bir şekilde sınırlandırılması sonucunu da doğuracaktır. Şöyle ki kişisel verilerin korunması hakkına, bilgi edinme hakkı lehine yapılacak bu denli bir sınırlandırma demokratik toplum düzeninin gereklerine, hakkın özüne ve ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Bu sebeple her iki hak arasında olası bir çatışmanın varlığı durumunda, bir dengenin sağlanması gerekmektedir.

Bilgi edinme hakkı çerçevesinde bir başkasına ait kişisel verileri içeren bir bilgi veya belgenin talep edilmesi hâlinde; bilgi edinme hakkının kullanılabilmesi için yeterli ise başkasına ait kişisel veriler kapatılarak o bilgi veya belge talepte bulunana verilmelidir. Ancak bu yöntem, bilgi edinme hakkının kullanılamaması sonucunu doğuracaksa Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5. maddesinin 2/e hükmünün dikkate alınarak çözüm bulunması yerinde olacaktır. Bu hükme göre bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması hâlinde kişinin açık rızası aranmadan kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Talep edilen bilgi veya belgenin bilgi edinme hakkı kapsamında olup olmadığını değerlendirecek olan merciler öncelikle bilgi veya belge talebinde bulunan idare, daha sonra Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, dava konusu olması hâlinde ise idari yargı mercileridir.

KAYNAKÇA

- AKGÜL, Aydın (2014). *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: Beta Yayınları.
- AKILLIOĞLU, Tekin (1991). “Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 46., S. 3., ss. 1-12.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil (2020). *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- AYDEMİR, Muhammed Emin (2020). *Kamu Yönetiminde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- BOYAR, Oya (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, içinde Sibel Inceoğlu (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ss. 54-81), İstanbul: Beta Yayınları.
- BYCHAWSKA-SIVIARSKA, Dominica (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması; Uygulamacılar İçin El Kitabı*, Tuğçe Duygu Köksal (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- DIMMICH, Agata (2008). “The Right of the Public to be Properly Informed under Article 10 of the European Convention on Human Rights”, *University of Warmia and Mazury in Olsztyn Law Review*, Vol. 1, ss. 107-115.
- DÖNER, Ayhan (2010). *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- EKEN, Musa (1994). “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27., S. 2., ss. 25-54.
- EKEN, Musa (1995). Bilgi Edinme Hakkı, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 17., ss. 61-75.
- ERDEMLİ, Mahmut, ONUR, Tolga (2014). “Türkiye’de Özel Hayat ve Bilgi Edinme Hakkı İlişkisi: Bilgi Edinme Kurulundan İki Adım İleri Bir Adım Geri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, ss. 285-311.
- ERYILMAZ, Bilal (1999). “Geleneksel Yönetimden Yeni Yönetim Anlayışına”, *Liberal Düşünce*, C. 4., S. 15., ss. 84-88.

- GÖK, Hasan (2012). “Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99, ss. 151-164.
- GÜRAN, Sait (1982). “Yönetimde Açıklık”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 3., S. 1-3, ss. 101-112.
- HENKOĞLU, Türkay (2015). *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- İMRE, Zahid (1974). “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 39, S. 1-4, ss. 147-168.
- İYİMAYA, Ahmet (2003). “Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, ss. 41-47.
- KAYA, Cemil (2005). *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- KIRIŞIK, Fatih (2016). *Yönetişel Dönüşüm Sürecinde Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı*, Bursa: Ekin Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SOYKAN, Cavidan (2007). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56. S. 2, ss. 63-74.
- TAYFUN, Recep, ÇETİN, Muharrem (2015). “Özel Hayatın Gizliliği Perspektifinden Birey- Devlet İlişkileri”, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, S. 41, ss. 1-19.
- “Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108> (Erişim Tarihi: 25/01/2021).
- “Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters”, <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/text> (Erişim Tarihi: 21/12/2020).
- “General Data Protection Regulation”, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (Erişim Tarihi: 25/01/2021).

“United Nations Millennium Declaration”, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Millennium.aspx> (Erişim Tarihi: 21/12/2020).

“Universal Declaration of Human Rights”, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights> (Erişim Tarihi: 21/12/2020).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Leander/İsveç, B. No: 9248/81, 26/3/1987.

Gaskin/Birleşik Krallık, B. No: 10454/83, 7/7/1989.

Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992.

McGinley ve Egan/Birleşik Krallık, B. No: 21825/93 ve 23414/94, 9/6/1998.

Rotaru/Romanya, B. No: 28341/95, 4/5/2000.

P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, B. No: 44787/98, 25/9/2001.

M.G./Birleşik Krallık, B. No: 39393/98, 24/9/2002.

Roche/Birleşik Krallık, B. No: 32555/96, 19/10/2005.

Sdružení Jihočeské Matky/ Çek Cumhuriyeti, B. No: 19101/03, 10/7/2006.

Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan, B. No: 37374/05, 14/4/2009.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E.2006/167, K.2008/86, 20/3/2008.

AYM, E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014.

AYM, E.2013/114, K.2014/184, 4/12/2014.

AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015.

Ercan Kanar, B. No: 2013/533, 9/1/2014.

Mehmet Arif Kılınç, B. No: 2013/1656, 16/7/2014.

Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015.

Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015.

Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016.

Nurcan Belin, B. No: 2014/14187, 10/01/2018.

E.Ü. [GK], B. No: 2016/13010, 17/9/2020.

H.Ç., B. No: 2017/14907, 30/9/2020.

A.A.Y., B. No: 2016/13011, 29/9/2020.

Arif Ali Cangı [GK], B. No: 2016/4060, 17/9/2020.

Celal Oraj Altunörgü, B. No: 2018/31036, 12/1/2021.

Danıştay Kararları

Danıştay 10. Dairesinin 20/10/2008 tarih ve E.2006/6885 sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 13/2/2013 tarih ve E.2012/617 sayılı kararı.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararları

K.T. 11/10/2004, K.S. 2004/128.

K.T. 11/10/2004, K.S. 2004/129.

K.T. 11/10/2004, K.S. 2004/135.

K.T. 25/10/2004, K.S. 2004/140.

K.T. 6/12/2004, K.S. 2004/191.

K.T. 6/12/2004, K.S. 2004/199.

K.T. 20/12/2004, K.S. 2004/213.

K.T. 20/12/2004, K.S. 2004/217.

K.T. 17/1/2005, K.S. 2005/38.

K.T. 17/1/2005, K.S. 2005/41.

K.T. 11/2/2005, K.S. 2005/76.

K.T. 6/4/2005, K.S. 2005/222.

K.T. 27/4/2005, K.S. 2005/299.

K.T. 6/5/2005, K.S. 2005/328.

K.T. 6/5/2005, K.S. 2005/309.

K.T. 6/5/2005, K.S. 2005/308.

K.T. 6/5/2005, K.S. 2005/324.

K.T. 1/6/2005, K.S. 2005/409.

K.T. 7/9/2005, K.S. 2005/619.

K.T. 29/3/2012, K.S. 2012/393.

K.T. 6/12/2012, K.S. 2012/1969.



AIHM KARARLARI BAĞLAMINDA GÖRÜNTÜ HAKKI

The Right to Image in the Context of the ECtHR Decisions

Arş. Gör. Murat HAS*

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayata saygı hakkı, herkesin dışarıdan bir müdahaleye maruz kalmaksızın kendi kişiliğini geliştirmesini ve kişinin diğer insanlarla etkileşime geçtiği alanlarda özel hayatına diğer kişiler tarafından müdahalede bulunulmamasını istemesini sağlamaktadır. Bu bağlamda diğer kişiler tarafından müdahaleye uğrayan kişinin görüntüsü de Sözleşme'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında korunmaktadır. Bu sebeple kişinin görüntüsünün kendisinden izinsiz olarak elde edilmesi, türetilmesi, saklanması ve yayımlanması her olayın kendi şartları çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) tarafından özel hayata müdahale olarak değerlendirilebilmektedir. Bu çalışmada AIHM'in kişinin görüntü hakkına dair vermiş olduğu kararlar incelenerek bu kararlar bağlamında Mahkemenin görüntü hakkına dair genel içtihadının açıklanması amaçlanmaktadır. Bunun için ilk olarak AIHM'in özel hayatın korunması kavramını nasıl değerlendirdiği açıklanmıştır. Sonrasında özel hayatın bir alt unsuru olan mahremiyet bakımından kişinin görüntü hakkı “kişi”, “konu” ve “yer” açısından incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken AIHM'in genel içtihadı ortaya konduktan sonra konunun daha iyi anlaşılabilmesi için karar özetlerinden faydalanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Özel hayata saygı hakkı, mahremiyet, kişinin görüntüsü, görüntü hakkı, makul beklenti.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, murat.has@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9900-2190.

ABSTRACT

The right to respect for private life, which is enshrined in Article 8 of the European Convention on Human Rights (“Convention”), enables everyone to develop his or her own personality without any external interference and to demand that there is no outside interference with his or her private life in spheres where he or she interacts with others. In this context, the image of the person who has been intervened by others is also protected within the scope of the right to respect for private life under Article 8 of the Convention. For this reason, to obtain, reproduce, store and publish the image of a person without consent may be considered, by the European Court of Human Rights (“ECtHR”), as an interference with private life under the particular circumstances of every case. This study aims to provide an insight into the general jurisprudence of the ECtHR as to the right to image. For this purpose, it is first explained how the ECtHR considers the concept of the protection of private life. Afterwards, the right to image of the person is discussed in terms of privacy, which is a sub-element of private life, as regards “person”, “subject” and, “place”. In doing so, after dwelling on the established case-law of the ECtHR, a summary of relevant judgments is given in order to have a better insight into the issue.

Keywords: Right to respect for private life, privacy, image of person, the right to image, reasonable expectation.

GİRİŞ

Günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte kişinin görüntüsü kendisinden habersiz elde edilmekte, oluşturulmakta ve bu görüntüler çeşitli amaçlarla kullanılabilir. Özel hayatın korunması kapsamında olan kişinin görüntüsünün rızası olmaksızın yayılmaması, bu görüntülere başkasının ulaşamaması, kısacası bu görüntülerin mahrem kalması konusunda hukuksal çıkar bulunmaktadır¹. Diğer taraftan artık insanlar görüntülerini kendi istekleriyle diğer insanlarla paylaşmakta, böylece kişinin mahremiyetinin sınırları muğlak bir hâle gelmektedir². Fakat buna rağmen ulusal ve uluslararası mahkemeler kişilerin görüntü haklarına yapılan müdahaleleri engellemek için önemli kararlar vermekte, bu bağlamda değişen şartlara göre özel hayata ilişkin içtihatlarını yenilemektedir.

Kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı genel olarak özel hayatın korunması hakkı kapsamında incelenmektedir. Özel hayat kavramı ise AİHM kararlarında, kişinin mahremiyetini, onur ve şöhretini, kişisel verilerini, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü, cinsel hayatını ve bu hak kapsamına giren diğer menfaatlerini kapsayacak şekilde koruma altına alınmıştır³. Görüntü hakkı, bu koruma alanlarından kişinin mahremiyeti bakımından korunmakta ve buna göre AİHM içtihatlarıyla oluşturulan bir koruma alanı içerisinde değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Diğer taraftan görüntü hakkının koruduğu görüntü kavramı kişinin fotoğrafından daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Bu bağlamda görüntü sadece fotoğraf ya da video kayıtlarını değil kişinin tanınmasını sağlayabilecek karikatür, kara kalem hatta dublör gibi her türlü temsili kapsamaktadır⁴. Buna göre kişinin görüntüsü onun kişiliğini yansıtan ve onu diğer kişilerden ayıran en önemli araçlardan biridir. Bunun için kişiler kendi görüntülerinin yapılmasını, sergilenmesini, basılmasını

¹ Schabas, W. A. (2015). *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, s. 377.

² a.g.e. s. 359.

³ Salihpaşaoğlu, Y. (2013). “Özel Hayatın Kapsamı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 3, s. 237.

⁴ Kazancı, B. E. (2007). “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, s. 134.

ya da yayımlanmasını istememe hakkına sahiptir⁵. Mevcut çalışma bakımından da görüntü sadece resim üzerinden değil yukarıdaki geniş kapsam üzerinden değerlendirilmiştir.

Bu çalışma iki ana bölümden meydana gelmektedir. İlk olarak doktrine göre özel hayat kavramı, sonrasında ise AİHM kararları çerçevesinde mahremiyet bakımından görüntü hakkı incelenmiştir. Mahremiyet bakımından görüntü hakkı “kişi”, “konu” ve “mekân” bakımından bir incelemeye tabi tutulmuştur. Bunun için de çalışmanın daha anlaşılabilir olmasını sağlamak amacıyla konu açısından önem arz eden AİHM kararlarının özetlerine yer verilmiştir.

I. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

Özel hayatın korunması bağlamında hem ulusal hem de uluslararası pek çok düzenleme yapılmıştır. Buna rağmen özel hayatın korunmasına ilişkin bilimsel çalışma yapanlar hâlen zorluk çekmektedir. Çünkü bir yandan özel hayatın korunmasına yönelik artan bir talep varken diğer taraftan bu hakka müdahale eden diğer hakların gelişimi söz konusu olmaktadır⁶. Ayrıca özel hayatın ne olduğuna ilişkin üzerinde uzlaşılan bir tanım yapılamamıştır⁷. Böylece korunma altına alınmış ancak kapsamı ve tanımı net olarak çizilememiş bir hak söz konusu olmaktadır. Fakat bu durumun hakkın değişen zamana göre adapte olmasını sağlayan bir faydası vardır. Böylece bu hak yıllar içinde artan çok sayıda sorunu kapsamına alabilen ve korumasını diğer hakların alanına girmeyecek olan bir dizi menfaatle genişletebilen, ucu en açık haklardan biri olmuştur⁸.

⁵ Yüzer, D. (2013). 1982 Anayasası'nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Ankara: Yetkin Yay., s. 112.

⁶ Gavison, R. (1980). “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, V. 89, No. 3, s. 421, 422.

⁷ “Arthur Miller'e göre özel hayatın tanımını yapmak zordur. Çünkü özel hayatın tanımı insanı çileden çıkaracak şekilde belirsiz ve unutulmaya müsaittir. Hyman Gross'a göre ise özel hayat kavramı ölümcül belirsizliğe yakalanmıştır.” Solove, Daniel J. (2008). *Understanding Privacy*, London: Harvard University Press, s. 1; Salihpaşaoğlu, Y. (2013). s. 234; Diggelmann O., Cleis, M. N. (2014). “How the Right to Privacy Became a Human Right”, *Human Rights Law Review*, V. 14, No. 3, s. 442; Gomez-Arostegui H. T. (2005). “Defining Private Life Under The European Convention On Human Rights By Referring To Reasonable Expectations”, *California Western International Law Journal*, V. 35, No. 2, s. 154.

⁸ Bkz. Roagna, I. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Alkış Schaling, G. (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 9; “Bu durumun dezavantajı ise genel teorik bir bakışın eksikliğidir; bu durum içtihadın kaçınılmaz bir biçimde betimleyici ve muhtemel gelişimine dair öngörülerin riskli hale

Özel hayata ilişkin yaygın bir kavram bulunmamasına rağmen bu hak bizim demokrasi ve özgürlüklerimiz için gereklidir⁹. Bu sebeple özel hayat kavramına ilişkin bazı problemleri çözebilmek amacıyla hem yeni yasal düzenlemeler yapılmalı hem de hukuki yorumlar geliştirilmelidir. Aslında özel hayat kavramı hukuk sisteminde geniş bir yer kaplamakta fakat özel hayata ilişkin problemlerin çözümünde çok sayıda başarısızlık ve zorluktan dolayı muzdarip olunmaktadır¹⁰. Ayrıca özel hayatın gizliliğinin korunması, özellikle dijital gelişmelerin de etkisiyle bazen modern problem olarak anılsa dahi sosyal yaşam farklılıklarına rağmen tüm toplumlar için en önemli sorunlardan biridir. Özel yaşamın gizliliği hakkı, bazen Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nda olduğu gibi, anayasada özel yaşamın gizliliğine yer verilmeden evi kutsal mekân kabul eden bir anlayış kapsamında bazen de Türkiye'de olduğu gibi Anayasa'da açıkça düzenlenerek koruma altına alınabilir¹¹.

Özel hayat kavramı her ülkenin hukuk sistemine göre farklılık arz etmektedir. Örneğin ABD hukukunda yer alan *right to privacy* kavramı, Türk hukukunda özel yaşamın gizliliği ve korunması olarak tanımlanmaktadır. Her ne kadar anlam olarak birbirine benzese de iki hukuk sisteminin bu hak ile koruduğu menfaatler de değişmektedir. ABD Anayasa hukukunda *right to privacy* kavramı Türk Anayasa hukukundaki özel yaşamın gizliliği ve korunması kavramından daha geniş bir anlam ifade etmekte olup konut ve özel kâğıtların dokunulmazlığı, cinsel eylemler, aile ve karı kocanın hakları, doğum

gelmesine yol açmaktadır. Tek bir başvuruda ayrı ayrı birçok konu gündeme gelebildiği ve bunlardan bazılarının değerlendirilmesinde işin içine takdir alanı girebildiği için, belirli bir davanın sonucu bize o davanın olgularının ötesinde bir şey sunamamaktadır." Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Karan, U., Bingöllü Kılıcı, M. (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 368; Haliloğlu, N. B. (2019). "Yargılamaya ve Mahkumiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 2, s. 360.

⁹ Fakat yine de AİHM yıllardır özel hayata ilişkin bir içtihat geliştirmekte, bu içtihat bağlamında da Mahkeme son yıllarda daha fazla rehberlik sağlamaktadır. Hatta AİHM'in özel hayatı kavramsallaştırmak için genel (kapsamlı olmasa da) bir yaklaşım inşa ettiği söylenebilir. Özellikle Mahkeme özel hayata müdahalenin ne zaman geçerli olduğunu tespit etmek için "makul beklenti" kavramını kullanmaktadır. Bkz. Gomez-Arostegui H. T. (2005). s. 154.

¹⁰ Solove, D. J. (2008). s. 2.

¹¹ Yüksel, S. (2012). *Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale*, İstanbul: Beta Yay., s. 2.

kontrolü, kürtaj, yaşam destekleyici araçların çekilmesi gibi haklar *right to privacy* kapsamında koruma altına alınmıştır¹².

Özel hayat kavramını ilk defa bir hak olarak ele alan makale, ABD’de Samuel D. Warren-Louis D. Brandeis¹³ tarafından 1890 yılında yazılmış ve Harvard Law Review’de yayımlanmıştır¹⁴. Bahsi geçen makalenin yazılma sebebi fotoğrafçılık ve basının ortaya çıkması ve yaygınlaşmasıdır¹⁵. O dönemde, önceleri kameralar büyük, pahalı ve kolayca taşınabilir değilken 1884 yılına gelindiğinde Eastman Kodak Şirketi tarafından kolayca taşınabilen el kamerası üretilmiştir. Ayrıca yine aynı tarihlerde gazetecilik ve medya gelişmiş, günlük çıkarılan gazete sayısı arttığı gibi gazete okuyan sayısı da artmıştır. Bu artışın sebeplerinden biri olarak asparagas habercilik “*yellow journalism*”¹⁶ gösterilmiştir¹⁷. Aslında söz konusu makale aşağıda görüleceği üzere çalışmamızın konusu olan, kişinin kendi görüntüsü hakkı üzerindeki hakkıyla yakından ilişkilidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) kapsamında özel hayatın korunması hakkı, 8. maddede “özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı” başlığı altında düzenlenmiş olmasına rağmen bu maddeyle birbiri ile bağlantılı olan ‘özel yaşama saygı hakkı’, ‘aile yaşamına saygı hakkı’, ‘haberleşmeye saygı hakkı’ ve ‘konuta saygı hakkı’ olmak üzere dört hak güvence altına alınmıştır¹⁸. Korunan haklara ilişkin tanım madde metninde yer almamıştır. Bu maddenin kapsamı içtihatlarla belirlenmiş olup AİHS’in en geniş yorumlanan maddelerinden biridir¹⁹. Ayrıca Sözleşme’nin 8/2. maddesinde yer alan ifadeler devletin herkesin

¹² İnceoğlu, S. (1997-1998). “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 19, S. 20, s. 174.

¹³ Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde bu yazarlar “Warren-Brandeis” olarak ifade edilecektir.

¹⁴ Schabas, W. A. (2015). s. 358.

¹⁵ Solove, D. J. (2004). *The Digital Person Technology and Privacy in the Information Age*, New York: New York University Press, s. 57, 58; Salihpaşaoğlu, Y. (2013). s. 229; Yüksel, S. (2012). s. 7, 8.

¹⁶ Gazetede uçuk özellikli ve sansasyonel nitelikli haberleri kullanarak okuyucu kitlesini cezbedip ve tirajı artırmayı hedefleyen gazetecilik şeklidir., <https://www.britannica.com/topic/yellow-journalism> (Erişim Tarihi: 25/10/2020).

¹⁷ Solove, D. J. (2004). s. 57.

¹⁸ Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Konuta Saygı Hakkı, Haberleşmeye Saygı Hakkı.

¹⁹ Arslan Öncü, G. (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, içinde İnceoğlu S. (Der.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ss. 301-332), 3. Baskı, İstanbul: Beta Yay., s. 301.

özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine keyfî müdahalelerden kaçınması gerektiğini açıklığa kavuşturmaktadır. Buradaki keyfî müdahaleden kasıt devletin negatif yükümlülükleridir. Bu bağlamda AİHM, özel hayatın bu keyfî müdahalelerden korunmasını Sözleşme'nin 8. maddesinin “asli amacı” olarak tanımlamaktadır²⁰.

AİHM'e göre özel hayat, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü içermektedir. Sözleşme'nin 8. maddesi ile sağlanan garanti, temel olarak her bireyin diğer kişilerle olan ilişkilerinde, dıştan gelen bir müdahale olmaksızın, kişiliğinin gelişimini sağlama amacı gütmektedir²¹. Bundan dolayı kamusal bağlama karşın kişi ile diğerleri arasında özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek bir etkileşim bölgesi bulunmaktadır²². Ayrıca öğretide AİHM'in özel yaşama yönelik içtihadının iki yönde koruma sağladığı belirtilmektedir. İlk olarak kişinin kendi hayat olaylarını ve bilgilerini toplumdan gizli tutabilmesi yani özel hayatın gizliliğidir. İkinci olarak kişisel tercihlerini özgür olarak seçebilmesi yani kişisel özerkliktir. Bu kapsamda AİHM; manevi ve maddi bütünlük, kişisel kimlik, kişisel bilgi, cinsellik ve kişisel veya özel alan gibi kavramları hatta kişinin kendi algısını ve kimliğini ifade etmesini de 8. madde kapsamı içinde değerlendirmektedir²³.

Özel hayat kavramı; kişisel verileri, sırları, iletişimi (telekomünikasyon yoluyla iletişim), mahremiyeti, bireyin kendine ilişkin karar alabilme hakkını da kapsayan çok geniş bir kavramdır²⁴. Ayrıca Anglo Sakson hukuku açısından Ken Gormley'in özel yaşama ilişkin anlayışlarla ilgili genel olarak dört grup yaklaşımın olduğunu ortaya koyan çalışması önem arz etmektedir²⁵. Özel hayata ilişkin kavramlar genel olarak AİHM'in kararlarında belirlediği kavramlar olup Anglo Sakson

²⁰ Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2009). s. 368.

²¹ Botta/İtalya, B. No: 21439/93, 24/2/1998, § 32.

²² P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, B. No: 44787/98, 25/9/2001, § 56.

²³ Akyürek, G. (2013). *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Ankara: Seçkin Yay., s. 119.

²⁴ a.g.e. s. 51.

²⁵ Buna göre; “i) kişiliği esas alarak tek başına olabilmek ve kişinin kendi seçimlerini kendisinin belirleyebilmesi olarak gören; ii) kişinin kendi oluşturduğu düşünce ve davranışlarını özgürce oluşturması ve uygulaması –kişisel bağımsızlık- olarak kabul eden; iii) kişinin kendine ait bilgiyi ve böylece başkalarıyla olan ilişkisini de kontrol etme imkanı şeklinde gören ve son olarak da iv) gizliliği, kişinin başkalarından ayrı olabilmesini ve anonimliği de kapsayacak şekilde, kişinin başkalarının kendisine ne kadar ulaşmasını ve başkalarının ilgilerine ne kadar konu olmayı istediğini belirleyebilmesi –sınırlı ulaşım- olarak kabul eden yaklaşımlar olarak ifade edilebilir.” Yüksel, S. (2012). s. 29. Ayrıca bkz. Gormley, K. (1992). “One Hundred Years of Privacy”, *Wisconsin Law Review*, V. MCMXCII, s. 1335-1441.

yaklaşımları ile örtüşmektedir. Dolayısıyla bu iki hukuk sisteminin özel hayata bakışlarının genel hatlarıyla benzer olduğu söylenebilir.

Özel hayatın korunması bağlamında devletin de yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna göre devlet, kişilerin özel hayatlarına dair müdahalelerden kaçınacağı gibi kişilerin özel hayatlarının üçüncü kişiler tarafından ihlalini de önlemelidir²⁶. AİHM bazı kararlarında, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan mahremiyetin kamu görevlilerinin keyfî müdahalelerine karşı bireyi korumayı amaçladığını belirtmektedir. Yine AİHM; söz konusu maddenin sadece devletin bu tür müdahalelerde bulunmasından kaçınmasını sağlamayı amaçlamadığını, bununla birlikte maddenin bahsedilen temel negatif yükümlülüklerine ilaveten devletin özel hayata ve aile hayatına etkin bir saygının sağlanması amacıyla birtakım pozitif yükümlülüklerini de ihtiva ettiğini belirtmektedir²⁷. Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde özel hayata saygının güvence altına alınması amacıyla birtakım tedbirler alınmasını gerektirebilir²⁸. AİHM, yapmış olduğu incelemelerde devletin üzerine düşen bu yükümlülükleri yerine getirmesi için yasal düzenlemelere sahip olmasını aramaktadır²⁹.

Bu bağlamda özellikle günümüzde kişiye ait bilgilerin yayılmasında eskiden olduğu gibi dedikodu vs. gibi kişisel konuşmaların ötesinde, gelişen teknoloji ile birlikte kitle iletişim araçları, sosyal medya gibi elektronik veri tabanlı sistemler yaygın olarak kullanılmaktadır. Hakkımızda oldukça geniş bilgi toplanabilir ve bu bilgiler bizim hayatımızı derinden etkileyecek şekilde kullanılabilir. Fakat bizim hakkımızda toplanan bilginin kapsamı hakkında bilgimiz olmadığı gibi bu bilgilerin kullanılmasını engelleme gücümüz de yoktur³⁰. Bu sebeple devlet, pozitif yükümlülüğü kapsamında üçüncü kişilerin ele geçirdiği ve izinsiz olarak kullandığı özel hayata ilişkin bütün verilerin korunmasından da sorumludur.

²⁶ Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2009). s. 368.

²⁷ Schabas, W. A. (2015). s. 368.

²⁸ Bkz. *Verliere/İsviçre*, B. No: 41953/98, 28/6/2001.

²⁹ Schabas, W. A. (2015). s. 368.

³⁰ Solove, D. J. (2004). s. 2.

II. MAHREMİYET BAKIMINDAN GÖRÜNTÜ HAKKI

Özel hayatın gizliliğini koruma hakkı kapsamında olan mahremiyet kişinin kendi görüntüsünün kendisinden habersiz başka bir kişi tarafından kaydedilmesine, saklanmasına ve çoğaltılmasına karşı çıkma ve yayımlanmasını reddetme hakkını da içermektedir³¹. İlk olarak Warren-Brandeis ikilisinin yazmış olduğu “The Right to Privacy” (Mahremiyet Hakkı) isimli makalede kişilerin yalnız bırakılma hakkına sahip olduğu vurgulanmış ve kişiye özgü mahrem bir alanın olduğu ifade edilmiştir³². Buna göre yalnız bırakılma hakkı; saldırıya uğramama ya da sövülmeme hakkı, hapsedilmeme hakkı, kötü niyetli kovuşturulmama hakkı, iftiraya uğramama hakkı gibidir. Bu bağlamda var olan hukuk; bireylerin mahremiyetini medyanın, fotoğrafçının veyahut görüntüleri veya sesleri kaydetmeye yarayan modern cihazların sahiplerinin müdahalelerine karşı korumak için başvurulabilir bir prensip sağlamalıdır³³. Böylece 1890 yılında çıkarılan bir makale ile kişinin kendi görüntüsü üzerindeki hakkına değinilmiştir.

AİHM’e göre ise bireyin fotoğrafı, kişiliğinin kendine özgü özelliklerini ortaya çıkardığı ve kişiyi akranlarından ayırdığı için bireyin kişiliğinin başlıca özelliklerinden birini teşkil etmektedir. Böylece bir kişinin resminin korunması kişisel gelişimin en önemli bileşenlerinden biri olmaktadır. Bu bağlamda ifade hürriyeti kişinin fotoğrafının yayımlanmasını da içeriyor olmasına rağmen AİHM, özel hayat kapsamında başkalarının haklarının ve itibarının korunmasının fotoğraflar bakımından özel bir önem taşıdığını belirtmiştir. Çünkü fotoğraflar bir kişi veya onun ailesi hakkında çok kişisel hatta samimi bilgiler içerebilir³⁴.

AİHM’in kişinin görüntüsünün elde edilmesini veya yayımlanmasını özel hayatın korunması bağlamında değerlendirdiği yukarıda ifade edilmişti. AİHM eğer kişinin özel hayatına müdahalede bulunulduğuna

31 *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*, B. No: 1234/05, 15/1/2009, § 40.

32 Warren, S. D., Brandeis, L. D. (1890). “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, V. 4, No. 5, s. 205.

33 a.g.e. s. 206. Benzer şekilde AİHM de *Reklos ve Davourlis/Yunanistan* kararında kişinin resminin onun orijinalliğini ifade etmesi ve onu benzerlerinden farklılaştırması bakımından kişinin temel niteliklerinden biri olduğunu söylemiştir. Bu bağlamda AİHM’e göre kişinin resminin korunması hakkı bireysel gelişimin temel şartlarından birini oluşturmaktadır. *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*, § 40.

34 *Von Hannover/Almanya* (2), B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 103.

karar verirse incelemesini Sözleşme'nin 8/2. maddesinde yer alan sınırlama ve güvence ölçütlerine göre yapacaktır³⁵. İlk olarak yapılan müdahalenin kanunilik kriterini sağlayıp sağlamadığına bakılacaktır³⁶. İkinci olarak yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 8/2. maddesinde sıralanan meşru amaçlara uygun olarak yapılıp yapılmadığına bakılacaktır³⁷. Son olarak yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu incelenecektir³⁸. Bu çalışmada da AİHM'in hangi kriter üzerinden karar verdiği her başvuru bakımından açıklanmaya çalışılmıştır.

Ayrıca AİHM'in kararları incelendiğinde bu hak bağlamında herhangi bir ihlal kararı kapsamında üç temel argümana göre hareket edildiği görülecektir. İlk olarak hakkın öznesine göre bir değerlendirme yapılacaktır. Buna göre hakkın öznesinin politikacı ya da kamuoyunda şöhrete sahip kişiler mi yoksa sıradan vatandaşlar mı olup olmadığına bakılacaktır. İkinci olarak söz konusu görüntünün elde edilme ya da kullanılma amacına bakılarak kişinin mahremiyet hakkına bir müdahalede bulunulup bulunulmadığı değerlendirilmesi yapılacaktır. Son olarak AİHM tarafından mekânsal bir sınır belirlenmiş mi ona

³⁵ Eren, A. (2004). *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, İstanbul: Beta Yay., s. 188-208; Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2009). s. 369; Gedik, Ö. (2008). *Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Kitle İletişim Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yay., s. 104, 105.

³⁶ AİHM'e göre kanunilik kriterinin sağlanabilmesi için hem müdahalenin bir kanuni dayanağı olmalı hem de bu kanuni dayanak belli özellikler taşımalıdır. Yani kanun ulaşılabilir, öngörülebilir ve hukukun keyfi kullanımına karşı güvence içermelidir. Arslan Öncü, G. (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 154; Schabas, W. A. (2015). s. 403. "Ancak belirtelim ki, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda durum değişmektedir. Pozitif yükümlülüklerde yasal dayanak yoksunluğu doğrudan madde 8 ihlaline yol açmamaktadır." Arslan Öncü, G. (2019). s. 154. Ayrıca şunu da belirtmeliyiz ki AİHM'in kanun anlayışı Anayasa Mahkemesinin kanun anlayışından farklıdır. Buna göre Anayasa Mahkemesi hem şekli hem de maddi kanun anlayışını kabul ederken AİHM, maddi kanun anlayışını kabul etmekte; kararname, tüzük, yönetmelik ve yargı içtihadını da kanun olarak değerlendirmektedir. Bkz. *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No: 44774/98, 29/6/2004. Son olarak AİHM, özel hayata yapılan müdahalenin kanuni olmadığı kanaatine varırsa "meşru amaç" ve "demokratik bir toplumda gereklilik" kriterlerini uygulamadan AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verecektir. *Giorgi Nikolaishvili/Gürcistan*, B. No: 37048/04, 13/4/2009 § 129.

³⁷ AİHS'in 8/2. maddesine göre "ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" meşru amacıyla özel hayata müdahalede bulunulabilir. İtişgen, R. (2016). "Kişi Görüntü ve Fotoğraflarının Basında İzinsiz Kullanımının AİHM ve Yargıtay İçtihatları Açısından Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S 116, s. 30.

³⁸ Buna göre öncelikle müdahalenin gerekliliği üzerinde durulmakta, zorunlu bir toplumsal ihtiyaç baskısının bulunup bulunmadığına bakılmakta ve müdahalenin orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir. Eren A. (2004). 195; Arslan Öncü, G. (2019). s. 151.

bakılacaktır³⁹. Fakat şunu belirtmek gerek ki AİHM'in kullanmış olduğu bu argümanlar her olayın şartlarına göre değişebilmekte, Mahkeme bu argümanları her olay bakımından tek başına kullanabileceği gibi beraber de kullanabilmektedir.

A. HAKKIN ÖZNESİNE GÖRE DEĞERLENDİRME

Kişilerin görüntülerinin kendilerinden izinsiz olarak yayımlanması kişinin kamu figürü ve sıradan vatandaş olmasına göre farklılık arz etmektedir. Eğer görüntüsü izinsiz olarak yayımlanan kişi bir kamu figürü⁴⁰ ise bunların özel yaşamlarıyla ilgili bazı olaylar vatandaşların yararına olabilir. Ayrıca kamu figürü kişi politikacı ise bu durumda AİHS'in 10. maddesindeki ifade hakkının sınırı daha geniş tutulmakta, aynı zamanda seçmen de olan okuyucular için bu olayların öğrenilmesi meşru hâle gelmektedir⁴¹. Fakat şunu da belirtmek gerek ki AİHS'in 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğü hakkının tek taraflı yorumuyla, okuyucuların kamusal figürler hakkında her şeyi bilmeye hakları olduğu ileri sürülerek basın insanların mahremiyetine girmektedir⁴². Yani kamuya mal olmuş kişiler hakkındaki her türlü bilginin AİHS'in 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğü çerçevesinde korunmayacağı açıktır⁴³. Bu duruma en güzel örnek AİHM tarafından karara bağlanan *Von Hannover/Almanya* başvurusudur⁴⁴.

Başvurucu, Monako Prensi 3. Rainer'in büyük kızı olup 1957 doğumludur. Başvurucu, Prens Rainer ailesinin bir mensubu olarak "Prenses Grace Vakfı", "Monako Prensi Pierre Vakfı" gibi bazı yardım ve kültür amaçlı vakıfların başkanlığını yürütmekte ve ayrıca Kraliyet ailesini temsilen "Kızılhaç Balosu", "Uluslararası Sirk Festivali"nin açılışı gibi etkinliklere de katılmaktadır. Diğer taraftan başvuru, Monako

³⁹ Arslan Öncü, G. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta Yay., s. 182.

⁴⁰ "Kamusal figürler, kamusal görevleri ifa eden veya kamu kaynaklarını kullanan ve en geniş halinde de politika olsun, ekonomi olsun, sanat olsun, sosyal alan olsun, spor olsun veya herhangi bir başka alan olsun kamusal yaşamda rol oynayan bütün kişilerdir." Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı, Gemalmaz, H. B. (Çev.), içinde İçel, K., Ünver Y. (Der.) *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku* (137-140), Ankara: Seçkin Yay., s. 137-139, § 7.

⁴¹ Resolution 1165 (1998), "Right to privacy", adopted by the Parliamentary Assembly on 26 June 1998, (24th Sitting), § 9, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang%20=en> (Erişim Tarihi: 25/4/2021).

⁴² a.g.e. § 8.

⁴³ Arslan Öncü, G. (2011). s. 183.

⁴⁴ *Von Hannover/Almanya*, B. No: 59320/00, 24/6/2004.

devleti veya kurumları adına herhangi bir görev yerine getirmemektedir. Başvurucu, konutundan çıktığı andan itibaren gündelik hayatının tüm hareketlerini takip eden paparazziler tarafından sürekli olarak taciz edildiğini iddia etmiştir⁴⁵. Bu nedenle on yılı aşkın bir süredir, Alman yargısı önünde başarıya ulaşmaksızın özel hayatının korunması hakkını etkin kılmaya çalıştığını belirtmiştir. Kendisinden izinsiz olarak çekilen ve yayımlanan resimleri dolayısıyla AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğini fakat Alman makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedeğini ifade ederek AİHM'e başvurmuştur⁴⁶.

AİHM, bu başvuruda orantılılık değerlendirmesi yapmıştır. AİHM'e göre özel hayatın gizliliğinin korumasının, ifade özgürlüğüne karşı dengelenmesinde ağırlık unsuru yayımlanan fotoğraf ve makalelerin kamu menfaatine katkıda bulunması gerekliliğidir⁴⁷. Bu bağlamda mevcut başvuruda gazeteler tarafından yayımlanan fotoğraf ve makalelerin başvurunun herhangi bir resmî görevi olmaması ve özel hayatı ile ilgili olmaları nedeniyle bu tarz bir katkı sağlamadığı açıktır⁴⁸. Ayrıca başvurunun her zaman yalıtılmış olarak tanımlanmayacak mekânlarda bulunması ve herkes tarafından tanınması gerçeğine rağmen halkın başvurunun nerede olduğunu ve genel olarak özel hayatında nasıl davrandığını bilme hususunda yasal bir menfaatinin olmadığı açıktır⁴⁹. Netice itibarıyla AİHM, mevcut başvuru bakımından söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayımlanmasında, kamunun haber alma menfaati ve dergilerin de ticari bir menfaati bulunsa dahi, başvurunun özel hayatının etkin şekilde korunması hakkının diğer menfaatler karşısında üstün geldiğine ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁰.

