anayasa mahkemesi

ISSN 1301 - 1200

anayasa yargısı

39(2)
2022

ANAYASA YARGISI

Journal of Constitutional Justice

39(2)

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

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1301 - 1200

Anayasa Yargısı - 39(2)

© 2022, 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
Aralık, 2022

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. Ömer GEDİK
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. Hilal YAZICI
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Dr. Abdullah ÇELİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Mücahit AYDIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Volkan HAS
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Ömer GEDİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü

✦

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

DANIŞMA KURULU / SCIENTIFIC COUNCIL

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi

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

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi

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

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

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

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

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi

Yayın Kuralları

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

I. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

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

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce, İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük

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

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

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

Derleme Kitap:

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

Derlenmiş kitaptaki bir bölüm veya makale:

Onar, E. (2006). Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler, içinde Turhan, M. ve Tülen, H. (Der.), *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1* (ss. 1-40), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

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

Köklü bir geçmişi olan "Anayasa Yargısı Dergisi"nin yeni bir sayısıyla sizlerle birlikteyiz. Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin yerleşik içtihatlarının derinlemesine ele alındığı bu sayının yine zengin bir içeriği bulunmaktadır.

Derginin bu sayısında toplam dokuz makale yer almaktadır. İlk makalede O. Korkut Kanadoğlu ve Battal Niyazi Şahin Anayasa Mahkemesinin son yıllarda verdiği norm denetimi ve bireysel başvuru kararları hakkındaki gözlemlerini kaleme almıştır. Yazarlar, Anayasa Mahkemesinin son dönemde norm denetimi yolunda verdiği "… yönünden iptal kararları"nı doktrindeki tartışmaları da dikkate alarak eleştirel bir gözle değerlendirmiştir. Ayrıca makalede, Türk Anayasa Mahkemesinin çeşitli ara kararları tespit edilerek Federal Alman Anayasa Mahkemesinin çağrı ve bağdaşmazlık kararları ile bildirim kararları arasında bir mukayeseye gidilmiş ve Anayasa Mahkemesinin bildirim kararlarının çağrı ya da bağdaşmazlık kararı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılmıştır.

Bilindiği gibi 1982 Anayasası tüm yargı kararlarının gerekçeli olması zorunluluğunu herhangi bir istisnaya yer vermeksizin açıkça düzenlemektedir. Gamze Gümüşkaya gerekçeli karar hakkını vergi yargılamaları bakımından değerlendirmiştir. Yazar, bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarını incelemiştir.

Abdurrahman Tekin olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimini ön denetim kavramı çerçevesinde ele almıştır. Yazar ön denetim hususunu açıklayarak faydalarından ve olumsuz yönlerinden hareketle ön denetim usulünün ülkemizde uygulanabilirliğini tartışmıştır.

Bilge Bingöl Schrijer ve Özgür Aydın vergilendirme yetkisinin meşruiyeti ve sınırlarını liberal devlet bakımından değerlendirmiştir. Araştırmada, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarından faydalanmış ve devlet teorisi bakımında liberal devlet örneğinden tahliller yapmıştır.

Bezar Eylem Ekinci de adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olarak gerekçeli karar hakkını ele almıştır. Yazar, gerekçeli karar hakkına ilişkin temel düzenlemeler ve kavramları inceleyerek Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarından hareketle gerekçeli karar hakkına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur.

Ömer Emrullah Egeliği, somut norm denetimine başvururken Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddiliği meselesini objektif ve subjektif boyutlarıyla ele almış; Yargıtayın ciddi bulmama kararlarını da inceleyerek konuyu değerlendirmiştir.

Yunus Emre Yılmazoğlu, somut norm denetiminde karşılaşılma ihtimali olan bir sorunun çözümüne odaklanmıştır. Yazar, bir kanunun hem Anayasa'ya hem de usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşmaya aykırılık taşıması hâlinde uyuşmazlığı çözümlemekle görevli mahkemenin öncelikle somut norm denetimi yoluna mı başvurması gerektiği yoksa kuralı ihmal ederek uyuşmazlığı milletlerarası antlaşma kuralına göre mi çözmesi gerektiği meselesini tartışmıştır.

Burak Erdem bir ifade özgürlüğü meselesi olan ofansif mizahı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları doğrultusunda incelemiş ve bu çerçevede ofansif mizahın hukuki sınırlarını belirlemeye çalışmıştır.

Son olarak İsmail Demirci Anayasa Mahkemesinin iş yükü sorunundan hareketle bireysel başvuruda anayasal ve kişisel önem kriterini incelemiştir. Yazar, iş yükü sorununu istatistiksel veriler aracılığıyla analiz etmiş; anayasal ve kişisel önem kriterini Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk kapsamında inceleyerek Anayasa Mahkemesinin yaklaşımını ortaya koymuştur.

Dergide yer alan çalışmaların okuyucuya faydalı olacağını, yargı dünyasına ve doktrine katkı sağlayacağını umuyoruz. Cumhuriyet'imizin 100. yılına gireceğimiz 2023 yılının tüm insanlığa barış, sağlık ve mutluluk getirmesini temenni ediyoruz.

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

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU
Arş. Gör. Battal Niyazi ŞAHİN
Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler
Observations on the Constitutional Court's Current Decisions in the Processes of Both Constituonality Review and Individual Application.....1-33

Doç. Dr. Gamze GÜMÜŞKAYA
Vergi Yargılaması Bakımından Gerekçeli Karar Hakkı
The Right to a Reasoned Decision With Regard to Tax Proceedings 35-82

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN
Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Ön Denetimi
A Priori Constitutional Review of State of Emergency Decrees 83-124

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRİJER
Dr. Özgür AYDIN
Liberal Devlet Anlayışında Vergilendirme: Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkeme Kararlarında Kongrenin Vergilendirme Yetkisinin Sınırları
Taxation in the Liberal State: the Limits of the Congress' Taxing Power in the Framework of the Decisions Rendered by the Federal Supreme Court of the United States.....125-170

Dr. Öğr. Üyesi Bezar Eylem EKİNCİ
Bireysel Başvuru Yolunda Gerekçeli Karar Hakkı: Anayasa Mahkemesinin Temel Tespitleri ve İhlal Kararlarının Sonuçları
The Right to a Reasoned Decision in the Individual Application: Evaluations of the Constitutional Court and Consequences of the Violation Judgments 171-211

Ar. Gör. Dr. Ömer Emrullah EGELİĞİ
Somut Norm Denetiminde Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi
Seriousness of the Alleged Unconstitutionality in the Process of Claim of Unconstitutionality *213-261*