1. Politikacılar ve Kamuoyunda Şöhrete Sahip Kişiler Bakımından

AİHM, kamuoyunda şöhrete sahip kişilerin resminin izinsiz olarak basımı ve dağıtımının sınırını sıradan kişilere göre daha geniş

⁴⁵ Başvurucuya göre paparazziler kendisini karşıdan karşıya geçerken, çocuklarını okuldan alırken, alışveriş yaparken, gezinti yaparken, sportif faaliyetleri esnasında ya da tatile çıkarken sürekli olarak taciz etmişlerdir. *Von Hannover/Almanya*, §§ 8-17.

⁴⁶ *Von Hannover/Almanya*, §§ 18-38.

⁴⁷ *Von Hannover/Almanya*, § 60.

⁴⁸ *Von Hannover/Almanya*, §§ 62-64.

⁴⁹ *Von Hannover/Almanya*, § 65.

⁵⁰ *Von Hannover/Almanya*, §§ 77-81.

değerlendirmiştir. AİHM, ünlü kişilere dair verdiği kararlarında bu değerlendirmeyi yapmıştır. Fakat her ne kadar Mahkeme tarafından topluma mal olmuş ünlü kişilerin bu haklarına yapılan müdahaleler geniş bir şekilde yorumlansa da tanınmış bir bireyin özel hayatına saygı duyulması talebinde bulunma hakkının olduğu hatırlatılmaktadır⁵¹. Bu bağlamda tanınmış bir kişinin belli durumlarda özel hayatının korunması ve özel hayatına saygı duyulması konusunda “makul bir beklenti”ye sahip olduğu ileri sürebilir⁵².

AİHM’in tanınmış kişilerin görüntülerinin kullanılmasına dair vermiş olduğu kararlarına baktığımızda Mahkemenin Sözleşme’nin 8. maddesi ile 10. maddesi arasında bir orantılılık değerlendirmesi yaparak karar verdiğini görmekteyiz. AİHM’in Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine dair vermiş olduğu *Hachette Filipacchi Associés/Fransa* kararı bu durumun güzel örneklerinden biridir⁵³. Başvuruda, başvuru Paris Match isimli haftalık dergi tarafından “Öldürülen Cumhuriyet” isimli iki sayfalık bir yazı yayımlanmıştır. Söz konusu yazı, 6/2/1998 tarihinde öldürülen Fransız yönetici Claude Erignac ile ilgili olup cinayetten bir hafta sonra yayımlanmıştır. Makalede Erignac’ın cinayetten sonra çekilen ve yerde kanlar içinde yatan cesedinin olduğu fotoğraflar kullanılmıştır. Ayrıca söz konusu fotoğraflar da renkli olup Erignac’ın yüzü kısmen gözükmektedir⁵⁴. Bu yayınlara karşı Erignac’ın eşi ve çocukları yerel mahkemeye ivedi başvuruda bulunmuş; söz konusu fotoğrafı (Paris-Match dâhil) içeren dergilerin tüm kopyalarının toplatılmasını ve dergilerin satışının para cezası verilerek yasaklanmasını talep etmişlerdir⁵⁵. Yerel mahkeme vermiş olduğu kararda, söz konusu

⁵¹ *Minelli/İsviçre*, B. No: 14991/02, 14/6/2005.

⁵² *Von Hannover/Almanya* (2), § 97; *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue/Belçika*, B. No: 64772/01, 09/11/2006, § 78; *Hachette Filipacchi Associés (ICIPARIS)/Fransa*, B. No:12268/03, 23/7/2009, § 53. Aşağıda mekâna göre değerlendirme başlığı altında makul beklenti kavramı AİHM kararları bağlamında daha geniş bir şekilde değerlendirilecektir.

⁵³ *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*.

⁵⁴ Ayrıca Birçok basın yayın kuruluşunda buna benzer fotoğraflar kullanılmıştır. *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, §§ 6-9.

⁵⁵ *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, § 10. Yerel yargı makamları önünde Erignac’ın ailesi, Erignac’ın cansız bedeninin fotoğrafının yayımlanma amacının hiçbir şekilde kamuoyunu bilgilendirmek olmadığını ifade etmiş, bu yayınların tamamen ticari olduğunu ve özel yaşamlarına saygı haklarının dayanılmaz bir şekilde ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Fotoğrafları yayımlayan şirketler ise fotoğrafı yayımlanan kişinin bir kamu görevlisi olduğu ve görevini sürdürdüğü esnada kamuya açık bir alanda öldürüldüğünü ifade ederek ceset fotoğraflarının yayımlanmasının özel hayata saygı hakkı bakımından ihlal oluşturmadığını ifade etmiş ve acil başvuru hâkiminin müdahalesinin açıkça hukuka aykırı bir ihlal olduğunu

derginin fotoğrafın Erignac'ın ailesinin izni olmadan basıldığına dair bir yazı yayımlamasını istemiş ve derginin bu karara uymadığı takdirde para cezasına çarptırılacağına hükmetmiştir⁵⁶. Başvurucu bu kararı temyiz etmiş fakat temyiz makamı yayımlanacak olan metinde küçük değişiklikler yaparak kararı onamıştır⁵⁷. Bunun üzerine başvuru, Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddiası ile AİHM'e başvuru yapmıştır.

AİHM, demokratik toplum düzeninde gereklilik incelemesi yapmış ve AİHS'in 8. maddesi ile 10. maddesi arasında orantılılık testi uygulamıştır. İlk olarak genel ilkeleri tekrarlayan AİHM basın "görev ve sorumlulukları" olduğunu ifade etmiş ve kamu yararı olan tüm konularda bilgi vermenin basının görevi olduğunu söylemiştir. Basının bu tür bilgi ve fikirleri aktarma görevinin yanında halkın bunları alma hakkı da olduğuna dair genel ilkeyi hatırlatmıştır⁵⁸. İfade hürriyetinden faydalanan kişiler, ifade hürriyetinin kapsamı ve kullandığı teknik araçlara bağlı olan "görev ve sorumlulukları" üstlenirler. Bu bağlamda müdahalenin orantınlığı düşünüldüğünde bu araçların potansiyel etkisi dikkate alınmalıdır. Netice itibarıyla AİHS'in 10. maddesinin gazetecilere sağladığı güvence, ancak bu "görev ve sorumluluklar" kapsamında gazetecilik etiğine uygun ve güvenilir bilgi vermeleri koşuluna tabidir. Diğer taraftan AİHM, fotoğraflar yayımlandığında diğer kişilerin hak ve itibarlarının korunmasının önemli olduğunu söylemiştir. Özellikle bu durumun bir kişinin kendisi ya da ailesi hakkında kişisel veya samimi bilgi içeren fotoğrafının geniş ölçekli bir şekilde yayımlandığında önem arz ettiğini belirtmiştir. Buna göre AİHM, özel hayat ve ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını gözeterek bir orantılılık değerlendirilmesi yapacağını belirtmiştir⁵⁹.

Mahkeme, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda yapmış olduğu değerlendirmede, ilk olarak söz konusu fotoğrafların Erignac'ın

iddia etmişlerdir. Dahası söz konusu resimlerin ulusal bir trajedi anlamına gelen siyasi ve adli bir olay bağlamında yayımlanmış olduğunu ifade etmişlerdir. Ayrıca resmin kamuya ait olanlar da dâhil olmak üzere çok sayıda diğer basın ajansları ve televizyon kanalları tarafından yayımlandığını ve dağıtıldığını söylemişlerdir. *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, §§ 11, 12.

⁵⁶ *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, §§ 13-15.

⁵⁷ *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, §§ 16, 17.

⁵⁸ *Colombani ve Diğerleri/Fransa*, B. No: 51279/99, 25/7/2002, § 55; *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, § 41.

⁵⁹ *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, §§ 42-45.

ölümünden on dört, defnedilmesinden on gün sonra yayımlandığını ve kurbanın ailesi tarafından hissedilen kederin şiddetli ve travmatik olduğunu belirtmiş; bu sebeple gazetecilerin ihtiyatlı olmaları ve bu duruma dikkat etmeleri gerektiğini söylemiştir. Sonrasında AİHM, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin ağırlığını değerlendirmiştir. AİHM, ilk olarak yerel mahkeme kararı bağlamında bir değerlendirme yaparak Erignac'ın ailesinin söz konusu dergilerin nüshasının toplatılması talebini, yerel mahkemenin ifade hürriyetine orantısız bir yük yükleyeceği sebebiyle reddettiğini ve sadece söz konusu fotoğrafların izinsiz yayımlandığına ilişkin bir açıklama yapılmasına karar verdiğini belirtmiştir. Yine AİHM'e göre başvurunun temyiz talebi yerel temyiz makamı tarafından değerlendirilmiş ve söz konusu metinde değişiklikler yapılarak başvurunun ifade hürriyetine yüklenen yük hafifletilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle AİHM'e göre Fransız Mahkemeleri, başvurunun ifade hürriyetini Medeni Kanun'un 9/2. maddesi açısından en az şekilde kısıtlamaya ve ifade hürriyeti ile özel hayatın korunması arasında bir denge kurmaya çalışmışlardır. Netice itibarıyla AİHM, ifade hürriyetine getirilen sınırlamanın orantısız olmadığına ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁶⁰.

Kamuoyunda tanınmış kişilerin fotoğraflarının yayımlanması durumunda AİHM orantılılık değerlendirmesi yapmaktadır. AİHM, bu değerlendirmeyi Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunan kişinin itibarı ile 10. madde kapsamında korunan ifade hürriyeti arasındaki kriterleri dikkate alarak yapmaktadır⁶¹. Bu bağlamda AİHM, altı tane kriter belirlemiştir. İlk olarak fotoğrafın veya yazının genel yararı ilgilendiren bir tartışmaya katkı sunup sunmadığına bakmaktadır⁶². İkinci olarak resmi yayımlanan kişinin ne kadar tanındığını ve haberin konusunun ne olduğunu incelemektedir. Buna göre özel kişiler ve kamusal bağlamda hareket eden kişiler arasında bir ayırım yapılmalıdır. Kamuoyu tarafından bilinmeyen özel kişi, özel yaşam hakkının özellikle korunduğunu iddia edebilmesine rağmen kamuoyunda

⁶⁰ *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, §§ 60-64.

⁶¹ *Axel Springer AG/Almanya*, B. No: 39954/08, 7/2/2012, §§ 89-95.

⁶² *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue/Belçika*, §§ 68; *Standard Verlags GmbH/Avusturya* (2), B. No: 21277/05, 4/7/2009, § 46. Buna göre genel yararı meydana getiren şeyin tanımı her başvurunun durumuna göre değişecektir. Yine de AİHM genel olarak yayınlar yönünden sadece siyasal suç ve meseleler bakımından değil ayrıca sporla ve sanatçılarla ilgili konularda kamu yararının olduğunu kabul etmektedir. *White/İsveç*, B. No: 42435/02, 19/9/2006, § 29.

tanınırlığa sahip olan kişiler benzer bir iddiada bulunamamaktadır⁶³. Üçüncü olarak AİHM karar verirken fotoğrafı yayımlanan kişinin söz konusu fotoğraflarının daha önce yayımlanıp yayımlanmadığını incelemektedir⁶⁴. Dördüncü olarak görüntü ya da bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğuna ilişkin bir inceleme yapmaktadır. Mahkeme, gazetecilerin Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı güvenceden faydalanabilmeleri için gazetecilik etiğine uygun olarak kamu yararını ilgilendiren konularda, iyi niyet ve doğru olguyla hareket etmeleri ve ayrıca "güvenilir ve kesin" bilgi sunmaları şartını aramaktadır⁶⁵. Beşinci olarak kişinin fotoğrafının yer aldığı yayının içeriği, biçimi ve sonuçları bakımından bir değerlendirme yapmaktadır⁶⁶. Son olarak öngörülen yaptırımın ağırlığına göre bir değerlendirme yapmaktadır. Yani ifade hürriyetine yapılan müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken uygulanan yaptırımın niteliği ve ağırlığı hesaba katılmaktadır⁶⁷.

AİHM'in yukarıda geçen içtihadı doğrultusunda değerlendirdiği kararlardan biri de *Wolfgang Schüssell/Avusturya* başvurusudur. Söz konusu kararda Mahkeme benzer içtihadı uygulayarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Buna göre siyasetçi olan başvuru sahibi kendi yüzünün yarısının resmini gösteren, Avusturya Özgürlük Partisinin lideri olan Haider'in yüzüyle örtüşen ve "Sosyal Güvenlik İşkencecileri ve Eğitim Hırsızları Aynı Yüzü Paylaşıyor" sloganını taşıyan etiketlerin kullanımı hakkında şikâyetçi olmuştur⁶⁸. Fakat iç hukukta başvuru sahibinin özel hayatın korunması hakkının ihlal edilmediğine dair karar verilmiştir. Sonrasında ise AİHM'e başvuru yapılmıştır. Mahkeme, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak kabul edilemez olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, Avusturya Yüksek Mahkemesinin açık siyasi bir tartışmada başvuranın fotoğrafının yayımlanmasının önlenmesine ilişkin çıkarına karşı genel çıkar arasındaki dengeyi Sözleşme'nin 10. maddesi (ifade özgürlüğü) uyarınca doğru bir şekilde kurduğuna hükmetmiştir.

⁶³ *Axel Springer AG/Almanya*, § 91.

⁶⁴ *Sapan/Türkiye*, B. No: 44102/04, 8/6/2010, § 34. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki kişinin hakkında daha önce benzer bir yazı yayılması ya da aynı fotoğraflarının yayımlanması o kişinin AİHM'in tüm koruma kapsamı dışına çıkarılmasına sebep olamaz. *Egeland ve Hanseid/Norveç*, B. No: 34438/04, 16/7/2009, § 62.

⁶⁵ *Fressoz and Roire/Fransa*, B. No: 29183/95, 21/1/1999, § 54; *Stoll/İsviçre*, B. No: 69698/01, 10/12/2007, § 03.

⁶⁶ *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*, § 42; *Jokitaipale ve Diğerleri/Finlandiya*, B. No: 43349/05, 6/7/2010, § 68.

⁶⁷ *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka*, B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 78.

⁶⁸ *Wolfgang Schüssell/Avusturya*, B. No: 42409/98, 21/2/2002.

Çünkü politikacılar için kabul edilebilir eleştirinin limitleri sıradan kişilerinkinden daha geniş yorumlanır⁶⁹.

AİHM, başka bir kararında ise orantılılık değerlendirmesi yaparak daha önceden yayımlanmış olan resimlerin kişinin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. AİHM'e göre başvuruya konu olan görüntüler, hilekâr bir yolla veya gizlice elde edilen diğer başvurulardan veyahut özel hayatın en mahrem yerlerini gözler önüne seren yayınlardan farklılık göstermektedir. Dahası Mahkeme, başvurucunun yerel mahkemelere yapmış olduğu toplatılma kararının kaldırılması talebinin her seferinde herhangi bir gerekçe olmaksızın reddedildiğini not etmiştir. Bu bağlamda AİHM, ifade hürriyeti ile özel yaşamın korunması hakkı arasında bir orantılık testi uygulamış ve ifade hürriyetine yüklenen yükün daha ağır olduğu kanaatine vararak AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁰.

2. Sıradan Vatandaşlar Bakımından

Görüntü hakkına ilişkin olarak AİHM'in vermiş olduğu kararlara bakıldığında 2009 yılına kadar kişinin görüntü hakkı, resimlerin basında yayımlanması bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Ancak Mahkemeye yapılan sonraki başvurular incelendiğinde, bir kişinin görüntüsünün 'ifşa edilmesi' kavramının önemli ölçüde genişlediği görülmektedir⁷¹.

Özellikle günümüzde milyonlarca birey yaşamları ve çevreleriyle ilgili bilgileri sosyal medya aracılığıyla sınırsız sayıda insanla paylaşmaya çalışmaktadır. Bununla birlikte bir zamanlar fotoğraf çekilme, bir planlama ve fotoğrafı çekilen kişinin zımni rızasına bağlı bir eylemken günümüzde görüntü alan araçların çoğalması ile fotoğrafın çekimi ve paylaşımı esasen kontrol edilemez hâle gelmiştir. Daha önceleri bireyin özel alanına yapılan müdahalelerin istisnai ve nadir görüldüğü yerlerde teknolojinin gelişimi ile birlikte bu müdahaleler yaygın ve sıradan hâle gelmiştir. Eskiden⁷² kişinin özel hayatı için hassas kabul edilen şeyler günümüzde önemsiz olarak gözükmektedir⁷³.

⁶⁹ Wolfgang Schüssell/Avusturya.

⁷⁰ Sapan/Türkiye, §§ 39-42.

⁷¹ Roagna, I. (2012). s. 18.

⁷² Bu cümlede geçen "eskiden" terimi, Schabas tarafından çeşitli şekillerde veri toplama ve aktarmanın gelişmesinden önceki durumu tanımlanmak için kullanılmıştır. Schabas, W. A. (2015). s. 358, 359.

⁷³ a.g.e. s. 359.

Bütün bunlara rağmen AİHM kişinin görüntü hakkının korunması bağlamında özel hayata ilişkin önemli kararlar vermekte, bireyin dokunulmaz alanının sınırını çizmektedir. AİHM vermiş olduğu bir kararda kişinin görüntüsünün değerini ortaya koyarak temel bir içtihat oluşturmuştur. Bu karara göre kişinin fotoğrafı herhangi bir şekilde ifşa edilmemiş olsa bile kişinin kendisinden ya da ailesinden izinsiz olarak resminin çekilmesi AİHM tarafından özel hayatın ihlali olarak değerlendirilmiştir⁷⁴.

Mahkeme, *Reklos ve Davourlis/Yunanistan* kararında kişinin resminin herhangi bir yerde yayımlanmamış olmasına rağmen kişinin özel hayatının ihlal edildiğine dair karar vermiş ve resmin kişinin özel hayatındaki yerine değinmiştir. Başvurucular, 31/3/1997 tarihinde özel bir klinikte dünyaya gelen Anastasios Reklos'un anne ve babasıdır. Söz konusu olayda bebek dünyaya gelir gelmez klinik çalışanları tarafından sadece doktor ve hemşirelerin girebildiği steril ortama alınmıştır. 1/4/1997 tarihinde ise kliniğin çocuklar için özel olarak düzenlediği steril ortama bir profesyonel fotoğrafçının girmesine ve bebeğin yüz hattını kapsayacak şekilde fotoğraf çekilmesine izin verilmiştir. Başvurucular, sadece klinik çalışanlarının girebildiği steril ortama fotoğrafçının kendilerinden izinsiz olarak girip çocuklarının fotoğrafını çekmesine ilişkin olarak klinik yönetimine şikâyetle bulunmuştur. Fakat klinik yönetimi bu duruma kayıtsız kalmış ve ellerinde fotoğraf negatiflerinin bulunduğunu inkâr etmişlerdir. Başvurucular bunun üzerine çocuklarının kişilik hakkının ihlal edildiği iddiası ile tazminat davası açmıştır⁷⁵. Fakat açtıkları bu dava hem ilk derece mahkemesi hem de yüksek mahkeme tarafından reddedilmiştir. Başvurucular bunun üzerine AİHM'e başvuruda bulunmuşlardır.

AİHM'in önüne gelen başvuruda; hükûmet, fotoğrafçı tarafından çekilen fotoğrafın herhangi bir yerde yayımlanmak amacıyla çekilmediğini, fotoğrafçının amacının sadece yeni doğan bebeğin fotoğrafını çekerek ailesine satmak olduğunu belirtmiş ve bu bağlamda Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata herhangi bir müdahale olmadığını iddia etmiştir⁷⁶. Başvurucular ise yerel yargılama makamlarının olaya yaklaşımının çocuklarının özel hayatının

⁷⁴ *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*.

⁷⁵ *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*, §§ 6, 7, 8, 9.

⁷⁶ *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*, §§ 30, 31.

korunmasını tehlikeye düşürdüğünü belirtmişlerdir⁷⁷. Bu bağlamda da özel hayatın ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

AIHM, kararında ilk olarak özel hayat ve aile hayatının korunması bağlamında devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin olduğunu belirtmektedir. Sonrasında Mahkeme, hükûmetin fotoğrafın yayımlanmadığı iddiasını değerlendirerek her ne kadar fotoğrafın yayımlanmadığı iddia edilse de başvuruçuların evlatlarının özel yaşantısına bir müdahale olduğunu ifade etmiştir. Çünkü kişinin resmi, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kişinin benzersizliğini ortaya çıkaran ana özelliklerinden birini oluşturur. Böylece kişinin resminin korunması hakkı kişisel gelişimin en önemli bileşenlerinden biri olmakla beraber resmin kullanımı üzerinde kontrolü de öngörmektedir. Mahkemenin önüne gelen çoğu olayda resim üzerindeki kontrol hakkı kişinin kendi resminin yayımlanmasını reddetme hakkını içerirken ayrıca bu kontrol hakkı resmin başka bir kişi tarafından kaydedilmesine, saklanmasına ve çoğaltılmasına karşı çıkma hakkını da içermektedir⁷⁸. Sonuç olarak Mahkeme, steril ortamda bulunan bebeğin fotoğrafının çekilirken hem klinik yetkililerinin hem de fotoğrafçının başvuruçulardan izin almadığını belirterek başvuruçuların evlatlarının kamusal ya da haber değeri olan kimse olmadığını, aksine reşit olmayan ve resimlerini koruma hakkının ailesi tarafından denetlenen kimse olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca başvuruçular negatiflerin kendilerine verilmesini rica etmelerine rağmen fotoğrafçı elinde bulunan fotoğraf negatiflerini başvuruçulara iade etmemiştir. Bu bağlamda fotoğrafçının elinde bulunan negatifleri, sonradan başvuruçuların istekleri dışında kullanma ihtimali de bulunmaktadır. Tüm bu sebeplerle başvuruçuların evlatlarının özel hayatına yüklenen yük ağırlaşmaktayken Yunanistan mahkemelerinin özel hayatın korunması hakkını yeterince sağlayamadıkları açıktır⁷⁹. Bu sebeple AIHS'in 8. maddesinin ihlal edildiği kararına varılmıştır.

Sıradan vatandaşların görüntü hakkı bakımından bakılacak diğer bir husus fotoğrafın yayımlanıp yayımlanmaması bakımından önem arz etmektedir. Yukarıda şöhrete sahip kişilerin fotoğraflarının yayımlanması bakımından yapılan değerlendirmede ifade edildiği üzere

⁷⁷ *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*, § 32.

⁷⁸ *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*, § 40.

⁷⁹ *Reklos ve Davourlis/Yunanistan*, §§ 41, 42, 43.

sıradan vatandaşlar fotoğraflarının basın aracılığıyla kamuya servis edilmesi durumunda şöhrete sahip kişilere nazaran (AİHS'in 8. maddesi kapsamında) daha sıkı bir korumaya sahiptir. Bu bağlamda AİHM'in *Peck/Birleşik Krallık* başvurusunda kişinin görüntüsünün basına servis edilmesinden dolayı özel hayatın ihlal edildiğine dair vermiş olduğu karar güzel bir örnek teşkil etmektedir. Buna göre başvuru, 1995 yılının Ağustos ayında ailesel ve kişisel durumundan kaynaklı olarak depresyona girmiştir. 20/8/1995 tarihinde 11.30 civarında Brentwood'un merkezi olan High Street'te başvuru elinde mutfak bıçağıyla tek başına bir kavşağa doğru yürürken Belediye tarafından sokağa yerleştirilen kapalı devre kameranın (CCTV) kayıt alanına girmiştir⁸⁰. 14/9/1995'e gelindiğinde Belediye Meclisi, CCTV görüntülerinin yayımlanması kararı almıştır. Bu kapsamda görüntüleri hem kendi yayımlamış hem de başka basın kuruluşları ile paylaşmıştır⁸¹. Daha sonra bahsi geçen görüntüler ulusal yayın kuruluşlarında da yayımlanmıştır. Bunun üzerine başvuru görüntülerinin kullanılması sebebiyle özel hayatının ihlal edildiği iddiasıyla dava açmış fakat İngiltere yargı sistemi başvurusunun bu iddiasını reddetmiştir. Başvuru bunun üzerine AİHM'e başvurmuştur.

AİHM, mevcut başvuru bakımından, başvurusunun görüntülerinin yayımlanması sebebiyle özel hayatına yapılan müdahale ile devletin suçu tespit etme ve önleme görevi arasında bir orantılık değerlendirmesi yapmıştır⁸². AİHM, ilk olarak başvuranın herhangi bir suçtan dolayı hüküm giymesi bir yana, herhangi bir suçla suçlanmadığını belirtmiştir⁸³. Sonrasında AİHM, başvuranın özel hayatına yüklenen yükün orantılı

⁸⁰ Söz konusu kayıta başvurusunun sadece elinde bıçakla kavşakta beklediği görülmekte fakat bileklerini keserek intihar etmeye çalıştığı görülmemektedir. CCTV operatörü elinde bıçakla görülen kişiyi polise ihbar etmiştir. Polis olay yerine gelerek başvurusunun elindeki bıçağı almış, sonrasında ise başvurusunun yaraları tedavi edilerek başvuru Ruh Sağlığı Kanunu'na göre gözaltına alınmıştır. *Peck/Birleşik Krallık*, B. No: 44647/98, 28/1/2003, §§ 9, 10.

⁸¹ İlk görüntüler 9/10/1995 tarihinde Belediye Meclisi tarafından yayımlanmıştır. Bu görüntülerde başvurusunun iki tane resmi kullanılarak "CCTV ve polisin iş birliği ile potansiyel olarak tehlikeli bir durum engellendi." diye yayın yapılmıştır. Söz konusu görüntülerde başvurusunun yüzü maskelenmeden yayımlanmıştır. *Peck/Birleşik Krallık*, § 13.

⁸² *Peck/Birleşik Krallık*, § 79. Ayrıca mevcut başvuru bakımından AİHM, ilk olarak AİHS'in 8. maddesi bağlamında özel hayata yapılan müdahalenin kanuniliği ve meşru amacı sağlayıp sağlamadığını incelemiştir. AİHM'e göre kişinin görüntüsünün yayımlanmasının; öngörülebilir kanuni dayanağı ve kamu güvenliği, suçun önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması meşru amacı vardır. *Peck/Birleşik Krallık*, § 67.

⁸³ *Peck/Birleşik Krallık*, § 79. Bu sebeple AİHM değerlendirmesini, bir suçun işlendiği esnada çekilen görüntülerin yayımlanması açısından değil başvurusunun konusu bakımından sıradan bir kişinin görüntülerinin yayımlanması açısından yapmıştır.

olabilmesi için kullanılabilecek alternatif araçların neler olabileceğini üç başlık altında sıralamıştır⁸⁴. İlk seçenek, kişinin görüntüsünün yayımlanmasından önce rızasının alınmasıdır⁸⁵. İkinci seçenek, kişinin görüntüsü yayımlanırken yüzünün maskelenmesidir⁸⁶. Üçüncü seçenek ise Belediye Meclisinin, görüntüleri paylaştığı yayın organlarından, görüntüsü servis edilen kişinin kimliğinin gizli kalması (yüzünün maskelenmesi veya kişiyi tanımlayan diğer bilgilerin gizlenmesi) yönünde yazılı bir taahhüt almasıdır⁸⁷. Ancak Belediye Meclisi bu önlemlerden hiçbirini almamıştır. Ayrıca AİHM'e göre başvurunun daha sonra gönüllü olarak medya organlarında görünmesi, özel hayatına yapılan müdahalenin ciddiyetini azaltmamaktadır⁸⁸. Netice itibarıyla AİHM, etkili bir şekilde suçun tespiti ve önlenmesi amacıyla CCTV kayıtlarının hiçbir önlem alınmadan yayımlanması sebebiyle AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiği kararına varmıştır. Ayrıca başvuru, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenmiş olan etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, yapmış olduğu inceleme neticesinde iç hukukta etkili bir başvuru yolu olmadığından Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸⁹.

⁸⁴ *Peck/Birleşik Krallık*, § 80.

⁸⁵ *Peck/Birleşik Krallık*, § 81.

⁸⁶ *Peck/Birleşik Krallık*, § 82.

⁸⁷ *Peck/Birleşik Krallık*, § 83.

⁸⁸ *Peck/Birleşik Krallık*, § 86.

⁸⁹ Bu bağlamda AİHM, başvurunun esas bakımından iç hukukta etkili bir başvuru yolunun olup olmadığını dört başlık altında incelemiştir. İlk olarak mevcut başvuru bağlamında mahremiyet için yasal koruma rejiminin olup olmadığını incelemiş ve 1998 İnsan Hakları Kanunu'nun Ekim 2000'e kadar yürürlüğe girmediğini belirtmiştir. *Peck/Birleşik Krallık*, § 103. İkinci olarak AİHM, iç hukuktaki yargısal denetimin etkililiği bakımından bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre İngiliz Yüksek Mahkemesi, ihtilaf konusu görüntülerin yayımlanmasının hukuka aykırılık eşliğini yüksek tutarak başvuranın hakkına yapılan müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca cevap verip vermediği veya güdülen amaçlarla orantılı olup olmadığına ilişkin etkili bir değerlendirme yapmamıştır. Oysa bu değerlendirmeler AİHM'in Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapmış olduğu incelemelerin merkezinde yer almaktadır. *Peck/Birleşik Krallık*, § 106. Bu yüzden iç hukuktaki yargısal denetim, başvurunun özel hayatına saygı hakkının ihlali bakımından yeterli bir hukuksal koruma sağlamamıştır. *Peck/Birleşik Krallık*, § 107. Üçüncü olarak AİHM, medya komisyonları bakımından değerlendirme yapmış ve bu komisyonların başvurana tazminat ödenmesine karar verme yetkilerinin olmadığını belirterek etkili bir hukuksal koruma sağlamadıklarını belirtmiştir. *Peck/Birleşik Krallık*, § 109. Son olarak AİHM'e göre hükümet başvurunun mahremiyetinin ihlal edilmesi sebebiyle dava edilebilir etkili bir hukuk yoluna sahip değildir. *Peck/Birleşik Krallık*, § 111.

B. KONUYA GÖRE DEĞERLENDİRME

Bir kişinin görüntüsünün çekilmesi, elde edilmesi, yayımlanması vs. birçok sebepten olabilmektedir. Bu sebeplerden bazıları hukuka uygunluk olarak tanımlanabilir. Yani olayın konusuna göre kişinin görüntüsünün kendisinden habersiz olarak elde edilmesi veya yayımlanmış olması özel hayatın gizliliğinin korunmasını ihlal etmeyecektir. Bu sebeplerin en başında görüntünün bir mahkemede kullanılması gelmektedir.

AİHM'in *De La Flor Cabrera/İspanya*⁹⁰ başvurusunda vermiş olduğu karar bu durumun güzel örneklerinden bir tanesidir. AİHM kararına konu olayda başvuru bisikleti ile giderken bir otomobilin kendisine çarpması üzerine post travmatik nevroza yakalandığı ve bunun sonucu olarak da trafiğe çıkmadığı iddiasıyla sürücü ve sigorta şirketi aleyhine dava açmıştır⁹¹. Sigorta şirketi ise başvurunun günlük yaşamından görüntüleri içeren bir video kaydını mahkemeye delil olarak sunmuştur. Bir dedektif tarafından çekilen bu görüntülerde davacının mobilet kullandığı belirlenmiştir⁹². Bu sebeple ilk derece mahkemesi başvurunun istediği tazminat miktarından daha az bir tazminata karar vermiştir⁹³. Sevilla Eyalet Mahkemesi de söz konusu kararı onamıştır. Son olarak Temyiz Mahkemesi başvurunun başvurusunu kabul edilemez bulmuştur⁹⁴. Başvuru ayrıca yerel mahkemede kullanılan bu görüntüler nedeniyle özel hayatı ihlal edildiği için sigorta şirketi aleyhine tazminat davası açmış ve söz konusu görüntü kayıtlarının kendisine iade edilmesini istemiştir⁹⁵. Fakat başvurunun tazminat ve kayıtların kendisine verilmesi isteği yerel mahkemeler tarafından reddedilmiştir. Ayrıca başvurunun temyiz talebi ve daha sonra Anayasa Mahkemesine yapmış olduğu *amparo* başvurusu da reddedilmiştir⁹⁶. Bunun üzerine

⁹⁰ *De la Flor Cabrera/İspanya*, B. No: 10764/09, 27/5/2014.

⁹¹ *De la Flor Cabrera/İspanya*, § 5.

⁹² *De la Flor Cabrera/İspanya*, § 6.

⁹³ *De la Flor Cabrera/İspanya*, § 7.

⁹⁴ *De la Flor Cabrera/İspanya*, §§ 8, 9.

⁹⁵ Yerel mahkeme yapmış olduğu yargılama neticesinde Medeni Usul Kanunu'nun özel dedektifler kullanılarak yapılan raporlandırmanın yanı sıra elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılmasına izin verdiğini belirtmiştir. Buna ek olarak mahkeme başvurunun görüntülerinin kamusal alanda günlük faaliyetlerini gerçekleştirirken elde edildiğini ve herhangi bir şekilde kamuoyuyla paylaşılmayıp sadece mahkemede delil olarak kullanıldığını ifade etmiştir. *De la Flor Cabrera/İspanya*, §§ 11-15.

⁹⁶ *De la Flor Cabrera/İspanya*, §§ 11-15.

başvurucu, görüntü hakkı kapsamında özel hayatının ihlal edildiği iddiası ile AİHM'e başvurmuştur⁹⁷.

AİHM, kişinin görüntü hakkına ilişkin olarak genel ilkeleri belirttikten sonra mevcut olay bakımından bir değerlendirme yapmıştır. AİHM, söz konusu başvuruda özel hayat ve adil yargılanma hakkının silahların eşitliği ilkesi⁹⁸ arasında bir orantılılık değerlendirmesi yaparak kararını vermiştir⁹⁹. Bu bağlamda AİHM'e göre başvurucunun günlük yaşam alanından elde edilen görüntülerin yayımlanması değil münhasıran açılan davada delil olarak kullanılması amacı söz konusudur. Ayrıca sistematik ve sürekli bir kayıt yapılmamıştır. Başvurucunun bir caddede bulunduğu sıradaki görüntülerinin kaydedildiği ve bu yolla kendisine bir rahatsızlık verilmediği tartışmasızdır¹⁰⁰. Görüntülerin başka bir amaçla kullanılması tehlikesi de mevcut değildir. Kayıtların kullanılma amacı yargı makamları önündeki bir davanın çözümüne katkı sağlamak ve mahkemeyi dava açısından önem taşıyan noktalarda bilgilendirmek, böylece davacının kaza nedeniyle artık trafiğe çıkamadığı yönündeki iddiasını dayanaksız bırakmaktır¹⁰¹. Ayrıca kayıtlar hukuk davasında delil olarak kullanılmak üzere dosyaya sunulmuş olup yayımlanması da söz konusu değildir¹⁰². Sonuç olarak başvurucunun özel yaşamına yönelik müdahale orantısız değildir ve bu nedenle AİHS'in 8. maddesi ihlal edilmemiştir¹⁰³.

AİHM, başka bir kararında terörist olduğundan şüphelenilen bir kişinin kendisinden habersiz olarak güvenlik güçleri tarafından

⁹⁷ AİHM'in önüne gelen başvuruda; hükûmet söz konusu olayda herhangi bir kamu müdahalesinin olmadığını ve bireyler arasında bir çekişme olduğunu ifade etmiştir. Devamında görüntü hakkından bahsetmiş ve hiçbir hakkın sınırsız olmadığını ifade ederek bu hakkın da diğer haklarla çatıştığını belirtmiştir. Hükûmete göre yerel mahkemeler haklar arasında makul bir denge kurarak karar vermiştir. Başvurucu ise görüntüsünün kullanımı ile özel hayatı koruma hakkının ihlal edildiğini tekrarlamıştır. *De la Flor Cabrera/İspanya*, §§ 23-28.

⁹⁸ AİHM silahların eşitliği ilkesini "Silahların eşitliği, davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu" şeklinde tanımlamıştır. Aktaran bkz. İnceoğlu, S. (2013). Adil Yargılanma Hakkı, içinde İnceoğlu S. (Der.) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (ss. 209-286), İstanbul: Beta Yay., 3. Baskı, s. 239.

⁹⁹ *De la Flor Cabrera/İspanya*, § 40.

¹⁰⁰ *De la Flor Cabrera/İspanya*, §§ 35-37.

¹⁰¹ Ayrıca AİHM, özel dedektif kullanılarak görüntülerin kayıt altına alınmasının yasal bir dayanağı olduğunu belirtmiştir. *De la Flor Cabrera/İspanya*, § 39.

¹⁰² *De la Flor Cabrera/İspanya*, § 41.

¹⁰³ *De la Flor Cabrera/İspanya*, §§ 35, 40, 41, 42.

fotoğrafının çekilmesini ve saklanması değerlendirilmiştir. AİHM'e göre özel hayata müdahale eden bu eylem, demokratik bir toplumda terör faaliyetlerinin önlenmesi meşru amacıyla orantısız değildir¹⁰⁴. AİHM, başvurunun resminin ülkenin değişik yerlerindeki birtakım polis karakollarına ve kamu alanlarına asılması sebebiyle resmin geniş kitleler tarafından kolayca ulaşılabilir olduğundan dolayı, bir nevi kamuoyuna servis edilmeye benzettiği *Georgi Nikolaishvili/Gürcistan* kararında ise özel hayatın ihlaline karar vermiştir¹⁰⁵. Bu başvuruda başvuru, özel hayatının ihlal edildiği iddiasına dayanak olarak cinayetten aranan kişi olarak resminin yasal olmayan bir şekilde polis karakollarının kamuya açık alanlarına asılmasını göstermiştir. Dahası başvuru ilanının yapıldığı sırada herhangi bir ceza kovuşturmasıyla ilgisi olmadığını ve "sıradan bir insan" olarak düşünülmesi gerektiğini, bu nedenle özel hayatına yapılan müdahalenin hiçbir meşru amacının olmadığını ifade etmiştir. AİHM ise yapmış olduğu değerlendirmede, başvurunun hakkına yapılan müdahalenin iç hukukta herhangi bir yasal dayanağının olmadığını belirterek yasallık incelemesi yapmıştır¹⁰⁶. AİHM, yapmış olduğu yasallık incelemesi neticesinde söz konusu müdahalenin yasal dayanağının olmadığına ve AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰⁷.

C. MEKÂNA GÖRE DEĞERLENDİRME

Doktrinde özel hayatın herhangi bir mekânsal sınıra göre korunması yani özel hayat-kamusal hayat ayrımı yapılması öne sürülmekteydi¹⁰⁸.

¹⁰⁴ *Murray/Birleşik Krallık*, B. No: 14310/88, 28/10/1994, § 93.

¹⁰⁵ *Georgi Nikolaishvili/Gürcistan*, §§ 122, 131.

¹⁰⁶ Sorumlu devlet ne başvurunun fotoğrafının kamusal alanlara asılmasına ilişkin herhangi yasal dayanağı ne de başvurunun cinayetle ilişkilendirilmesine dair yerel otoritelerce alınmış kararı AİHM'e sunmuştur. Bu bağlamda AİHM'e göre AİHS'in 8/2. maddesi uyarınca müdahalenin "hukuka uygun" olduğu söylenemez. *Georgi Nikolaishvili/Gürcistan*, § 122.

¹⁰⁷ *Georgi Nikolaishvili/Gürcistan*, §§ 129-131; Roagna, I. (2012). s. 18.

¹⁰⁸ "...Alman Anayasa Mahkemesinin geliştirmiş bulunduğu kuşak teorisinden yararlanılabilir. Bu teoriye göre hayat iç içe geçmiş kuşaklardan oluşmaktadır. Merkezde çekirdek alan başka bir ifadeyle hayatın gizli alanı bulunmaktadır. Bu alanda bireyin hiç kimse ile paylaşmadığı en gizli duyguları, düşünceleri, ümitleri, korku ve düşünceleri bulunmaktadır. Bu kuşağı çevreleyen kuşakta belirli ölçüde korumadan yararlanılmaktadır ve bireyin özel yaşamı bulunmaktadır. Birey bu alandaki sırlarını ancak en yakınlarına açmaktadır. Bu iki kuşağı çevreleyen üçüncü kuşakta ise hayatın genel alanı yer almakta ve herhangi bir korumadan yararlanmamaktadır." Kazancı, B. E. (2007). s. 133; Koch, A. (2007). *Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması – Alman Ceza Kanunu md. 201a*, Hakeri H. (Çev.), içinde İçel, K., Ünver, Y. (Der.) *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku* (203-224), Ankara: Seçkin Yay., ss. 212-215.

Fakat günümüzdeki insan ilişkileri ve genel olarak da insan hayatının karmaşık yapısı kamusal alan-özel alan ayrımını bulanıklaştırarak bu ayrımın yapılmasını imkânsız hâle getirmiştir. Dolayısıyla kişilerin kamusal alanda özel hayatlarını yaşayabilmesi ve özel hayatlarının gizliliğinin korunmasını istemesi hakkı doğmuştur¹⁰⁹. AİHM de bu yönde bir içtihat geliştirerek katı bir özel ve kamusal mekân ayrımında bulunmamıştır¹¹⁰. Bu bağlamda AİHM, kamusal alanda mahremiyet hakkının korunmasını “makul beklenti” nosyonuyla değerlendirmektedir¹¹¹.

AİHM’den daha önce, özel hayat bakımından “makul beklenti” kavramını ilk kullanan mahkeme Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesidir. Yüksek Mahkeme bu kavramı ilk defa 1967 tarihli *Katz/Birleşik Devletler* başvurusunda kullanmıştır. Söz konusu başvuruda, dilekçe sahibi kişi Yasa Dışı Kumar Oynatmanın Yasaklanması Kanunu’na aykırı olarak yasa dışı bahis bilgilerini ankesörlü telefonla ülkenin başka yerlerine aktarması sebebiyle mahkûm edilmiştir. Dilekçe sahibinin mahkûm edilmesine sebep olan delil ise Federal Soruşturma Bürosu tarafından dilekçe sahibinin yapmış olduğu son görüşmelerin elektronik dinleme ve kayıt cihazıyla dinlenmesi sonucu elde edilmiştir. Temyiz mahkemesi, kişinin meskûn alanına fiziki olarak müdahale olmadığından Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın ek dördüncü maddesine aykırılık görmeyerek kararı onamıştır¹¹². Böylece söz konusu dava Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme, yapmış olduğu inceleme sonucunda ek dördüncü maddenin sadece kişinin konut dokunulmazlığını kapsamayacağını belirterek ayrıca kişinin şahsiyetinin, evraklarının, eşyalarının da mantıksız arama ve elkoymalara karşı güvence altında olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, ek dördüncü maddenin mekânı değil kişiyi koruduğuna vurgu yapmıştır. Bu bağlamda kamusal hayatta da özel hayatın korunması bakımından “özel hayatın gizliliğine makul saygı

¹⁰⁹ Akyürek, G. (2013). s. 33.

¹¹⁰ Moreham, N.A. (2006). “Privacy in Public Places”, *Cambridge Law Journal*, V. 65, s. 610.

¹¹¹ Arslan Öncü, G. (2011). s. 81, 82; AİHM, “özel hayat” ve “haberleşme” kavramları bakımından kendisine yapılan başvuruların kabul edilebilirlik kriterlerini kişilerin mahremiyetlerine saygı duyulması ve korunması bakımından makul bir beklentilerinin olup olmadığına göre incelemiştir. *Bărbulescu/Romanya*, B. No: 61496/08, 5/9/2017, § 73; *Copland/Birleşik Krallık*, B. No: 62617/00, 3/7/2007, §§ 41, 42.

¹¹² *Katz/Birleşik Devletler*, 389 U.S. 347 (1967).

beklentisi” kavramını kullanmıştır¹¹³. Bu sebepler dolayısıyla da Yüksek Mahkeme başvurusunun ek dördüncü madde kapsamında olan özel hayatının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM ise özel hayatın ihlal edilip edilmediğine ilişkin vermiş olduğu birkaç kararında bireylerin mahremiyetlerine saygı duyulacağına ve korunacağına dair makul bir beklentiye sahip olup olmadıklarını incelemiştir¹¹⁴. Bu bağlamda Mahkeme; bir insanın özel hayatının o insanın konutu ya da özel mülkü dışında gündeme gelen tedbirlerden etkilenip etkilenmediğinin incelenmesiyle alakalı birtakım unsurlar bulunduğunu, bu unsurlardan birinin de makul beklenti ilkesi olduğunu açıklamıştır¹¹⁵. Fakat AİHM yapmış olduğu bu incelemelerde özel hayat bakımından makul beklenti ilkesinin kesin olarak zorunlu bir unsur olmadığını ancak önemli bir unsur olduğunu ifade etmiştir¹¹⁶.

Mahremiyet bakımından AİHM kararlarında ulaşılmış olan teorik sonuca göre ise bazı durumlarda kişilerin kamusal alanlarda da mahremiyetlerinin korunması için makul beklentilerinin olduğu iddia edilebilir¹¹⁷. Makul beklenti, özgür ve demokratik toplumun makul olarak tanımaya hazır olduğu şeyler hakkında verilen hüküm şeklinde tanımlanabilir¹¹⁸. Yani özgür ve demokratik bir toplumun hazırladığı beklentilerin makul olarak tanımlanabilmesi, özgür ve demokratik bir toplumun tanımına hangi ülkelerin dâhil edileceği, beklentinin makul olduğu zamandaki eşik ve Mahkemenin bu eşik karşılayabileceğini düşündüğü kanıtlara bağlıdır¹¹⁹.

AİHM, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin kullandığı “makul beklenti” kavramını ilk defa *Halford/Birleşik Krallık*¹²⁰ kararında uygulamıştır. Bu karar üzerinden on yıl geçtikten sonra AİHM, özel hayat bakımından makul beklenti kavramını *Copland/Birleşik Krallık*¹²¹

¹¹³ *Katz/Birleşik Devletler*, § 360.

¹¹⁴ Bkz. *Halford/Birleşik Krallık*, B. No: 20605/92, 25/6/1997; *Köpke/Almanya*, B. No: 420/07, 5/10/2010; *Copland/Birleşik Krallık*; *Bărbulescu/Romanya*.

¹¹⁵ *Benedik/Slovenya*, B. No: 62357/14, 24/4/2018, § 101.

¹¹⁶ *Bărbulescu/Romanya*, § 73.

¹¹⁷ Moreham, N. A. (2006). s. 620.

¹¹⁸ Yani mahremiyet, yalnızca bireyin özel beklentisine değil, toplumun makul gördüğü beklentilere dayanır. Bkz. Solove, D. J. (2008). S. 71-74.

¹¹⁹ Gomez-Arostegui, H. T. (2005). s. 181.

¹²⁰ *Halford/Birleşik Krallık*, §§ 43-45.

¹²¹ *Copland/Birleşik Krallık*, § 42.

kararında uygulamayı tercih etmiş; daha sonra da yine birkaç kararında bu ilkeyi uygulamıştır. Fakat böyle beklentilerin giderek artması durumunda bir tanım üzerinde uzlaşmak ve mahremiyetin bu yönünü ilkeli ve tutarlı bir şekilde geliştirmek oldukça zor olmaktadır¹²².

AİHM'in hem makul beklenti kavramı hem de mekânsal değerlendirme bakımından görüntü hakkı ile ilgili son dönemde vermiş olduğu önemli kararlardan bir tanesi *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya* kararıdır. AİHM, söz konusu başvuruda demokratik toplum düzeni bakımından ölçülülük değerlendirmesi yaparak kararını vermiş ve bu değerlendirmeyi yaparken de başvuruçuların özel hayatlarının korunması bakımından makul beklentilerinin olup olmadığını incelenmiştir. Buna göre olayın meydana geldiği zamanda başvuruçular Sant Celoni'de (Barselona vilayeti) süpermarket çalışanları olup ilk üç başvuruçucu kasiyer, dördüncü ve beşinci başvuruçular tezgâhın arkasında satış asistanı olarak çalışmaktadır. Süpermarket yöneticisi Mart 2009'dan itibaren stok seviyesi ile satış rakamları arasında bir orantısızlık olduğunu fark etmiş ve yaptığı incelemede daha sonraki aylarda da satış rakamlarında eksiklik olduğunu tespit etmiştir¹²³. Bunun üzerine 15/6/2009 tarihinde süpermarkete bazıları görünür ve bazıları gizli olmak üzere CCTV kamera takılması kararlaştırılmıştır. Görünür kameralar süpermarketin giriş ve çıkışlarına yönlendirilirken gizli kameralar kasaların arkası ve önü görünecek şekilde ayarlanmıştır. Fakat takılan bu gizli kameralardan süpermarket çalışanları haberdar edilmemiştir¹²⁴. 25/6/2009 tarihinde süpermarket yöneticisi, çalışanların kasalardan hırsızlık yaptığını sendika temsilcisine bildirmiş ve gizli kamera görüntülerini sendika temsilcisine izletmiştir. Süpermarket yönetimi, çalışanların hırsızlık yaptığı gerekçesiyle iş akitlerini feshetmiştir¹²⁵. Daha sonra başvuruçular iç hukukta haksız yere işten çıkarıldıklarından dolayı dava açmışlardır¹²⁶. Fakat iç hukuktaki yargı makamları başvuruçuların bu iddialarını reddetmiştir. Bu sebeple başvuruçular AİHM'e başvuru yapmışlardır.

¹²² Moreham, N. A. (2006). s. 620.

¹²³ *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya*, B. No: 1874/13 ve 8567/13, 17/10/2019, §§ 10, 11.

¹²⁴ *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya*, §§ 12, 13.

¹²⁵ *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya*, §§ 15, 16, 17.

¹²⁶ Başvuruçuların savunmalarında kullandıkları temel argüman kendilerinden habersiz olarak gizli kamera ile çekilen görüntülerinin mahremiyet haklarını ihlal ettiği ve bu yollarla elde edilen herhangi bir kaydın yargılamalarda delil olarak kabul edilemeyeceğidir.

AIHM'in önüne gelen bu başvuru, ilk olarak özel hayatın ihlali bakımından dairelerin birinde incelenmiş ve daire, yerel mahkemelerin başvuru sahiplerinin özel hayatları ile onun karşısındaki haklar bakımından adil bir denge kuramamaları dolayısıyla özel hayatın ihlaline karar vermiştir¹²⁷. Hükümet dairenin bu kararına karşı temyiz talebinde bulunmuş ve söz konusu başvuru Büyük Dairenin önüne gelmiştir. Büyük Daire, ilk olarak mevcut başvuruda AIHS'in 8. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağını incelemiş ve genel ilkeleri açıklayarak söz konusu maddenin bu başvuruda uygulanmasına karar vermiştir. Buna göre AIHM, ilk olarak "özel hayat" kavramının kapsamlı bir tanıma uygun olmayan geniş bir terim olduğu içtihadını yineleyerek özel hayatın kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığını ifade etmiştir. Sonrasında AIHM, bir kişinin özel hayatının kişinin evi ve özel mülkiyetinin dışında alınan önlemlerle ilgili olup olmadığının düşünülmesinde birtakım unsurlar olduğunu ve bu unsurlardan bir tanesinin de makul beklenti kavramı olduğunu belirtmiştir. AIHM'e göre insanlar günlük hayatta kendilerinin kaydedilebileceği veya raporlanabileceği kamuya açık alanlarda bilerek veya isteyerek faaliyetlere katıldıkları için bir kişinin mahremiyetle ilgili makul beklentisi bu değerlendirmede kesin olmasa da önemli bir faktör olmaktadır¹²⁸.

Bu bağlamda Mahkeme, başvuru sahiplerinin özel hayatlarının korunacağına ve özel hayatlarına saygı gösterileceğine dair makul bir beklentiye sahip olup olmadığına ilişkin olarak bir süpermarket olan iş yerinin halka açık olduğunu ve orada filme alınan faaliyetlerin yani müşteriler tarafından yapılan satın alımlar için ödeme alınmasının mahrem veya özel nitelikte olmadığını gözlemlemiştir. Fakat buna karşılık AIHM, kamusal alanlarda bile kişilerin tanımlanabilir görüntülerinin sistematik veya kalıcı bir kaydının oluşturulması ve bu şekilde kaydedilen görüntülerin daha sonra işlenmesi durumunda ilgili kişilerin özel hayatlarının etkilendiği şüphesinin ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Bu sebeple mevcut başvuruda AIHM, başvuru sahiplerinin kendilerine bildirilen ve kayda alan kameralar bakımından özel hayatlarının ihlal edildiğine dair bir iddiasının söz konusu olmadığını ancak başvuru sahiplerinin süpermarket tarafından önceden bilgilendirilmeden mağazanın diğer alanlarına yerleştirilmiş olan

¹²⁷ López Ribalda ve Diğerleri/İspanya, § 80.

¹²⁸ López Ribalda ve Diğerleri/İspanya, § 89.

kameralar aracılığıyla video ile izlenmeye tabi tutulmayacaklarına dair makul bir beklentiye sahip olduklarını ifade etmiştir¹²⁹. Netice itibarıyla AİHM, başvurucuların işten çıkarılmasının temelini oluşturan ve iş mahkemesindeki yargılamalarda delil olarak kullanılan gizli kamera görüntüleri bakımından AİHS'in 8. maddesinin mevcut başvuruya uygulanabileceği kararını vermiştir.

AİHM, daha sonra başvurunun esasına girerek başvurucuların özel hayatının korunması hakkı ile işverenin mülkiyet hakkının korunması ve şirketinin sorunsuz çalışmasını sağlama imkânı arasında bir orantılılık değerlendirmesi yapmıştır. Bu bağlamda AİHM, taraf devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiğini ve çatışan haklar arasında adil dengenin sağlandığını belirterek başvurucuların özel hayatlarının ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM, haklar arasında adil dengenin sağlandığına ilişkin kararını verirken şu değerlendirmeyi yapmıştır: İspanyol hukukunun mevcut başvurudaki gibi çalışanların özel hayatını korumayı amaçlayan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile diğer benzer yasal düzenlemelere sahiptir¹³⁰. AİHM, yerel mahkemelerin ve İspanya Anayasa Mahkemesinin önceki içtihatlarına uygun olarak video kaydını, süpermarketin uğramış olduğu ciddi kayıplardan dolayı ortaya çıkan şüphe nedeniyle meşru amaç doğrultusunda gerekçelendirdiğini tespit etmiştir. Ayrıca AİHM, yerel mahkemelerin video kaydının kapsamını ve başvuruların mahremiyetine yapılan müdahalenin boyutunu inceleyerek alınmış olan tedbirlerin izlenen alanlar ve personel açısından sınırlı olduğunu, zaman bakımından ise hırsızlık şüphesini doğrulamak için gerekli olan süre sınırının aşılmadığı tespitini yaptıklarını belirtmiştir¹³¹.

Diğer taraftan AİHM, bir çalışanın mahremiyetinin korunması bakımından makul beklenti içinde olması bağlamında video gözetim tedbirinin orantılılığının analizinde, izlemenin gerçekleştirildiği çeşitli yerleri ayırt etmenin gerekli olduğu görüşündedir. Bu beklenti, tuvaletler veya giyinme odası gibi doğası gereği özel olan yerlerde çok yüksek olmakta hatta bu alanlarda video gözetimi tamamen yasaklanmaktadır. Çalışanların ofisleri gibi kapalı alanlarda da bu beklenti çok yüksek

¹²⁹ López Ribalda ve Diğerleri/İspanya, § 93.

¹³⁰ López Ribalda ve Diğerleri/İspanya, § 119.

¹³¹ López Ribalda ve Diğerleri/İspanya, §§ 123,124.

kalmaktadır. Fakat meslektaşların görebildiği veya erişebildiği yerlerde veya mevcut durumda olduğu gibi genel olarak kamuya açık alanlarda bu beklenti daha düşüktür. Ayrıca video kayıt süresi on gün sürmüştür, sorumlu çalışanlar tespit edilir edilmez sona erdirilmiştir. Dahası söz konusu video kayıtları herhangi bir yerde yayımlanmadığı gibi sadece süpermarket müdürü, şirketin yasal temsilcisi ve sendika temsilcisi tarafından izlenmiştir¹³². Netice itibarıyla AİHM mevcut başvurunun özel koşullarını göz önüne alarak başvuruların mahremiyetine yapılan müdahalenin derecesini ve video kaydına ilişkin olarak yerel mahkemelerin yapmış olduğu meşru sebep gerekçelendirmelerini dikkate almak suretiyle iş mahkemelerinin ve ulusal makamların kendilerine tanınan takdir marjını aşmadıklarından dolayı başvuruların mahremiyetine yapılan müdahalenin orantılı olduğu görüşünü kabul etmiştir. Böylece başvuruların özel hayatlarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHM, yukarıda özetlediğimiz karardan başka *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia/Yunanistan*¹³³ kararında da benzer şekilde kamusal ve özel alan içtihadını kullanarak görüntü hakkını değerlendirmiştir¹³⁴. Ayrıca AİHM, bu karar bakımından yine kamusal alanda makul beklenti ilkesi açısından değerlendirmesini yapmıştır¹³⁵. AİHM'e göre özel hayatına müdahalede bulunan A.C.'nin gizli kamera ile kayıt altına alınmış üç görüntüsünden ilki -her ne kadar gizli bir kamera ile filme alınmışsa da- özel bir mekânda elde edilmemiştir. Bu bağlamda AİHM, özellikle A.C. gibi kamusal bir figürün kumar salonuna girmesi ve burada oyun oynaması eyleminde bulunmasının

¹³² López Ribalda ve Diğerleri/İspanya, §§ 125, 126.

¹³³ *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia/Yunanistan*, B. No: 72562/10, 22/5/2018.

¹³⁴ Bu kararda başvuru bir yayın organı olup A.C. isimli siyasetçinin -A.C. o dönemde Yunan Parlamentosu üyesi ve Elektronik Kumar Komitesi başkanıdır- gizli kamera ile çekilen üç ayrı görüntüsünü yayımlamıştır. Görüntülerden ilki A.C.'nin kumarhaneye girdiği ve iki ayrı makinede kumar oynarken çekilen görüntüleridir. Görüntülerden ikinci ve üçüncüsü ise A.C.'nin ilk çekilen görüntüleri izlediği esnada kayda alınan görüntüler olup bu son iki görüntü sınırlı kişinin olduğu bir ofiste kayda alınmıştır. Daha sonrasında bu üç görüntü başvuru kanalı bir programında kamuoyuna servis edilmiştir. Gizli olarak kaydedilen bu görüntülerin TV programında kamuoyuna servis edilmesinden dolayı Ulusal Radyo ve Televizyon Kurulu, başvuru kanala program başı (toplam iki program) 100.000 euro para cezası vermiş ve başvurucudan haber programında üç gün boyunca bu kararın içeriğini gösteren haber yapmasını istemiştir. Başvuran, Kurulun bu kararına karşı ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddiasıyla yerel yargı makamlarında dava açmıştır. Fakat yerel yargı makamları Kurulun söz konusu kararını iptal etmemiştir. Başvurucu bunun üzerine AİHM'in 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası ile AİHM'e başvuru yapmıştır.

¹³⁵ *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia/Yunanistan*, § 64.

yakından izlenmesi hatta kameraya kaydedilmesi gibi ihtimallerin meşru bir şekilde bekleneceğini yerel makamların değerlendirmelerine dâhil etmeleri gerektiğini belirtmiştir¹³⁶. Bu nedenle ilk görüntü bakımından A.C.'nin AİHS'in 8. maddesi kapsamındaki hakkına yapılan müdahale daha az ağır olmasına rağmen başvurucunun AİHS'in 10. maddesi kapsamındaki ifade hürriyetine yapılan müdahale daha ağırdır. Bundan dolayı ilk görüntü bakımından Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyeti ihlal edilmiştir.

AİHM, son dönemde görüntü hakkıyla ilgili verdiği kararlarında kamusal alan ve özel alan içtihadını özel hayatına müdahalede bulunulunun aleyhine olacak şekilde değerlendirmiştir. Oysa AİHM önceki içtihatlarında özel hayata saygının bir dereceye kadar diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da içerdiğini, dahası mesleki veya ticari nitelikteki faaliyetleri “özel hayat” kavramının dışında tutmayı haklı kılmak için hiçbir ilkesel gerekçenin olmadığını belirtmiştir¹³⁷. Ayrıca AİHM, temel içtihatlarından biri olan *P.G. and J.H./Birleşik Krallık* kararında kamusal alanda da kişinin özel hayatının korunacağına dair makul bir beklentiye sahip olacağını ifade etmiştir. AİHM'e göre kişinin özel hayatına evi ya da özel bir mekân dışında uygulanan önlemlerin müdahale oluşturup oluşturmayacağını değerlendirilmesiyle ilgili bir dizi unsur vardır. Özellikle kişilerin bilerek veya isteyerek kayıt altına alınan ya da bildirimde bulunulan kamusal alanlardaki faaliyetlere katılmaları durumunda bunların mahremiyetle ilgili makul beklentileri, kesin olmasa da önemli bir faktör olabilir. Sokakta yürüyen bir kişi kaçınılmaz olarak orada bulunan herhangi bir vatandaş tarafından görülecektir. Bu bağlamda bu sokağın teknolojik araçlarla izlenmesi -kapalı devre kamera sistemi ile gözetleme gibi- de benzer özellik gösterir. Fakat bu kamusal alanlarda yapılan sistematik veya kalıcı kayıtların kamu malı olarak saklanması durumunda özel hayata ilişkin kaygılar ortaya çıkabilir¹³⁸. Netice itibarıyla bir kişinin diğer kişilerle etkileşime geçtiği, sosyalleştiği kamusal alanlarda da mahremiyetinin korunacağına dair makul bir beklentisi mevcuttur.

¹³⁶ *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia/Yunanistan*, § 78.

¹³⁷ *Rotaru/Romanya*, B. No: 28341/95, 4/5/2000, § 43. Ayrıca Mahkemeye göre kişinin hakkındaki kamusal bilgilerin -özellikle çalışmaları, siyasi faaliyetleri ve ceza kayıtları gibi- sistematik olarak toplanması ve depolanması Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki özel hayat bakımından değerlendirilir. *Rotaru/Romanya*, § 44.

¹³⁸ *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık*, § 57.

SONUÇ

Özel hayatın gizliliği hakkının korunması, kapsamı farklı olsa da hem Avrupa hukuk sisteminde hem de ABD hukuk sisteminde güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının esaslı unsurları arasında yer alan mahremiyet kapsamındaki kişinin kendi görüntüsü üzerindeki hakkı da bu hukuk sistemlerinin koruduğu ortak değerlerdendir. Fakat çalışmada mahremiyet bakımından görüntü hakkı sadece AİHM'in içtihatları bağlamında ortaya konmuştur. AİHM, kendisine yapılan başvurular bakımından yaptığı incelemelerde kişinin kendi görüntüsüne ilişkin tasarrufunu her olayın şartlarına göre yeniden değerlendirmektedir. Görüntü hakkına ilişkin incelemelerini Sözleşme'nin 8/2. maddesinde yer alan kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninde gereklilik ilkelerine göre yapmakta ve buna göre ihlal kararı ya da ret kararı vermektedir. Ayrıca AİHM, bu incelemesini yaparken devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini de göz önüne almaktadır.

AİHM'in bu kararlarını değerlendirdiğimizde ilk gözümüze çarpan husus görüntüsü kendisinden izinsiz olarak kullanılan kişinin kamusal figür olup olmadığına, görüntünün kullanılma amacına ve fotoğrafın çekildiği yere göre farklılık arz ettiğidir. Eğer kişi siyasetçi ise kamunun bilgi alma hakkı daha geniş değerlendirilmektedir. Kişi siyasetçi olmayıp kamusal bir figür ise bu kamusal figüre ilişkin kamunun bilgi alma hakkı politikacıya göre daha dar değerlendirilmektedir. Bunun yanında, ünlü bir mankenin görüntüsünün evinin bahçesinde güneşlendiği esnada kendisinden habersiz olarak elde edilip yayımlanması ile bir plajda elde edilip yayımlanması durumunda AİHM'in farklı içtihatları söz konusu olabilir. Kişinin evinin bahçesi ya da balkonu gibi alanlar her ne kadar diğer kişiler tarafından görünebilir olsa da kişinin bu yerlerde mahremiyetinin korunacağına ilişkin makul beklentisi daha yüksek olmaktadır. Ayrıca AİHM'in *Von Hannover/Almanya* içtihadında belirttiği üzere ünlü birinin herkes tarafından tanınması gerçeğine rağmen halkın başvurucunun nerede olduğunu ve genel olarak özel hayatında nasıl davrandığını bilme hususunda yasal bir menfaatinin olmadığı açıktır. Oysa bu kişinin plajdayken ya da alışverişteyken görüntülenmesi durumunda AİHM halkın haber alma hakkını daha geniş yorumlamaktadır.

Bir kişinin görüntüsünün çekilmesi, elde edilmesi, yayımlanması birçok sebepten olabilmektedir. Bu sebeplerden bazıları hukuka uygunluk olarak tanımlanabilir. Dahası kanunilik ve demokratik toplum düzeninde gereklilik ilkelerine uymak şartıyla, Sözleşme'nin 8/2. maddesindeki meşru amaçlara uygun olarak yapılan bütün müdahaleler hukuka uygunluk sebebi sayılabilir. Bu bağlamda AİHM'in başlıca hukuka uygunluk olarak saydığı durumlardan biri görüntünün mahkemede kullanılmasıdır. Yani bir kişinin elde edilen görüntüsü bir davada delil olarak kullanılmışsa bu hukuka uygunluk sebebidir. AİHM'in *De la Flor Cabrera/İspanya* ve *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya* kararlarında görüldüğü üzere kişilerin kendilerinden habersiz olarak elde edilen görüntülerinin yayımlanmadan sadece mahkemede kullanılması bir hukuka uygunluk sebebi sayılarak ihlal kararı verilmemiştir. *Peck/Birleşik Krallık* kararında ise başvuru her hangi bir suçla suçlanmamakta, görüntülerin mahkemede kullanılması söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamda AİHM'in üzerinde durduğu önemli noktalardan biri gizli olarak elde edilen görüntünün yayımlanıp yayımlanmamasıdır. AİHM, *Georgi Nikolaishvili/Gürcistan* kararında görüldüğü üzere yayımlamayı geniş bir şekilde değerlendirmektedir. AİHM'in bu değerlendirmesinden yola çıkarsak sosyal medya platformlarında yapılan paylaşımlar da yayımlama işlevi görebilir. Ayrıca *Peck/Birleşik Krallık* kararında görüldüğü üzere kişinin görüntüsünün kendisinden habersiz olarak elde edilmesi ve yayımlanması, kanunilik ve meşru amaç ilkelerini karşılamış olsa da orantılılık değerlendirmesi neticesinde özel hayatının ihlaline karar verilmiştir. Çünkü sıradan bir vatandaşın görüntüsünün yayımlanmasının orantılı olması için kişinin kimliğini açık edecek bilgilere yer verilmemesi gerekmektedir.

Son olarak AİHM, kişinin görüntüsünün elde edilmesinde net olarak özel ve kamusal mekân ayırımında bulunmamıştır. Her olayın şartlarına göre kişinin görüntü hakkına yapılan müdahale ayrıca değerlendirilmektedir. Bu bağlamda Mahkemenin temel içtihadı özel hayata saygının bir dereceye kadar diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da içerdiği yönünde olmaktadır. Bu bağlamda bir kişi, diğer kişilerle olan bu sosyal ilişkilerini geliştirdiği özel mekânı haricindeki yerlerde de mahremiyetinin korunacağına ilişkin makul beklenti içinde olmaktadır. AİHM, özel hayatın korunması bakımından geliştirmiş olduğu içtihatlarında, görüntü hakkının değerlendirilmesinde

bu ilkenin kesin olarak zorunlu bir unsur olmasa da önemli bir unsur olduğunu ifade etmiştir. Fakat AIHM son dönemde görüntü hakkı bakımından vermiş olduğu *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya* ve *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia/Yunanistan* kararlarında kişinin özel alanı dışında görüntüsünün elde edilmesini özel hayatın korunması hakkının aleyhine yorumlayarak ihlal kararı vermemiştir. Mahkeme bu son kararlarında kamusal alanda kişinin mahremiyetinin korunacağına dair makul beklentide bulunma eşiğini daha düşük değerlendirmiştir.

KAYNAKÇA

- AKYÜREK, Güçlü (2013). *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2013). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, içinde İnceoğlu, Sibel (Der.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ss. 301-332), İstanbul: Beta Yayınları, 3. Baskı.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin *Özel Yaşam Hakkı Üzerine* 1165 (1998) Sayılı Kararı, (2007). Gemalmaz, H. Burak (Çev.), içinde İçel, Kayıhan, Ünver, Yener (Der.), *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku* (ss. 137-140), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- DIGGELMANN, Oliver / CLEIS, Maria Nicole (2014). "How the Right to Privacy Became a Human Right", *Human Rights Law Review*, V. 14, No. 3, ss. 441-458.
- EKER KAZANCI, Behiye (2007). "Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, ss. 131-164.
- EREN, Abdurrahman (2004). *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği*, İstanbul: Beta Yayınları.
- GAVISON, Ruth (1980). "Privacy and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, V. 89, No. 3, ss. 421-471.
- GEDİK, Ömer (2008). *Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Kitle İletişim Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- GOMEZ-AROSTEGUI, H. Tomas (2005). "Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations", *California Western International Law Journal*, V. 35, No. 2, ss. 153-202.
- GORMLEY, Ken (1992). "One Hundred Years of Privacy", *Wisconsin Law Review*, V. MCMXCII, ss. 1335-1441.

- HALİLOĞLU, Naciye Betül (2019). “Yargılamaya ve Mahkumiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 2, ss. 349-400.
- HARRIS, David, O’BOYLE, Michael, BATES E. P., BUCKLEY, Carla (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Karan, Ulaş, Bingöllü Kılıcı, Mehveş (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- İNCEOĞLU, Sibel (1997-1998). “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C 19, 20, ss. 173-186.
- İNCEOĞLU, Sibel (2013). Adil Yargılanma Hakkı, içinde İnceoğlu, Sibel (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (ss. 209-286), İstanbul: Beta Yayınları, 3. Baskı.
- İTİŞGEN, Rezzan (2016). “Kişi Görüntü ve Fotoğraflarının Basında İzinsiz Kullanımının AİHM ve Yargıtay İçtihatları Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 116, ss. 24-40.
- KOCH, Arnd (2007). “Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması – Alman Ceza Kanunu md. 201a”, Hakeri, Hakan (Çev.), içinde İçel, Kayıhan, Ünver, Yener (Der.), *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, ss. 203-224.
- MOREHAM, Nicole A. (2006). Privacy in Public Places, *Cambridge Law Journal*, V. 65, ss. 606-635.
- Resolution 1165 (1998), “Right to privacy”, adopted by the Parliamentary Assembly on 26 June 1998, (24th Sitting), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang%20=en> (Erişim Tarihi: 25/4/2021).
- ROAGNA, Ivana (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Alkış Schäling, Gül (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar (2013). “Özel Hayatın Kapsamı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 3, ss. 127-266.
- SCHABAS, William A. (2015). *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

- SOLOVE, Daniel J. (2004). *The Digital Person Technology and Privacy in the Information Age*, New York: New York University Press.
- SOLOVE, Daniel J. (2008). *Understanding Privacy*, London: Harvard University Press.
- YÜKSEL, Saadet (2012). *Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğin e Önleyici Denetimle Müdahale*, İstanbul: Beta Yayınları.
- YÜZER, Dilara (2013). *1982 Anayasası'nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. (1890). "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, V. 4, No. 5, ss. 193-220.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia/Yunanistan*, B. No: 72562/10, 22/5/2018.
- Axel Springer AG/Almanya*, B. No: 39954/08, 7/2/2012.
- Bărbulescu/Romanya*, B. No: 61496/08, 5/9/2017.
- Benedik/Slovenya*, B. No: 62357/14, 24/4/2018.
- Botta/İtalya*, B. No: 21439/93, 24/2/2018.
- Colombani ve Diğerleri/Fransa*, B. No: 51279/99, 25/7/2002.
- Copland/Birleşik Krallık*, B. No: 62617/00, 3/7/2007.
- De la Flor Cabrer/İspanya*, B. No: 10764/09, 27/5/2014.
- Egeland ve Hanseid/Norveç*, B. No: 34438/04, 16/7/2009.
- Giorgi Nikolaishvili/Gürcistan*, B. No: 37048/04, 13/4/2009.
- Hachette Filipacchi Associés (ICIPARIS)/Fransa*, B. No: 12268/03, 23/7/2009.
- Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, B. No: 71111/01, 12/11/2007.
- Halford/Birleşik Krallık*, B. No: 20605/92, 25/6/1997.
- Köpke/Almanya*, B. No: 420/07, 5/10/2010.
- Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue/Belçika*, B. No: 64772/01, 9/11/2006.
- Leyla Şahin/Türkiye*, B. No: 44774/98, 29/6/2004

López Ribalda ve Diğerleri/İspanya, B. No: 1874/13 ve 8567/13, 17/10/2019.

Minelli/İsviçre, B. No: 14991/02, 14/6/2005.

Murray/Birleşik Krallık, B. No: 14310/88, 28/10/1994.

Jokitaipale ve Diğerleri/Finlandiya, B. No: 43349/05, 6/7/2010,

P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, B. No: 44787/98, 25/9/2001.

Peck/Birleşik Krallık, B. No: 44647/98, 28/1/2003.

Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka, B. No: 49017/99, 17/12/2004.

Reklos ve Davourlis/Yunanistan, B. No: 1234/05, 15/1/2009.

Rotaru/Romanya, B. No: 28341/95, 4/5/2000.

Sapan/Türkiye, B. No: 44102/04, 8/6/2010.

Standard Verlags GmbH/Avusturya (No. 2), B. No: 21277/05, 4/7/2009.

Verliere/İsviçre, No: 41953/98, 28/6/2001.

Von Hannover/Almanya (No. 2), B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012.

Von Hannover/Almanya, B. No: 59320/00, 24/6/2004.

White/İsveç, B. No: 42435/02, 19/9/2006.

Wolfgang Schüssel/Avusturya, B. No: 42409/98, 21/2/2002.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkeme Kararı

Katz/Birleşik Devletler, 389 U.S. 347 (1967).



YURT DIŞINA SEYAHAT ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

(Özellikle Almanya Federal İdare Mahkemesinin 6C8/18
Sayılı Kararı Işığında)

*An Evaluation on the Restriction of Freedom of Movement
(Especially in the light of the German Federal Administrative Court's
Decision No. 6C8/18)*

Arş. Gör. Dilek Özge UĞRAŞ*

ÖZ

Bu çalışmada Alman Federal İdare Mahkemesi kararına konu maddi olay üzerinden temel hak ve özgürlüklerden olan seyahat özgürlüğünün, yurtdışına çıkışın engellenmesi suretiyle kısıtlanması incelenecektir. Karara konu olayda davacının yurtdışına çıkışı Afganistan bölgesiyle sınırlı olarak, davacının bu bölgede kaçırılma ve fidye talebine konu olma riski bulunması nedeniyle kısıtlanmıştır. Davacı ise işleme esas alınan tehlikenin kendisinden kaynaklanmadığını belirterek işlemin iptalini istemiş, davacının talebi üzerine idari işlem iptal edilmiş ancak karar önce istinaf kanun yolunda sürenin uzatılması gerektiği belirtilerek bozulmuş ardından davacının temyiz başvurusu reddedilmiştir. Çalışmaya konu inceleme kapsamında aktarılan olay esas alınarak önce temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin genel açıklamalara yer verilecek ardından Türk hukukunda ve Alman hukukunda yurtdışına çıkışın kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelere değinilecek ve bu kısıtlamayla müdahale edilen özgürlükler üzerinde durulacaktır. Son olarak Federal İdare Mahkemesinin kararına konu olayda Alman Hukukunda geçerli olan tehlikeyi önleme kapsamında başvurulmuş idari işlemlerin muhatabının, tehlikenin kaynağını teşkil eden kişi olmasına ilişkin ileri sürülen “Verhaltensstörer” teorilerine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Seyahat özgürlüğü, temel haklar, yurt dışına çıkış özgürlüğü, özgürlüklerin kısıtlanması, yerleşme özgürlüğü.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ozge.erdem@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2226-7369.

ABSTRACT

In this study, the restriction of the freedom of movement, one of the fundamental rights and freedoms, due to the ban to travel abroad, will be examined on the particular basis of the case dealt with by the German Federal Administrative Court. In the impugned case, the plaintiff's travel abroad to the Afghanistan region was banned as there was a risk of his being kidnapped and being subject to a ransom demand in that region. The plaintiff, on the other hand, demanded the annulment of the administrative act, stating that the danger forming the basis of the administrative act was not caused by himself. Accordingly, upon the request of the plaintiff, the administrative act was annulled. However, the decision was quashed at the appellate stage on the grounds that the restriction period should have been extended first, and then the plaintiff's appeal was rejected. In the light of this specific examination, general information on the restriction of fundamental rights and freedoms will be provided in the first chapter, and then the regulations regarding the ban to travel abroad in both Turkish law and German law will be mentioned. Later on, the freedoms interfered with due to this ban will be emphasized. Finally, the theories referred as "Verhaltensstörer", which indicates that the addressee of the administrative act intended for preventing the danger should be the person causing the danger will be discussed.