Dr. Yunus Emre YILMAZOĞLU
"Somut Norm Denetimine Başvuru" ile "Uyuşmazlığın Çözümünde Milletlerarası Antlaşma Kuralının Esas Alınması" Yöntemlerinin Yargı Mercilerince Uygulanma Önceliğinin Karşılaştırılması
Comparison in Terms of Priority of The Methods "Resorting to Contention of Unconstitutionality" and "Taking The Provision of International Treaty as a Basis in the Resolution of Disputes" By The Judicial Authorities *263-309*

Arş. Gör. Burak ERDEM
Ofansif Mizah ve İfade Özgürlüğü
Offensive (Dark) Humour and Freedom of Expression *311-353*

Arş. Gör. İsmail DEMİRCİ
Bireysel Başvuruda Anayasal ve Kişisel Önem Kriteri ve Anayasa Mahkemesinin İş Yükü Sorunu Bağlamında İncelenmesi
The Criterion of Constitutional and Personal Significance in Individual Application and Its Examination in terms of the Case-load of the Constitutional Court *355-393*

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 1–33.

ANAYASA MAHKEMESİNİN GÜNCEL NORM DENETİMİ VE BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI HAKKINDA GÖZLEMLER

Observations on the Constitutional Court's Current Decisions in the Processes of Both Constituonality Review and Individual Application

Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU*
Arş. Gör. Battal Niyazi ŞAHİN**

ÖZ

Anayasa mahkemeleri norm denetimi ve bireysel başvuru yolunda çeşitli ara karar türlerine imza atmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) tarafından da bağdaşmazlık ve çağrı kararı olmak üzere iki ara kararı türü geliştirilmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) de norm denetimi ve bireysel başvuru yolunda geliştirmiş olduğu kimi karar türleri bulunmaktadır. Bu incelemede AYM'nin son dönemde norm denetimi yolunda verdiği "…yönünden iptal kararları" eleştirel bir gözle değerlendirilmiştir. AYM, ihlalin sebebinin doğrudan kanundan kaynaklanması durumunda ilgili kanunu iptal edebilme yetkisine sahip değildir. Bu durum peşi sıra bir takım hukuki problemleri de meydana getirmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda ihlalin sebebinin doğrudan kanundan kaynaklanması durumunda vermiş olduğu "TBMM'ye bildirim" karalarının nasıl nitelendirileceği de söz konusu problemlerden birisidir. Bu doğrultuda FAYM'nin içtihat yoluyla geliştirdiği çağrı ve bağdaşmazlık kararları önem kazanmaktadır. Makalede FAYM'nin çağrı ve bağdaşmazlık kararları ile bildirim kararları arasında bir mukayeseye gidilmiş ve AYM'nin bildirim kararlarının çağrı ya da bağdaşmazlık kararı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa yargısı, …yönünden iptal kararı, çağrı kararı, bağdaşmazlık kararı, bildirim kararı, ihlale sebep olan kanunun iptal edilmesi.

* İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, osman.kanadoglu@okan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0499-5856.

** İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, battal.sahin@okan.edu.tr, ORCID: 000-0003-4839-5593.

Geliş Tarihi: 25/10/2022 ✦ Kabul Tarihi: 19/11/2022 *Araştırma Makalesi*

ABSTRACT

Constitutional courts render various types of interim decisions within the processes of both constitutionality review and individual application. The Federal Constitutional Court (the Federal Court) has developed two types of interim decisions, namely decision on incompatibility and order. The Turkish Constitutional Court (the Court) has also developed some types of interim decisions within the scope of both constitutionality review and individual application processes. In this paper, the "annulment decisions under …" rendered by the Court recently through the remedy of constitutionality review have been critically evaluated. The Court is not vested with the power to annul the relevant provision in cases where the violation has directly stemmed from the law, which casues certain legal problems. One of these problems is related to the characterisation of the Court's decisions on "notification to the Turkish Grand National Assembly" in cases where the violation directly stems from the law within the individual application procedure. In this sense, decisions on incompatibility and orders, which have been developed by the Federal Court through jurisprudence, are of importance. In this respect, a comparison has been made between decisions on incompatibility and orders introduced by the Federal Constitutional Court and the Court's notification decisions, and it has been discussed whether the notification decisions of the Court can be qualified as an order or a decision on incompatibility.

Keywords: Constitutional jurisdiction, annulment decisions under …, order, decision on incompatibility, notification decision, annulment of the law leading to the violation.

GİRİŞ

Yasama organında çoğunluğa sahip olan ve demokratik yollarla iktidara gelmelerine rağmen demokrasiyi örseleyen siyasal iktidarların yaratmış olduğu acı deneyimlerden sonra normların -özellikle de kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin- Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi bir zorunluluk olmuştur. Bu zorunluluk aynı zamanda anayasanın üstünlüğü ilkesini somutlaştıran bir anayasa organı olarak anayasa mahkemelerinin kurulmasına da yol açmıştır. Ülkemizde de 1924 Anayasası'nda öngörülen Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi, 1961 Anayasası ile birlikte Anayasa Mahkemesinin (AYM) kurulmasıyla güvence altına alınmıştır. Başlangıçta sadece normların anayasaya aykırı olup olmadığı yönünde karar veren anayasa mahkemeleri yıllar içerisinde çeşitli karar türlerini içtihat yoluyla üretmiştir. Bu açıdan özellikle Alman Federal Anayasa Mahkemesi (FAYM) ön plana çıkmaktadır. FAYM, içtihat yoluyla başta çağrı ve bağdaşmazlık/uyuşmazlık kararları olmak üzere çeşitli ara kararları türetmiştir. AYM'nin de bu tür ara kararlarına yabancı olmadığı söylenebilir.

Son dönemde AYM'nin içtihat yoluyla geliştirmiş olduğu yeni bir karar türünden daha söz edilebilir. Çalışmanın ilk bölümde AYM'nin norm denetiminde vermiş olduğu ve "…yönünden iptal kararları" olarak adlandırılabilecek bu yöndeki kararları incelenmiştir. AYM'nin yakın zaman dilimi içerisinde türetmiş olduğu bu karar tekniğinin dikkat çeken yanı, Anayasa'ya uygunluğu denetlenen normun bir bütün olarak iptal edilmeyip sadece belirli *açılardan* veya *yönlerden* iptal edilmesidir. Yorumlu ret kararını andırsa da ondan tamamen ayrı bir düzlemde incelenmesi gereken bu yeni karar türü, FAYM tarafından içtihat yoluyla geliştirilen uyuşmazlık/bağdaşmazlık kararıyla karşılaştırılarak ele alınmıştır. Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan "hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik" ilkesi açısından bu karar türünün yaratacağı sorunlar eleştirel bir gözle değerlendirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca bu yöndeki kararlar sonucunda Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sisteminde yaşanan karışıklıklara da değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde AYM'nin bireysel başvuru sonucunda ihlalin yapısal sorunlardan kaynaklandığını tespit etmesi üzerine TBMM'ye bildirimde bulunduğu kararlarının nitelendirilmesi sorunu

ele alınmıştır. Son örneği pilot karar usulüyle verilen *Nevriye Kuruç*[1] kararında karşımıza çıkan bu yöndeki bildirim kararlarının FAYM tarafından geliştirilmiş olan çağrı kararlarıyla ne ölçüde bağdaştığı incelenmiştir. Nihayet AYM'nin bu kararları, yine FAYM tarafından geliştirilen bağdaşmazlık kararlarıyla karşılaştırılarak her iki karar türünün benzer ve farklı yönleri gösterilmeye çalışılmıştır.

I. AYM'NİN NORM DENETİMİ YOLUYLA VERDİĞİ YENİ BİR KARAR TÜRÜ: "…YÖNÜNDEN İPTAL KARARI"

Anayasa mahkemelerinin asli görev ve yetkilerinden olan Anayasa'ya uygunluk denetiminin konusu, bir hukuk normunun usul ve esas bakımından Anayasa'ya uygun olup olmadığıdır. Bu kapsam gerek soyut gerekse somut norm denetimi için geçerlidir.

Anayasa'ya aykırı normu yürürlükten kaldırarak Anayasa'ya uygunluğu sağlama amacı güden AYM, bununla birlikte anayasal durumun kesin olarak açıklığa kavuşturulması anlamında hukuki güvenliği de sağlamaya çalışmaktadır[2]. Hukuksal güvenliğin sağlanmasında AYM kararlarının açık, net ve belirgin olması ve ikircikli bir durum yaratmaması büyük önem taşımaktadır. Ancak AYM'nin norm denetimi yoluyla son dönemde vermiş olduğu kimi kararlarının türü (niteliği) öğretide tartışmaya neden olmuştur. Bu tartışmayı başlatan makalelerden ilki *Gözler*'in "Anayasa Mahkemesinin "…Yönünden İptal Kararları Hakkında Bir Eleştiri" başlıklı makalesidir[3].

Bu makalede incelenen 2022/21 karar sayılı "Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davalarında İstinaf Sınırı" kararında AYM, 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, "kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar yönünden" Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. AYM'nin kendine özgü bir yöntemle "iptal ettiği" bu karara konu olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İstinaf yoluna başvurulabilen kararlar" kenar başlıklı 341. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şu şekildedir: *"Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir."* Kanunun

1 *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

2 Kanadoğlu, K. ve Duygun, A.M. (2021). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 457.

3 Gözler, K. (2022). Anayasa Mahkemesinin "…Yönünden İptal Kararları Hakkında Bir Eleştiri. bkz. https://www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal.htm#_ftn (Erişim Tarihi:25.09.2022)

metninde kesinliği ifade edilen davaların "mal varlığı davaları" olarak ifade edilmesine rağmen AYM, kararında ilgili cümleyi "kamulaştırma bedeline ilişkin tespit davaları yönünden" iptal etmiştir.

Bu durumda sorun, AYM'nin bu kararının etkisinin "kamulaştırma bedeline ilişkin olmayan mal varlığı davaları" açısından ne olacağı konusunda yoğunlaşmaktadır. Kanun'un iptal edildiği ifade edildiğine göre, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasının ardından ilgili cümle tamamen yürürlükten kalkacak mıdır? Yoksa AYM'nin iradesi, sadece "kamulaştırma bedeline ilişkin tespit davaları" açısından mı Kanun'un iptal edilmesine yöneliktir? Bu son durumun kabul edilmesi hâlinde bile AYM'nin böyle bir yetkisinin olup olmadığı tartışmaya açıktır. Nitekim *Gözler*'e göre AYM'nin denetlediği kanunun içeriğine yönelik istisna getirme yetkisi yoktur ve böyle bir istisna getirme, kanunda değişiklik yapmak anlamına geleceği için AYM'nin böyle bir istisna koyma çabası yasama yetkisinin gasp edilmesidir[4]. Ayrıca yine *Gözler*'e göre "miktar veya değeri üç bin Türk lirasını geçmeyen mal varlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir" hükmü, sadece bir dava türü için bile Anayasa'ya aykırı ise bu norm bütünüyle Anayasa'ya aykırı olacaktır[5]. Buna karşılık AYM'nin bu yöndeki kararlarını; "**kuralı daraltan örtülü iptal kararları**" olarak adlandıran *Gedik*'e göre bu tarz kararlarda Mahkeme, hukuka aykırılığa sebep olan kusuru içinde barındıran kuralı iptal etmeden hükmün uygulamasını daraltıp onun anlamını yeniden oluşturmaktadır[6]. Ayrıca yine *Gedik*'e göre bir normun getirdiği kural, düzenlemenin kelimelerden oluşan yapısı değil anlamıdır. Normun yazılı metninde açıkça ifade edilmemiş olsa da anlamından çıkarabilecek olan bir kural Mahkeme tarafından iptal edilebilir[7].

Mahkemenin kamulaştırma bedelinin tespiti davalarındaki istinaf sınırı hakkında vermiş olduğu "… **yönünden iptal kararı**" sonrasında Mevzuat Bilgi Sistemi'nde ilgili kanunun nasıl değiştirileceği konusunda da bir karışıklık yaşanmıştır. *Gözler*'in yukarıda belirtilmiş olan makalesini yayımlamasının üzerinden kısa bir süre geçtikten sonra Mevzuat Bilgi Sistemi'nde bir değişikliğe gidilmiştir. Şöyle ki AYM'nin yukarıdaki

4 Gözler, K. (2022). https://www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal.htm#_ftn (Erişim Tarihi: 25.09.2022)

5 a.g.e.