Keywords: Freedom of movement, fundamental rights, right to travel abroad, restriction of fundamental rights, liberty of choosing residence.

GİRİŞ

Almanya Federal İdare Mahkemesinin 6 C 8/18 sayılı kararına¹ konu olayda davacı, yurt dışına çıkışının Afganistan bölgesiyle sınırlı olarak kısıtlanmasına ilişkin idari işleme itiraz etmiş; bu itiraz Braunschweig İdare Mahkemesi tarafından kabul edilmiş (4 Nisan 2017), davalı idarenin itirazı üzerine Lüneburg Yüksek İdare Mahkemesi tarafından istinaf dava yoluyla karar, kısıtlama süresinin kararın verilmesi tarihi itibarıyla dolması nedeniyle uzatılması gerekliliği belirtilerek bozulmuş², davacının temyiz talebi ise Federal İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir³.

Karara konu olayda davacı, Afganistan'ın Kunduz bölgesinde insani yardım faaliyetleri yürüten bir derneğin yöneticisidir. Dernek bölgede bu zamana kadar 31 okul açmış, sayısız çeşme, cadde ve ev inşa etmiş, aralarında yılda ortalama olarak 140 kişinin eğitim aldığı ve yetiştirildiği terzilik projelerinin de yer aldığı eğitim ve sağlık projeleri yürütmüştür⁴. Faaliyetleri nedeniyle davacıya aralarında Almanya Federal Üstün Hizmetler Madalyası ve Afganistan Parlamentosu tarafından Afganistan'ın en prestijli ödülü olarak bilinen Malalai Madalyası'nın da bulunduğu sayısız ödül ve madalya verilmiştir⁵.

Davalı idare 2016 yılında Federal Suç Bürosu (Bundeskriminalamt-BKA) ve Almanya Federal İstihbarat Servisi (Bundesnachrichtendienst) tarafından ulaştırılan bilgiye dayanarak davacının yurt dışına çıkışını Afganistan bölgesiyle sınırlı olmak üzere ve 12 Eylül 2016-1 Eylül 2017 tarihleri arasında kısıtlamıştır. Karara gerekçe oluşturan istihbarat bilgisine göre Kunduz bölgesinde Alman vatandaşlarına yönelik olarak Taliban tarafından kaçırılma ve fidye talebine konu olma riski bulunmaktadır zira 2015 yılının Nisan ayında Kunduz'da ve Ağustos ayında Kabul'de Alman vatandaşlarının kaçırıldığı vakalar daha önce de gerçekleşmiştir⁶. Edinilen istihbarat üzerine yetkililer tarafından 22 Nisan 2016 tarihinde davacıya ulaşılmış, seyahatinin tehlike ve riskiyle

¹ BVerwG NVwZ 2020, 167.

² Bunun üzerine kısıtlama kararı öncWe 01/09/2018'e daha sonra 01/09/2019'a kadar uzatılmıştır (BVerwG NVwZ 2020, 167(167)).

³ BVerwG NVwZ 2020, 167 (167).

⁴ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 2.

⁵ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 2.

⁶ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 3.

ilgili açıklamalar yapılmış ve olası bir kaçırılma ve fidye istenmesi durumunda kurtarma masraflarının kendisine rücu edilebileceği bilgisi verilmiştir. Davacı bunun üzerine seyahatini daha güvenli bir zamanda gerçekleştirmek üzere ertelemeyi kabul etmiş ve Kunduz'daki meslektaşlarıyla günbegün iletişime geçerek bölgedeki güvenlik durumu hakkında bilgi almıştır, oradaki meslektaşları da davacıya bölgenin olağanüstü tehlikeli durumda bulunduğunu belirtmiştir⁷.

2 Eylül 2016 tarihinde Federal Suç Bürosu, Eyalet Suç Bürosuna davacının Afganistan'a seyahat planını gerçekleştireceğine dair somut bilgi edindiklerini iletmıştır. Davacı bu amaçla Afganistan içerisinde askerî hava yoluyla seyahat konusunda yardım talep etmiş, 27-28 Ağustos 2016 tarihlerinde kendisine yetkililer tarafından somut ve soyut tehlike durumları açıklanmıştır ancak davacı mutabakat göstermemiş ve seyahatini gerçekleştirmek konusunda ısrarcı olduğunu belirtmiştir⁸.

Federal İstihbarat Servisinin 9 Eylül 2016 tarihli raporunda da Servis 27 Temmuz 2016 tarihinde en az dört kişiden oluşan bir grup tarafından, Kunduz bölgesinde devlete ait olmayan bir organizasyon çerçevesinde kadınlar için mesleki eğitim ve destek projeleri yürüten bir Alman vatandaşına karşı kaçırma planı bulunduğunu, bu kişinin somut olarak davacı olabileceği izlenimine sahip olduklarını, davacının § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG kapsamında uygulanabilecek olan idari işlemin muhatabı olarak değerlendirilebileceğini -bu anlamda kendisine karşı idari işlemin uygulanabileceğini-, seyahat kısıtlamasının ultima ratio (son çare) olarak uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁹.

Federal İstihbarat Servisinin bilgilerine göre hedef başta Avrupa askerî personeli ve kolluk görevlileri olmak üzere insani yardım misyonu yerine getiren kişilere karşı Afganistan'da Taliban'ın hâkim olduğu tehlike ortamı hüküm sürmektedir. Ayrıca bu soyut tehlike durumunun yanı sıra güvenlik görevlilerince, Temmuz 2016 sonu-Ağustos 2016 başı itibarıyla militan güçlerin Kunduz'da somut olarak davacıyı hedef alan kaçırma planlarına ilişkin bilgi edinildiği ifade edilmiştir¹⁰. Bunun üzerine davalı idare tarafından §§ 8, 7 Abs. I Nr. 1 3. Alternatif ve Abs.

⁷ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 4.

⁸ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 4.

⁹ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 11.

¹⁰ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 5.

II c. 1 PassG gereğince dava konusunu teşkil eden seyahat kısıtlaması kararı (12 Eylül 2016-1 Eylül 2017 arasında Afganistan hakkında geçerli olmak üzere) alınmıştır. Buna göre davacının seyahati, buna bağlı olarak kaçırılma ve fidye talep edilme tehlikesi § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG gereğince “Almanya Federal Cumhuriyeti’nin diğer önemli menfaatlerinin” tehlikeye atılması kapsamında değerlendirilmiş ve yurt dışına çıkış kısıtlamasına esas alınmıştır. 14 Eylül 2016 tarihinde karar davacıya belediye başkanı tarafından şahsen iletilmiş ve durum açıklanmıştır; davacı, kararı onaylamadığını belirtmiş ve en geç Kasım (2016) ayı içerisinde seyahatini, dernek işlemlerinin kontrollerini ve muhasebesini yapmak üzere gerçekleştirmek zorunda olduğunu belirtmiş, 15 Ağustos 2016-15 Kasım 2016 tarihleri için geçerli Afganistan vizesi bulunan pasaportunu teslim etmiştir; pasaport gerekli kısıtlamalar işlenerek davacıya 17 Eylül 2016 tarihinde iade edilmiştir¹¹.

Davacı 11 Ekim 2016 tarihinde iptal davası açmış ve talebine gerekçe olarak idari işlemin hukuka aykırı olduğunu, kaçırılma riskine ilişkin bilgisinin bulunmadığını, idarenin kendisine istihbarat bilgilerini açıklamadığını, § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG gereğince karara esas alınan tehlikenin holigan taraftarların, terörist faaliyetleri destekleyen, vergi borcundan kaçan ve çocuk kaçıran kişilerin aksine davacıdan kaynaklanmadığını ve kısıtlamaya dayanak normun şartlarının bu anlamda gerçekleşmediğini, dahası kısıtlama süresinin keyfî olduğunu ileri sürmüştür. Bunun yanı sıra dernek bürosunun Kunduz havalimanından 5 km uzaklıkta olduğunu ve bölge valisinin daha önce de çok kez gerçekleştiği gibi kendisine silahlı koruma sağlanması yönünde söz verdiğini, hâlihazırda 25 yıldır Afganistan’da herhangi bir kaçırılma tehlikesi yaşamadan faaliyetlerini sürdürdüğünü, ülke hakkında son derece bilgili olduğunu ve tehlikenin önlenmesini sağlayacak ve kendisini önceden uyarabilecek önemli kişisel ilişkilere sahip olduğunu belirtmiştir¹².

İşte, bu çalışmada açıklanan maddi olaydan yola çıkılarak temel hak ve özgürlüklerin ve bu anlamda seyahat özgürlüğünün yurt dışına çıkışın engellenmesi suretiyle kısıtlanması incelenecektir. İnceleme kapsamında önce temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin

¹¹ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 7.

¹² OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 8.

genel açıklamalara yer verilecek ardından Türk hukukunda ve Alman hukukunda yurt dışına çıkışın kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelere değinilecek ve bu kısıtlamayla müdahale edilen özgürlükler üzerinde durulacaktır. Son olarak Federal İdare Mahkemesinin kararına konu olayda Alman Hukukunda geçerli olan tehlikeyi önleme kapsamında başvurulmuş idari işlemlerin muhatabının tehlikenin kaynağını teşkil eden kişi olmasına ilişkin ileri sürülen “Verhaltensstörer” teorilerine değinilecek, davacının ileri sürdüğü üzere tehlikenin doğrudan kendisinden kaynaklanmamasının hukuken geçerli bir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulacaktır.

I. TEMEL HAKLARIN KISITLANMASINA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

A. GENEL OLARAK

İnsan hakları, devletten de önce var olan haklar olup bunlar, devlet güvencesiyle koruma altına alınması hâlinde “temel haklar” olarak adlandırılmaktadır¹³. Hak ve özgürlük kavramlarını birbirinden ayırmak zor olsa da doktrinde belirtildiği üzere hak bir hizmet ve edim isteme şeklinde belirirken özgürlük ya da Anayasa’da kullanılan ifadeyle “hürriyet” daha ziyade bir serbestlik ve bundan yararlanma anlamını taşımaktadır¹⁴. Anayasa (AY) madde 12 hükmünde temel hak ve özgürlüklerin herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez olduğu belirtilerek nitelikleri ortaya konmuştur. Hükümde geçen “herkesin” temel hak ve özgürlüklere sahip oluşu, herkesin aynı düzeyde temel hak ve özgürlüklere sahip olması şeklinde anlaşılmamalıdır zira anayasanın sistematigi içerisinde bazı temel hak ve özgürlükler herkese, bazıları belirli statülerdeki kişilere (çalışanlar, işçiler gibi) bazılarıysa yalnızca vatandaşlara tanınmıştır¹⁵. Benzer sistematige Alman Anayasa’sında (Grundgesetz-GG) da yer verilmiştir. Alman anayasa koyucu, AY madde 12’deki gibi temel hakların niteliğine ilişkin genel bir düzenlemeye yer vermemekle birlikte temel hakların

¹³ Gören, Z. (2007). “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 12, Y. 6, s. 39; Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2015), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku: İstanbul: Beta Yay., s. 133.

¹⁴ Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2015). s. 133.

¹⁵ a.g.e. s. 134.

düzenlenmesinde bunların taşıyıcılarına göre vatandaşlar ve herkes¹⁶, özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri gibi ayrımlara gitmiştir¹⁷. Buna göre örneğin Alman Anayasa'sı Art. 11'de düzenlenen Alman Federal Devleti sınırlarında seyahat hürriyeti vatandaşlara tanınmışken maddi ve manevi varlığını geliştirme hürriyeti (Art. 2 I) herhangi bir ayrıma gidilmeksizin herkese tanınmıştır. Bu ayrım özellikle temel hakların kişiler yönünden koruma alanının tespitinde ve dolayısıyla bireysel başvuru yoluna başvurabilecek kişilerin tespitinde önemlidir¹⁸. Türk hukukunda ise AY madde 23 hükmünde herkesin yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğu belirtilerek bu hak devlet sınırları ve vatandaşlık ölçütüne bağlı olmaksızın düzenlenmiştir. Buna karşın hakkın sınırlanmasına imkân tanıyan hâller arasında suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle suç işlenmesini önlemek genel bir kısıtlama nedeni olarak düzenlenmiş, vatandaşlar hakkında özel olarak yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya kovuşturması nedeniyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilceğine yer verilmiştir.

Alman hukukunda temel hakların tasnifinde bir diğer ayrım da özgürlük ve eşitlik (Freiheits- und Gleichheitsrechte) hakları arasında yapılmaktadır. Buna göre özgürlük hakları, kişileri özgürlüklerinin kısıtlanmasından koruyan haklarken eşitlik hakları, devlete ayrı vatandaşlar arasında sebep bulunmaksızın muamele yapmasını yasaklayan haklar olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Eşitlik hakları, bireyler ya da gruplar arasında ayrıcalıklara veya ayrımcılığa yol açan düzenlemeler yapılmasının önüne geçilmesine yarayan haklar olup bu tür düzenlemelerin yapılabilmesi hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına bağlıdır²⁰.

Özgürlük hakları her ne kadar kişilerin kanun koyucu ve kamu gücüne sahip diğer organ ve kurumlar karşısında korunmasına hizmet etse de bugün hiçbir hukuk düzeninde bunların sınırsız olarak tanınması söz konusu değildir. Her hakkın buna sahip olan ve ihlal edildiğini ileri sürebilecek olan kişiler yönünden kişi bakımından koruma alanı ve bu kişilere münferit hakla tanınan maddi koruma alanı vardır²¹. Hakların

¹⁶ Sodan, H., Ziekow J. (2018). *Grundkurs Öffentliches Recht*, München: C.H.Beck Verlag, § 21 kn. 7.

¹⁷ Manssen, G. (2020). *Staatsrecht II Grundrechte*, München: C.H.Beck Verlag, § 4 kn. 76 vd.

¹⁸ Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 23 kn. 2.

¹⁹ Epping, V. (2019). *Grundrechte*, Berlin: Springer Verlag, s. 4 kn. 9.

²⁰ Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 21 kn. 8.

²¹ a.g.e. § 24 kn. 3.

maddi anlamda koruma alanlarına nüfuz eden her işlem ve eylem müdahale ve bu anlamda sınırlama niteliğindedir ancak bunun ihlal niteliğini kazanması bu müdahalenin hukuka aykırı olmasına bağlıdır²². Temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamalar, bunların koruma alanlarına müdahale; doğrudan anayasadan, anayasada tanınan yetkiyle kanunlardan²³ ve özgürlüklerin doğal sınırlarından, diğer temel haklar karşısındaki konumundan²⁴ kaynaklanabilir.

Alman anayasa koyucunun temel hak ve özgürlükler hakkında istisnai olarak doğrudan anayasa hükmünde sınırlama nedenine yer verdiği de görülmektedir; bu tür anayasada açıkça öngörülen sınırlamalara Art. 9 II hükmünde vakıf ve dernek hakkı kapsamında düzenlenen amaç ve faaliyetlerinin ceza kanunlarına, anayasal düzene, milletlerarası iş birliği ve uyuma aykırı nitelikte olamayacağına ilişkin hüküm örnek gösterilebilir²⁵. Bunun dışında münferit temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak anayasada basit veya nitelikli yasa kaydına yer verilmiştir²⁶. Bazı temel haklar için ise yasa kaydıyla sınırlandırılma öngörülmemiştir; bu tür haklara din ve vicdan özgürlüğü (Art. 4 I), sanat ve bilim özgürlüğü (Art. 5 III c. 2) örnek gösterilebilir²⁷. Bu hakların sınırlandırılması ancak anayasanın birliği ve temel haklar arasındaki çatışmalar nedeniyle mümkündür²⁸. Anayasanın sınırlamanın yalnızca yasayla mümkün olduğunu belirttiği hâlde basit yasa kaydı, sınırlamanın yalnızca yasayla yapılabileceğini öngörmekle kalmayıp bunun dışında sınırlama getiren yasanın da belli koşullara dayanması, belli amaçlara hizmet etmesi ya da belli araçları kullanmasını öngörmesi hâlinde nitelikli yasa kaydı söz konusu olacaktır²⁹.

Türk anayasa koyucu AY madde 13 hükmünde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel kuralı ortaya koymuştur; buna göre temel hak ve özgürlükler yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlandırılabilir. Bu anlamda anayasa koyucu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında nitelikli

²² a.g.e. § 24 kn. 13.

²³ Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2015). s. 137.

²⁴ Gören, Z. (2007). s. 47.

²⁵ Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 24 kn. 14.

²⁶ Manssen, G. (2020). § 8 kn. 174.

²⁷ a.g.e. § 8 kn. 175.

²⁸ a.g.e. § 8 kn. 175.

²⁹ Gören, Z. (2007). s. 47; Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 24 kn. 14, 18.

yasa kaydına yer vermiştir³⁰. Maddenin 2001 yılında yapılan değişiklikten önceki hâlinde yer verilen genel sınırlandırma sebepleri olan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması” amaçları kaldırılmış, 13. madde temel hak ve özgürlüklerin tümü hakkında geçerli olacak sınırları belirleyen bir hüküm hâlini almıştır³¹.

B. SINIRLAMANIN SINIRLARI

Türk anayasa koyucu, AY madde 13³² hükmünde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırılmayacağını belirterek temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını belirlemiştir. Sınırlamanın sınırı olarak öze dokunmama ilkesi 2001 yılında AY madde 13 hükmünde yapılan değişiklikle eklenmiştir³³. Yine bu anlamda ölçülülük ilkesi de maddenin lafzına 2001 yılında yapılan değişiklikle eklenmiştir. Ancak doktrinde, maddenin değişiklik öncesi hâlinde yer alan, sınırlamaların öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacağına yönelik ifadenin ve özgürlüklerin olağanüstü yönetimler altında bile kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasının ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” mümkün olmasının (mad. 15/1) ölçülülük ilkesinin görünüm biçimleri olduğuna, yine Anayasa Mahkemesinin³⁴ de bu ilkeyi göz önünde bulundurarak bazı kararlar verdiği dikkat çekilmiştir³⁵.

³⁰ Gören, Z. (2007). s. 48.

³¹ Ergül, O., Kontacı, E., Polat, D. (2014). *Güncel ve Notlu 1982 Anayasası*, Ankara: Savaş Yay., s. 7 dn. 9; ayrıca bkz. Arslan, Z. (2002). “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, C. 19, s. 141 vd.; Gözler, K. (2001). “Anayasa Değişikliği ve Temel Hak ve Özgürlükler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, s. 54.

³² Aşağıda AY mad. 13 hükmünde öngörülen şartlara detaylı olarak yer verilmemiş, incelemeye konu kararın esasını teşkil etmesi nedeniyle Alman hukukunda aranan şartlar yakından incelenmiştir.

³³ Arslan, Z. (2002). s. 143.

³⁴ Nitekim AYM, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi “Özgürlükler, ancak; istisnâ olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmasıdır...” demek suretiyle bu durumu açıkça ortaya koymuştur.

³⁵ Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2015). s. 154.

Alman hukukunda sınırlamanın sınırları temel hakka müdahalenin kaynağını oluşturan yasanın anayasaya uygunluğu altında incelenmiştir; bu kapsamda yasanın şekli ve maddi anlamda anayasaya uygun olması gerekmektedir. Yasanın şekli anlamda anayasaya uygunluğundan, bunun yetkili organ tarafından (Art. 30, 70, 71-74 GG gereğince federal devletin mi yoksa eyaletlerin mi yasama yetkisinde bulunan bir konu olduğu), anayasada öngörülen usullere uyularak yürürlüğe girmiş olması³⁶ ve atıf emrine (Zitiergebot, Art. 19 I c. 2 GG) uygunluk anlaşılır³⁷. Maddi anlamda anayasaya uygunluktan anlaşılması gereken ise hukuk devleti ilkesinin (Art. 20 III GG) gereği olarak belirlilik ilkesine, birel olarak tek kişiye yönelik kanun yasağına (Verbot gesetzlicher Einzelfallregelung, Art. 19 I), ölçülülük ilkesine, öze dokunmama ilkesine (Wesenshaltsgarantie, Art. 19 II GG) uygunluktur³⁸.

Alman anayasa koyucu temel hakları sınırlandıran kanunlar hakkında işaret ve uyarı fonksiyonu gören atıf emri (Zitiergebot, Art. 19 I c. 2 GG) öngörmüştür, buna göre sınırlayıcı kanun açıkça hangi temel hakkın sınırlandırıldığını anayasa maddesi olarak belirtmelidir³⁹. Ancak yasa kaydıyla sınırlama öngörülmeleyen temel hakların sınırlandırılmasında, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesine ilişkin temel hakkın sınırlandırılmasında atıf emrinin yerine getirilmiş olması aranmamaktadır⁴⁰. Zira maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesine ilişkin temel hak, başlangıç temel hakkı (Auffanggrundrecht) olarak kabul edilmekte ve kapsamının genişliği itibarıyla her türlü müdahalenin bu temel hakkın sınırlandırılması anlamına geleceği ifade edilmektedir⁴¹.

Kaynağını hukuk devleti ilkesinden alan belirlilik ilkesi gereğince ise temel hakları sınırlandıran kanunların yeterli belirliliğe sahip olması gerekmektedir. Bu anlamda kanun tarafından hangi müdahalelere izin verildiği, bunların kapsam ve çerçevesi öngörülebilirliği sağlayacak

³⁶ Münch, I. v., Mager, U. (2018). *Staatsrecht II Grundrechte*, Stuttgart: Kohlhammer, s. 52 kn. 124.

³⁷ Manssen, G. (2020). § 8 kn. 188.

³⁸ a.g.e. § 8 kn. 193 vd.

³⁹ Münch, I. v., Mager, U. (2018). kn. 126, 127; Michael, L., Morlok, M. (2020). *Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos Verlag, § 22 kn. 580.

⁴⁰ Michael, L., Morlok, M. (2020). § 22 kn. 581.

⁴¹ Manssen, G. (2020). § 8 kn. 189.

şekilde ortaya konmalıdır⁴². Benzer şekilde Türk hukukunda da AY madde 13 hükmünde açıkça öngörülmemiş olsa da hukuk devleti ilkesinin gereği olarak belirlilik ilkesine uyulması gerektiği belirtilmiştir⁴³.

Bireylerle veya münferit olaylarla ilgili kanun yapılması yasağının anlaşılması gereken ise kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak idarenin gerçekleştirdiği işlemlerden farklı olarak kanunların genel ve soyut olması gerektiğidir⁴⁴.

Ölçülülük ilkesi ise (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz/Übemaßverbot) temel hakka yapılan müdahalenin müdahaleyle hedeflenen amaçla ölçülü bir ilişkiye sahip olmasını ifade etmekte olup bu ilişki aşamalı olarak incelenmektedir. İlk olarak müdahalenin hukuka uygun bir amacın yerine getirilmesine hizmet etmesi gerekmektedir (legitime Zweckverfolgung); ikinci olarak müdahalenin bu amacın yerine getirilmesine uygun, elverişli olması gerekmektedir (geeignetheit); üçüncü olarak müdahale gerekli olmalı, amacın yerine getirilmesini sağlayacak aynı ölçüde etkili ve daha hafif bir araç bulunmamalıdır; dördüncü ve son olarak müdahale orantısız (unangemessen) olmamalıdır⁴⁵. Dar anlamda ölçülülük ilkesi olarak da adlandırılan müdahalenin orantısız (unangemessen) olmamasına ilişkin orantılılık (Angemessenheit) ilkesinden anlaşılması gereken, müdahalenin gerçekleştirilmesiyle korunması amaçlanan menfaatler ile müdahaleden etkilenen kişilerin menfaatleri arasındaki dengede, korunması amaçlanan menfaatlerin ağırlık taşımasıdır⁴⁶. Bu anlamda gerçekleştirilen müdahalenin yoğunluğu ve etkilenen tüm kişilerin menfaatleri göz önünde bulundurulmalıdır; müdahalenin özellikle yoğunluk arz ettiği duruma örnek olarak şüphelinin bilgisi dışında bilgisayarında gerçekleştirdiği işlemlerinin izlenmesi gibi gizli olarak gerçekleştirilen soruşturma işlemleri gösterilebilir⁴⁷.

⁴² Manssen, G. (2020). § 8 kn. 193; Münch, I. v., Mager, U. (2018). kn. 133.

⁴³ Gören, Z. (2007). s. 50.

⁴⁴ Manssen, G. (2020). § 8 kn. 201.

⁴⁵ Manssen, G. (2020). § 8 kn. 214; Münch, I. v., Mager, U. (2018). kn. 131; Michael, L., Morlok, M. (2020). § 23 kn. 618 vd.

⁴⁶ Manssen, G. (2020). § 8 kn. 214; Münch, I. v., Mager, U. (2018). kn. 131; Michael, L., Morlok, M. (2020). § 23 kn. 618 vd.

⁴⁷ Manssen, G. (2020). § 8 kn. 214; BverfG NJW 2008, 822 (830).

Ölçülülük ilkesiyle ilgili olarak Alman Anayasa Mahkemesi yasama organının takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir, buna göre yasama organının ekonomi, çalışma ve sosyal politikaları kapsamında, kanunun etkilerinin belirsizliğine ilişkin olarak takdir yetkisi (Einschätzungsprärogative) bulunmaktadır, bu takdir yetkisi kapsamında kanun koyucu tarafından hedeflenen amaç *ex ante* (kanunun yapılması anında) açıdan değerlendirildiğinde açıkça elverişsiz, gereksiz ve orantısız olmamalıdır⁴⁸. Kanun koyucunun düzenlemenin etkilerini güvenilir bir şekilde öngörebilmek üzere değerlendirmesinde, maddi duruma uygun ve makul olarak elde edilebilir verileri esas alarak hareket edip etmediğine ve değerlendirmesinde esas almak üzere erişilebilir olan kaynakları tüketip tüketmediğine bakılmalıdır⁴⁹. Kanunun kanun koyucunun hatalı tahminlerini dayanak alması, tek başına anayasaya aykırı nitelikte olduğunun kabulü için yeterli değildir; bu noktada önemli olan kanun koyucunun başvurduğu aracın ve bu araçla ulaşılması amaçlanan hedeflerin kanunun yapılması anında objektif olarak elverişsiz, gereksiz ve orantısız olmamasıdır⁵⁰.

2001 yılındaki anayasa değişiklikleriyle AY madde 13 hükmüne de eklenen öze dokunmama ilkesi (Wesenshaltsgarantie) Alman Anayasası Art. 19 II hükmünde temel hakların özüne hiçbir surette dokunulamaz denilerek düzenlenmiştir. Öze dokunmama ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hakkında doktrin ve yargı uygulamasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu ilkeyi bireysel olarak yorumlayan görüşlere göre temel hakkın bunun taşıyıcısı olan münferit bireyler için anlamından yola çıkılarak belirleme yapılmalıdır. Bu anlayış eleştirilmiş ve temel hakların özünün belirlenmesinde bunun taşıyıcısı olan bireylerin değil temel hakkın kendisinin bir bütün olarak esas alınması gerektiği belirtilmiştir⁵¹. Öze dokunmama ilkesi bakımından tartışmalı bir diğer husus da bunun mutlak ya da nispi mi algılanması gerektiğidir. Nispi öze dokunmama ilkesi kapsamında temel hakkın özü her somut olay bağlamında ayrı değerlendirilmelidir, bu anlamda müdahaleyle temel hakları kısıtlanan kişilerin menfaatleri ve müdahaleyle korunan temel haklar arasında yapılan değerlendirmede üçüncü kişilerin menfaatlerinin ağır gelmesi

⁴⁸ BVerfGE 25, 1 (12 vd.); 30, 250 (263); 67, 157 (175); 96, 10 (23).

⁴⁹ BVerfGE 50, 290 (333 vd.); Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 24 kn. 39.

⁵⁰ VerfGE 30, 250 (263).

⁵¹ Manssen, G. (2020). § 8 kn. 218.

hâlinde öze dokunulduğundan söz edilemeyecektir⁵². Bu görüş, öze dokunmama ilkesi kapsamında yapılan incelemenin ölçülülük ilkesi kapsamında orantılılık açısından yapılan incelemeden farklılık arz etmemesi nedeniyle eleştirilmiş ve doktrinde her temel hakkın dokunulmaması gereken “çekirdek alanı” olduğunun öne sürüldüğü mutlak öz teorisinin daha isabetli görüldüğü belirtilmiştir; bu görüşün eleştiriye açık yanının ise bu çekirdek alanın belirlenmesinin zorluğu olduğu belirtilmiştir⁵³.

II. YURT DIŞINA ÇIKIŞIN KISITLANMASININ TEMEL HAKLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. SEYAHAT ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

1. Türk Anayasası’nda ve Pasaport Kanunu’nda Yer Alan Düzenlemeler

Türk hukukunda seyahat özgürlüğü, anayasal bir temel hak olarak AY madde 23 hükmünde “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir... Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir... Vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.” denilerek düzenlenmiştir. Anayasa koyucu özgürlüğe sahip olmak bakımından vatandaş ve yabancılar arasında bir ayrıma gitmemiştir. Yine seyahat hürriyetinin sınırlandırılmasının herkes hakkında suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla gerçekleştirilebileceğini belirtmiş, vatandaşlar hakkında ise suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle yurtdışına çıkma özgürlüğünün ancak hâkim kararına bağlı olarak⁵⁴ sınırlandırılabileceğini düzenlemiştir.

⁵² a.g.e. § 8 kn. 220; BVerfG NJW 2004, 739.

⁵³ a.g.e. § 8 kn. 220.

⁵⁴ Belirtmek gerekir ki 667 sayılı KHK mad. 5 hükmü ile “(1) Millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle haklarında idari işlem tesis edilenler ile aynı gerekçeyle haklarında suç soruşturması veya kovuşturması yürütülenler, işlemi yapan kurum ve kuruluşlarca ilgili pasaport birimine derhal bildirilir. Bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerinde pasaportlar iptal edilir. (2) Birinci fıkraya göre ilgili pasaport birimine isimleri bildirilen kişilerin eşlerine ait pasaportlar da genel güvenlik açısından mahzurlu görülmesi halinde aynı tarihte İçişleri Bakanlığınca iptal edilebilir.” düzenlemelerine yer verilmiş, hüküm 6749 sayılı Kanun mad. 5’te tekrarlanmış, olağanüstü hâl süresini aşan bir uygulanma imkânına kavuşmuştur. 6749 sayılı Kanun mad. 5/2 hükmüne hakkında suç soruşturması veya kovuşturması bulunmayan kişilerin haklarına müdahale teşkil etmesi dolayısıyla iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi kararında; “... Anayasa’nın 23. maddesinin beşinci fıkrasında vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya

Vatandaşın yurt dışına çıkışının sınırlandırılmasına ilişkin AY madde 23/3 hükmünün ilk hâlinde sınırlandırma nedenleri arasında ülkenin ekonomik durumu ve vatandaşlık ödevleri de yer almaktaydı ancak hükümde 2001 yılında yapılan değişiklikle ülkenin ekonomik durumu sınırlandırma nedeni olmaktan çıkarılmış, 2010 yılında yapılan değişiklikle de vatandaşlık ödevi sınırlandırma nedeni kaldırılmıştır. Buna karşın AY madde 23 hükmünde sınırlamanın anayasada anılan amaçlarla gerçekleştirilebileceği düşünüldüğünde nitelikli yasa kaydına yer verildiğini ifade etmek mümkündür⁵⁵.

Belirtmek gerekir ki yurda giriş ve yurttan çıkış olmak üzere yurt dışı seyahat özgürlüğü, bireyler bakımından temel hakları koruyan metinlerde yer verilmiş bir hak olduğu gibi münhasıran devletlerin egemenlik yetkisi içinde kalan bir alandır⁵⁶. Devletlerin egemenlik yetkisinden kaynaklanan bu takdir hakkının kullanılması ise aynı zamanda temel haklara müdahale teşkil ettiği için ancak kanunla mümkündür. Türk hukukunda ise yurt dışına çıkma hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemeler 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun (PK) 22 ve 23. maddelerinde somutlaştırılmıştır. Kanun'un 22. madde hükmünde pasaport veya vesika verilmesi yasak olan hâller, 23. madde hükmünde ise Türk vatandaşlarının seyahatlerinin sınırlandırılması veya yasaklanması düzenlenmiştir.

a. Pasaport Kanunu'nun 22. Maddesinin Anayasa Madde 13 ve 23 Karşısındaki Durumu

Türk Hukukunda vatandaşın yurt dışına çıkışı bakımından ilke olarak pasaport bulundurma zorunluluğu bulunmaktadır (PK mad.

kovuşturması sebebiyle hâkim kararıyla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Dava konusu kural ise belirli koşullardaki kişilerin haklarında bir suç nedeniyle yapılan soruşturma ya da kovuşturma olmaksızın ve hâkim kararı aranmaksızın pasaportlarının bakanlıkça iptaline karar verilebilmesine imkân sağlamaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın yerleşme ve seyahat özgürlüğüne tanıdığı güvencelerle bağdaşmamaktadır. Öte yandan kural olağanüstü dönemde de uygulama alanı bulmuştur. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınmasına Anayasa belirli koşullarda cevaz vermiştir. Bu nedenle kuralın olağan dönemde seyahat özgürlüğüne aykırı olduğu yönünde yapılan tespit kuralın olağanüstü dönemle sınırlı uygulamasını kapsamamaktadır...Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 23. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." demek suretiyle hükmün iptaline karar vermiştir (AYM, E. 2016/205, K.2019/63, 24/07/2019).

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Sezer, A. (2002): "Pasaport Kanunu Madde 22 ve 23: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek IV No.lu Protokol'e Aykırılık Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2002, s. 55.

⁵⁶ Esen, S. (2014). *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü*, Ankara: Yetkin Yay., s. 119.

2). Bu zorunluluk karşısında PK madde 22/1 hükmünde, yurt dışına çıkmaları mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarda *genel güvenlik* bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmeyeceği düzenlenmiştir. Hükmün ilk düzenlemesinde “genel güvenlik” kavramı yerine “siyasi emniyet” kavramı kullanılmıştır; bu ifade yerine “genel güvenlik” kavramı, 1981 yılında 2418 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle getirilmiştir. PK madde 22 hükmü değişiklik öncesi dönemde 1963 yılında Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş; Mahkeme, hükmü anayasaya aykırı bulmamış, bu dönemde hükümde yer alan “siyasi emniyet” kavramının millî güvenlik olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir⁵⁷. Bu karar doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir zira Mahkeme siyasi emniyet kavramını millî güvenlik kavramıyla eş anlamlı kabul etse de bu iki kavramın ayrı anlamlara sahip olduğu belirtilmiştir⁵⁸. Buna göre siyasi güvenlik, bir iktidar partisinin koyduğu ve devam ettirdiği bir politik durumun güvenliğini ifade etmekte olup bu millî çapta bir güvenlik değildir⁵⁹.

PK madde 22 hükmü doğrultusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi doktrinde eleştirilmiş, hükmün uygulanmasının Emniyet Genel Müdürlüklerince hazırlanan ve yargı denetimine konu olabilen “tahdit fişiyle⁶⁰” gerçekleştiği belirtilmiştir⁶¹. Doktrinde, Danıştay kararlarında, PK madde 22 hükmünde öngörülen koşul olan “memleketten ayrılmalarda genel güvenlik bakımından mahzur bulunma” ile AY madde 23 hükmünde öngörülen sınırlama sebebi olan ceza soruşturması veya kovuşturması şartıyla bağlantı kurulduğu belirtilmiştir⁶². Ancak Danıştay kararlarında bu şartın uygulanmasına ilişkin çelişkilerin bulunduğuna işaret edilmiştir, nitekim Danıştay

⁵⁷ AYM, E.1963/190, K.1963/100, 29/4/1963; Aybay, R. (1974). “Bir Kamu Özgürlüğü Sorunu: Pasaport Kanununun 22. Maddesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 7, S. 4, Y. 1974, s. 21.

⁵⁸ Aybay, R. (1974). s. 22.

⁵⁹ Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 21/2/1969 tarihli ve E. 1968/468 K. 1969/128 sayılı kararı (savcı mütalaası), aktaran Aybay, R. (1974), s. 22 dn. 42.

⁶⁰ Danıştay ilgilinin kendisine pasaport verilmemesi işlemine dayanak teşkil eden tahdit fişi aleyhine dava açmamış olmasının, pasaport talebinin reddi işlemi aleyhine dava açmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Danıştay Onuncu Dairesinin 5/6/2000 tarihli ve E. 1999/4840, K.2000/2875, sayılı kararı, aktaran Özbek Hadimoğlu, N. (2012), “Genel Güvenlik Bakımından Mahzurlu Olanların Yurtdışına Çıkış Özgürlüğü ile Pasaport Kanunu’nun 23. Maddesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 67, No. 3, s. 117 dn. 27.

⁶¹ Özbek Hadimoğlu, N. (2012). s. 116.

⁶² a.g.e. s. 117.

bazı kararlarında ilgilinin beraat etmesine veya hakkında takipsizlik kararı verilmesine rağmen pasaport talebinin reddedilmesi işlemlerini hukuka aykırı bulurken⁶³ başka bir kararında kişinin beraat etmesine rağmen birçok kez yargılanmış olmasına dayanılarak pasaport talebinin reddi işlemini hukuka aykırı bulmamıştır⁶⁴. Yine Danıştay başka bir kararında da genel güvenlik bakımından yurt dışına çıkmaya engel olan fiilin mutlaka mahkûmiyetle sonuçlanan bir yargı kararıyla belirlenmiş olması gerekmediğini belirtmiş, kişi hakkında farklı tarihlerde açılan ve beraatle sonuçlanan mahkeme kararlarını pasaport verilmesi talebinin reddi için yeterli bir neden olarak görmüş ve idare mahkemesi kararını bozmamıştır⁶⁵. Cezası infaz edilen suçlar nedeniyle pasaport verilmesi talebinin reddine ilişkin de Danıştay uygulamasında yeknesaklık olmadığını belirtmek mümkündür. Nitekim Mahkeme birçok kararında cezası infaz edilmiş suça dayanılarak idarenin ilgiliye pasaport vermemesi üzerine açılan davalarda, bu uygulamayı hukuka aykırı bulmayan idare mahkemesi kararlarını bozmuştur⁶⁶. Buna karşın Danıştayın diğer bazı kararlarında ise cezası infaz edilen suça dayanılarak davacıya pasaport verilmemesinin hukuka aykırılık teşkil etmediği ifade edilmiştir⁶⁷.