6 Gedik, Ö. (2022), "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., s. 305.

7 a.g.e., s. 306.

kararını vermesinin ardından Mevzuat Bilgi Sistemi'nden ilgili cümle çıkarılmamış fakat bir dipnot düşülerek "Anayasa Mahkemesinin 24/2/2022 tarihli ve E.: 2021/34, K.: 2022/21 sayılı Kararı ile bu fıkranın birinci cümlesi 'kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar' yönünden iptal edildiği" ifade edilmiştir[8]. Fakat *Gözler*'in makalesinin ardından ilgili cümle, madde metninden tamamen çıkarılmıştır. Böylelikle Mahkeme, miktar veya değeri üç bin Türk lirasını geçmeyen mal varlığına ilişkin davalar açısından herhangi bir ayrım mevcut olmaksızın istinaf yoluna gidilemeyeceği yönündeki kanun hükmünü "tamamen" iptal etmiş olmaktadır. Böylelikle Mahkemenin kararındaki kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar açısından gerçekleştirmiş olduğu incelemenin herhangi bir özel anlamı kalmamaktadır.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 15 Nisan 2022 ile ilgili cümlenin madde metninden tamamen çıkarıldığının fark edildiği[9] 13 Mayıs 2022 tarihleri arasında, değeri ya da miktarı üç bin Türk lirasının altında kalan kamulaştırma bedeline ilişkin davalar açısından istinaf yasağının uygulanmayıp, değeri ya da miktarı üç bin liranın altında kalan mal varlığı davalarında istinaf yasağının uygulanmaya devam etmesi durumunda son grupta kalan kişilerin ayrımcılığa tabi tutulup tutulmadığına yönelik olacaktır. Nitekim en azından 13 Mayıs 2022 tarihinden sonrası için bu gruptaki davalar açısından da istinaf yasağı artık mevcut değildir. Burada bir bütün olarak "idarenin" iyi yönetim ilkesine aykırı davrandığı açıktır. İdarenin iyi yönetimi, *"bireyin, insan onuruna yakışır bir muameleye tabi tutulduğu, makul ve haklı her türlü beklentisinin gerçekleştiği, her zaman yanında hissettiği, kendisine güven duyduğu şeffaf bir yöntemidir[10]."* AYM kararının belirsizliği gerekse Mevzuat Bilgi Sistemi'nde yaşanan karmaşa sonucu eşitlik ilkesine aykırı davranılması ve böylelikle kişilerin aleyhine sonuçların yaratılması kabul edilemez.

AYM'nin Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun "Bölge adliye Mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi" kenar başlıklı 308/A

---

8 Gözler, K. Anayasa Mahkemesinin …Yönünden İptali Kararları Hakkında Bir Eleştiri Makaleme Bir Ek, https://www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal-ek.htm (Erişim Tarihi: 25.09.2022)

9 Gözler, bu önemli farklılığı ilk olarak Taylan Barın'ın 13 Mayıs 2022 tarihinde atmış olduğu bir tweeti sayesinde öğrendiğini belirtmektedir.

10 Akyılmaz, B. (2003). "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1-2., s. 144.

maddesinin Anayasa'ya aykırılığına yönelik somut norm denetiminde vermiş olduğu karar da benzer bir belirsizlik içermektedir. CMK'nın 308/A maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: *"(1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re'sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir. Kurula gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanır. Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir. Kurulun verdiği kararlar kesindir. Dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar. Başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir."*

AYM'ye göre *"…kuralda anılan itirazın sadece sanık aleyhine değil sanık lehine de yapılmasına imkân tanınmaktadır. Sanık aleyhine kesinleşmiş bir karardan sonra yukarıda belirtilen istisnalar olmadığı halde yeni bir yargılama yapılması aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırılık oluşturmakta ise de sanık lehine yapılacak itirazlar yönünden böyle bir durumun ortaya çıkması söz konusu değildir. Bu nedenle kuralın sadece "sanığın aleyhine itirazlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır[11]."* Böylelikle Mahkeme, ilgili Kanun'un "sanığın aleyhine itirazlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasının ardından dokuz ay sonra yürürlüğe gireceğine 20/01/2022 tarihinde karar vermiştir. Mevzuat Bilgi Sistemi'nde CMK 308/A maddesine bir dipnot düşülmüştür: *"Anayasa Mahkemesinin 26/1/2022 tarihli ve E.:2021/48; K.:2022/7 sayılı kararı ile bu fıkranın birinci cümlesi "sanığın aleyhine itirazlar" yönünden iptal edilmiştir. Bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra (14/1/2023) yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır."*

Fakat 14/1/2023 tarihinde ne olacağı ise belli değildir. Malvarlığına ilişkin davalar hakkındaki kararın ardından yaşandığı gibi ilgili fıkra tamamen mevzuattan kaldırılacak mıdır? Yoksa dipnot var olmaya

[11] AYM, E.2021/48, K.2022/7, 26/01/2022, § 21.

devam mı edecektir? Eğer madde metni tamamen kaldırılırsa AYM'nin sanık lehine olağanüstü itiraz yolunun Anayasa'ya uygun olduğu yönündeki görüşünün herhangi bir anlamı kalmayacaktır. Eğer madde metni mevzuattan çıkarılmayıp bu dipnot var olmaya devam edecekse, AYM Kanun'da açıkça bir değişiklik yapmış olacak ve gerçekten bir istisna koymuş olacaktır. Nitekim CMK 308/A hükmüne ilişkin denetimde, mal varlığı davalarına yönelik denetime göre AYM çok daha açık karşılaştırmalar yapmıştır. Mahkemenin iradesinin, sanık lehine olan başvuruların devam ettirilmesine fakat aleyhine başvurma olanağının ortadan kaldırılmasına yönelik olduğu açıktır. Madde metninde "sanık lehine ve aleyhine" ibarelerinin bulunmaması, AYM'nin içine düştüğü sıkıntıyı belirtilen yöntemle aşmasına katkı sağlamıştır.

AYM'nin adının konulması bir hayli zor olan bu tür kararları akla yorumlu ret kararını getiriyor olsa da her iki karar türü arasında önemli farklar bulunmaktadır. Yorumlu ret kararlarında AYM, Anayasa'ya uygun yorum yöntemini kullanmaktadır. AYM, bu yorum yöntemiyle denetlediği bir yasayı, normatif içeriğini esaslı bir şekilde yeniden belirlememek ve yasa koyucunun amacını yanlış bir noktaya çekmemek; kısacası yasanın sözü ve amacı içinde hareket etmek kaydıyla Anayasa'ya uygun bulmakta ve başvurunun veya itirazın reddine karar vermektedir. Anayasa'ya uygun yorum yapılabilmesi için temel gereklilik, denetlenen normun Anayasa'ya uygun bir yorumunun mümkün olmasıdır. Burada özellikle normun metni ve içeriği önem taşımaktadır. Nitekim sözü ve anlamı açık ve belirli olan bir yasaya, yorum yoluyla Anayasa'ya uygunluk atfetmek, yasa koyucunun iradesinin saptırılması olarak görülebilecektir. Sözü ve amacına yönelik hiçbir yorum biçiminin normun Anayasa'ya uygunluğunu sağlayamaması söz konusu olursa, AYM'nin yapabileceği tek şey, normun Anayasa'ya aykırılığına karar vermektir. Mahkeme, yorumlu ret kararlarında bu sınırlar içerisinde kalıp kalmadığını sıkı bir şekilde denetlemeli; sınırlar içerisinde kaldığını da gerekçeli biçimde gösterebilmelidir.