Danıştayın cezası infaz edilmiş suçlara dayanılarak kişinin yurtdışına çıkma hürriyetinin kısıtlanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı yönündeki kararlarına katılmak mümkün değildir. Zira kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması, işlenen suçun karşılığı olarak öngörülen en ağır müeyyideyi teşkil etmekte ve bu müeyyidenin uygulanabilmesinin esasını kişinin suç işlediğinin sabit olması oluşturmaktadır. Kişi hakkında ceza infaz edildikten sonra ayrıca bir müeyyide uygulanabilmesinin ise hukuk devletinde kabul edilebilir

⁶³ Danıştay Onuncu Dairesinin 17/9/2000 tarihli ve E. 1999/1030, K. 2000/3412 sayılı ile 19/6/2000 tarihli ve E. 1998/3035, K. 2000/682 sayılı kararları, aktaran Özbek Hadimoğlu, N. (2012). s. 118 dn. 31.

⁶⁴ Danıştay Onuncu Dairesinin 26/3/2001 tarihli ve E. 1999/3052, K. 2001/1114 sayılı kararı, aktaran Özbek Hadimoğlu, N. (2012). s. 118 dn. 32.

⁶⁵ Danıştay Onuncu Dairesinin 20/5/2000 tarihli ve E. 1999/3037, K. 2000/2749 sayılı kararı, aktaran Özbek Hadimoğlu N. (2012). s. 118 dn. 33.

⁶⁶ Danıştay Onuncu Dairesinin 13/6/2000 tarihli ve E. 1999/1649, K. 2000/3297 sayılı, 23/12/1999 tarihli ve E. 1997/7582, K. 1999/7153 sayılı, 31/5/1995 tarihli ve E. 1993/5052, K. 1995/2724 sayılı, 20/5/1998 tarihli ve E. 1996/6698, K. 1998/2040 sayılı kararları, aktaran Özbek Hadimoğlu, N. (2012). s. 118 dn. 34.

⁶⁷ Danıştay Onuncu Dairesinin 2/10/1997 tarihli ve E. 1995/7291, K. 1997/3348 sayılı ile 16/3/1999 tarihli ve E. 1996/8840, K. 1999/862 sayılı kararları, aktaran Özbek Hadimoğlu, N. (2012). s. 118 dn. 35.

bir gerekçesi olduğunu savunabilmek mümkün değildir. Nitekim kişinin yurt dışına çıkma hürriyetinin kısıtlanması da tedbir şeklindeki bir müeyyide niteliğinde olup kanunsuz suç ve ceza olamayacağı yönündeki temel ilkeye açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra yargılama sonucunda beraat etmiş veya hakkında yürütülen soruşturma kovuşturmayaya yer olmadığı (takipsizlik) kararı ile sonuçlanmış bir kişi hakkında özgürlüğünün kısıtlanması yönünde bir müeyyide uygulanması ise suç işlediği sabit olmayan, masum olan bir kişiye müeyyide uygulanması anlamına gelir ki bu uygulamaya anılan kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesi karşısında hukuka uygun bir açıklama getirmek açıkça imkânsızdır.

Öte yandan Anayasa'nın temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin genel hükmü olan madde 13 hükmünde "millî güvenlik" gerekçesi, daha önce açıklandığı gibi 2001 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Bu değişiklik karşısında Pasaport Kanunu'nun genel güvenlik bakımından mahzur bulunanların yurt dışına çıkışlarının kısıtlanmasına ilişkin hükmünün Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği isabetli olarak doktrinde ifade edilmiştir⁶⁸. Yine Danıştay kararlarında esas alındığı gibi kişi hakkında söz konusu olan ceza soruşturma veya kovuşturmasını genel güvenlik kavramıyla eş anlamlı kabul etmek de mümkün değildir zira bu hâllerde kişinin yurt dışına çıkışının kısıtlanmasının dayanağını artık Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri (adli kontrole ilişkin madde 109 ve tutuklamaya ilişkin madde 100 gibi)⁶⁹ ve Anayasa'nın açık düzenlemesi teşkil etmektedir. Pasaport Kanunu madde 22 hükmünde AY madde 23 hükmüne uygun olarak ve diğer kanunlarda yer alan düzenlemelerle yeknesaklık sağlanması amacıyla genel güvenlik ifadesinin yerine suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle ifadesine yer verilmesi daha isabetli görünmektedir.

b. Pasaport Kanunu Madde 23 Hükmünün Kapsamı ve Uygulanma Alanı

Türk vatandaşlarının seyahatlerinin sınırlandırılması veya yasaklanması başlıklı PK madde 23 hükmünde; cumhurbaşkanının harp

⁶⁸ Akbulut, E. (2007). "Yurtdışına Çıkış Yasağı", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 131; Sezer, A. (2002): s. 62; Esen, S. (2014). s. 140.

⁶⁹ Mahiyeti itibarıyla kişi hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulandığı ve kişinin belli bazı yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olduğu diğer hâller de bu kapsamda değerlendirilebilir.

tehlikesi veya memleket güvenliğine veya sağlık durumuna dokunan diğer olağanüstü hâller dolayısıyla Türk vatandaşlarının yabancı memleketlere gitmelerini kısmen ve tamamen men edebileceği gibi siyasi ve ekonomik mülahazalarla sadece belli ülkeler için geçerli pasaport düzenlenmesine de karar verebileceği düzenlenmektedir. PK madde 22 hükmünde, bireylerin tehlike arz etmesi nedeniyle memleketten ayrılmasında genel güvenlik bakımından kendilerinden kaynaklanan bir mahzur bulunması hâlinde seyahat özgürlüğü kısıtlanmaktayken madde 23 hükmünde bireylerin dışında kişilerden kaynaklanmayan nedenlerle seyahat özgürlüğünün kısıtlanması söz konusudur.

Doktrinde PK madde 22 hükmünün istisnai hâllerde verilen yabancılara mahsus damgalı pasaport hamili yabancılar ve Türk vatandaşları hakkında uygulanma alanı bulurken madde 23 hükmünün Türk vatandaşlarının tümü hakkında genel nitelikteki düzenlemeler bakımından uygulanma alanı bulacağı belirtilmiştir⁷⁰.

Doktrinde bir görüşe göre PK madde 22 hükmüyle olağan hukuk rejiminde yurt dışına çıkma özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olup sınırlamanın gerçekleştirilmesinde AY madde 13 hükmü esas alınmalıdır⁷¹. Buna karşın PK madde 23 hükmünde ise olağanüstü hâllerde seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması düzenlenmiş olup bu uygulama AY madde 15 hükmünde belirtilen koşullar çerçevesinde gerçekleştirilmelidir⁷². Yine hükmün kenar başlığında her ne kadar “sınırlandırma” ve “yasaklama” ifadelerine yer verilmekteyse de maddenin içeriğinde yurt dışına çıkma özgürlüğünün kısmen veya tamamen durdurulması öngörülmektedir⁷³. Bu görüş PK madde 23 hükmünde yer alan “...diğer olağanüstü haller...” ifadesinden yola çıkarak bu ayrımı esas almış görünmektedir. Ancak daha isabetli olarak doktrinde belirtildiği üzere PK madde 23 hükmünde savaş, seferberlik veya sıkıyönetim ya da olağanüstü hâl ilan edilmiş olması, hükmün uygulanması için zorunlu bir koşul olarak öngörülmemiştir⁷⁴. Zira PK madde 23 hükmü, hem seyahat edilecek ülkedeki olağanüstü durumları hem de yurt içindeki olağanüstü durumları seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasına gerekçe

⁷⁰ Aybay, R. (1975). *Amerikan, İngiliz ve Türk Hukukunda Yurtdışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü*, Ankara: Nura Matbaası, s. 158; Özbek Hadimoğlu, N. (2012). s. 144.

⁷¹ Sezer, A. (2002). s. 71.

⁷² a.g.e. s. 71.

⁷³ a.g.e. s. 71 dn. 54.

⁷⁴ Özbek Hadimoğlu, s. 144.

olarak kabul eden geniş bir hükümdür⁷⁵; bu nedenle hükümde geçen ifadeyi AY madde 15 anlamında “olağanüstü hâl” olarak değil genel anlamda “olağan dışı” durumlara ilişkin olarak anlamak gerekir⁷⁶. Hükümün bu şekilde anlaşılması hâlinde PK madde 22 hükmü hakkında geçerli olan Anayasa’ya uygunluğuyla ilgili tereddütler PK madde 23 hükmü açısından da gündeme gelecektir⁷⁷.

Bu noktada doktrinde PK madde 23 hükmünün geçici tedbir niteliğinde olduğu ve sınırlamanın gerekçesini Anayasa’nın devletin kişilerin ve toplumun refah ve huzurunu sağlamak, AY madde 17 gereğince kişilerin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak ödevinin teşkil ettiği belirtilmiştir. Buna göre bireyin yaşama hakkını korumak amacıyla seyahat özgürlüğü engellenmekte, devlet vatandaşını koruma yükümlülüğünü yerine getirmektedir⁷⁸. Bu görüşe göre hükümde yer alan “sağlık durumu”, “harp tehlikesi” ve “memleket güvenliği” ifadelerine dayalı olarak seyahat özgürlüğünün kısıtlanması; bireyin bir temel hakkı ile devletin yükümlülüğü arasındaki çatışmada bireyin ve toplumun sağlık ve yaşam hakkı karşısında bu haklara öncelik vermekte ise de hükümde yer alan “ekonomik veya siyasi nedenler” bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir; siyasi nedenle seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasında korunan herhangi bir temel hak veya özgürlük söz konusu değildir⁷⁹. Yine ekonomik nedenlerle seyahat özgürlüğünün kısıtlanması hâlinde de bireylerden çok devletin menfaatlerinin korunması söz konusu olmaktadır⁸⁰. Bu nedenle siyasi veya ekonomik nedenlerle seyahat özgürlüğünün kısıtlanması AY madde 23/4 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir⁸¹.

⁷⁵ Esen, S. (2014). s. 142.

⁷⁶ Özbek Hadimoğlu, N. (2012), s. 144.

⁷⁷ PK mad. 23 hükmünün AY mad. 15 anlamında “olağanüstü hâli” ifade etmediği yönündeki bir diğer görüşe göre savaş, salgın hastalık gibi olağanüstü durumların yurt dışında bulunması hâlinde idarenin ancak yurttaşları bu tehlikelere karşı uyararak bu tehlikelerin bulunduğu ülkelere gitmemek yönünde öneride bulunması mümkün ve gereklidir. Bunun ötesinde bu nedene dayanarak yurttaşın yurt dışına çıkışını sınırlayacak bir işlem tesisi AY mad. 23/5 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bkz. Esen, S. (2014). s. 142, 143.

⁷⁸ Özbek Hadimoğlu, N. (2012). s. 147.

⁷⁹ a.g.e. s. 150.

⁸⁰ a.g.e. s. 150.

⁸¹ a.g.e. s. 150.

Çalışmaya konu alınan olayda söz konusu olan yurt dışına çıkışın kısıtlanması uygulanması da esas itibarıyla PK madde 23 hükmünde düzenlenen devletin siyasi ve ekonomik menfaatleri ile bireyin seyahat özgürlüğü arasındaki çatışma ile ilgilidir. Aşağıda ele alınacağı üzere Alman Hukukunda da devletin menfaatleri, Pasaport Kanunu'nda özgürlüğün kısıtlanmasına gerekçe oluşturabilecek bir hâl olarak düzenlenmiştir. Esas itibarıyla devletin siyasi ve ekonomik menfaatlerinin vatandaşların menfaatlerinden ayrılabilir ve devlet tüzel kişisine özgü nitelikte olmadığı, en nihayetinde bu menfaatlerin vatandaşlara ait olduğu düşünüldüğünde bu menfaatlerin korunması amacıyla münferit bireylerin seyahat özgürlüğünün kısıtlanması AY madde 5 hükmü gereğince mümkün görünmektedir. Anılan olayda söz konusu olduğu gibi vatandaşın kaçırılması ve devletin fidye talebiyle karşı karşıya kalması durumunda bu talebin yerine getirilmesi esas itibarıyla vatandaşlara ait olan, kamu hizmetlerinde kullanılması gereken hazine gelirleriyle karşılanacaktır. Yine devletin siyasi menfaatlerini de uluslararası hukukta ve diğer devletlere karşı devletin siyasi itibarı ve menfaatlerinin korunması kapsamında düşünmek, belirli siyasi partilerin izlediği politikaların gerçekleştirilmesinin zarara uğraması şeklinde anlamamak gereklidir.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Seyahat Özgürlüğü

Bu noktada seyahat özgürlüğünün Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki yerine de değinmek gerekmektedir. Sözleşme'nin madde 5 hükmünde özgürlük ve güvenlik hakkına yer verilmiş, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması şartları ve bu hâlde sahip olduğu haklar düzenlenmiş ve kişinin devlet organları tarafından fiziksel özgürlüğünden keyfî bir şekilde yoksun bırakılmasından korunması amaçlanmıştır⁸². Esas itibarıyla AİHS madde 5 hükmünde yer alan özgürlük ve güvenlik hakkı ile her ne kadar ilk bakışta kişinin serbest dolaşım özgürlüğünün de korunduğu izlenimi uyansa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açıkça madde 5 hükmünde koruma altına alınan fiziksel özgürlükten kişinin herhangi bir yere gidip gelmesinin seyahat olarak özgürlüğünün anlaşılmaması gerektiğini; seyahat özgürlüğü ve bunun sınırlandırılmasının AİHS Ek

⁸² Council of Europe (2021). *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights*, s. 8, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf (Erişim Tarihi: 06/06/2021).

4 No.lu Protokol madde 2⁸³ ile koruma altına alındığını belirtmiştir⁸⁴. Ancak Mahkeme birçok kararında ayrıca, Ek 4 No.lu Protokol madde 2 hükmünün konusunu oluşturan hareket özgürlüğünün kısıtlanması (restriction of liberty) ile madde 5 hükmü kapsamında özgürlükten yoksun bırakılma (deprivation of liberty) arasındaki farkın nitelik ya da öz farkı değil fakat yoğunluk açısından söz konusu olan bir fark olduğuna da dikkat çekmiştir⁸⁵. AİHS madde 5 hükmü ancak kişinin fiziksel hareket özgürlüğünden yoksun bırakılması, kişinin alıkonularak özgürlüğünün tamamen kaldırılması hâlinde uygulanma alanı bulacaktır; kişinin salt belli bir yerde oturmaya mecbur kılınması ya da belli bir bölgeye girmesinin yasaklanması ise bu kapsamda değerlendirilmeyecektir⁸⁶. Şu hâlde kişinin yurt dışına çıkış özgürlüğünü de kapsayan seyahat özgürlüğünün AİHS madde 5 hükmü ile değil fakat Sözleşme'ye Ek 4 No.lu Protokol madde 2 ile koruma altına alındığını söylemek mümkündür. AİHM de kişinin yurt dışına çıkmasını sağlayacak kimlik belgesini (pasaportunu) kullanmasını engelleyecek müdahaleleri seyahat özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir⁸⁷.

Ayrıca işaret etmek gerekir ki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile seyahat özgürlüğü mahiyetleri itibarıyla bireylerin fiziksel özgürlüklerinin görünüm biçimlerini koruma altına alıyor olsa da Mahkemenin işaret ettiği gibi müdahaleye ilişkin yoğunluk farkının yanı sıra bu özgürlüklerin kısıtlanmasına olanak tanıyan şartlar bakımından aralarında önemli farklar vardır. Nitekim AİHS madde 5 hükmünde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliğinin devletin menfaatlerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün değildir zira hükümde sınırlı sayıda olmak üzere hakkın sınırlandırılabilmesi

⁸³ Bu özgürlüğün sınırlandırılabilmesi ise Ek 4 No.lu Protokol mad. 2/3, 4 gereğince ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara bağlı olarak mümkündür. Bkz. Esen, S. (2014). s. 150.

⁸⁴ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, B. No. 5370/72, 08/06/1976 § 52; *De Tommasso/İtalya*, B. No. 43395/09, 23/02/2017, § 80.

⁸⁵ Bkz. *De Tommasso/İtalya*, § 80; *Guzzardi/İtalya*, B. No: 7367/76, 06/11/1980, § 93.

⁸⁶ Sarıgül, A.T. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Ankara: Seçkin Yay., s. 35.

⁸⁷ *Baumann/Fransa*, B. No: 33592/96, 22/05/2001, § 65. Mahkeme *Timishev/Rusya* kararında başvuranın yalnızca etnik kökeni nedeniyle seyahat belgelerinin kabul edilmemesinin ve Kabardino-Balkaria bölgesine girişinin reddedilmesinin seyahat özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. *Timishev/Rusya*, B. No: 55762/00 ve 55974/00, 13/12/2005, §§ 53-59.

nedenlerine yer verilmiş, bu nedenler arasında “kamu güvenliği, ulusal güvenlik” gibi nedenler ise sayılmamıştır. Buna karşın Ek 4 No.lu Protokol madde 2/3 hükmünde açıkça seyahat hürriyetinin ulusal güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve kanunla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabileceği belirtilmiştir⁸⁸. AİHM ise *Bartik/Rusya kararında* Ek 4 No.lu Protokol madde 2 kapsamında ulusal güvenlik ve devletin çıkarlarının korunması amacıyla seyahat özgürlüğünün sınırlandırılmasının meşru bir amaçla gerçekleşmiş olduğunu kabul etmiştir⁸⁹. Mahkemeye göre devlet sırlarına erişmiş veya erişebilir olması nedeniyle bir kişinin yurt dışına çıkışının yasaklanması Sözleşme’ye aykırılık teşkil etmeyecektir⁹⁰.

Şu hâlde AİHM’in devletlerin ulusal menfaatlere dayanan gerekçelerle kişilerin yurt dışına seyahat özgürlüklerini kısıtlamasını Sözleşme’nin ihlali kapsamında değerlendirmedeği, bu noktada ulusal güvenliğe karşı tehlike oluşturan durumun tedbirin uygulandığı kişiden kaynaklaması gerekliliğini de aramadığı anlaşılmaktadır. AİHM’in değerlendirmesinin bu yönde olduğu saptandıktan sonra esas itibarıyla çalışmaya konu olayla doğrudan bir benzerlik bulunmasa da meselenin Mahkemenin önüne gelmesi hâlinde Mahkemenin yurt dışına çıkış özgürlüğü; fidye ve kaçırılma tehdidi nedeniyle devletin menfaatlerinin tehlikeye atılması gerekçesiyle sınırlandırılan kişiye yönelik bu işlemi Sözleşme’nin ihlali olarak değerlendirmeyeceğinin anlaşıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira *Bartik/Rusya* kararına konu olayda başvuranın devlet sırlarına erişmiş olması görevinden ileri gelmektedir ve çalışmaya konu olayda olduğu gibi salt yurt dışına seyahati nedeniyle bu bilgilere sahip olması dolayısıyla ulusal güvenliğin tehlikeye atılmasında başvuranın bir kusuru bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra Mahkemenin ölçülülük ilkesi yönünden ihlale hükmettiği *Bartik/Rusya* davasında başvuran, görevi boyunca ve

⁸⁸ Durmuş, T., Erdem, M. R., Sancakdar, O., Önok, R. M. (2019). *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yay., s. 695, 696.

⁸⁹ *Bartik/Rusya*, B. No: 55565/00, 21/12/2006, §§ 38-43; Esen, S. (2014). s. 124.

⁹⁰ *Bartik/Rusya*, §§ 38-43. Olayda Mahkeme başvuranın seyahat özgürlüğüne ilişkin hakkının ölçülülük ilkesinin gereklerinin sağlanamaması yönünden ihlal edildiğine hükmetse de ulusal güvenlik ve devletin çıkarlarının korunması amacıyla kişinin yurtdışına çıkışının kısıtlanmasını meşru bir amaca yönelik bir tedbir olarak değerlendirmiş, hakkın bu yönüyle ihlal edildiğine ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır.

görevinin sona ermesinden başlayarak 5 yıl süreyle toplam 24 yıl boyunca yurt dışına çıkamama yasağına tabi olmuş ve ulusal mahkemeler tarafından tedbirin devam eden süreçte gerekliliği ve daha az sınırlayıcı bir önlemin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmamışken⁹¹ çalışmaya konu olayda davacının yurt dışına çıkışı yalnızca Afganistan bölgesiyle sınırlı olmak üzere ve dava tarihi itibarıyla yaklaşık 2 yıl süreyle kısıtlanmış ve tedbir her seferinde 1 yıllık süre geçerli olmak üzere uygulanmıştır. Bu anlamda AİHM'in kişilerin yurt dışına çıkışının ulusal güvenlik gerekçeleriyle sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi yönünden ihlale yol açacağını belirttiği hususların çalışmaya konu olayda gerçekleşmediğini söylemek mümkündür.

Belirtmek gerekir ki Türk anayasa koyucu da kişi hürriyeti ve güvenliği ile seyahat özgürlüğünün birbirinden farklılık arz eden mahiyetlerini göz önünde bulundurarak bu hakları farklı hükümler altında (AY madde 19, 23) düzenlemiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de AİHM içtihatlarıyla aynı doğrultuda kişilerin fiziki hareket özgürlüklerini sınırlandıran bir tedbirin Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına mı yoksa Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenmiş olan seyahat özgürlüğüne mi müdahale teşkil ettiği belirlenirken önemli olan hususun sınırlamanın niteliği veya esası değil derecesi ve yoğunluğu olduğunu vurgulamıştır⁹². Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi; *yurt dışına çıkış yasağı getiren adli kontrol tedbirinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına değil seyahat hürriyetine ilişkin olduğunu* belirtmiş ve başvurucunun bu yasak nedeniyle özgürlüğünün kısıtlandığı iddiasını, Türkiye Ek 4. No.lu Protokol'e

⁹¹ Esen, S. (2014). s. 124.

⁹² "Anayasa Mahkemesi Esra Özkan Özakça kararında konutu terk etmeme adli kontrol tedbirini kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında incelemiştir. Bu kapsamda ilk olarak kişilerin fiziki hareket özgürlüklerini sınırlandıran bir tedbirin Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına mı yoksa Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenmiş olan seyahat özgürlüğüne mi müdahale teşkil ettiği belirlenirken önemli olan hususun sınırlamanın niteliği veya esası değil derecesi ve yoğunluğu olduğu vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre bunun tespitinde tedbirin türü, süresi, uygulanış şekli, gündelik hayatın denetiminin boyutu gibi faktörler önem taşımaktadır. Bu çerçevede yapılan değerlendirmede konutu terk etmemenin kişilerin fiziksel özgürlük alanını yalnızca ikamet ettiği konutun içi ile sınırlandıran, elektronik kelepçe takılmak suretiyle infazı söz konusu olabilen ve -kaldırılıncaya kadar- gün boyunca kesintisiz olarak devam ettirilen, uyulmadığında ise şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasına neden olabilen bir adli kontrol tedbiri olduğunun altı çizilmiştir. Anayasa Mahkemesi; anılan tedbirin bu niteliği, uygulanış şekli ve özellikleri itibarıyla hareket serbestisi üzerindeki sınırlayıcı etkisinin derece ve yoğunluk olarak seyahat özgürlüğüne göre oldukça ileri bir boyutta olduğu, dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır (Esra Özkan Özakça, §§ 73-77)." Şahin Alpay, B. No. 2018/10307, 03/12/2020, § 46.

taraf olmadığından Protokol madde 2’de yer verilen ve AY madde 23 hükmünde düzenlenen seyahat özgürlüğüne yönelik müdahaleleri bireysel başvuru kapsamında inceleyemeyeceğini ifade ederek⁹³ konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur⁹⁴.

Bu noktada Yüksek Mahkemenin kişilerin fiziksel hareket özgürlüklerine yapılan müdahalelerin seyahat özgürlüğüne yönelik olduğu takdirde bireysel başvuru kapsamında konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunduğunu ancak bu müdahalelerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali boyutuna ulaştığında AY 19 hükmü kapsamında hukuka uygunluğunu denetlediğini söylemek mümkündür. Öte yandan yukarıda da işaret edildiği üzere AİHM içtihatları ve AİHM ile aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesi⁹⁵ çerçevesinde tek başına kişinin yurt dışına çıkış özgürlüğünün kısıtlanması, yoğunluğu ve mahiyeti itibarıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yapılmış bir müdahale olarak kabul edilmediğinden Anayasa Mahkemesinin AY madde 23 hükmüne yapılan müdahaleleri bireysel başvuru kapsamında incelememesi karşısında ayrıca AY madde 19 ve AİHS madde 5 hükmünün ihlali kapsamında değerlendirebilmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak AİHM, *İletmiş/Türkiye* kararında hakkında devam eden ceza yargılaması nedeniyle mahkeme tarafından verilmiş karar bulunmamasına rağmen başvuranın pasaportuna el konulmasını Sözleşme’nin ihlali olarak değerlendirmiştir⁹⁶. Bu değerlendirmesinde AİHM, başvuranın seyahat özgürlüğünün ihlal edildiğine dikkat çekmekle birlikte Türkiye’nin Ek 4 No.lu protokole taraf olmaması nedeniyle ihlalin gerekçesini Sözleşme’nin özel hayata ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8.

⁹³ Kerem Dumanlı, B. No. 2015/1032, 31/10/2018; *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/02/2014, §§ 41-54.

⁹⁴ *Sebahat Tuncel*, §§ 41-54.

⁹⁵ “AİHM’e göre kişilerin fiziksel özgürlüğünün konu edildiği Sözleşme’nin 5. Maddesinin (1) numaralı fıkrası, hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi bir biçimde mahrum bırakılmamasını güvence altına almaktadır. **Yalnızca seyahat özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar bu maddenin değil Sözleşme’ye Ek 4 No.lu Protokol’ün 2. Maddesinin kapsamına girmektedir.** Özgürlükten mahrum bırakma ve özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark ise esasa ya da niteliğe ilişkin olmayıp bir derece ya da yoğunluk farkıdır. Bir kimsenin 5. Madde anlamında özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığının değerlendirilmesinde somut olayın özelliklerinin yanı sıra uygulanan tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir (*Guzzardi/İtalya* [GK], B. No: 7367/76, 6/11/1980, §§ 92, 93).” Abdulkadir Yayıncı, B. No. 2016/350009, 02/05/2019, § 57.

⁹⁶ *İletmiş/Türkiye*, B. No: 29871/96, 06/12/2005, § 38 vd.; Esen, S. (2014). s. 124.

maddesiyle açıklamıştır⁹⁷. Ancak bu karara esas olan olayda mahkeme, başvuranın ailesinin Almanya’da yaşıyor olmasını, başvuranın ekonomik ve sosyal hayatının merkezinin bu ülkede bulunmasını göz önünde bulundurarak madde 8 hükmünün ihlal edildiğine hükmetmiştir⁹⁸.

Bu noktada belirtmek gerekir ki aşağıda detaylı açıklanacağı üzere Türk Anayasa Mahkemesinden farklı olarak Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasada düzenlenen seyahat ve yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükmün ülke sınırlarına ilişkin olması karşısında yurt dışına seyahat hürriyetini kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesine ilişkin temel hak kapsamında değerlendirmekte ve anayasa şikâyeti kapsamında incelemektedir⁹⁹.

3. Alman Hukukunda Yurt dışına Çıkış Özgürlüğünün ve Pasaport Kanunu’nda Yer Alan Düzenlemelerin Seyahat Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi

Alman hukukunda seyahat ve yerleşme hürriyeti Anayasa’nın 11. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde tüm Alman vatandaşlarının Almanya Federal Cumhuriyeti içerisinde yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş ve özgürlüğünün sınırlandırılması gerekçelerine yer verilmiştir. Doktrinde bu hükümde düzenlenen seyahat özgürlüğünün yurt dışına çıkış özgürlüğünü de ihtiva edip etmediğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre yurt dışına çıkış özgürlüğü de Avrupa Birliği Çalışma Sözleşmesi madde 21 hükmünde düzenlenen Avrupa Birliği içerisinde seyahat ve yerleşme özgürlüğüne ilişkin hüküm de göz önünde bulundurularak Birlik hukukuna uygun yorum ilkesi çerçevesinde Anayasa’nın Art. 11 hükmü kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰⁰. Alman Anayasa Mahkemesinin de benimsediği daha isabetli görünen bir diğer görüşe göre ise Art. 11 GG hükmünde açıkça temel hakkın kapsamı hakkında devlet sınırlarıyla belirleme yapılmış olması karşısında yurt dışına seyahat hürriyetini, ülkeye giriş hakkının aksine Art. 11 GG’de düzenlenen hak kapsamında değerlendirmek mümkün değildir ve yurt dışına seyahat özgürlüğü

⁹⁷ İletmiş/Türkiye, § 50.

⁹⁸ İletmiş/Türkiye, § 49.

⁹⁹ BVerfG NJW 1957, 297.

¹⁰⁰ Dreier, H., Wollenschläger (2013). *Grundgesetz-Kommentar, Band 1*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, GG Art. 11 kn. 15.

maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesine ilişkin temel hakkı düzenleyen Art. 2 I kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰¹.

Kanuni düzenlemelere bakıldığında ise vatandaşın yurt dışına seyahat özgürlüğüne ilişkin düzenlemelere Alman Pasaport Kanunu'nda yer verildiği görülmektedir (Passgesetz-PassG). Buna göre Alman Pasaport Kanunu § 7 hükmünde pasaport verilmeyecek hâller düzenlenmiş, § 8 hükmünde pasaport veya pasaport yerine geçen vesikanın sahibinden § 7'de sayılan hâllerden birinin bulunması durumunda alınacağı öngörülmüştür. PassG § 7 hükmünde 11 bent hâlinde sayılan bu durumlar arasında çalışmada esas alınan somut olayda seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasının hukuki gerekçesini, PassG § 7 I 1 hükmünde düzenlen *“Almanya Federal Cumhuriyeti'nin dâhili veya harici güvenliğinin ya da başka türlü önemli bir menfaatinin tehlikeye düşmesi hâli”* teşkil etmektedir. İdare olayda devletin başka türlü önemli bir menfaatinin tehlikeye düşürüleceğinden hareketle davacının Afganistan'a seyahatinin belirli bir süreyle kısıtlanmasına karar vermiştir.

Hükümde yer alan *“diğer önemli menfaat”* ifadesi dar yorumlanmalıdır. Doktrinde bu ifadenin belirsizlik taşıdığı belirtilmekle birlikte sistematik bağlamda ve içtihatlarla yeterince açık şekilde ortaya konulmuş olması dolayısıyla belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği ifade edilmiştir¹⁰². Nitekim Anayasa Mahkemesi de aynı şekilde, kavramın belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir¹⁰³. Mahkemeye göre söz konusu olan menfaat, devletin dâhili veya harici güvenliğinin tehlikeye sokulmasına yaklaşan bir öneme ve ağırlığa sahip olmalıdır¹⁰⁴, bu anlamda devletin uluslararası itibarının -örneğin vatandaşın yurt dışında suç işlemesiyle tehlikeye atılması hâlinde de- önemli bir menfaat konusu olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁵. Buna karşın ilgilinin yurt dışında Alman devleti aleyhine eleştiride bulunacak olmasının bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁰⁶.

¹⁰¹ BVerfGE 72, 200(245); BVerfG NJW 1957, 297 (Leitsatz); Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 39 kn. 2.

¹⁰² Detlef, M., Papier, H. J. (2011). *Handbuch der Grundrechte, Band IV*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, s. 509 kn. 153.

¹⁰³ BVerfGE 6, 43= BVerfG NJW 1957, 298.

¹⁰⁴ BVerfG NJW 1957, 298; Erbs, G., Kohlhaas, M., Häberle, P., Wache, (2020). *Strafrechtliche Nebengesetze*, München, PassG § 7 kn. 7.

¹⁰⁵ Detlef, M., Papier, H. J. (2011). s. 509, 510 kn. 153.

¹⁰⁶ Erbs, G., Kohlhaas, M., Häberle, P., Wache, (2020). PassG § 7 kn. 7.

Pasaport talebinin reddine gerekçe oluşturabilecek önemli menfaatlere holiganların maç müsabakalarına katılmalarının engellenmesi örnek gösterilebilir¹⁰⁷. Yine pasaport başvurusunda bulunan kişinin yaşam masraflarını karşılamak için yeterli maddi varlığa sahip olmaması -dilenci, işsiz, herhangi bir maddi varlığı olmamasına rağmen dünyayı gezenler gibi- durumunda, ülkeye dönmesi için gereken masrafları karşılayamaması ve ekonomik anlamda kamunun zararına yol açması hâlinde de devletin önemli diğer menfaatlerinin tehlikeye düşürüldüğü kabul edilmektedir¹⁰⁸.

B. ALMAN ANAYASASI MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ HAKKI KAPSAMINDA SINIRLANDIRMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Maddi ve Manevi Varlığın Korunmasına İlişkin Hak (Art. 2 I GG, *Handlungsfreiheit*)

Alman hukukunda yurt dışına seyahat hürriyeti, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesine ilişkin temel hak kapsamında değerlendirilmektedir. Art. 2 I GG hükmünde düzenlenen bu temel hakka vatandaş ya da yabancı ayrımına gidilmeksizin herkesin sahip olduğu belirtilmiştir¹⁰⁹. Art. 19 III GG gereğince özel hukuk tüzel kişilerinin de ekonomik faaliyetlerinde özgür gelişim hakkına sahip olmaları nedeniyle¹¹⁰ Art. 2 I GG’de düzenlenen bu temel haktan yararlanabileceği kabul edilmekle birlikte bu hükmün kamu hukuku tüzel kişileri bakımından uygulanamayacağı belirtilmektedir¹¹¹. Bu hakkın sınırları olarak Anayasa’da anayasal düzenin gerekleri, diğer kişilerin hakları ve ahlak kuralları sayılmıştır¹¹².

¹⁰⁷ VG Stuttgart NJW 2006, 1017. Tehlikelilik arz eden holiganların yurtdışında gerçekleştirilecek futbol müsabakalarına katılmalarının engellenmesi devletin Art. 1 III, 2 II 1 GG gereğince yaşam hakkının korunmasına ilişkin yükümlülüğünün yerine getirilmesinden de kaynaklandığı belirtilmiştir. Bkz. Breucker, M. (2004). “Präventivmaßnahmen gegen reisende Hooligans”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1631 (1631).

¹⁰⁸ Erbs, G., Kohlhaas, M., Häberle, P., Wache, (2020). *PassG* § 7 kn. 7.

¹⁰⁹ Wienbracke, M. (2013). *Einführung in die Grundrechte*, Wiesbaden: Springer Verlag, s. 256 kn. 501.

¹¹⁰ a.g.e. s. 501.

¹¹¹ Ipsen, J. (2018). *Staatsrecht II Grundrechte*, Franz Vahlen Verlag, § 18 kn. 764. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Münch, I. v., Mager, U. (2018). kn. 82 vd.

¹¹² Doktrinde sınırlama nedenlerine ilişkin bu üçlü sistem “sınırlamalar üçlüsü” (Schränkentrias) olarak adlandırılmaktadır. Epping, V. (2019). kn. 570.

Bu hakkın maddi anlamda koruma alanının kapsamına ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde çok önceden ileri sürülmüş, şu an taraftar bulmayan kişiliğin çekirdeği teorisine (*Persönlichkeitskerntheorie*) göre; Art. 2 I hükmünde düzenlenen temel hakla yalnızca insanı fikrî ve ahlaki bir varlık olarak vasıflandıran, kişiliğin çekirdek alanı korunmalıdır¹¹³. Bu görüşe dayanak olarak lafzi yorum yoluyla Anayasa hükmünde yer alan “kişiliğin gelişimi” ifadesi ileri sürülmektedir¹¹⁴. Alman Anayasa Mahkemesi Art. 2 I ile ilgili temel içtihatlarından olan *Elfes* kararında¹¹⁵ bu görüşün isabetli olmadığını belirtmiş ve bu görüş çerçevesinde kişiliğin çekirdek alanı içerisinde gerçekleştirilen hareketlerin en başından itibaren ahlak kurallarına, diğer kişilerin haklarına veya anayasal düzenin gerekliliklerine aykırılık teşkil edebilmesinin ve bu anlamda Anayasa’da öngörülen sınırlama nedenleriyle bağdaşmasının mümkün olmadığını belirtmiştir¹¹⁶.

Kişiliğin çekirdek alanı teorisine benzer bir diğer teori de 1989 yılında Anayasa Mahkemesi hâkimi olan Dieter Grimm tarafından ormanda at binmeye ilişkin bireysel başvuru kararına karşıoy yazısında ileri sürülmüştür¹¹⁷. Buna göre temel haklar diğer haklardan ayrılan ve kamu gücü karşısında korunması amacıyla kendilerine üstünlük ve anayasal koruma tanınan haklardır, bu anlamda insan kaynaklı herhangi bir davranışın herhangi bir kıstas getirilmeden temel haklar kapsamında değerlendirilmesi temel hakların tarihî ve işlevsel anlamı karşısında isabetli değildir¹¹⁸. Anayasa’da düzenlenen maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin temel hak, insani davranışların tamamını kapsayan bir koruma alanı sunmamaktadır; bu hakla korunan bireylerin her istediklerini yapması değil kişiliğin özgürce geliştirilmesidir. Bu temel hak geniş bir koruma alanı sunmaktaysa da bu alan sınırsız değildir; daha ziyade diğer temel hakların koruma alanı kapsamında değerlendirilemeyen bireysel davranış, kişiliğin

¹¹³ Sodan, H., Ziekow, J. (2018). § 27 kn. 2.

¹¹⁴ Epping, V. (2019). kn. 549.

¹¹⁵ BVerfG NJW 1957, 297; detaylı bilgi için ayrıca bkz. Göztepe, E. (2015): “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu Ankara 2015 Toplantısı*, s. 17 vd., https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf (Erişim Tarihi: 25/04/2021).

¹¹⁶ BVerfG NJW 1957, 297.

¹¹⁷ BVerfGE 80, 137(164)=NJW 1989, 2525(2528, 2529).