Sonuçta Anayasa'ya uygun yorum, hukuk normunun Anayasa'ya uygun yorumu mümkün oldukça, AYM'nin yasayı iptalden kaçınabilmek ve devamlılığını sağlayabilmek için başvurduğu bir yöntem olarak tanımlanabilir. Mahkemenin Anayasa'ya uygun yorumu mümkün görmesi durumunda normun Anayasa'ya uygunluğu ve buna bağlı olarak hukuken geçerli olabilmesi, gerekçelerin ortaya çıkardığı

yorum dâhilinde veya gerekçeler ölçüsünde kabul edilmelidir[12]. Fakat AYM'nin son dönemde vermiş olduğu kararlar, normların Anayasa'ya uygun yorumlarını göstermek ve böylelikle normların geçerliliğini sürdürülmesini sağlamaktan uzaktır. Mal varlığına ilişkin davalar açısından verilmiş olan kararda iptal edilen cümlenin madde metninden çıkarılmaması ve bir dipnotla yetinilmesi, yorumlu ret kararlarına benzer şekilde cümlenin geçerliliğini devam ettirme amacıyla gerçekleştirilmiş olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarmıştır.

AYM içine girdiği bu açmazdan FAYM'nin sıklıkla kullandığı bağdaşmazlık/uyuşmazlık karar türünü kullanarak kurtulabilirdi. FAYM bu tür ara kararlarında bir yasayı iptal etmeksizin o yasanın yalnızca Anayasa'ya aykırılığına karar vermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki FAYM bu karar tekniğini, anayasal ya da yasal bir yetkilendirme olmaksızın içtihat yoluyla türetmiştir. Doktrinde getirilen birçok eleştiriye rağmen bağımsız bir karar şekli olarak uyuşmazlık kararı bugün için FAYM içtihadının olmazsa olmaz bir bölümünü oluşturmaktadır. Uyuşmazlık kararı, FAYM Kanunu'nda ilk kez 1970 yılında yapılan düzenlemelerle kabul edilmiş ancak bu konuda parça parça yapılan düzenlemeler uyuşmazlık kararının koşulları hakkında açıklık içermemiştir.

> *" Anayasaya aykırı bir normla karşılaşan FAYM normal olarak iptal kararı vermektedir. Anayasaya aykırılığın anayasaya aykırı normun yalnızca hükümsüz kılınmasıyla giderilebilmesinin mümkün olması ve anayasaya aykırılığın giderilmesinin aynı zamanda anayasaya uygun durumun oluşmasını sağlaması, bu normal durumun gerçekleştiğini gösterir. Ancak bu normal durum, iki ayrı sorunlu durumun ortaya çıkmasını engelleyememektedir. Anayasaya aykırılığın giderilmesinin anayasaya aykırı normun yalnızca iptali ile sağlanamaması ya da anayasaya aykırılığın iptal yoluyla giderilmesinin aynı zamanda anayasaya uygun durumu oluşturamaması, bu iki sorunlu durumu oluşturmaktadır. FAYM de uyuşmazlık kararını bu iki durumun ortaya çıkması halinde kullanmaktadır[13]."*

Nitekim AYM de CMK 308/A'nın iptal edilmesi durumunun Anayasa'ya uygun durumu oluşturmayacağını ifade etmiş ve olağanüstü

[12] Kanadoğlu, K. ve Duygun, A.M. (2021). s. 487.

[13] Kanadoğlu, K. (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 256-267.

itiraz yolunun sanık lehine kullanılmasının Anayasa'ya aykırı bir durum oluşturmadığını; aksine Anayasa'ya uygun olduğunu ileri sürmüştür. FAYM de ücret ve görev tanımı konusunda memur hukukuna yönelik vermiş olduğu norm denetimi kararında Anayasa'ya aykırı yasaları hükümsüz kılmamakta ve bu yasaların hukuki varlıklarını sürdürmelerini sağlayacak biçimde uyuşmazlık kararı vermektedir: "*İlke olarak anayasaya aykırı bir yasa hükümsüz kılınmalıdır. İlişkilerdeki değişiklik sonucu makul bir geçimin asgari standartlarına uygun olmayan bir maaş yasası hakkında Mahkemenin bu şekildeki bir (hükümsüzlük) kararı anayasal düzene şimdikinden daha az uygun bir duruma yol açacaktır; çünkü Anayasanın 33/5. maddesi ücrete ilişkin genel nitelikteki yasal bir düzenlemenin varlığını zorunlu kılar. Her iki anayasal ilkenin –makul bir geçim garantisi ve genel bir ücret yasası- arasındaki bağlantı nedeniyle Federal Anayasa Mahkemesi geçersiz duruma gelen ücret yasalarının hükümsüzlüğüne karar veremez*[14]*."* FAYM'ye göre hükümsüzlük kararı vermek (yasal bir dayanağı olmaksızın memurlara maaş verilmesi), vermemekten (anayasaya aykırı normun varlığını devam ettirmesi) daha ağır sonuçlar doğuracaktır. Bu karşılaştırma sonucunda FAYM, normun geçerliliğinin devam ettirilmesinin, devam ettirilmemesine oranla Anayasa'ya daha uygun bir netice ortaya çıkaracağını tespit etmiş olmaktadır. Başka bir deyişle FAYM, bir normun uygulanması veya uygulanmaması durumunun hangisinin Anayasa'ya daha uygun bir sonuç yaratacağı konusunda bir tartım yapmaktadır.