¹¹⁸ Grimm, BVerfG NJW 1989 2525(2528).

geliştirilmesi açısından, alelade olmayan, diğer temel haklarla kıyaslanabilir ölçüde nitelikli, yükseltilmiş bir öneme sahip olmalıdır. Herhangi bir menfaate yönelik olmayan, kişinin kendisini ifade etmesinin her türlü görünüm biçimi, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi olarak değerlendirilmemeli, kavramın içi boşaltılarak anlamsızlaştırılmamalıdır. Temel hakkın koruma alanının bu şekilde geniş yorumlanması diğer hakların anlamsızlaşması sonucunu beraberinde getirdiği gibi hakkın sınırlandırılmasının sınırlarının da genişlemesine yol açacaktır¹¹⁹.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş içtihatları ve doktrinde de kabul edilen hâkim görüşe göreyse maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin temel hakkın koruma alanı geniş yorumlanmalı, her türlü insani davranış maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi üzerindeki etkisi ve önemine bakılmaksızın bu kapsamda değerlendirilmelidir¹²⁰. Art. 2 I düzenlenen temel hak, diğer temel haklar karşısında başlangıç, (*Auffanggrundrecht*) “temel” temel hak olma özelliğine sahiptir; anayasa sistematigi içerisinde aşamalı olarak düzenlenen temel haklar arasında diğer tüm temel hakların esasını, temelini kişiliğin korunması ve geliştirilmesine ilişkin Art. 2 I’da düzenlenen temel hak teşkil etmektedir¹²¹. Art. 2 I diğer temel haklarla ilişkisinde ikincil konumdadır; davranış, özel olarak düzenlenmiş temel hakların koruma alanında yer almadığında başlangıç temel hakkı olarak her zaman uygulanma alanı bulacaktır¹²². Bu anlamda yurtdışına seyahat özgürlüğü¹²³, güvercin beslemek¹²⁴, kenevir tüketimi¹²⁵, kasksız motorsiklet kullanmak¹²⁶ da bu temel hakkın koruma alanı kapsamında değerlendirilmelidir ve bu alanın kısıtlanması ancak anayasada üçlü olarak öngörülen sebeplerden biri nedeniyle, kanunla mümkündür¹²⁷.

¹¹⁹ Grimm, BVerfG NJW 1989, 2525(2528, 2529).

¹²⁰ BverfG NJW 1957, 297; NJW 1980, 2572; BeckRS 998, 14899; BeckRS 2003, 30323556; NJW 2005, 126; BeckRS 2010, 56135; tasarının parlamento görüşmelerinde de bu doğrultuda değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bkz. Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 24 kn. 2.

¹²¹ Epping, V. (2019). kn. 551.

¹²² Ipsen, J. (2018). kn. 789.

¹²³ BVerfG NJW 1957, 297.

¹²⁴ BVerfG NJW 1980, 2572.

¹²⁵ BVerfG NJW 1994, 1577.

¹²⁶ BVerfG NJW 1982, 1276.

¹²⁷ Epping, V. (2019). kn. 560.

Son olarak belirtmek gerekir ki her ne kadar Anayasa’da bu hakkın anayasal düzenin gerekleri, diğer kişilerin hakları ve ahlak kuralları gereğince sınırlandırılabilceği düzenlenmekteyse de anayasal düzeninin gerekleri sınırlandırma nedeni karşısında diğer sınırlandırma nedenlerinin kendilerine özgü bir alanı bulunmamakta, anayasal düzeninin gerekleri sınırlama nedeni olarak diğerlerini de içine alan geniş bir kavram teşkil etmektedir¹²⁸.

2. Kamu Düzenini Bozan Kişinin Sorumluluğuna İlişkin Teoriler ve Temel Hakkın Sınırlandırılmasında Etkisi

Yukarıda açıklandığı gibi kişinin yurtdışına seyahat özgürlüğü, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin hak kapsamında değerlendirilmekte; bu hakkın anayasal düzenin gerekleri ve bu anlamda üçüncü kişilerin haklarının korunması nedeniyle sınırlandırılmasına Anayasa izin vermektedir. Pasaport Kanunu’nda yer alan devletin diğer önemli bir menfaatinin tehlikeye düşürülmemesi amacıyla seyahat özgürlüğünün kısıtlanması da bu anlamda anlaşılmalıdır. Ancak olayda davacı, bu tehlikenin kendisinden kaynaklanmadığını, tam aksine Afganistan’daki ilgili örgütün eylemlerinden kaynaklandığını, tehlikenin doğrudan sorumlusu olmaması nedeniyle kendisine karşı uygulanan işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Bu noktada, kolluk hukukunda geçerli olan kamu düzeninin bozulması teorileri (*Störertheorien*) olarak adlandırılan, kolluğun tehlikeyi önleme görevi kapsamında gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerin muhatabının belirlenmesine yönelik ileri sürülen teorileri incelemek gerekmektedir. Kolluk tarafından tehlikenin önlenmesi, idare tarafından doğrudan, sorumlu kişiler aracılığıyla ya da diğer kişiler aracılığıyla gerçekleştirilebilmektedir¹²⁹.

Tedbirin yöneldiği kişilerin tehlikeyle aralarındaki illiyet bağının bir davranıştan kaynaklanması halinde hareket nedeniyle sorumluluk (*Verhaltensverantwortlichkeit*) söz konusu olacaktır; bu kişiler de tehlikeyle aralarındaki illiyet bağının doğrudan ya da dolaylı olmasına göre ikiye ayrılarak incelenmektedir. Buna göre; davranışıyla tehlike sınırını aşan, tehlikenin gerçekleşmesinde esaslı etkiyi yaratan ve buna doğrudan

¹²⁸ Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 24 kn. 14-16.

¹²⁹ a.g.e. § 79 kn. 6.

doğruya sebep olan kişiler, davranış yoluyla kamu düzenini bozan kişiler olarak (*Verhaltensstörer*) sorumludur¹³⁰. Bu davranışın icra veya ihmal suretiyle gerçekleştirilmesi mümkündür¹³¹. Buna karşın, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş ve yargı¹³² tarafından, tehlikeye doğrudan doğruya neden olmayan ve esas itibarıyla hukuka uygun hareket eden kişilerin *Verhaltensstörer* olarak sorumlu tutulmasına olanak tanımak üzere, amaca yol açan kimsenin (*Zweckveranlasser*) de kolluk tedbirlerinin muhatabı olabileceği kabul edilmektedir¹³³. Bu teori 1913 yılında Walter Jellinek tarafından geliştirilmiştir, buna göre amaca neden olan kişiden anlaşılması gereken, üçüncü bir kişinin tehlikeye yol açan hareketi gerçekleştirmesine olanak sağlayan¹³⁴, neden olan kişidir¹³⁵. Bu kişinin sorumluluğunun esasına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Subjektif teoriye göre; üçüncü kişinin tehlikeye neden olmasına yol açan kişi, bunu bilerek ve isteyerek hareket etmesi, yani kasıtlı olması halinde sorumlu olacaktır¹³⁶. Kastın varlığının kabul edilmesi için olası kastın yeterli olup olmayacağı konusunda ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹³⁷. Katı objektif teoriyi benimseyen görüşlere göreyse belirleyici olan, dışardan bakan üçüncü bir kişinin bakış açısından hareketin tehlikeye yol açan esas hareket ile arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı¹³⁸,

¹³⁰ a.g.e. § 79 kn. 8.

¹³¹ Pieroth, B., Schlink, B., Knesel, M., Kingreen Poscher, (2016). *Polizei- und Ordnungsrecht*, München: C.H.Beck Verlag, § 9 kn. 5, 6.

¹³² BVerwG BeckRS 2006, 23072.

¹³³ Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 79 kn. 9. Araya giren kasıtlı üçüncü kişinin davranışının illiyet bağını ve dolayısıyla sorumluluğu kaldıracağı yönündeki görüşler için bkz. Gusy, C. (2017). *Polizei- und Ordnungsrecht*, München: Mohr Siebeck Verlag, kn. 340; Pieroth, B., Schlink, B., Knesel, M., (2016). § 9 kn. 27.

¹³⁴ Bu duruma örnek olarak çiçekçinin dükkanının vitrinine son derece egzotik çiçekleri koyması ve vitrini seyreden onlarca kişinin trafiğin tıkanmasına neden olması bu gruba eklenen son kişiyle yaya yolunun tamamen kapalı hale gelmesi nedeniyle çocuk arabası sürükleyen kadının trafiğin aktığı alanda yürümek zorunda kalması ve tehlikeye düşmesi halinde, çiçekçiyi işleten kişinin *Zweckveranlasser* olarak değerlendirilmesi gösterilebilir. Burada yaya yolunu kapatan son kişinin davranışıyla kadının tehlikeye düşmesi arasında doğrudan nedensellik bağı, çiçekçinin ise tehlikeye dolaylı nedensellik bağı bulunmaktadır. Wobst, F., Ackermann, J. (2013), "Der Zweckveranlasser wir 100- Ein Grund zum Feiern?", *Juristische Arbeitsblätter*, 916 (916).

¹³⁵ Wobst, F., Ackermann, J. (2013), s. 916; Thiel, M. (2020). *Polizei- und Ordnungsrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlag, § 8 kn. 105.

¹³⁶ OVG Münster NVwZ-RR 2008, 12.

¹³⁷ Thiel, M. (2020). § 8 kn. 108.

¹³⁸ OVG Lüneburg NVwZ 1998, 638(639).

tehlikeye doğrudan doğruya yol açan kişinin davranışının, bu kişinin davranışına olanak sağlayan kişinin davranışının zorunlu bir sonucu olup olmadığıdır¹³⁹. Kümülatif teoriyi savunan görüşlere göreyse kişinin isteyerek hareket etmesi, amaçlaması halinde ya da arada objektif olarak bakıldığında nedensellik bağının bulunması halinde sorumlu kabul edilecektir¹⁴⁰. Doktrinde, bu figürün tartışmalı olması, belirlilik ilkesi ve kanunilik ilkesi karşısında tereddütlere yol açması, yargı kararları arasında da birlik bulunmaması karşısında, reddedilmesi hâlinde geri plandaki ikinci kişiye yönelik olarak tedbirin ancak kolluk hukukunda geçerli ve sıkı şartlara bağlı olan özel zorunluluk hâlinin şartları bulunması hâlinde (Norhein-Wesfallen Polis Kanunu § 6; Baden-Württemberg Polis Kanunu § 9) uygulanabileceği ifade edilmektedir¹⁴¹.

Davranış nedeniyle kamu düzenini bozan olarak sorumluluğun (*Verhaltensstörer*) kabul edildiği bir diğer hâl de görünüşte tehlikeye yol açan kişilere (*Anscheinsstörer*) yönelik tehlikenin önlenmesi amacıyla tedbirlerin uygulanmasıdır¹⁴². Buna göre objektif emareler doğrultusunda *ex ante* (olay anını esas alan) perspektiften bakıldığında tehlikenin gerçekleşmesinin yeterli ölçüde mümkün görünmesi hâlinde görünüşte tehlike söz konusu olacaktır¹⁴³. Görünüşte tehlikeye yol açan kişiler de davranış nedeniyle sorumlu olarak kabul edilerek bunlara karşı tedbir uygulanabileceği belirtilmiştir¹⁴⁴. *Zweckveranlasser* olarak kabul edilen kişiden farklı olarak burada tedbir görünüşte tehlikeye doğrudan doğruya yol açan kişiye yönelmektedir.

Kolluk hukukunda geçerli olan esaslara göre tedbirin uygulanması için esas olan kişinin kusurlu olması değil sebep olmasıdır, bu anlamda hakkında ceza yargılaması sonucu verilmiş bir hükmün bulunması da önemli değildir¹⁴⁵.

Tehlikeyle arasındaki nedensellik bağı icrai ya da ihmali bir davranıştan kaynaklanmayan fakat üzerinde sahip olduğu hâkimiyet nedeniyle tehlikenin bir eşyadan ya da hayvandan kaynaklanması

¹³⁹ Thiel, M. (2020). § 8 kn. 109 dn. 230.

¹⁴⁰ Verwaltungsgerichtshof Mannheim, ZUR 2002, 227.

¹⁴¹ Thiel, M. (2020). § 8 kn.112; Wobst, F., Ackermann, J. (2013). s. 916, 918.

¹⁴² Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 79 kn. 9.

¹⁴³ Thiel, M. (2020). § 8 kn. 102.

¹⁴⁴ Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 8 kn. 9.

¹⁴⁵ Breucker, M. (2004). s. 1631; BVerwG NJW 1982, 1008.

hâlinde bu kişilerin durum nedeniyle sorumlu oldukları (*Zustandsstörer*) kabul edilmiştir¹⁴⁶.

Anılan olayda da davacı, açıklanan bu teoriler doğrultusunda tehlikeye doğrudan sebep olmaması gerekçesiyle idari işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştü; ilk derece mahkemesi söz konusu olan kaçırılma tehlikesinin davacının davranışı (seyahati) ile arasında davacının *Zweckveranlasser* olarak sorumlu tutulabilmesine olanak sağlayan subjektif bağın davacının kastının yokluğu nedeniyle bulunmadığını, yine objektif açıdan davacının davranışıyla tehlikeyi gerçekleştirmesi beklenen kişilerin davranışı arasında doğal bir birlik ifade edecek yakınlığın bulunmadığını belirtmiştir¹⁴⁷.

İstinaf mahkemesi ise davacının *Zweckveranlasser* olarak sorumlu tutulup tutulamayacağını incelenmesine gerek olmadığını, zira olayda kolluk hukukunda uygulanan genel prensiplere göre değil Pasaport Kanununda yer alan düzenlemeye göre inceleme yapılması gerektiğini, § 7 PassG hükmünün ise normun muhatabının “tehlikeyi doğurmuş olmasını” değil, yalnızca pasaport sahibinin devletin önemli bir menfaatini tehlike atmış olmasını aradığını belirtmiş, bunun için ise pasaport sahibinin kusurlu olması aranmaksızın devletin menfaatinin objektif olarak tehlikeye atılmış olmasının yeterli olacağını ifade etmiştir.¹⁴⁸ Mahkeme olayda kolluk hukukunda geçerli olan genel kuralların özel hükümlerin bulunması halinde uygulanma alanı bulmayacağını; § 7 PassG hükmünde tedbirin muhatabı olan kişinin kanun tarafından açıkça pasaport sahibi olarak belirlendiğini, genel hükümler karşısında bu hükmün özel hüküm olması gereğince uygulanma önceliğine sahip olduğunu belirtmiş; ilk derece mahkemesinin bu gerekçeye dayanan idari işlemin iptali kararının bozulmasına karar vermiştir¹⁴⁹. Federal İdare Mahkemesi de İstinaf Mahkemesi ile aynı doğrultuda Pasaport Kanunu’nda açık düzenlemenin bulunmadığı hallerde ancak kolluk hukukunda geçerli genel prensiplere gidilmesinin söz konusu olabileceğini, bu anlamda § 7 PassG hükmünün normun muhatabı olan kişiyi açıkça belirlediğini ayrıca genel hükümlere

¹⁴⁶ Sodan, H., Ziekow J. (2018). § 8 kn. 10.

¹⁴⁷ Verwaltungsgericht Braunschweig BeckRS 2017, 113001 kn. 20.

¹⁴⁸ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 50.

¹⁴⁹ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 51.

göre belirleme yapılmasına gerek bulunmadığını belirterek davacının temyiz talebini reddetmiştir¹⁵⁰.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki Federal İdare Mahkemesi bireylerin *Zweckveranlasser* olarak sorumlu tutulabilmesine ilişkin bu figürün istisnai hâllerde açıkça uygulanabileceğini kabul ederken¹⁵¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi *Zweckveranlasser* olarak adlandırılan hukuki figürün Anayasa'ya uygunluğu hakkında doğrudan bir görüş bildirmemiş, önüne gelen bir olayda kolluk hukukunda geçerli olan zorunluluk hâlinin uygulanması bakımından bu figürün tek başına yeterli olmadığını, diğer olgularla desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵².

3. Sınırlandırmanın Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Yurtdışına seyahat özgürlüğünün ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir; bu noktada idari işlemin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı incelenecektir. İstinaf ve temyiz mahkemelerinin de ortaya koyduğu üzere kaçırılma ve şantaj tehlikesinin önlenmesi bakımından seyahat özgürlüğünün bir seneyle sınırlı olarak kısıtlanması elverişli bir tedbirdir¹⁵³. Yine § 7 II PassG hükmünde de pasaport talebinin reddedilmesi tedbirinin ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmesi hâlinde pasaportun geçerlilik alanının ve süresinin kısıtlanarak verilmesi daha hafif bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla davacı hakkında talebin reddedilmesi veya pasaportun alınması tedbiri yerine bu şekilde kısıtlama tedbirinin uygulanması yoluna gidilmesi ölçülülük ilkesi açısından uygun görünmektedir¹⁵⁴. Ayrıca önce davacıyla konuşarak daha hafif bir araç olarak, tehlike durumu açıklanarak seyahatini ertelemesi kendisinden talep edilmiş, bu görüşmeye rağmen davacının seyahatini gerçekleştirmek istemesi üzerine kısıtlamaya yol açan işlem gerçekleştirilmiştir. Davacının seyahatini gerçekleştireceğini belirtmesi üzerine başvurulabilecek daha hafif bir aracın bulunmadığı belirtilmiştir¹⁵⁵.

¹⁵⁰ BVerwG NVwZ 2020, 167(169, ccc).

¹⁵¹ BVerwG BeckRS 2006, 23072.

¹⁵² BVerfG NVwZ 2000, 1406 (Leitsatz).

¹⁵³ BVerwG NVwZ 2020, 167(169, ddd).

¹⁵⁴ BVerwG NVwZ 2020, 167(169, ddd); OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn.65.

¹⁵⁵ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn.65.

Davacının seyahatinin ardından kaçırılma ve şantaj tehlikesinin gerçekleşmesi durumunda Alman kolluk güçlerinin ve adli makamlarının egemenlik ilkesi gereğince bir başka ülkede etkili bir şekilde faaliyet göstermesi de mümkün değildir¹⁵⁶. Doktrinde de yargı kararlarıyla¹⁵⁷ aynı doğrultuda, davacının temel haklarında kısıtlama söz konusu olmakla birlikte müdahaleyle korunması amaçlanan menfaatlere öncelik tanınmasının davacının seyahatiyle tehlikenin gerçekleşmesinin kesinliğe yaklaşan bir oranla öngörülebilir olması nedeniyle orantılı olduğu, yine kısıtlama süresinin somut olayın koşulları karşısında orantısız olmadığı belirtilmiştir¹⁵⁸.

4. Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Kapsamında Kişinin Kendine Zarar Verme Hakkı

Son olarak bu hususta değinilmesi gereken bir diğer konu, kişinin kendisini tehlikeye atma hakkının bulunup bulunmadığı, bu davranışların Art. 2 I GG kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Yukarıda da açıklandığı üzere Alman Federal Anayasa Mahkemesi kural olarak bu temel hakkın koruma alanını son derece geniş kabul etmekte ve her türlü insani davranışın bu kapsama dâhil olduğunu belirtmektedir. Kişinin kendi bedeni ve yaşamı üzerindeki tasarruf hakkı ve dolayısıyla kendisini tehlikeye atma özgürlüğü de bu kapsamda değerlendirilmekte, kamu gücüyle kişinin kendisinden korunmasının da ayrıca hukuka uygunluk nedenine ihtiyaç duyduğunu kabul etmektedir¹⁵⁹. Nitekim Mahkeme benzer mülahazalarla kişinin yaşamına son vermek istediğinde intihar davranışını insan onurunun son bir kez ifade edilişi olarak değerlendirmiş, bu hakkın Anayasa'da düzenlenen yaşam hakkının (Art. 1 I GG), maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi ve korunması hakkının (Art. 2 I GG) koruma alanı içerisinde yer aldığını belirtmiş ve Alman Ceza Kanunu'nun ticari faaliyet gösteren kuruluşlarca intihara yardım etmeyi düzenleyen § 217 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline hükmetmiştir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Hahn, C., Beschränkung des Geltungsbereichs eines Passes, *Juris Rechtsprechung-BVerwG* 25/2019 Anmerkung 1.

¹⁵⁷ OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880 kn. 67; BVerwG NVwZ 2020, 167(169, ddd).

¹⁵⁸ Hahn, Anmerkung 1.

¹⁵⁹ BVerfG NJW 1994, 1577; NJW 1982, 1276; NJW 1987, 180.

¹⁶⁰ BVerfG NJW 2020, 905 (Leitsatz).

Doktrinde de isnat yeteneğine sahip, yetişkin kişilerin kendilerini tehlikeye atmak hakkı bulunduğu ve iradesine karşı -kişinin kendisine karşı korunamayacağı kabul edilmekle birlikte- üçüncü kişilerin veya kamunun zararına bu davranışın gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir¹⁶¹. Nitekim temel hakların sınırları olarak diğer kişilerin haklarından anlaşılması gereken de üçüncü kişilere ait menfaatlerin etkilendiği noktanın, kişinin özgürlüğünün bitiş noktasını teşkil etmesidir (*neminem laedere*)¹⁶². Bu anlamda çalışmaya konu olayda da davacının kaçırılma tehlikesini göze alarak seyahat etmesi; devletin şantaj tehlikesiyle karşı karşıya kalması, olası bir fidye ödenmesi hâlinde kamuya ait maddi varlıkların ve devletin itibarının zarar görecektir olması düşünüldüğünde kişinin kendisini tehlikeye atma hakkı kapsamında değerlendirilemeyecek, bu hakkın sınırları dışında kalacaktır. Bir diğer deyişle kişinin seyahat özgürlüğünden istifade etmek suretiyle kendi vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı üzerindeki tasarruf hürriyetini kullanarak kendisine yönelen tehlikeleri göze almasının, aynı zamanda kamuya ve devlete ait menfaatleri tehlikeye düşürmesi karşısında maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi ve korunması hakkının dışında kaldığı kabul edilmelidir.

SONUÇ

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki istinaf ve temyiz mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirme ve verilen karar isabetli görünmektedir. Uygulanan işlem şekli ve maddi açıdan Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir. Zira maddi anlamda belirlilik ilkesine, öze dokunmama yasağına, ölçülülük ilkesine, özel kanun yapma yasağına aykırılık teşkil etmeyen ve Anayasa'ya uygun şekilde yürürlüğe konmuş kanuna dayanmaktadır. Nitekim sınırlamanın dayanağını teşkil eden kanunda yer alan “devletin diğer önemli menfaati ifadesi” belirlilik ilkesi bakımından tereddüt uyandırmakta olsa da Federal Anayasa Mahkemesi, meşhur *Elfes* kararında, açıkça bu ifadenin belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir¹⁶³. Dolayısıyla çalışmaya konu olay bakımından da artık bu ifadenin Anayasa'ya aykırı nitelikte

¹⁶¹ Gutmann, T. (1999), “Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Lebenspende von Organen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, s. 3388.

¹⁶² Ipsen, J. (2018). kn. 778.

¹⁶³ BVerfGE 6, 32=NJW 1957, 297.

olduğunu ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Yine uygulanan işlem ölçülülük ilkesine de uygun görünmektedir.

Federal Yüksek İdare Mahkemesinin doktrinde oldukça tartışmalı olan ve yargı mercileri arasında yeknesak bir uygulama bulunmayan, arka plandaki ikinci kişinin hukuka uygun davranışına rağmen üçüncü bir kişinin tehlikeye yol açan davranışına olanak hazırlaması nedeniyle sorumlu tutulması, kendisine karşı tehlikenin önlenmesi amacıyla idari işlem veya eylem gerçekleştirilmesini kabul eden “Zweckveranlasser” teorisini kabul ettiği bilinmekle birlikte Mahkeme olayda özel normun varlığı karşısında bu teoriye göre sorumluluğu inceleme alanı bulunmadığını belirtmiştir. Federal Anayasa Mahkemesinin ise henüz bu teoriye ilişkin doğrudan görüş bildirdiği bir kararı bulunmamaktadır. Olayda olağan yargı yollarının henüz tüketildiği göz önünde bulundurulduğunda meselenin Anayasa Mahkemesi önüne anayasa şikâyeti yoluyla gelmesi ihtimalinde Mahkemenin kararının nasıl şekilleneceği merak konusudur.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Emre (2007). “Yurtdışına Çıkış Yasağı”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- ARSLAN, Zühtü (2012). “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, *Anayasa Yargısı*, C. 19, ss. 139-155.
- AYBAY, Rona (1974). “Bir Kamu Özgürlüğü Sorunu: Pasaport Kanununun 22. Maddesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 7, S. 4, ss. 11-27.
- AYBAY, Rona (1975). *Amerikan, İngiliz ve Türk Hukukunda Yurtdışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü*, 1975, Ankara: Nuray Matbaası.
- BRECUKER, Marius (2004). “Präventivmaßnahmen gegen reisende Hooligans”, *Neue Juristische Wochenschrift*, ss. 1631-1633.
- “Council of Europe, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights,” 31 April 2021, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf (Erişim Tarihi: 06/06/2021).
- DREIER, Horst (Hrsg.) (2013). *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag.
- EPPING, Volker (2019). *Grundrechte*, Berlin: Springer Verlag.
- ERBS, Georg, KOHLHAAS, Max, HÄBERLE, Peter (Hrsg.) (2020). *Strafrechtliche Nebengesetze*, München: C.H.Beck Verlag.
- ERGÜL, Ozan, KONTACI, Ersoy, POLAT, Deniz (2014). *Güncel ve Notlu 1982 Anayasası*, Ankara: Savaş Yayınları.
- ESEN, Selin (2014). *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖREN, Zafer (2007). “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 12, Y. 6, ss. 39-59.
- GÖZLER, Kemal (2001). “Anayasa Değişikliği ve Temel Hak ve Özgürlükler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001/4, ss. 53-67.
- GÖZTEPE, Ece (2015). “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, Kamu Hukukçuları Platformu Ankara 2015 Toplantısı, https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf (Erişim Tarihi: 25/04/2021).

- GUSY, Christoph (2017). *Polizei- und Ordnungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag.
- HAHN, Carsten, “Beschränkung des Geltungsbereichs eines Passes”, *Juris Rechtsprechung-BVerwG* 25/2019 Anmerkung 1.
- IPSEN, Jörn (2018). *Staatsrecht II Grundrechte*, basım yeri belirsiz: Franz Vahlen Verlag.
- MANSEN, Gerrit (2020). *Staatsrecht II Grundrechte*, München: C.H.Beck Verlag.
- MÜNCH, Ingo von, MAGER, Ute. (2018). *Staatsrecht II*, Stuttgart: Kohlhammer Verlag.
- DETLEF, Merten, PAPIER, Hans-Jürgen (Hrsg) (2011). *Handbuch der Grundrechte*, Band IV, Heidelberg: C.F. Müller Verlag.
- MICHAEL, Lothar, MORLOK, Martin (2020). *Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- ÖZBEK HADİMOĞLU, Nimet (2012). “Genel Güvenlik Bakımından Mahzurlu Olanların Yurtdışına Çıkış Özgürlüğü ile Pasaport Kanunu’nun 23. Maddesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 67, No. 3, ss. 109-158.
- PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, KNIESEL, Michael (Hrsg.) (2016). *Polizei- und Ordnungsrecht*, München: C.H.Beck Verlag.
- SARIGÜL, Ali Tanju (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- SEZER, Abdullah (2002). “Pasaport Kanunu Madde 22 ve 23: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Ek IV No.lu Protokol’e Aykırılık Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 57-3, ss. 49-76.
- SODAN, Helge, ZIEKOW, Jan (2018). *Grundkurs Öffentliches Recht*, München: C. H. Beck Verlag.
- THIEL, Markus (2020). *Polizei- und Ordnungsrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2015). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.

- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, ÖNOK, Rifat Murat (2019). *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- WIENBRACKE, Mike (2013). *Einführung in die Grundrechte*, Wiesbaden: Springer Verlag.
- WOBST, Felix, ACKERMANN, Julian (2013). “Der Zweckveranlasser wir 100- Ein Grund zum Feiern?”, *Juristische Arbeitsblätter*, ss. 916-920.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Engel ve Diğerleri/Hollanda*, B. No. 5370/72, 08/06/1976.
- Guzzardi/İtalya*, B. No: 7367/76, 06/11/1980.
- Baumann/Fransa*, B. No: 33592/96, 22/05/2001.
- İletmiş/Türkiye*, B. No: 29871/96, 06/12/2005.
- Timishev/Rusya*, B. No: 55762/00 ve 55974/00, 13/12/2005.
- Bartik/Rusya*, B. No: 55565/00, 21.12.2006.
- De Tommasso/İtalya*, B. No. 43395/09, 23/02/2017.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1963/190, K.1963/100, 29/4/1963.
- AYM, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986.
- AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019.
- Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/02/2014.
- Kerem Dumanlı*, B. No. 2015/1032, 31/10/2018.
- Abdulkadir Yayıpı*, B. No. 2016/35009, 02/05/2019.
- Şahin Alpay*, B. No. 2018/10307, 03.12.2020.

Danıştay Kararları

- Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 1968/468 K. 1969/128, 21/2/1969.
- Danıştay 10. Daire, E. 1993/5052, K. 1995/2724, 31/5/1995.
- Danıştay 10. Daire, E. 1995/7291, K. 1997/3348, 2/10/1997.

- Danıştay 10. Daire, E. 1996/6698, K. 1998/2040, 20/5/1998.
Danıştay 10. Daire, E. 1996/8840, K. 1999/862, 16/3/1999.
Danıştay 10. Daire, E. 1997/7582, K. 1999/7153, 23/12/1999.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/3037, K. 2000/2749, 20/5/2000.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/4840, K.2000/2875, 5/6/2000.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/1649, K. 2000/3297, 13/6/2000.
Danıştay 10. Daire, E. 1998/3035, K. 2000/682, 19/6/2000.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/1030, K. 2000/3412, 17/9/2000.
Danıştay 10. Daire, E. 1999/3052, K. 2001/1114, 26/3/2001.

**Alman İstinaf Mahkemesi (Ovg), Federal Temyiz Mahkemesi (Bverwg)
ve Federal Anayasa Mahkemesi Kararları**

- OVG Lüneburg NVwZ 1998, 638.
OVG Münster NVwZ-RR 2008, 12.
OVG Lüneburg BeckRS 2018, 2880.
BVerwG NJW 1982, 1008.
BVerwG BeckRS 2006, 23072.
BVerwG NVwZ 2020, 167.
BVerfGE 6, 43= BVerfG NJW 1957, 298.
BVerfGE 72, 200.
BVerfG NJW 1957, 297.
BVerfG NJW 1980, 2572.
BVerfG NJW 1982, 1276.
BVerfG NJW 1987, 180.
BVerfG NJW 1994, 1577.
BVerfG BeckRS 998, 14899.
BVerfG NVwZ 2000, 1406.
BVerfG BeckRS 2003, 30323556.

BVerfG NJW 2004, 739.

BVerfG NJW 2005, 126.

BverfG NJW 2008, 822.

BVerfG NJW 2020, 905.

BVerfG BeckRS 2010, 56135.

BVerfGE 25, 1.

BVerfGE 67, 157.

BVerfGE 80, 137(164) =NJW 1989, 2525.

BVerfGE 96, 10.

BVerfGE 30, 250.



VERGİ HUKUKUNDA UZLAŞMANIN VERGİDE EŞİTLİK İLKESİ BAĞLAMINDA ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

*The Constitutionality of Settlement in Tax Law in the Context of the Equality
Principle in Taxation*

Özcan Altay*

ÖZ

Türk vergi hukukunda uzlaşma daha önce akademik alanda birçok kez ele alınmış, hukuki niteliği ve uygulaması üzerine doktrinde çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalarda uzlaşma kurumunun temel anayasal ilkeler olan vergide eşitlik ve kanunilik ilkeleri bağlamında çoğunlukla Anayasa'ya aykırı olarak nitelendiği görülmektedir. Gerçekten de uzlaşma olanağından istifade eden ve bu hakkını bir şekilde kullan(a)mayan mükellefler arasında ödeyecekleri vergi miktarları veya cezalar bakımından oluşan farklar (eşitsizlikler) uzlaşmayı ilk bakışta Anayasa'nın 73'üncü maddesinde yer bulan vergide eşitlik ilkesi ile çelişik hâle getirmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulanan vergide eşitliğin eylemli bir eşitliğe denk düşmeyen biçimsel yönü ve Mahkemenin muhtelif kararlarında vergi düzenlemelerinde öngörülen eşitsizliklerin haklı nedene bağlı olarak hoş görülebilmesi, meselenin ilgili Anayasa Mahkemesi kararları yönünden daha yakından incelenmesini gerektirmektedir.

Bu doğrultuda makalede “uzlaşma”, Türk vergi hukukunda düzenleniş şekli ve belirgin özellikleri ekseninde özetlenecek, ardından vergide eşitlik ilkesine uygunluğu bakımından irdelenecektir. Konu hakkındaki benzer akademik çalışmalardan farklı olarak bu irdeleme, kıyaslanmaya elverişli Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden yapılacaktır. Makalenin son kısmında uzlaşmanın Almanya'da uygulanış tarzı ve niteliğine ilişkin kısa bir değerlendirmeye yer verilecek,

* Anayasa Mahkemesi Kararlar Müdürü, ozcan.altay@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0001-9765-2547.

böylelikle vergide uzlaşma kurumuna özellikle kanunilik (ve dolayısıyla eşitlik) ilkesi bakımından farklı bir perspektif sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Tarhiyat, uzlaşma, vergide eşitlik, kanunilik, haklı neden, kamu yararı.

ABSTRACT

The settlement in the Turkish tax law has been elaborated many times in the academic field, and several studies have been made in doctrine as to its legal nature and practice. Those studies mostly consider the institution of settlement as unconstitutional in the context of the principles of equality and legality in taxation. Indeed, the differences (and/or inequalities) in terms of tax amounts and fines between taxpayers who have taken advantage of the settlement option and those who have not (or could not) exercised this right, put the settlement, *prima facie*, incompatible with the principle of equality in taxation enshrined in Article 73 of the Constitution. However, it requires a closer look into the subject, as the Constitutional Court reiterates in its various decisions that the formal aspect of the so-called equality principle does not refer to an actual equality, and it may defer to the inequalities offered by tax regulations, on condition that they are justified.

In this respect, the article initially summarizes the settlement based on its formation in the Turkish tax law and its certain qualifications, then it examines its compatibility with the principle of equality in taxation. This examination, departing from similar academic works, is made under the Constitutional Court's decisions which are suitable for analogy. The last part of the article covers a short assessment concerning the nature and practice of the settlement procedure in Germany, thus introducing a different perspective to the institution of settlement in tax law.

Keywords: Assessment, settlement, equality in taxation, legality, reasonable justification, public interest.

GİRİŞ

Vergi uyuşmazlıklarında yargı yolundan bağımsız olarak başvurulabilen (bu anlamda bir dava şartı olmayan) ve idari bir çözüm yolu olan uzlaşma, vergiye ilişkin anayasal ilkeler bakımından tartışmaya açık bir kurumdur. Bu doğrultuda özellikle kanunilik, eşitlik ve mali güce göre vergilendirme gibi temel ilkeler yönünden eleştirilmiştir¹. Bununla birlikte uzlaşmanın sahip olduğu yargı makamlarının iş yükünü azaltması, vergi gelirlerine daha kısa sürede erişimi sağlayabilmesi, mükelleflerle vergi idaresi arasındaki uyumu artırması gibi meşru amaçlar, kurumun bir bütün olarak anayasaya aykırı değerlendirilmesinden ziyade sorunlu alanlarının anayasal sınırlar içine çekilmesini daha değerli kılmaktadır.

Vergi hukukumuzda 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) 19/2/1963 tarihli ve 205 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle giren uzlaşma kurumuna ait düzenlemelere karşı o dönemde Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmamış ve yine uzlaşılan vergi miktarları ve cezaları bakımından yargı yoluna gitmek ve dolayısıyla uzlaşmaya dair hükümlerin somut davada uygulanacak norm niteliğine kavuşturmak mümkün olmadığından itiraz yolunun (somut norm denetiminin) işletilmesi de söz konusu olamamıştır². Bu nedenle uzlaşmanın vergilere ilişkin anayasal ilkeler kapsamında incelenmesi daha ziyade Anayasa Mahkemesinin benzer durumdaki mükelleflere yapılan ayrımcı muameleleri “haklı” kılan nedenler bakımından incelendiği diğer vergisel düzenlemeler üzerinden yapılabilmektedir. Bu doğrultuda makale doktrindeki mevcut çalışmalardan farklı olarak uzlaşmayı, Anayasa Mahkemesinin vergide eşitlik ilkesini tanımladığı ve pozitif normlara uyguladığı belli başlı kararlar ekseninde Anayasa'ya uygunluğu bakımından irdelenmektedir. Dolayısıyla makalede uzlaşmanın salt Anayasa'ya aykırı yönlerinin tespiti ile yetinilmemiş, bu hukuki kurumun (özellikle norm denetimi anlamında) anayasal denetimi mümkün olsa idi Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınması muhtemel ilke ve kriterler ön plana çıkarılmıştır.

¹ Yavaşlar, F. B. (2010). “Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun Mu?”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 257, s. 167.

² a.g.e. s. 166. Bu konuya ilişkin olarak aşağıda 54 numaralı dipnotta Anayasa Mahkemesinin VUK'a 4/12/1985 tarihli ve 3239 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesiyle eklenen tarhiyat öncesi uzlaşmaya ilişkin Ek Madde 11'in iptali istemiyle bir derece mahkemesince yapılan başvuruyu reddettiği örnek aktarılmıştır.

Makalenin ilk bölümü, uzlaşmanın vergi hukuku uygulamasına girişini ve ileriki bölümlerde yapılacak değerlendirmeler için gerekli görülen başlıca özelliklerini ele almaktadır. İkinci bölümde ise öncelikle vergide eşitlik ilkesine ilişkin genel değerlendirmeler yapılmış ve Anayasa Mahkemesinin konuya bakışı seçili kararlar üzerinden ortaya konmuştur. Devamında ise uzlaşma kurumunun Anayasa'ya uygunluğu bu kararlarda benimsenen ilke ve gerekçeler üzerinden değerlendirilmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise kısaca Almanya'daki uygulamaya değinilmiş, bunun Türkiye'de mevcut eleştiri ve tartışmalara özellikle kanunilik ilkesi dolayısıyla vergide eşitlik ilkesi açısından katkı sunacağı düşünülmüştür.

I. TÜRK VERGİ HUKUKUNA UZLAŞMA KURUMUNUN DAHİL OLUŞU VE BELİRGİN ÖZELLİKLERİ

Türk Vergi Hukuku bağlamında idari bir çözüm yolu olarak uzlaşma, kısaca vergi dairesi ile yükümlünün yargısal mercilere intikal etmeden önce vergi tarhiyatı ve vergi cezası üzerinde bir müzakere neticesinde anlaşmaya varmaları olarak tanımlanabilir³. Danıştay ise bir içtihadı birleştirme kararında uzlaşmayı “...vergî kanunlarının uygulanması nedeniyle doğan uyuşmazlıkların, tarafların karşılıklı görüşmeleri yolu ile, daha başlangıçta, ödenecek olan vergi ve ceza miktarı üzerinde mutabakat sağlanarak ortadan kaldırılması...” olarak tanımlamıştır⁴.