Uyuşmazlık kararının hukuki sonuçları FAYM Kanunu'nda düzenlenmemiştir. FAYM içtihadına göre kural olarak Anayasa'yla uyuşmazlığına karar verilen norm uygulanmayacaktır. Ancak norm varlığını sürdürecektir[15]. Uyuşmazlık kararı ile hükümsüzlük kararı arasındaki en önemli farklılık da burada yatmaktadır. Hükümsüzlük kararı ile norm tamamen ortadan kalkarken uyuşmazlık kararında norm varlığını sürdürmektedir. Hükümsüzlük kararı karşısında yasama organı, hükümsüzlük kararı verilen kanunun varlığını aynı ya da değişik biçimlerde devam ettirmek istiyorsa bu yönde yeni bir kanun çıkaracaktır. Buna karşılık FAYM'nin uyuşmazlık ve normun uygulanmaması kararıyla yetinmesi hâlinde yasa koyucu yasayı ya ilga edecek ya da Anayasa'ya aykırılığı giderecek şekilde tamamlayacaktır[16].

---

14 BVerfGE 8, 1, 19.

15 BVerfGE 72, 9, 18.

16 Schlaich, K. ve Korioth, S. (2001). *Bundesverfassungsgericht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung*, München: s. 286.

FAYM'nin içtihat yoluyla geliştirmiş olduğu bu karar türü yukarıda "…yönünde iptal kararı" olarak adlandırılan CMK ile ilgili kararda uygulanabilirdi. Üstelik bu ihtimal hukuki belirlilik açısından çok daha uygun bir sonucu doğurabilirdi. AYM, CMK 308/A maddesi açısından bağdaşmazlık/uyuşmazlık kararı vererek maddenin Anayasa'ya aykırılığını tespit edebilir ancak iptal etmeyebilirdi. AYM yine FAYM gibi içtihat yoluyla bu istisnai durumda vereceği bağdaşmazlık kararıyla söz konusu Kanun maddesinin uygulanmasını "sanık lehine olan başvurular" bakımından devam ettirebilirdi. Belirtmek gerekir ki böyle bir kararın verilmesi durumunda da kanuna bir istisna getirilecek, Anayasa'ya aykırılık sorunu tamamen ortadan kalkmayacak ve Anayasa'ya uygunluğu sağlama konusundaki esas görev yasama erkinin olacaktır. Bağdaşmazlık kararının verilmesiyle mevcut durumdaki karmaşa yaşanmayacak ve yasama erki pozitif bir düzenleme yapıncaya kadar sorun en azından tolere edilebilir bir konuma gelecekti. AYM'nin karar repertuarında bu tür ara kararlarıyla karşılaşmak mümkün olsa da bu somut olay bağlamında bağdaşmazlık kararı vermekten kaçındığı görülmektedir.

Son olarak AYM'nin bağdaşmazlık kararını çağrıştıran kimi eski kararlarına değinmek gerekmektedir. AYM, Millî Savunma Bakanlığına bağlı işyerinde çalışan sigortalıların "itibari hizmet süresi"nden yararlanmalarını öngörmeyen düzenlemeye ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur: *"Anayasa Mahkemesi'nden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilemeyeceğine göre; bir takım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasa'ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır*[17]*."* Anayasayla bağdaşmazlığı daha da açık belirleyen bir başka kararda AYM şu tespitleri yapmıştır: "*Kaldı ki, düzenlemenin özelliğinden kaynaklanan nedenler, inceleme konusu hükmün iptal edilmesi halinde bile, iptal isteminin hukuksal dayanağını oluşturan adaletsizliği gidermiş olmayacaktır. Bu durumda, hazine avukatları dışındaki kamu avukatları yol tazminatından yine yararlanamayacaklar, üstelik Hazine avukatları yasayla kendilerine tanınan ve ileride öteki kamu avukatlarının da yararlanmalarına engel teşkil etmeyen*

[17] E. 1988/51, K. 1989/18, KT. 2.5.1989, AYMKD. 25, s. 228.

ekonomik bir haktan yoksun kılınmış olacaklardır. Böylece, olumsuz doğrultuda gerçekleştirilecek eşitsizliğin, aslında büyük ölçüde çözüme bağlanmış olan soruna olumlu ve köklü çözümler getireceği düşünülemez[18]*."* Bu ifadelerle AYM, yasanın mevcut hâlinin Anayasa'ya aykırı sonuçlar doğuracağını ifade etmekle beraber kanun iptal edilse dahi "adaletsizliğin" giderilemeyeceğini ifade etmekte; yasanın iptal edilmesinin anayasal sorunu ortadan kaldıramayacağını ve daha da olumsuz sonuçlar doğuracağını açıkça ifade etmektedir.

Nitekim CMK 308/A açısından da benzer ifadeler zımnen de olsa kullanılmaktadır. CMK 308/A maddesi bakımından AYM, maddenin düzenlediği iki kurumdan birinin Anayasa'ya uygun olduğunu ve uygulanması gerektiğini açıklıkla ifade etmektedir. Diğer kurumun (sanık aleyhine olan itirazlar) ise Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmektedir. Bu durumda aleyhe olan kurumu iptal etmek için Anayasa'ya uygun olan kurumu feda etmemek gerekir. Nitekim bu durumda, Mahkemenin kendi deyimiyle, "adaletsizliğin" ortadan kalkmış olduğu rahatlıkla söylenemeyecektir.

Yürürlükte olan bir normun ancak belirli yönlerden Aanayasa'ya aykırı olmasına karşın tümünün iptal edilmesiyle Anayasa'ya daha aykırı bir durumun ortaya çıkacağı ve bu nedenle normun iptal edilmemesi gerektiği düşüncesi, AYM'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumuna ilişkin somut norm denetimi yolunda vermiş olduğu iptal kararı sonrasında da gündeme gelmiştir. AYM, HAGB'ye itirazı düzenleyen 271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (12) numaralı fıkrasını, "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kural; bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfî davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir. Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanamadığı da görülmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır."*

[18] Kanadoğlu, K. (2008). "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 24., S. 1., s. 86-87.

diyerek dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi kaydıyla iptal etmiştir. AYM'nin HAGB'nin uygulanması sırasında yaşanılan hukuki sorunları, HAGB'ye itirazın iptal edilmesi için gerekçe olarak kullanması öğretide yoğun bir tartışmaya yol açmıştır[19].