Uzlaşma kurumu, Vergi Usul Kanunu'na (VUK) 19/2/1963 tarihli 205 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Bu kuruma hasredilen VUK'un üçüncü bölümü kanun yapma tekniği bakımından kanunun sistematigi içerisinde diğer maddelere eklenemediğinden⁵ ek maddeler ihdas edilerek düzenlenebilmiştir. İşlendiği kanunun yürürlüğe girmesi üzerinden çok geçmeden getirilen bu kurum yasa koyucu tarafından vergi uyuşmazlıklarının daha çabuk çözüme kavuşturulması, böylelikle hem kamu alacaklarının daha erken tahsil edilebilmesi hem de mükelleflerin ticari bakımından daha erken önünü görebilmeleri gerekçesiyle getirilmiştir. Aynı zamanda yargı makamlarının iş yükünün azaltılması

³ Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., Göker, C. (2020). *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 176; Yavaşlar, F. B. (2008). “Türk Vergi Hukuku'nda Uzlaşma”, *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari İlimler Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, s. 310.

⁴ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 23/20/1986 tarihli ve E. 1986/2, K. 1986/2 sayılı kararı.

⁵ Bayram, E. (2008). “Kanun Sistematiginde ‘Madde’”, *Yasama Dergisi*, S. 8, s. 22-43.

ve daha nitelikli uyuşmazlıklara yönelmesi hedeflenmiştir⁶. Yasa koyucunun bu yaklaşımı ekseninde uzlaşmanın amacının vergi dairesi ile mükellefler arası iş birliğini, güveni artırmak⁷ ve gönüllü uyumluluk⁸ yoluyla devletin vergi gelirlerini artırmak olduğu söylenebilir.

Düzenlemenin ilk hâlinde uzlaşma VUK'a eklenen on madde içinde düzenlenmiştir. Daha sonra üç ek madde daha ihdas edilmiştir. Bu on üç madde birçok kez değişikliğe uğramış ve maddelerin bir kısmı yürürlükten kaldırılmıştır⁹. Bu değişiklikler içinde kurumun 3239 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesi ile 1/1/1986 tarihinden itibaren (yürürlük tarihi olarak) ikiye ayrılmış olmasını ayrı bir yere koymak gerekir. Bu düzenleme ile VUK'a "*Tarhiyat öncesi uzlaşma*" (TÖU) başlıklı Ek 11'inci madde eklenmiş, "*vergi incelemesine dayanılarak tarh edilecek vergiler ile kesilecek cezalarda, henüz vergi salınmadan ve ceza kesilmeden önce vergi idaresi ile mükellef arasında uzlaşma görüşmeleri yapılması*" mümkün kılınmıştır¹⁰. Böylelikle vergiler tarh edilmeden inceleme aşamasında vergi üzerinde anlaşma imkânı getirilmiştir¹¹. Daha sonra VUK'un Ek 1'inci maddesinde düzenlenen uzlaşma, "*tarhiyat sonrası uzlaşma*" (TSU) olarak nitelenmeye başlanmıştır¹².

TÖU'nun usul ve esasları 31/10/2011 tarihinde 28101 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Burada özellikle tarhiyat öncesi uzlaşma komisyonlarının oluşumu, uzlaşma talebinin nasıl yapılacağı, talebin süresi, uzlaşmaya davet, komisyonun toplanması, uzlaşma tutanağının düzenlenmesi ve uzlaşma vaki olduğunda verginin ödenme süresi gibi VUK'ta yer almayan hususlarda düzenlemelere yer verilmiştir. TÖU'da Yönetmelik'te yer alan bu ayrıntılı düzenlemeler uygulanır. Bir Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu (DVDDGK) kararında belirtildiği

⁶ Millet Meclisi 64 no'lu Komisyon Raporu, D. 1, YY. 2, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c012/mm_01012045ss0064.pdf (Erişim tarihi: 8/1/2021).

⁷ Küçükkaya, M. (2008). "Vergisel Uyuşmazlıkların Uzlaşma Yoluyla Çözümü", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.

⁸ Karakoç, Y. (2015). *Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları*, Ankara: Yetkin Yay., s. 73.

⁹ VUK'da uzlaşmaya ilişkin kanuni değişiklikleri özlü biçimde aktaran bir çalışma için bkz. Küçükkaya, M. (2008). s. 80-97.

¹⁰ a.g.e. s. 82.

¹¹ Öncel, M. Kumrulu, A., Çağan, N. (2020). s. 178.

¹² Tarhiyat sonrası uzlaşma, kanuni bir niteleme değil daha ziyade doktrinde pratik amaçlarla benimsenen bir kavramsallaştırma.

üzere TSU ve TÖU farklı müesseseler olduğundan açıkça atıf yapılmadığı müddetçe TÖU'ya ilişkin hususlarda VUK'ta TSU için öngörülen hükümlere değil bahse konu TÖU Yönetmeliği'ne bakılmalıdır¹³.

Tarhiyat öncesi uzlaşmaya iki önemli hukuki sonuç bağlanmıştır:

- Birincisi tarhiyattan önce uzlaşmaya varılması durumunda tutanağa bağlanan husus hakkında dava açılmaz. Başkaca herhangi bir idari ya da yargısal başvuru yolu yoktur.
- İkinci olarak ise uzlaşmanın temin edilememiş olması ve müzakerelerde uzlaşmaya varılamamış olması¹⁴ durumunda mükellef veya ceza muhataplarına tarhiyat sonrası uzlaşmaya başvurma hakkı tanınmamıştır.

Vergi hukukunda idari çözüm yollarından biri olarak uzlaşmanın konusu tarh edilmiş ya da edilecek olup tahakkuk ettirilecek vergi miktarı ile bunlara bağlı kesilecek ya da kesinleşmiş olup tahakkuk ettirilecek vergi cezası miktarlarıdır¹⁵. Uzlaşmanın konusunun sınırını ise VUK'un uygulama sahası çizmektedir. Buna göre VUK kapsamındaki genel bütçeye girenler ile il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar uzlaşma kapsamındadır. VUK kapsamı dışında kalan gümrük idarelerince tarh ve tahsil edilen vergiler uzlaşma kapsamında değildir¹⁶.

Mükelleflerin veya ceza muhataplarının uzlaşma talebinde bulunabilmesi için tarhiyat öncesi veya sonrası olmasına göre değişen koşulların oluşması gerekir. TSU için ön koşul ikmalen, resen ya da idarece yapılmış bir tarhiyatın varlığıdır. Buna ek olarak bu tarhiyata yol açan hukuka aykırı hareketin aynı zamanda bir vergi ziyai kabahatine yol açması gerekir. Bu kabahatin VUK'un Ek 1'inci maddesinde sayılan nedenlerden birine dayanması gerekir. Bu nedenler şu şekilde sıralanabilir:

¹³ Danıştay Resmî İnternet Sitesinden aktaran Yavaşlar, F. B. (2008). s. 312.

¹⁴ Uzlaşmanın temin edilememesi durumunda mükelleflerin uzlaşma davetine icabet etmemeleri yahut görüşmeler sonucunda tutanağa imza atmamaları söz konusu iken uzlaşmaya varılamaması (uzlaşmanın vaki olmaması) mükelleflerin toplantıya katılıp uzlaşmadıklarını tutanağı imzalayarak ifade etmeleridir. Uzlaşmaya varılamaması durumunda idarenin son teklifini de içeren metnin tebliğinden sonra mükellefin bu son teklifi kabul etmesi mümkündür ancak uzlaşmanın temin edilememesi durumunda mükellefin bu durumu değiştirme şansı artık kalmaz. Karakoç, Y. (2015). s. 83.

¹⁵ Yavaşlar, F. B. (2008). s. 316.

¹⁶ Karakoç, Y. (2015). s. 41; Yavaşlar, F. B. (2008). s. 316.

- VUK'un 116'nci¹⁷, 117'nci¹⁸ ve 118'inci¹⁹ maddelerinde zikredilen vergi hatası, hesap hatası ya da vergilendirme hatalarının veya her türden maddi hatanın bulunması,
- Tarhiyatta VUK'un 369'uncu maddesi kapsamında yetkili makamların görüşleri dolayısıyla sebep olduğu bir yanılmanın²⁰ bulunması,
- Kanun hükümlerine gereği gibi nüfuz edilmemesi,
- Uyuşmazlık konusu olayda idare ile yargı kararlarının örtüşmediğinin ileri sürülmesi²¹.

TÖU'da ise ön koşul vergi yükümlüsü ya da ceza muhatabının vergi incelemesine tabi tutulmasıdır. Vergi incelemesine VUK'un 137'nci maddesi gereğince yalnızca VUK'a ve diğer kanunlara göre defter ve hesap tutmak, evrak ve vesikaları muhafaza ve ibraz etmek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişiler tabidir. Dolayısıyla TÖU hakkından sadece ticari, zirai ya da serbest meslek kazancı elde eden gerçek kişi mükellefler ve Kurumlar Vergisi Kanunu'na tabi kurumlar

¹⁷ VUK. mad. 116: "Vergi hatası, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınmasıdır."

¹⁸ VUK. mad. 117: "Hesap hataları şunlardır:

1. Matrah hataları: Vergilendirme ile ilgili beyanname, tahakkuk fişi, ihbarname, tekalif cetveli ve kararlarda matraha ait rakamların veya indirimlerin eksik veya fazla gösterilmiş veya hesaplanmış olmasıdır.

2. Vergi miktarında hatalar: Vergi nispet ve tarifelerinin yanlış uygulanması, mahsupların yapılmamış veya yanlış yapılmış olması, birinci bentte yazılı vesikalarda verginin eksik veya fazla hesaplanmış veya gösterilmiş olmasıdır.

3. Verginin mükerrer olması: Aynı vergi kanununun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınmasıdır."

¹⁹ VUK. mad. 118: "Vergilendirme hataları şunlardır:

1. Mükellefin şahsında hata: Bir verginin asıl borçlusu yerine başka bir kişiden istenmesi veya alınmasıdır;

2. Mükellefiyette hata: Açık olarak vergiye tabi olmıyan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınmasıdır;

3. Mevzuada hata: Açık olarak vergi mevzuuna girmiyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınmasıdır.

4. Vergilendirme veya muafiyet döneminde hata: Aranan verginin ilgili bulunduğu vergilendirme döneminin yanlış gösterilmiş veya süre itibarıyla eksik veya fazla hesaplanmış olmasıdır."

²⁰ VUK. mad. 369: "Aşağıda yazılı hallerde vergi cezası kesilmez:

1. Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları;

2. Bir hükmün uygulanma tarzı hususunda yetkili makamların görüş ve kanaatini değiştirmiş veya bu hükmeye ait bir içtihadın değiştirmiş olması."

²¹ Yılmaz, E. (2009). "Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1-2, s. 324.

yararlanabilir²².

Öte yandan uzlaşmanın kapsamı bakımından tarhiyat öncesi ve sonrası ayırımına dayanan önemli bir farklılık 7103 sayılı Kanun'un 15'inci maddesi ile VUK. Ek 11/1'inci maddede yer alan "*vergilerle kesilecek cezalarda*" ibaresinin "*vergiler ile bunlara ilişkin kesilecek vergi ziyayı cezalarında*" şeklinde değiştirilmesi ile ortadan kaldırılmıştır. Bu değişiklikle yalnızca TÖU konusuna giren usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları her iki uzlaşma tipi bakımından da kapsam dışı bırakılmıştır²³.

Uygulamada idarenin TSU'ya ait koşulların varlığına ilişkin incelemeyi kanunun lafzına nispeten daha esnek gerçekleştirdiği savunulmaktadır. Örneğin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememe kıstası (ki uygulamada en çok başvuru nedendir) başvuru şirketlerce (bünyelerinde yeterli sayıda uzman bulunmasına rağmen) sıklıkla kullanılmakta, idareler de yeterli inceleme yapmadan bunları kabul edebilmektedir²⁴. Bu genel ve geniş yorumlanmaya müsait kıstasa kanunda yer verilmesinin diğer koşulların bulunma zorunluluğunu hafiflettiği söylenebilir.

Bu sayılan koşulları taşımakla birlikte VUK'un 359'uncu maddesindeki fiiller (yani kaçakçılık suçlarına ilişkin fiiller dolayısıyla vergi kaybına sebep olunması hâlinde tarh edilen vergi aslı ve kayba uğratılan verginin üç katı vergi ziyayı cezası) ile bu fiillere iştirak edenlere kesilen cezalar (VUK, mad. 360); buna ek olarak VUK'un 370'inci maddesinin (b) fıkrası kapsamında (yine kaçakçılık suçları nedeniyle izaha davet edilmeyen) kendilerine ön tespiti ilişkin yazı tebliğ edilen mükelleflere kesilen cezalar hususunda uzlaşma söz konusu değildir. Kanun koyucu böylelikle, en azından belli bir tarihten sonra, kaçakçılık suçlarını ceza hukukunun konusu olarak görmüştür. Düzenleme gereği aynı zamanda kaçakçılık suçuna yol açan fiille işlenmiş vergi ziyayı kabahatinin varlığı hâlinde de tarh veya tahakkuk edilecek vergi ve cezaları bakımından uzlaşma mümkün değildir²⁵.

²² Yavaşlar, F. B. (2008). s. 322.

²³ Afşar, N. (2019). "Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Kurumunun Vergide Eşitlik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, s. 83.

²⁴ Candan, T. (2001). *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Ankara: Yaklaşım Yay., s. 156.

²⁵ Yavaşlar, F. B. (2008). s. 317.

Uzlaşmaya başvuru zamanı bakımından yine TÖU ve TSU arasında doğal olarak farklılıklar mevcuttur. TÖU'ya vergi incelemesinin başlangıcından son tutanağın düzenlemesine kadar başvurulabilir. Burada uzlaşma talebi idareden de gelebilir. Şayet böyle bir davet var ise on beş gün içinde mükellefin buna icabet etmesi gerekir. TSU'da ise uzlaşma talebi vergi mükellefi tarafından vergi/ceza ihbarnamesinin tebliğinden otuz gün içerisinde yapılır. Burada zaten idare tarafından yapılmış bir tarh işlemi hâlihazırda mevcut olduğundan idarenin uzlaşma talebinde bulunması söz konusu değildir.

Yukarıda TÖU ile ilgili yapılan açıklamalarda ifade edildiği üzere bu iki uzlaşma tipinin arz ettiği farklı hukuki sonuçlar bulunmaktadır. TÖU'da uzlaşmaya varılması hâlinde tutanakla tespit edilen husus hakkında dava açılmaz ve bu safhadan sonra gidilecek herhangi bir olağan ya da olağanüstü kanun yolu yoktur. Uzlaşma temin edilememiş veya uzlaşmaya varılamamış olması hâlinde ise vergi tarhından/ceza kesilmesinden sonra uzlaşmaya (TSU) başvurulamaz. Ancak daha sonra tarh edilen vergi veya kesilen cezaya dava açma hakkı bakidir (VUK. mad. 376 kapsamında cezada indirim talebi de yapılabilir).

TSU'da ise yine uzlaşmaya varılması hâlinde imzalanan tutanak kesindir. Buna karşı başvurulacak başka bir idari veya yargısal başvuru yolu yoktur. Uzlaşmaya varılamamışsa süresinde bu yola başvuran mükellef yine süreye riayet etmek koşuluyla dava açabilir. Uzlaşma başvurusu sırasında vergi davası açma süresi dolmuş ya da on beş günden az kalmışsa dava süresi on beş gün uzar. Dava açıldıktan sonra ilk uzlaşma talebi yapıldıysa mahkeme bu durumu bekletici sorun yapar, davayı incelemeyiz.

TÖU ve TSU arasındaki farklar bakımından son olarak uzlaşma yapmaya yetkili komisyonlardan söz etmek gerekir. Uzlaşma komisyonları vergi dairesini temsilen görevlerini yerine getirir. Uzlaşmanın muhatabı karşı taraf yani vergi mükellefi ya da temsilcisi hâliyle komisyon üyesi değildir²⁶.

TSU uzlaşma komisyonları Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesi uyarınca üçer kişilik vergi dairesi uzlaşma komisyonları, defterdarlık uzlaşma komisyonu, vergi dairesi başkanlığı uzlaşma komisyonu,

²⁶ Karakoç, Y. (2015). s. 75.

vergi daireleri koordinasyon uzlaşma komisyonu ile Merkezî Uzlaşma Komisyonu şeklinde örgütlenebilir. Bu örgütlenme uzlaşma konusu verginin genel bütçe kapsamında alınıp alınmaması, komisyonun il veya ilçede kurulmuş olması, komisyon mahallinde müstakil bir vergi dairesi bulunup bulunmaması kriterleri çerçevesinde yapılmıştır²⁷. TÖU komisyonları ise TÖU Yönetmeliği uyarınca (VUK'ta bu konuda düzenleme yoktur.) vergi incelemesini yapan yetkilinin statüsü nispetinde çeşitlenmektedir²⁸. Bu noktada bu çalışma açısından asıl vurgulanması gereken husus ise TÖU ve TSU komisyonlarının mükelleflere yapacakları teklif ve uzlaşma miktarlarına ilişkin bir sınırlamaya tabi olmamasıdır. Ayrıca komisyonların denetimine dair bir hükme ne VUK'ta ne de ilgili yönetmeliklerde yer verilmiştir. Bu da aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirileceği gibi vergisel açıdan aynı durumda olan mükelleflerin uzlaştıkları miktarlar bakımından ayrılmalara sebep olmakta, uzlaşılacak miktarların sınırları bakımından standart uygulamaların gelişmesine engel olmaktadır²⁹.

II. VERGİDE EŞİTLİK İLKESİ KARŞISINDA UZLAŞMA

A. GENEL HATLARIYLA VERGİDE EŞİTLİK İLKESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAN ÖRNEKLER

Geçmiş 18. yüzyıla kadar uzanan ilkeler olarak genellik ve eşitlik ilkeleri, vergilendirme yetkisinde içkindir. Anayasa'nın herkesi mali gücü ölçüsünde kamu giderlerini karşılamakla yükümlü kılan 73'üncü maddesinin birinci fıkrasının; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesi kanun önünde eşit sayan Anayasa'nın 10'uncu maddesinin birinci fıkrası ile kesişiminden vergide eşitlik ilkesi doğar.³⁰ Sözü edilen hükümleri yine 73'üncü maddenin ikinci fıkrasındaki "*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*" hükmü ile 10'uncu maddenin "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*" hükmü tamamlar. Genel hatlarıyla vergi hukukunda eşitlik ilkesinin

²⁷ Durmuş, N. K. (2018). *Vergi Hukukunda Uzlaşma ve Alternatif Çözüm Yolları*, Ankara: Adalet Yay., s. 207.

²⁸ a.g.e. s. 159.

²⁹ a.g.e. s. 238.

³⁰ Çağan, N. (1982). *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yay., s. 147.

dayandırıldığı ve yorumlandığı anayasal çizgi bu hükümler çerçevesinde çizilebilir.

Bu hükümlerin değerlendirilmesinden çıkan ilk sonuç aynı hukuki durumdaki vatandaşlara 10'uncu maddede sayılan ekonomi harici sebeplerle vergilendirmede (ve vergisel işlemlerde) ayrımcı muamele yapılmasının yasak olduğudur³¹. Bu noktanın açılması bakımından yatay-dikey adalet ayırımına başvurulabilir. Buna göre yatay adalet vergilendirme açısından benzer durumda olanlara benzer vergisel işlemlerin uygulanmasını gerektirirken dikey adalet benzer durumda olmayanlara farklılıkları ölçüsünde muamele edilebilmesini öngörür³². Yalın biçimiyle bu adalet ilkeleri, hukuki anlamda (vergi hukukuna da tatbik edilebilir biçimde) herkese aynı davranılmasını, aynı işlemlerin yapılmasını değil “ilişkili veya uygun farkların” bulunması hâlinde “eşitsizliğe” müsaade edebilen biçimsel eşitliğe (*formal equality*) karşılık gelir. Bu eşitliğin içeriği yukarıda değindiğimiz Anayasa'nın 10'uncu maddesinde olduğu gibi normatif düzeyde doldurulur ve normun uygulanacağı kişilerin özellikleri, ihtiyaçları, istekleri gibi değişken kriterler gözetilerek eşit veya farklı muamele biçimleri düzenlenir. Bu eşit veya eşitsizlik öngören kurallarda yapılan tercihler “farklı şekilde davranmak için iyi bir neden bulunması” şeklinde özetlenebilecek eşitlik karinesi (*presumption of equality*) ilkesi çerçevesinde değerlendirilmeli ve bu anlamda keyfi olmamalıdır³³.

Vergi, resim, harç ve sair mali yükümlükler getiren kuralların söz konusu eşitlik karinesine uygun biçimde Anayasa'nın 73'üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereğince kanunla konulması gereklidir. Uzlaşmanın doğası gereği kanundaki matrah ve oranlara göre hesap edilen vergi miktarlarının idare tarafından pazarlık konusu edilmesi ve nihayetinde değiştirilmesi benzer hukuki durumdaki mükelleflere farklı miktarların uygulanabilmesini ve dolayısıyla takdir yetkisinin Anayasa'nın koyduğu sınırlar dışında keyfiliğe varacak şekilde kullanılabilmesi tehlikesini barındırmaktadır. Çağan'ın vurguladığı gibi vergi usul kurallarının temel düsturu vergilendirme işlemlerinin kanuni

³¹ a.g.e. s. 147-48.

³² Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N. (2020). s. 44; Tekbaş, A. (2010). “Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 0, s. 149.

³³ Öden, M. (2003). *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin Yay., s. 25-41.

usule bağlanıp mükellefler arasında eşitliğin sağlanması olmalıdır³⁴. Bu bakımdan aşağıda yapılan saptamalara ışık tutacak şekilde vergilerin kanuniliği ilkesinin eşitlik ilkesi ile sıkı ilişkisi olduğunun altını çizmek gerekir.

Anayasa Mahkemesi de önüne gelen başvuruları yorumlamada mükellefler arasındaki farklılıkları değerlendirmeye alacak şekilde mutlak ve tam eşitlik yerine nispi eşitliği³⁵ esas almaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi erken dönem kararlarından itibaren yasama organının daha önce bahsi geçen gerekçelerle eşitlik ilkesine istisna getirmesinin sınırları bakımından “haklı neden” testini uygulamıştır. Bu bakımdan belli sosyal gruplara, idarelere istisna vs. sağlanmasında kamu yararı (haklı neden) varsa öngörülen eşitsizliğin makul sayıldığı görülmüştür³⁶. Yine nitelik bakımından farklı hukuki durumlara (örneğin davanın kabulüne veya feragat nedeniyle reddine) farklı tipte harç öngörülmesi (nispi/maktu) eşitliğe aykırı bulunmamıştır³⁷. Bu kararlarda kamu yararı, ekonomik ve sosyal gereklilikler gibi makul nedenlerin varlığı halinde, ilk bakışta “eşitsizlik” yaratıyor görünen kanuni düzenlemelerin vergide eşitlik ilkesi yönünden mazur görülebileceği kabul edilmiştir.

Devletin, ekonomik gerekleri öne sürerek mükellefler arasında ayrıma gittiği düzenlemelere karşı AYM’nin yaklaşımı ileriki dönemlerde de benzer bir rota izlemiştir. 1987 yılında 4/12/1985 tarihli ve 3239 sayılı 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ile diğer birçok kanunda değişiklik yapan Kanun’un³⁸ geçici 4’üncü maddesine dair iptal talebini reddettiği davada AYM, söz konusu madde hükmü ile “kanunun yürürlüğe girdiği tarihte adlarına vergi ve ceza tarhedilmiş olup vergi borcu aslı 300.000 (dâhil) lirayı aşmayan mükelleflerden, vergi borcu aslını %25 fazlası ile 31/12/1985 tarihine

³⁴ Çağan, N. (1982). s. 149.

³⁵ a.g.e. s. 148.

³⁶ AYM, E.1970/36, K.1970/50, 24/12/1970.

³⁷ AYM, E.1974/31, K.1974/43, 24/10/1974.

³⁸ 4/12/1985 günlü, 3239 sayılı 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu; 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 2978 Sayılı ücretlilere Vergi İadesi Hakkında Kanun, 492 Sayılı Harçlar Kanunu, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu, 210 Sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu, 1319 Sayılı Emlâk Vergisi Kanunu, 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, 3074 Sayılı Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanunu, 2380 Sayılı Belediyelere ve İl Özel İdarelerine Genel Bütçe Vergisi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun ile 6802 Sayılı Gider Vergileri Kanununda Değişiklikler Yapılması ve Bu Kanunlara Bazı Hükümler Eklenmesi ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki I Sayılı Cetvele Yeni Kadrolar Eklenmesi Hakkında Kanun.

kadar ödeyenler için kesilen cezaların terkin edilmesinin ve gecikme zammı ile tecil faizi hesaplanmamasını" Anayasa'ya uygun bulmuştur. Kararda AYM, "adlarına vergi ve ceza tarhedilen ve vergi borcu aslı 300.000 lirayı aşmayan bütün mükelleflerin aynı hukuki durumda" olduklarını, bunlar arasında ayırım yapılmadığı için (yatay adalet fikri) bir eşitsizliğin söz konusu olmadığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre aftan yararlanmak için vergi borcu aslının 300.000 liradan az olması koşulunun getirilmesi ve dolayısıyla görünüşte eşitsiz biçimde fark yaratılması kamu yararına dayanmaktadır. Buradaki kamu yararı ise "vergi ihtilaflarını azaltmak, gerekli inceleme yapılmadan kesilen cezaları kaldırarak adaleti sağlamak, idarenin ve yargının yükünü azaltmak"tır. AYM, kanun koyucunun bu takdiri kullanmasını hoş görmüştür³⁹.

Yine örnek olarak 4/5/1994 tarihli ve 3986 sayılı Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁴⁰ "bilanço esasına göre defter tutma mecburiyetinde olan gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerinin 1993 yılı hesap dönemi sonu itibarıyla düzenledikleri bilançolarında yer alan net aktifleri veya bunların 1993 yılı hesap dönemindeki gayrisafi hasılatlarını" vergilendiren 5'inci maddesinin ilk fıkrasının (a) bendine karşı yerel mahkemenin itirazını incelendiği davada AYM, vergilendirilecek alanların belirlenmesi ve vergi yükünün adil ve dengeli dağılımı için öncelikle mükelleflerin kişisel durumlarının göz önüne alınması gerektiğini vurgulamıştır. Niteliği itibarıyla bir servet vergisi olan net gelir vergisinin konusunun amortisman ve karşılıkların indirilmesi suretiyle elde edilen bilançoda yer alan varlıkların net değerini oluşturması, vergi adaleti ve verginin mali güce göre alınması ilkeleriyle uyumlu görülmüştür.

³⁹ AYM, E.1986/5, K.1987/7, 19/03/1987. Bu kararın vergi afları yönünden vergisini ödemeyenler arasında eşitliği gözettiğini, ödeyenler ile ödemeyenler arasındaki eşitsizliği ise es geçtiğini belirterek eleştiren bir değerlendirme için bkz. Saban, N. (2001). "Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak", *Anayasa Yargısı*, C. 17, S. 1, s. 461.

⁴⁰ Söz konusu hükmün gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: "1980'li yılların ikinci yarısından günümüze kadar kamu finansman açıklarında sürekli bir artış eğilimi görülmüştür. Bu durum, iç finansman yapımızı bozmuş ve dış ticaret açıklarının büyüme eğilimine girmesine neden olmuştur. Yıllarca biriken sorunlar ve bozulan ekonomik dengeler, bu konuda ciddi tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmuştur. Kamu finansman açıklarının hızla aşağılara çekilmesi, enflasyonun düşürülmesi, dış ticaret açıklarının kapatılması, sağlıklı ekonomik büyümenin gerçekleştirilmesi, kamunun ekonomi içindeki yerinin yeniden tanımlanması ve sonuç olarak ekonominin yeniden istikrara kavuşturulması amacıyla alınması gereken tedbirlerin en önemlilerinden birisi de vergi gelirlerini artırmaktır. Bu düşünceden hareketle bir defaya mahsus olmak üzere ilave bir vergi alınması için tasarı hazırlanmıştır." TBMM 648 no'lu Komisyon Raporu, D. 19, YY. 3, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c058/tbmm19058092ss0648.pdf> (Erişim Tarihi: 6/6/2021).

Söz konusu kararda, vergide eşitlik yönünden yapılan incelemede bir kez daha haklı nedene dayanarak bazı kişiler ya da topluluklar için farklı kurallar benimsenmesinin hukuka uygun olabileceği ifade edilmiştir. Anayasa'nın öngördüğü eşitlik anlayışının hukuksal eşitliği ifade ettiği, eylemli (bu anlamda toplumsal gerçekliği yansıtan) eşitliği yansıtmadığı varsayılmıştır. Bu doğrultuda AYM'ye göre *“üretim ve dağıtım alanında etkinlik gösteren işletmelerle bankalar, sigorta şirketleri ve özel finans kurumlarının ekonomik, mali ve hukuki yapılarındaki farklılık nedeniyle bunların farklı oranlarda vergilendirilmeleri”* Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamalıdır. Bu anlamda kararda net aktif vergisinin konusunun, matrahının ve oranının vergilendirilen ekonomik etkinlik alanları ve yükümlülükler yönünden bir ayrımcı muamele içermediği kabul edilmiştir⁴¹.

2009 yılına ait bir kararda ise AYM, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 67'nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci paragrafının sonuna 27/6/2006 günlü, 5527 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin (a) bendi ile eklenen *“Dar mükellef gerçek kişi ve kurumlar için bu oran %0 olarak uygulanır.”* hükmünü iptal ederken vergide eşitlik ilkesini yansıtan önemli ilkelere yer vermiştir. Karara kaynaklık eden 193 sayılı Kanun'da geçici 67'nci madde yoluyla menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılması ve elde tutulması sürecinde elde edilen gelirler stopaj (tevkifat) yoluyla vergilendirilmeye başlanmıştır. Bu usul bakımından mükellefler için dar ve tam mükellef ayrımı yapılmıştır. Karardan aynen aktarmak gerekirse: *“193 sayılı Yasa'da tam mükellefiyet için ‘ikamet’ ve ‘uyruklu’ ölçütü esas alınmış, Türkiye’de yerleşmiş olanlarla, resmi daire ve müesseselere veya merkezi Türkiye’de bulunan teşekkül ve teşebbüslere bağlı olup, adı geçen daire, müessese, teşekkül ve teşebbüslerin işleri dolayısıyla yabancı memleketlerde oturan Türk vatandaşları tam mükellef sayılmışlardır. Yasa’nın 6. maddesinde ise, Türkiye’de yerleşmiş olmayan gerçek kişiler dar mükellef olarak tanımlanmış ve bunlar tam mükelleflerin aksine sadece Türkiye’de elde ettikleri kazanç ve irat üzerinden vergi ödemekle yükümlü tutulmuştur. Dar mükellefiyette ikametgâh ve uyruklu esasından farklı olarak ‘mülkîlik’ esası benimsenmiş ve kaynağı Türkiye’de olan gelirler vergilendirmeye esas alınmıştır”*⁴².

⁴¹ AYM, E.1994/91, K.1995/34, 18/07/1995.

⁴² AYM, E.2006/119, K.2009/145, 15/10/2009.

İşte dava konusu kural ile dar mükellefler için iptali istenen geçici maddede menkul sermaye iratları bakımından vergi oranı sıfırlanmıştır. Anayasa'ya aykırılığa ilişkin birleştirilen somut ve soyut norm denetimi başvurularında eşitlik bakımından özetle *“menkul kıymetlerden kazanç ve irat elde edilmesi ve bunlara stopaj uygulaması yönünden tam ve dar mükelleflerin aynı hukuksal durumda oldukları, vergiyi doğuran olay aynı olduğu halde vergi yükünün dağılımında dar mükellefler lehine bir düzenleme yapıldığı”*, dolayısıyla Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki eşitlik ilkesinin zedelendiği iddiaları öne çıkarılmıştır.

AYM'ye göre tam ve dar mükelleflerde vergi yükü dışında biçimsel ve usule ilişkin farklılıklar olsa da bu mükellefler arasında kendilerinden tahsil edilmesi gereken vergilerin kamu gücüne dayanarak alınması ve mali güçlerine göre vergi ödemeleri bakımından fark yoktur. *“Aynı menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası araçlarından aynı miktarda gelir elde eden dar ve tam mükellef arasındaki yerleşmeye dayalı farklılık, bunlar arasında aynı gelir unsuru yönünden mali gücün farklı olduğunu göstermez.”* Burada AYM yukarıda değindiğimiz kararlarında da vurguladığı kamu yararına (haklı nedene) dayanan ekonomik amaçlı değişiklikler için bir sınır çekmiştir. Buna göre mükellef bakımından yapılacak ayrımların verginin temel yapısını bozmayacak şekilde yapılması, anayasal ilkelere de aykırı olmaması gerekmektedir.

AYM bu sınır çerçevesinde, gelirleri bakımından mali güçleri tam mükellefler ile aynı olan dar mükelleflerden vergi oranı sıfıra indirilerek vergi alınmamasını Anayasa'ya aykırı görmüştür. Mahkemeye göre vergilemeyle ilgili anayasal denetimde, sınıflandırma ve karşılaştırma mali güce, diğer bir deyişle gelirdeki büyüklük ölçüsüne göre yapılmak zorundadır. AYM bu kararla mükelleflerin gelirlerindeki farklılığı esas alacağını ve mükelleflerin ikamet ettiği yer bakımından yapılan ayrımın haklı bir nedene dayanmadığını kabul etmiş, aynı gelir unsuru yönünden eşit olan tam ve dar mükelleflerden birincisinin yasayla %15 diğerinin %0 oranında stopaja tabi tutulmasını, *“mali gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesini”* gerektiren vergide eşitlik ilkesine aykırı görmüştür⁴³.

Günümüze daha yakın dönem kararlarından ise itiraz yoluyla AYM'nin önüne gelen 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 3'üncü maddesinin son cümlesinin iptali

⁴³ AYM, E.2006/119, K.2009/145, 15/10/2009.

başvurusuna bakılabilir. Söz konusu başvuru, “4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu’na ekli (II) sayılı listede yer alan ve 1/8/2002-21/7/2005 tarihleri arasında 87.03 G.T.İ.P. numarasından özel tüketim vergisi beyan edilmesi gerekirken 87.04 G.T.İ.P. numarasından özel tüketim vergisi beyan edilen araçlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemler için özel tüketim vergisi tarhiyatı yapılmaz, daha önce yapılan tarhiyatlardan vazgeçilir, tahakkuk eden tutarlar terkin edilir. Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez.” hükmünün altı çizili son tümcesine ilişkindir.

İlgili madde hükmü yanlışlıkla G.T.İ.P. 87.04 koduyla beyan edilen araçlar için ÖTV’ye yönelik yasanın yürürlük tarihinden önceki döneme ait ikmalen tarh yapılamayacağını, daha önce yapılan tarhlardan vazgeçilmesini, tahakkuk edilen tutarların ise terkin edilmesini düzenlemiştir. İptali istenen son cümle ise kanunla getirilen bu istisnaya başka bir istisna getirerek “tahsil aşamasına gelip ödenen vergilerin ret ve iadesinin” söz konusu olamayacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun değiştirdiği tarife işlemleri nedeniyle mağdur olabilecek mükelleflerden yalnızca yapılmış tarh ve tahakkuk işlemlerine rağmen vergisini henüz ödememiş olanlar korumaya alınmıştır.

AYM bu söz konusu normu iptal eden kararında Anayasa ve yasalarla kamu giderlerinin karşılanabilmesi için herkese bir ödev olarak öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi gerektiğini, ayrıca devletin de bu bağlamda üzerine düşen görevi yerine getirmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre bu doğrultuda devletin vergilendirme yetkisi, *vergide yasallık, eşitlik, mali güç ve genellik* gibi kimi anayasal ilkelerle sınırlandırılmıştır. Sonuç olarak AYM’ye göre bu kural, hukuki durumları aynı olan mükelleflerden vergisini ödeyen ve ödemeyenler arasında olumsuz bir fark yaratmıştır. Kanun koyucu, vergisini ödeyen aleyhine eşitlik ilkesini bozmuştur. AYM burada ayrımcı muameleyi açıklayan meşru bir amaca hizmet etmesini ortaya koymak üzere başvurduğu haklı neden testine girmemiş, doğrudan benzer durumda olanlara bu açık farklı muameleyi iptal nedeni olarak yeterli görmüştür⁴⁴.

Son olarak vergide eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin bir bireysel başvuru kararından bahsetmek gerekir. *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.*’ye ait başvuruda, başvuru indirimli vergi oranı uygulandığı

⁴⁴ AYM, E.2010/118, K.2011/170, 22/12/2011.

dönemde yapılan araç satışlarının muvazaalı olduğu gerekçesine dayanılarak resen üç kat vergi ziyai cezalı ÖTV tarh edilmesinden yakınmıştır. Başvurucu, tüm sektörü kapsayan bir vergi incelemesi yapıldığını ancak sonuçta bu sektörde yer alan 300 civarı şirketten sadece kendisinin de içinde yer aldığı oldukça sınırlı sayıda mükellef hakkında üç kat vergi ziyai cezası uygulandığını belirtmiştir. Başvurucu, vergi ziyai cezasının üç kat uygulanması nedeniyle uzlaşma ve benzeri haklardan yararlanamadığını hâlbuki aynı durumdaki diğer şirketlerin bir kat vergi ziyai cezası uygulandığı için bu haklardan faydalandığını ifade etmiştir.

Başvuruya ilişkin incelemede AYM Genel Kurulu *benzer sebebin ve farklı muamelenin* varlığının tespiti ile varsa benzer durumda olanlara farklı muamelenin mülkiyet hakkı bağlamında *objektif ve makul bir temele* dayanıp dayanmadığına bakmıştır. Benzer sebebin ve farklı muamelenin varlığı yönünden Mahkeme, aynı sektörde faaliyet gösteren ve ÖTV mükellefi olan, itiraz konusu yapılan vergi incelemesine tabi tutulan, bir kat vergi ziyai cezası kesilen şirketler ile üç kat vergi ziyai cezası kesilen başvuru şirketin karşılaştırma yapmaya müsait olacak şekilde "benzer durumda" olduklarını ortaya koymuştur.