Gözler, HAGB kararlarına karşı istinaf yoluna gidilemese de hiç olmazsa itiraz yoluna gidilebildiğini; itiraz yolunun da kaldırılması ve dokuz ay içerisinde TBMM'nin herhangi bir adım atmaması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu açısından Anayasa'ya "daha da" aykırı bir durumun oluşacağını ileri sürmektedir[20]. Gözler bu durumu *"Dimyat'a pirince giderken evdeki bulgurdan da olmak"* şeklinde ifade etmiştir. *Altıparmak ise Gözler'in "daha da Anayasa'ya aykırı bir durum oluşacak"* görüşüne karşı çıkmaktadır. *Altırparmak'a göre "Eğer yasama organı bu konuda düzenleme yapmazsa, Gözler'in iddia ettiği gibi "daha da Anayasaya aykırı" bir durum ortaya çıkmaz, çünkü bu kez etkili başvuru yolu olmadığı için herkes AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilir[21]."*

Aynı konuya ilişkin iki farklı görüşten de anlaşılacağı üzere normun iptalinin Anayasa'ya daha da aykırı bir durumu ortaya çıkaracağı her zaman rahatlıkla söylenemez. Normun iptal edilmesiyle ortaya çıkacak sonucun her durumda detaylı bir biçimde incelenmesi gerekmektedir. Gerçekten normun hukuk düzeninden ayrıştırılması Anayasa'ya daha aykırı bir durum oluşturacaksa iptal kararı vermekten kaçınılabilir ve bağdaşmazlık kararı verilebilir. AYM'nin HAGB'ye itiraz hükmünü iptal ettiği kararında bu yönde bir değerlendirme yapmadığı ortadadır. Oysa bu gibi durumlarda Mahkemenin daha hassas bir inceleme yapması beklenirdi; en azından ilgili kararda HAGB'ye itiraz kuralının iptalinin, Anayasa'ya daha da aykırı bir durum oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilirdi.

---

19 İlgili tartışma Kemal Gözler, Kerem Altıparmak ve Tolga Şirin arasında yaşanmıştır. Bkz. Gözler, K., "Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine", https://www.anayasa.gen.tr/hagb.htm (Erişim Tarihi: 25.09.2022); Altıparmak, K., "Anayasa Mahkemesinin HAGB İptal Kararı Neden Doğru?", https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/ (Erişim Tarihi: 04.10.2022); Şirin, T., "İhmal Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler'in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme", https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri (Erişim Tarihi: 04.10.2022)

20 Gözler, K. "Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine", bkz. https://www.anayasa.gen.tr/hagb.htm (Erişim Tarihi 04.10.2022)

21 Altıparmak, K. (2022). "Anayasa'ya Aykırı Olan Kurum mu Kural mı? Kemal Gözler'in Cevabına Cevap", https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasaya-aykiri-olan-kurum-mu-kural-mi-kemal-gozlerin-cevabina-cevap/ (Erişim Tarihi 04.10.2022)

II. YAPISAL SORUNLARDAN KAYNAKLANAN İHLALLERE İLİŞKİN AYM'NİN YENİ TÜR KARARLARININ NİTELENDİRİLMESİ SORUNU

2012 yılından itibaren bireysel başvurular hakkında karar veren AYM özellikle son yıllarda[22] çeşitli karar türlerini içtihat yoluyla geliştirmektedir. Bu başlık altında AYM'nin bireysel başvuru sonucunda tespit ettiği hak ihlalinin kanunilik ilkesine aykırılıktan (uzman mahkemenin hükme esas aldığı kanun hükmünden) kaynaklandığını tespit ederek yapısal nitelikteki sorunlara işaret ettiği kararları ele alınacaktır. Bu kararlar "**bildirim kararları**" olarak adlandırılabilir. Bildirim kararlarının FAYM'nin içtihat yoluyla geliştirdiği çağrı ve bağdaşmazlık kararlarıyla karşılaştırılması önem taşımaktadır.

A. BİLDİRİM KARARLARI

AYM'nin Temmuz 2022 tarihi itibariyle pilot karar[23] usulünü uygulamış olduğu toplam beş adet kararı bulunmaktadır. Bunlar, *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri*[24], *Nevriye Kuruç*[25], *Hamit Yakut*[26], *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri*[27] ve *Y.T.*[28], kararlarıdır. Her beş kararda da Mahkeme, *"ihlalin bir yasama işlemi olan kanun hükmünden kaynaklandığı anlaşılmaktadır"* ya da *"yapısal sorun teşkil eden durumun telafi edilebilmesi için kanuni bir düzenleme ile bu konuda*

---

22 Bildirim kararları açısından önemli bir ağırlık teşkil eden pilot kararların tamamı AYM tarafından 2019-2022 yılları arasında karara bağlanmıştır. Bunlardan ilki 2019 yılında, ikisi 2021 yılında ve son ikisi de 2022 yılı içerisinde karara bağlanmıştır.

23 AYM İçtüzüğü'nün 75. maddesi, AYM'ye kimi şartların oluşması durumunda bireysel başvuruda pilot karar usulünü uygulayabilme yetkisi tanımıştır: "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." Pilot karar usulü Almanya'nın anayasa şikâyeti uygulamasında bulunmamaktadır. AİHM ise pilot karar usulünü içtihat yoluyla geliştirmiş ve 21 Şubat 2011 tarihinde İçtüzüğü'ne eklemiştir. Mahkeme İçtüzüğü'nün 61. maddesi şöyledir: "Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturan olayların, ilgili Sözleşmeci Tarafta yapısal veya sistemik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte başka bir aksaklığın varlığını ortaya koyması durumunda, pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmekte ve bir pilot karar verebilmektedir."

24 *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022.

25 *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

26 *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.

27 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri (*[GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021.

28 *Y.T* ([GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

başvurulabilecek bir mercinin oluşturulması gerekmektedir[29]*"* demektedir. Mahkeme, vermiş olduğu ihlal kararının kaynaklandığı yapısal sorunların ortadan kaldırılması ya da ihlali önleyecek yeni kurumların oluşturulması için kararın Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine karar vermektedir.