Objektif ve makul bir sebebin varlığı kriteri açısından ise AYM, vergi işlem ve ceza uygulamaları ile aynı konumdaki kişiler için farklı muameleye neden olan kamu makamlarının bu farklılığı haklı kılabilen makul ve nesnel gerekçeler sunabilmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Yapılan tespitlere göre idare tarafından başvurusunun Vergi Denetim Kuruluna yaptığı yeniden inceleme başvurusunun ardından düzenlenen inceleme raporunda ilk incelemeyi yapan vergi müfettişlerinin farklı olması, rapor değerlendirme komisyonlarının çalışma biçimi ve farklı değerlendirmeler yapabilmesi yapılan ayrımcılığa gerekçe gösterilmiştir. Neticede bu gerekçenin yeterli olmadığı, vergi dairesinin bu farklı durumları ortaya çıkmasını engelleyecek bir planlama yapmadığı, kamu makamlarının vergi tekniği ve hukuki yorumlama konusunda takdir yetkilerinin geniş olduğu ancak somut olay koşullarında aynı sektörde, belirli bir vergi ve vergiyi doğuran olay üzerinden yapılan sınırlı incelemede farklı sonuçlara ulaşılmasının makul bir sebebi olmadığına hükmedilmiş ve başvuru şirket lehine mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı yönünden ihlal kararı verilmiştir. İhlal kararı ile

birlikte ihlalin ve sonuçlarının kaldırılması için karar yeniden yargılama yapılmak üzere ihlale konu kararı veren mahkemeye gönderilmiştir⁴⁵.

B. UZLAŞMANIN VERGİDE EŞİTLİK İLKESİ BAĞLAMINDA ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

Yukarıda ilk bölümde aktarıldığı üzere uzlaşma yoluyla tahakkuk eden vergi, normal usulde tahakkuk edecek vergiden farklıdır. Uzlaşmaya başvuran mükellef neticede hiç başvurmayıp yahut başvurup uzlaşmadan vergisini ödeyen aynı hukuki durumdaki mükelleften daha az vergi ödeyebilmektedir⁴⁶. Bu basit iki sonuç vergide eşitlik ilkesi ile uzlaşma kurumunu en başından çelişik hâle getirmektedir. Bu yönüyle uzlaşmanın vergide eşitlik ilkesi bakımından eleştirisi daha çok vergilerin kanuniliği ilkesi dolayımıyla. Zira uzlaşma ile idarenin (komisyonların) içeriğini belirleyip mükelleflerin önüne sundukları vergi miktarları kanunlarda belirtilen matrah ve oranlar sonucu ortaya çıkan miktardan farklı olmakta, bu da vergi konulmasını sadece kanuna hasreden Anayasa'nın 73'üncü maddesini ve yine uzlaşma ile kanuni ceza miktarlarının değiştirilmesi bakımından Anayasa'nın 38'inci maddesi ile korumaya alınan suç ve cezaların kanuniliği ilkesini zorlayan bir durum ortaya koymaktadır⁴⁷.

İlk bakışta göze çarpan bu yalın eşitsizlik durumunun pratikte de yansımaları kolaylıkla okunabilmektedir. Uzlaşma neticesinde vazgeçilen vergi miktarları yıllara hatta uzlaşmayı gerçekleştiren komisyona göre büyük rakamsal farklılıklar arz edebilmektedir. Örneğin 2014 yılında Merkezi Uzlaşma Komisyonuna yapılan uzlaşma başvuruları neticesinde vazgeçilen vergi miktarı %58 iken 2017'de bu rakam %0'dır. 2018'de ise %22 oranında bir vergi aslı miktarından vazgeçildiği görülmektedir. Vergi Daireleri Uzlaşma Komisyonu bakımından ise 2018'de başvuru bazında uzlaşma neticesinde alınmayan vergi tutarının %19 oranında kaldığı, 2016'da ise bu oranın %73'ü bulunduğu tespit edilmiştir. Benzer farklılıklar uzlaşılan vergi asılları ile ceza miktarları arasında da mevcuttur. Genel olarak cezaların büyük bölümünden vazgeçildiği

⁴⁵ *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018. Bu karar sonrasında aynı başvuruçunun benzer işlemler nedeniyle şikâyetlerinin incelendiği başvurularda seri ihlal kararları verilmiştir.

⁴⁶ Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., Göker, C. (2020). s. 177.

⁴⁷ Yavaşlar, F. B. (2008). s. 331; Saban, N. (2001). s. 469.

görülmele birlikte bazı yıllarda ve komisyon türlerinde (örneğin 2016 yılı Merkezi Uzlaşma Komisyonu için %100 oranında ceza miktarından vazgeçildiği görülmüştür) %10-15'e varan farklılıklar görülmektedir⁴⁸.

Bu verilerin de işaret ettiği üzere seçimlik bir hakkın kullanımı neticesinde uzlaşmaya başvurmayanlar ile başvuranların dışında, başvuru yapmış olanlar arasında da uzlaşma zamanı ve mekânına göre farklılıkların (eşitsizliklerin) da oluşabildiği görülmektedir. Bu durum doktrinde de sıklıkla eleştirildiği üzere uzlaşma komisyonlarının vergi ve cezaları indirme konusunda sınırsız, denetimden geçmeyen yetkilerle donatılmış olmalarından kaynaklanmaktadır⁴⁹. Vergiyi doğuran olayın tespiti ve buna ilişkin belge durumundan kaynaklanan belirsizliklerin de tesiriyle mükelleflerle ilişkili olmayan farklı koşullar altında vergi asılları ve cezalar üzerinde hangi oranda uzlaşılabilirliğine (veya uzlaşamayacağına) ilişkin sınırlayıcı kuralların olmamasının başta vergide kanunilik ilkesi olmak üzere eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir⁵⁰.

Vergide eşitlik ve mali güç oranında vergilendirme bakımından uzlaşma kurumuna yöneltilen başlıca eleştirileri şu şekilde derlemek mümkündür:

- Tarhiyat sonrası uzlaşmada beyana dayalı tarhiyatlar bakımından uzlaşmanın söz konusu olamaması,
- TÖU hakkından sadece ticari, zirai ya da serbest meslek kazancı elde eden gerçek kişi mükellefler ve Kurumlar Vergisi Kanunu'na tabi kurumların faydalanabilmesi,
- Uzlaşmanın sürekli vergi affı niteliğinde olması ve bu yönüyle vergisini ödeyen ve ödemeyenler arasında eşitsizlik yaratması,
- Uygulamada uzlaşma komisyonlarında müzakere olmaması, vergi dairesi adına teklifin kabul edilip edilmemesine endeksli bir görüşme yapılması,
- Komisyonların üzerinde uzlaşılabilirliği en çok vergi miktarının her komisyon için ayrı ayrı Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan

⁴⁸ Bu istatistiklerin yer aldığı çalışma için bkz. Afşar, N. (2019). s. 102-105.

⁴⁹ Birçok çalışma içinden bkz. Şenyüz, D. (2017). *Vergi Ceza Hukuku*, Bursa: Ekin Yay., s. 294; Yavaşlar, F. B. (2008). s. 331; Durmuş, N. K. (2018). s. 231.

⁵⁰ Yavaşlar, F. B. (2008). s. 331-32; Saban, N. (2001). s. 469.

genel tebliğlerle belirleniyor olması ve Merkezi Uzlaşma Komisyonunun yetkisinin başladığı miktardan yüksek herhangi bir meblağ için (sınırsız) uzlaşma yetkisinin olması,

- Uzlaşmanın sağlanması durumunda uzlaşılan vergi veya vergi farkı ve vergi ziyai cezasının belli kısmı zamanında ödenirse (%75) aynı zamanda cezada indirim talep edilebilmesi, dolayısıyla uzlaşmaya başvurmayanlara nazaran ikinci bir indirim avantajı sağlanmış olması,
- Uzlaşmaya varılan vergi aslı ve cezasının mükellef tarafından süresinde ödenmemesi hâlinde uzlaşmanın geçersiz sayılmaması, dolayısıyla devletin uzlaşmanın sağladığı avantajlardan mahrum kalabilmesi⁵¹.

Bu katı eleştirel çizgiye rağmen, yukarıda da aktardığımız (erken dönem ve sonrasında da aşağı yukarı benzer çizgide ilerleyen) AYM kararları gözetildiğinde uzlaşma kurumunun bir bütün olarak Anayasa'ya aykırılığının doktrindeki sertlikte ifade edilmesinin pek de kolay olmadığı görülecektir. Öncelikle uzlaşmanın mükellefler arasında ayırım gözetmeden aynı idari çözüm yolunu öngörmesi bakımından (en azından biçimsel) fırsat eşitliği sağladığı söylenebilir. Dolayısıyla buradaki anayasal eşitlik sorunu uzlaşmaya başvurup başvurmamaktan (vergisini ödemek veya ödeyene nispetle az ödemek hatta hiç ödememekten) kaynaklı bir sorun olmaktan çok, uzlaşmaya başvurmuş mükelleflerin eşit muamele görme teminatlarının ne kadar sağlandığı ile ilgilidir. Yine de AYM'nin bir önceki bölümde yer verildiği gibi vergisini ödeyen ve ödemeyen aynı hukuki durumdaki vatandaşlara ilişkin ayırımcı muameleyi vergide eşitlik ilkesine aykırı bulduğu benzer nitelikte bir karar mevcuttur. Hatırlanacağı üzere bahse konu iptal kararında G.T.İ.P. 87.04 koduyla beyan edilen araçlar için ÖTV'ye yönelik yasanın yürürlük tarihinden önceki döneme ait ikmalen tarh yapılamayacağını, daha önce yapılan tarhlardan vazgeçilmesini, tahakkuk edilen tutarların ise terkin edilmesini düzenleyen yasa hükmüne son cümle olarak "tahsil aşamasına gelip ödenen vergilerin ret ve iadesinin" söz konusu olamayacağını eklenmesi incelenmiştir. İptal edilen cümlede yasa koyucunun değiştirdiği tarife işlemleri nedeniyle mağdur olabilecek mükelleflerden yalnızca yapılmış tarh

⁵¹ Durmuş, N. K. (2018). s. 229-233; Yavaşlar, F. B. (2008). s. 309-337; Afşar, N. (2019). s. 80-93.

ve tahakkuk işlemlerine rağmen vergisini henüz ödememiş olanlar korumaya alınmıştır. AYM söz konusu kuralı hukuki durumları bir olan mükelleflerden vergisini ödeyen ve ödemeyenler arasında olumsuz bir fark yarattığı için iptal etmiştir. Ancak AYM bu kararda yasa koyucunun belirgin bir kural koyma gerekçesi olmamasından hareketle haklı neden testini uygulamamıştır. Bu doğrultuda benzer durumda olanlara bu bariz farklı muameleyi iptal nedeni olarak yeterli görmüştür. Ancak bu kararda, vergisini ödemiş mükellefler için doğrudan kanunla yapılan bir ayırım söz konusu iken uzlaşmaya ilişkin düzenlemelerde doğrudan kanun hükümlerinden kaynaklı olmayan görevlendirilen komisyonların adil ve eşit davranacağı ön kabulüne dayanan bir yaklaşım söz konusudur.

Bu doğrultuda Çağan'ın da ifade ettiği gibi uzlaşma ve vergide eşitlik ilkesi daha ziyade *“normal tahakkuk usulünden ayrılmayı haklı kılan nedenler”* açısından, daha doğrusu uzlaşmaya ilişkin düzenlemelerin bütün mükellefleri kapsayıcı biçimde⁵² ve benzer durumda olan mükelleflere farklı davranmayı meşru kılacak sebepleri içerecek şekilde düzenlenmesi açısından irdelenmelidir.

Yukarıda ilk bölümde incelendiği üzere uzlaşmanın getiriliş amacı vergi uyumsuzluklarının daha çabuk çözüme ulaştırılması, böylelikle kamu alacaklarının erken tahsil imkânının ve mükelleflerin ticari bakımdan öngörülerinin artırılmasıdır. Yine yargı makamlarının iş yükünün azaltılması hedeflenen bir diğer durumdur. Gerek VUK'un yürürlüğe girmesi gerekse VUK'un kabul edilişinden çok süre geçmeden uzlaşma kurumunun kabul edilmesinde ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşulların etkisi belirgindir. 1958 yılında girilen borç krizi ve devamında 4 Ağustos 1958 tarihinde ilan edilen moratoryum ve ardından Türk lirasının %221 oranında devalüe edilmesi⁵³ vergilerin elde edilmesinde pratik ihtiyaçları karşılayan yeni vergi usul düzenlemelerini de beraberinde getirmiştir. Uzlaşmanın VUK'a derhâl dâhil edilmesinde de vergi gelirlerinin bir an önce elde edilmesinden umulan faydanın etkisi yadsınamaz.

VUK'ta uzlaşma kurumu bakımından ikinci önemli kavşağın henüz vergi salınmadan ve ceza kesilmeden önce vergi idaresi ile mükellef

⁵² Çağan, N. (1982). s. 155.

⁵³ Nurettin Bilici, “Yeni bir borç krizine doğru mu?”, Dünya Gazetesi, 8 Aralık 2016, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/yeni-bir-borc-krizine-dogru-mu/340851> (Erişim Tarihi: 7/1/2021).

arasında uzlaşma görüşmeleri yapılmasına dayanan tarhiyat öncesi uzlaşmanın getirilmesi olduğunu da belirtmiştik. Bu değişikliğin arka planında da benzer ekonomik daralmaların olduğu söylenebilir. Nitekim 3239 sayılı Kanun’un gerekçesinde *“tarhiyat öncesi uzlaşmanın vergileme olayını daha kısa sürede sonuçlandırmak ve vergiyi bir an önce tahsil etmek”* amacına matuf olduğu açıklanmıştır⁵⁴.

Dikkat edileceği üzere yasa koyucunun uzlaşma kurumu için sunduğu gerekçeler, yukarıda incelediğimiz AYM’nin tarhiyat öncesi uzlaşmanın da ilk defa getirildiği 3239 sayılı Kanun’un belirli miktara kadar vergi borcu olan mükellefler için öngördüğü vergi affı niteliğindeki ceza terkinin uygulamasını düzenleyen geçici 4’üncü madde için de ileri sürülmüştür. AYM yukarıda da aktarıldığı gibi aftan yararlanmak için vergi borcu aslının 300.000 liradan az olması koşulunun getirilmesini, *“vergi ihtilaflarını azaltmak, gerekli inceleme yapılmadan kesilen cezaları kaldırarak adaleti sağlamak, idarenin ve yargının yükünü azaltmak”* şeklindeki kanun koyucunun gerekçelerini haklı neden sayarak Anayasa’ya uygun görmüştür. Dolayısıyla, AYM’nin bu kararı uzlaşma kurumunu uzlaşmaya başvuran ve başvurmayanlar arasında eşitsizlik yarattığından hareketle incelemesi durumunda (ki bu ihtimal Anayasa’nın 151’inci maddesinde öngörülen sürenin geçmesi nedeniyle soyut norm denetimi bakımından ortadan kalkmıştır)⁵⁵ aynı haklı neden argümanlarına başvurması mümkün görünmektedir. Bu durumun elbette yasa koyucunun benzer gerekçelerinin AYM tarafından her hâlükârda haklı neden olarak kabul göreceği şeklinde okunmaması

⁵⁴ TBMM 357 no’lu Komisyon Raporu, D. 17, YY. 3, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c020/tbmm17020027ss0357.pdf> (Erişim Tarihi: 7/1/2021).

⁵⁵ Görülmekte olan bir davada uygulanan kanun hükmü için taraflardan birinin anayasaya aykırılık iddiasının davaya bakan mahkemece ciddi bulunması veya mahkemenin resen buna kanaat getirmesi durumunda işletilen itiraz başvuruları (somut norm denetimi) dahilinde uzlaşma kurumunun Anayasa Mahkemesince esastan incelenmesi de çok uzak bir ihtimaldir. Çünkü uzlaşma sağlanması halinde zaten yargısal çözüm yolu ihtimal olmaktan çıkmakta, uzlaşmanın sağlanamaması yahut vaki olmaması durumunda ise süresi içinde açılan dava uzlaşma konusu tarh ve/veya ceza işlemine karşı yürütülmektedir. Bu nedenle AYM’nin uzlaşmayı düzenleyen ilgili VUK hükümlerinin anayasaya aykırılığına ilişkin başvurularda ilgili kuralın doğrudan o davada uygulanan kural olmadığına hükmetmesi ve başvuruyu ilk incelemede reddetmesi kuvvetle muhtemeldir. Nitekim AYM, Vergi Usul Kanunu’na 4.12.1985 günlü, 3239 sayılı Yasa’nın 33. maddesiyle eklenen tarhiyat öncesi uzlaşmaya ilişkin Ek Madde 11’in, Anayasa’nın 2., 10., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istenen başvuruyu Ek Madde 11’in somut davada uygulanacak kural olmaması ve uyuşmazlığın uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanakta yer alan vergi ve vergi ziyai cezasının iptaline ilişkin olması gerekçesiyle ilk incelemede reddetmiştir. Bkz. AYM, E.2010/117, K.2011/2, 06/01/2011.

gerekir. Nitekim AYM menkul kıymetlerden kazanç ve irat elde edilmesi ve bunlara stopaj uygulaması yönünden tam ve dar mükellefler arasında ayırım yapılmasını öngören 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 67'nci maddesinin ilgili fıkrasını öne sürülen ekonomik gerekçelere rağmen iptal ettiği kararında haklı neden ve kamu yararı ölçütüne sınır çekmiştir. Bu doğrultuda mükellef bakımından ülkenin ekonomik ve sosyal durumuna binaen getirilen vergisel ayrımların verginin temel yapısını bozmayacak şekilde yapılması gerektiği de vurgulanmıştır.

Bu ve benzeri kararların işaret ettiği üzere uzlaşma komisyonlarının kendi yetki sahaları içinde aynı durumda olan mükellefler bakımından, kanuni bir engele takılmadan, uzlaşılacak vergi asıllarını ve ceza miktarlarını geniş bir takdir yetkisi ölçüsünde belirleyebilmelerine imkân veren uzlaşma müessesinin vergide eşitlik bakımından Anayasa'ya uygunluğunun tartışılması değerini korumaktadır. Bu doğrultuda bir önceki bölümde yer verilen *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* bireysel başvuru kararında benimsenen yaklaşım önem kazanmaktadır. Bu karardan hatırlanacağı üzere farklı uzlaşma komisyonlarında görüşmelere gerçekleştiren aynı hukuki durumdaki mükelleflerin farklı vergi miktar ve cezalarına muhatap olabileceği örneğinde olduğu gibi farklı vergi inceleme elemanlarınca hazırlanan raporlar nedeniyle aynı sektörde olan ve aynı düzenlemelere istinaden vergi kolaylıklarından yararlanmak isteyen şirketlerin başvurdukları yöntemlere karşı kesilen cezaların farklı farklı uygulanması söz konusu idi. İdarenin bu farklılıkların oluşmasına gösterdiği gerekçe ise şirketlerin vergisel işlemlerini inceleyen vergi müfettişlerinin farklı olması, rapor değerlendirme komisyonlarının çalışma biçimi ve farklı değerlendirmeler yapabilmesi olarak açıklanmıştı. AYM söz konusu kararda isabetli olarak benzer hukuki durumdaki şirketlere yapılan ayırımcı muamelenin haklı nedene yahut temel hak ve özgürlükler alanındaki ifade biçimiyle objektif ve makul bir sebebe dayanmadığını belirtmiş ve başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Uzlaşmanın bu doğrultuda hem vergide kanunilik hem de eşitlik ilkesi bakımından tartışmalı yapısı ve uzlaşmaya başvurmuş mükelleflerin tabi olacakları uzlaşma miktarlarının bu anlamda belirli kriterlere dayandırılmamış olması nedeniyle benzer yaklaşımla Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Kanaatimizce de uzlaşmanın vergide eşitlik ve mali güce göre vergilendirme ilkeleri bakımından en tartışmalı yönü uzlaşmaya dair VUK'taki kuralların yeterli derecede öngörülebilir

ve uzlaşma komisyonlarının yetkilerinin açıkça belirlendiği, uzlaşma sağlanmasını belli koşullara bağlayan bir yapıdan yoksun olması, bu yönüyle vergide kanunilik ilkesi bağlamıyla eşitlik ilkesine aykırı olmasıdır. Aşağıdaki bölümde bu nedenle kanunda düzenlenmemesine rağmen Almanya'daki uzlaşma uygulamasına, Alman vergi otoritelerinin eşitlik ve kanunilik ilkeleriyle sıkı sıkıya bağlı olması bakımından özellik arz ettiği ve bu nedenle bizim uygulamamız bakımından da dikkat çekici olabileceği düşüncesiyle kısaca yer verilmiştir.

III. KISACA ALMANYA ÖRNEĞİNDE UZLAŞMA KURUMU

Doktrinde bazı kaynaklardaki kabule rağmen⁵⁶ Almanya'da uzlaşma (*tatsächliche Verständigung*) kurumu Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAYM) tarafından kaldırılmamış, aslında kanunda hiç düzenlenmemiştir⁵⁷. Kelime anlamıyla “olgular üzerinde anlaşma” olarak niteleyebileceğimiz bu uzlaşma türü Alman Yüksek Vergi ve Gümrük Mahkemesi (*Bundesfinanzhof*) tarafından (eski bir İmparatorluk Vergi Mahkemesi kararından ödünç alınarak) 1984 yılına ait bir kararda benimsenmiştir. Daha sonra bu kurum 30/7/2008 tarihli Maliye Bakanlığı Direktifi (*BMF-Schreiben*) ile idare tarafından düzenlenmiştir. Uzlaşma böylelikle belirli şartlar altında yargısal ve idari makamlar tarafından kabul gören ve vergi mükellefleri ile geçmişteki vergisel bir olay üzerinde yapılan çok taraflı anlaşma olarak tanınmaya başlanmıştır⁵⁸.

Almanya'da vergi otoritelerinin inceleme yetkisine dair temel ilkeyi düzenleyen Vergi Yasası'nın (*Abgabeordnung-AO*) 88'inci maddesinin ilk fıkrası uyarınca mükelleflerle yapılacak uzlaşmalarda da *resen (von Amts wegen)* araştırma prensibi geçerlidir. Buna göre yetkili makamlar muhatapların lehine olabilecek durumlar dâhil bütün ilgili koşulları dikkate almak durumundadır. Uzlaşma ve diğer vergi incelemeleri için geçerli olan asıl önemli nokta ise aynı maddenin ikinci fıkrasında vurgulanmıştır. Buna göre gelir idareleri, somut olayın özelliğine göre yapılacak araştırmanın türü ve kapsamını *eşitlik, kanunilik ve ölçülülük (Gleichmäßigkeit, Gesetzmäßigkeit, Verhältnismäßigkeit)* ilkelerine dayanarak tespit etmelidir. Ayrıca bu incelemeler zarfında idare, katılanların

⁵⁶ Örnek olarak bkz. Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., Göker, C. (2020). s. 176.

⁵⁷ Yavaşlar, F. B. (2008). s. 333; Seer, R. “Verständigungen an der Schnittstelle von Steuer- und Steuerstrafverfahren”, <http://docplayer.org/47122914-Verstaendigungen-an-der-schnittstelle-von-steuer-und-steuerstrafverfahren.html> (Erişim tarihi: 6/6/2021).

⁵⁸ a.g.e. s. 215.

sunduğu belge ve kanıtlarla bağlı olmamaktadır. Aynı fıkranın son cümlesinde ise araştırmaların türü ve kapsamına dair kararlarda idari makamların önceki uygulamaları ile usul ekonomisi ve amaca uygunluk gibi kriterlerin de göz önüne alınacağı düzenlenmiştir⁵⁹.

Niteliği itibarıyla bir kamu hukuku sözleşmesi olan uzlaşma⁶⁰ bu doğrultuda aynı prensiplere bağlı kılınmıştır. Dolayısıyla uzlaşma yoluyla kanunda belirtilen esasların dışına çıkmak (sözgelimi belirlenen vergi matrah ve oranlarından farklı sonuç doğuracak şekilde anlaşma yapmak) mümkün değildir⁶¹.

Buna ek olarak vergi incelemelerine hâkim olan bu genel ilkeler çerçevesinde yapılacak uzlaşmalar ancak belirli şartların varlığı hâlinde yapılabilir. İlk olarak uzlaşma ancak sıkı inceleme gerektiren (makul ölçüleri aşan emek ve zaman isteyen) maddi olguların varlığı hâlinde söz konusu olabilir. Söz gelimi vergi matrahının belirlenemediği durumlara ilişkin vergi makamlarının tahminleri, kıymet takdirleri ve yine geleceğe ilişkin tahminler ile delillerin takdiri uzlaşmanın konusu olabilir. Bu doğrultuda uzlaşmalar hukuki meselelerin açıklığa kavuşturulması veya belirli hukuki araçlara erişimin sağlanmasını kapsayamaz. Yine Türkiye’de olduğu gibi kaçakçılık ve buna bağlı vergisel ve cezai işlemlere ilişkin konularda uzlaşma yapılamaz. Uzlaşma matrahının belirlenmesi, vergi incelemesi (cezai tahkikat anlamında), dış denetim, tarh ve itiraz aşamalarında yapılabilmektedir⁶².

Sonuç olarak, uzlaşma kurumunun Türkiye uygulamasında olduğu gibi idare ile tarhiyat öncesi veya sonrasında (böyle bir teknik ayrıma gidilmeksizin) yapılabilen bir anlaşma olduğu, yine aynı şekilde vergi cezaları üzerinde de etki doğurabileceği görülmektedir. Ancak bu

⁵⁹ “Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), die zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 11. Februar 2021 (BGBl. I S. 154) geändert worden ist”, https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/AO.pdf (Erişim Tarihi: 3/4/2021).

⁶⁰ Yargı makamları ise uzlaşmaya bir kamu hukuku sözleşmesi olarak bakmaktan ziyade kurumun hukuki niteliğini genel bir ilke olan iyi niyet ve dürüstlük kuralından (*Treu und Glauben*) türetmektedir. Buna göre uzlaşma tarafların üzerlerinde anlaştığı hususlara aykırı olarak (*venire contra factum proprium*) birbirlerine karşı dava ileri sürmeyeceklerine ilişkin taahhütlerini yansıtmaktadır. Bkz. Seer, R. “Verständigungen an der Schnittstelle von Steuer- und Strafverfahren”, s. 215.

⁶¹ Lorbach, C. (2013). “Die tatsächliche Verständigung im Besteuerungsverfahren und ihre Auswirkungen auf das Strafverfahren”, Szeged Üniversitesi Doktora Tezi, s. 43.

⁶² “Tatsächliche Verständigung”, <https://www.smartsteuer.de/online/lexikon/t/tatsaechliche-verstaendigung/#D063112400002> (Erişim Tarihi: 5/4/2021).

anlaşmanın uygulayıcısı olan vergi idaresinin vergide eşitlik ve kanunilik ilkeleriyle bağlılığı daha sıkı uygulanmakta ve üzerinde uzlaşılan unsurların geçerliliği yargı tarafından bu temel ilkeler üzerinden değerlendirilmektedir. Almanya örneğinde uzlaşmanın, söz konusu vergi uyuşmazlığının yargıya taşınması sonrasında da yapılabildiği düşünüldüğünde yargısal sürece kesin bir alternatif olmaktan ziyade uyuşmazlığın çözümüne yardımcı bir hukuki araç olarak ele alındığı söylenebilir. Bu yönüyle Almanya’da özellikle vergi idaresi nazarında uzlaşmaya dair sözleşme serbestisinin sınırlarının vergide eşitlik ve kanunilik ilkeleri bağlamında yargı kararları aracılığıyla daha kesin hatlarla çizilmeye çalışıldığı, dolayısıyla vergide eşitlik ve kanunilik bağlamında daha etkili bir idari ve yargısal denetimin söz konusu olduğu göze çarpmaktadır.

SONUÇ

Türk Vergi Hukuku’na 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun yürürlüğe girmesinin üstünden çok geçmeden dâhil olan uzlaşma, tarhiyat öncesi veya sonrasında mükelleflerin vergi dairesi ile tarh ya da tahakkuk etmiş yahut edecek vergi miktarı ya da ona bağlı kesilmiş ya da kesilmesi muhtemel cezalar üzerinde anlaşmalarıdır. Vergilerin Hazineye daha hızlı aktarılması, mükelleflerle iş birliğinin artırılması ve idari yargı makamlarının dosya yükünün hafifletilmesi gibi pratik amaçlara hizmet eden uzlaşmanın kendisine yüklenen bu kamusal avantajlar ile mükellefler arasında yarattığı eşitsizlik yükü arasındaki denge hep tartışılır olmuştur.

Ağırlıkla ekonomik sıkıntıların oluşturduğu bir ortamda getirilen uzlaşma müesseselerinin (tarhiyat öncesi ve sonrası) Anayasa’ya aykırılığı sorunu baştan itibaren doktrinde tartışılmış olmakla birlikte uzlaşmaya ilişkin kuralların Anayasa Mahkemesi önünde esastan incelendiği bir başvuru mümkün olamamıştır. Bu çalışmada uzlaşmanın vergide eşitlik ilkesi bakımında Anayasa’ya uygunluğu kıyas olunabilecek AYM kararları üzerinden değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda varılan tespitler şu şekilde sıralanabilir:

- Uzlaşma yoluyla tahakkuk eden vergi, normal usulde tahakkuk edecek vergiden farklıdır. Uzlaşmaya başvuran mükellef, neticede hiç başvurmayıp vergisini ödeyen aynı hukuki durumdaki mükelleften daha az vergi ödeyebilir.

- Bu basit iki sonuç vergide eşitlik ilkesi ile uzlaşma kurumunu en başından çelişik hâle getirmektedir.
- Ancak uzlaşmayı bir bütün olarak sırf yarattığı farklı durumların bulunması nedeniyle vergide eşitliğe aykırı görmek doğru olmaz. Uzlaşmaya ilişkin hükümlerin haklı nedene (kamu yararına veya objektif ve makul bir nedene) dayanıp dayanmadığına da bakılması gerekir.
- Anayasa Mahkemesinin vergide eşitliğe ilişkin kıyaslanabilir kararlarına bakılırsa uzlaşmanın Anayasa'ya uygunluğunun tartışma ekseninin, vergisini bu kuruma başvurmadan ödeyen ile ödemeyen arasındaki eşitsizlikten ziyade uzlaşmaya başvurmuş mükelleflere eşit muamele edilip edilmediği üzerine kurulması işlevsel görünmektedir.

Bu eksen üzerinde özellikle *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* bireysel başvuru kararı, mükellefler arasında farklı vergi incelemeleri ve komisyon kararları eliyle farklı işlemlere tabi tutulmanın anayasal sınırlarını çizmesi bakımından önemlidir. Biçimsel eşitliğe aykırı olarak yaratılan farklılıklarda bu farklılığı doğuran kamusal yararın belirgin biçimde yarattığı eşitsizlikle makul bir denge yaratması önemlidir.

AYM'nin menkul kıymetlerden kazanç ve irat elde edilmesi ve bunlara stopaj uygulaması yönünden tam ve dar mükellefler arasında ayırım yapılmasını öngören 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 67'nci maddesinin ilgili fıkrasını iptal ederken haklı neden ve kamu yararı ölçütüne sınır çekmesi de uzlaşma kurumunun anayasallığını değerlendirmek bakımından aynı derecede önemlidir. Bu kararlar mükellef bakımından ülkenin ekonomik ve sosyal durumuna istinaden öngörülen vergisel ayrımların verginin temel yapısını bozmayacak şekilde yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu doğrultuda uzlaşmanın vergilendirmeye ilişkin temel anayasal ilkeleri zorlayan yapısının tekrar düşünülmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Son olarak vergide eşitlik ilkesi bakımından uzlaşmanın Anayasa'ya aykırılık potansiyeli en ağır basan yönünün kurumun kanunilik bakımından taşıdığı sıkıntılar olduğunu belirtmek gerekir. Kanunilik ilkesinin vergilendirme işlemlerinin tarafları bakımından taşıdığı önem kendisini en çok idareyi keyfilikten uzak tutması, dolayısıyla

taraflar arasında hukuki eşitliği sağlaması yönüyle gösterir. Bu doğrultuda uzlaşmaya dair VUK'ta belirlenen kuralların kalitesinin ve belirliliklerinin artırılması, özellikle uzlaşma komisyonlarının yetkilerinin açıkça kanunda gösterilmesi elzem görünmektedir. Bu itibarla hiç olmazsa uzlaşmaya başvurmuş olan mükelleflerin tabi olacağı rejim hukuk devleti ilkesinin de doğal uzantısı olan hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik kriterlerini karşılayacak şekilde düzenlenmiş olacaktır. Çalışmanın sınırlarını aşacağı düşünülerek kısaca değinilen Almanya'da kanuni çerçevede değil de yargı kararları ve vergi dairesi uygulamaları üzerinden yürüyen⁶³, ayrıca vergi asılları ve cezalar bakımından uzlaşma süreçlerini (maddi vergi hukuku ve vergi ceza yargılaması olarak) ayıran sistemin⁶⁴ bizim normatif düzenimiz bakımından da dikkat çekici olduğunu belirtmek gerekir⁶⁵.

⁶³ Seer, R. "Verständigungen an der Schnittstelle von Steuer- und Strafverfahren", <http://docplayer.org/47122914-Verstaendigungen-an-der-schnittstelle-von-steuer-und-strafverfahren.html> (Erişim Tarihi: 6/6/2021).

⁶⁴ Bkz. Lorbach, C. (2013).

⁶⁵ Almanya tecrübesinin anayasal sınırları daha belirgin çizilmiş bir uzlaşma kurumu bakımından değerli olduğuna işaret eden çalışma için bkz. Yavaşlar, F. B. (2008). s. 333-334.

KAYNAKÇA

- “Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), die zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 11. Februar 2021 (BGBl. I S. 154) geändert worden ist”, https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/AO.pdf (Erişim Tarihi: 3/4/2021).
- AFŞAR, Neslihan (2019). “Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Kurumunun Vergide Eşitlik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- BAYRAM, Erdin (2008). “Kanun Sistematiğinde ‘Madde’”, *Yasama Dergisi*, S. 8, ss. 22-43.
- BİLİCİ, Nurettin, “Yeni bir borç krizine doğru mu?”, *Dünya Gazetesi*, 8 Aralık 2016, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/yeni-bir-borc-krizine-dogru-mu/340851> (Erişim Tarihi: 7/1/2021).
- CANDAN, Turgut (2001). *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Ankara: Yaklaşım Yayınları.
- ÇAĞAN, Nami (1982). *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- DURMUŞ, Neslihan Karataş (2018). *Vergi Hukukunda Uzlaşma ve Alternatif Çözüm Yolları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KARAKOÇ, Yusuf (2015). *Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KÜÇÜKKAYA, Mehmet (2008). “Vergisel Uyuşmazlıkların Uzlaşma Yoluyla Çözümü”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- LORBACH, Christian (2013). “Die tatsächliche Verständigung im Besteuerungsverfahren und ihre Auswirkungen auf das Strafverfahren”, Szeged Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Millet Meclisi Tutanakları, D. 1, YY. 2, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c012/mm_01012045ss0064.pdf (Erişim Tarihi: 8/1/2021).
- ÖDEN, Merih (2003). *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN, Nami, GÖKER, Cenker (2020). *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- SABAN, Nihal (2001). “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, *Anayasa Yargısı*, C. 17, S. 1, ss. 451-475.
- SEER, Roman, “Verständigungen an der Schnittstelle von Steuer- und Strafverfahren”, <http://docplayer.org/47122914-Verstaendigungen-an-der-schnittstelle-von-steuer-und-strafverfahren.html> (Erişim Tarihi: 6/6/2021).
- ŞENYÜZ, Doğan (2017). *Vergi Ceza Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- TBMM 648 no’lu Komisyon Raporu, D. 19, YY. 3, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c058/tbmm19058092ss0648.pdf> (Erişim Tarihi: 6/6/2021).
- TBMM 357 no’lu Komisyon Raporu, D. 17, YY. 3, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c020/tbmm17020027ss0357.pdf> (Erişim Tarihi: 7/1/2021).
- TEKBAŞ, Abdullah (2010). “Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. O, ss. 123-191.
- YAVAŞLAR, Funda Başaran (2008). “Türk Vergi Hukuku’nda Uzlaşma”, *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, ss. 309-337.
- YAVAŞLAR, Funda Başaran (2010). “Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun Mu?”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 257, ss. 165-173.
- YILMAZ, Elif (2009). “Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1-2, ss. 321-351.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1970/36, K.1970/50, 24/12/1970.
- AYM, E.1974/31, K.1974/43, 24/10/1974.
- AYM, E.1986/5, K.1987/7, 19/03/1987.
- AYM, E.1994/91, K.1995/34, 18/07/1995.

AYM, E.2006/119, K.2009/145, 15/10/2009.

AYM, E.2010/118, K.2011/170, 22/12/2011.

AYM, E.2010/117, K.2011/2, 06/01/2011.

Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018.

Danıştay Kararı

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1986/2, K. 1986/2, 23/20/1986.

BU SAYIDA

Prof. Dr. Mahmut KOCA

**Özel Af İle İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri
(7242 Sayılı Kanun'la Değiştirilen İnfaz Kanunu'nun Geçici 6. Maddesinin
Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi)**

*Characteristics of the Statutory Arrangements regarding the Pardon and
Sentence-Execution Regime
(Legal Nature of Provisional Article 6 of the Law on the Execution of Sentences
and Security Measures Amended by Law no. 7242 and an Assessment of the
Constitutional Court's Decision)*

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE

**Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesinin
Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme**

*The Execution of Individual Application Decisions: An Overview of the
Direct and Indirect "Appeal Decisions" of the Constitutional Court*

Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ

**Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının
Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi**

*Notification of the Individual Application Decisions of the Constitutional
Court to the Grand National Assembly of Turkey*

Prof. Dr. Osman CAN

**1921 Anayasası'nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik
Başarısızlık Hikâyesi**

*The 100th Anniversary of the Constitution of 1921: A Story of
Exceptional Success and Dramatic Failure*

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU

**Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması
Protection of Personal Data within the Scope of the
Right to Information**

Arş. Gör. Murat HAS

AİHM Kararları Bağlamında Görüntü Hakkı

The Right to Image in the Context of the ECtHR Decisions

Arş. Gör. Dilek Özge UĞRAŞ

**Yurt Dışına Seyahat Özgürlüğünün Kısıtlanmasına İlişkin Bir Değerlendirme
(Özellikle Almanya Federal İdare Mahkemesinin 6C8/18
Sayılı Kararı Işığında)**

*An Evaluation on the Restriction of Freedom of Movement
(Especially in the light of the German Federal Administrative Court's
Decision No. 6C8/18)*

Özcan Altay

**Vergi Hukukunda Uzlaşmanın Vergide Eşitlik İlkesi Bağlamında Anayasa'ya
Uygunluğu**

*The Constitutionality of Settlement in Tax Law in the Context of the
Equality Principle in Taxation*



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