Bildirim kararı olarak adlandırılabilecek olan her beş pilot kararında da ihlalin kaynağının yapısal sorunlardan kaynaklandığının tespiti ve kararın TBMM'ye bildirilmesinin yanı sıra, AYM İçtüzüğü'nün 75. maddesinin tanımış olduğu yetki doğrultusunda yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesi de ertelenmiştir [30]. Böylelikle Mahkeme, yapısal soruna ilişkin mevcut durumu yasama organına bildirme kararının dışında bir de **erteleme kararı** vermektedir. Fakat bu erteleme kararına rağmen AYM İçtüzüğü'nün 75/1. maddesi uyarınca benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce pilot karar doğrultusunda çözümlenecektir. Çözümlenmediği takdirde ise AYM tarafından topluca görülerek karara bağlanacaktır. Bu tür kararlarıyla Mahkeme, önüne gelen ve yapısal sorundan kaynaklanan birçok başvurunun görülmesini ertelemekte ve fakat pilot karara ilişkin tüm hukuksal uyuşmazlıkları karardaki ilkeler çerçevesinde çözme yetkisini idari mercilere bırakmaktadır. Bu yetkinin idari mercilerce nasıl kullanıldığı sorusu, bireysel başvuru kararlarının icrasının etkinliği açısından önemli ve özellikle incelenmesi gereken bir konudur. Zira idari merciler tarafından **pilot karar** usulüne uygun çözümler bulunamazsa, ilgili başvuruların tekrar Mahkeme tarafından topluca görülmesi ve karara bağlanması gerekecektir. Bu durumda da pilot karar usulü hedefinden uzaklaşmış olacaktır.

AYM'nin pilot karar usulünü uyguladığı başvurulardaki hukuki uyuşmazlıklar bir kanundan kaynaklanıyorsa ve Mahkeme ilgili kanunu iptal edemiyorsa, ilgili "idari merciler" çözmeleri gereken çok önemli bir sorunla karşı karşıya kalacaktır. Öyle ki bu durumda idari merciler söz konusu kanunları "ihmal" mi edecektir? Şayet bu soruya olumlu yanıt verilirse ihlale yol açtığı tespit edilen kanun zımnen uygulanmayacaktır

---

[29] *Nevriye Kuruç,* § 112. Benzer ifadeler *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* kararında da geçmektedir: *"Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde BİK ve asliye hukuk mahkemelerinin 195 sayılı Kanun'un 49. maddesi kapsamında verdikleri -sistematik bir sorunun varlığına işaret eden- aynı yöndeki kararlarının doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı dikkate alındığında benzeri yeni ihlallerin önlenmesi için ülkemizde hâlihazırda işleyen mevcut sistemin yeniden ele alınması ihtiyacı ortadadır."* (§ 108).

[30] AYM pilot karar usulüyle karara bağladığı *Nevriye Kuruç* başvurusunda aynı nitelikteki başvuruları 4 ay, diğer üç pilot kararda ise 1 yıl boyunca ertelemiştir.

ki idari mercilerin böyle bir yetkisi yoktur. Üstelik böyle bir yetkiyi AYM'nin kendi yaptığı İçtüzük ile tanıması ve mahkemelere ait olan yargısal sorunu çözme yetkisini idareye devretmesi Mahkemenin kuvvetler ayrılığına dayalı bir hukuk devletinde sahip olduğu anayasal yetkilerini aştığını[31] göstermektedir. Nitekim internet sitelerine erişimin engellenmesine yönelik yapısal sorunlara işaret eden bir pilot karar olan *Keskin Kalem Yayıncılık* kararı sonrasında bile birçok internet sitesine erişim engellenebilmiştir[32]. Sonuç olarak belirtilmelidir ki "sorunun idari mercilerce karara uygun bir şekilde çözülmesi" yönündeki mekanizmanın ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı hâllerde hak ihlallerini giderecek etkili bir icra kabiliyeti bulunmamaktadır.

AYM'nin yapısal sorunlardan kaynaklı ihlaller dolayısıyla TBMM'ye bildirimde bulunduğu kararlar, pilot karar usulünü uyguladığı kararlarıyla sınırlı değildir. AYM, *Süleyman Başmeydan*[33], *Bedrettin Morina* [34], *Sabri Uhrağ*[35] ve *Süleyman Kurtel* [36] başvurularında da yapısal sorunların çözümü için kararların TBMM'ye bildirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Süleyman Başmeydan ve *Ahmet Özbey*[37] başvuruları aynı soruna yöneliktir. *Ahmet Özbey* kararında AYM, *Süleyman Başmeydan* başvurusunda vermiş olduğu TBMM'ye bildirme hükmünü hatırlatmış ve şu ifadelerde bulunmuştur: *"Süleyman Başmeydan kararında HAGB kararı verildiği takdirde el konulan eşya yönünden nasıl bir karar verileceği ve müsadere tedbirinin nasıl uygulanacağı konusunda bir belirsizliğin bulunduğu, söz konusu belirsizliğin ne şekilde giderileceğinin yasama organının takdirinde olduğu belirtilerek yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine karar verilmiştir. Bu bağlamda daha önce tespit edilmiş ve keyfiyetin bildirildiği yapısal bir sorunun çözümü için yeniden yasama organına bildirimde bulunulmasına gerek görülmemiştir*[38]*."*

---

31 AYM İçtüzüğü'ndeki diğer problemli alanlar için bkz. Kanadoğlu, K. (2022). "Bireysel Başvuruya İlişkin İçtüzük Düzenlemelerinin Anayasalığı Sorunu. Bkz. https://okan.edu.tr/hukuk/sayfa/8085/bireysel-basvuruya-iliskin-ictuzuk-duzenlemelerinin-anayasalligi-sorunu/ (Erişim Tarihi: 25.09.2022)

32 Bkz. https://ifade.org.tr/engelliweb/ (Erişim Tarihi:26.09.2022)

33 *Süleyman Başmeydan* [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

34 *Bedrettin Morina* [GK], B. No: 2017/40089, 5/3/2020.

35 *Sabri Uhrağ* [GK], B. No: 2017/34596, 29/12/2020.

36 *Süleyman Kurtel* [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021

37 *Ahmet Özbey*, B. No: 2018/20063, 30/6/2021

38 *Ahmet Özbey*, § 45.

Her iki karar arasında iki yılı aşkın bir süre bulunmaktadır. Bu örnek Anayasa'nın 153. maddesi gereği anayasa organları arasında olması gereken hukuksal etkileşimin ne denli zayıf olduğunu göstermektedir. Bu zayıflığı daha çarpıcı bir şekilde ortaya koyan bir diğer başvuru, *Atilla Yazar ve diğerleri*[39] başvurusudur. Mahkeme bu kararında HAGB kurumunun bütününe ilişkin önemli tespitlerde bulunmuş ve HAGB kararlarının çeşitli temel hakları ihlal eder hâle geldiğini vurgulamıştır. Ayrıca AYM, HAGB kurumunun taşıması gereken hukuki nitelikleri de detaylı bir şekilde belirlemiştir: *"Böylelikle bir bütün olarak HAGB kurumunu oluşturan mevzuatın başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin sürekli ihlallerine yol açan yapısal sorunlar ihtiva ettiği ve söz konusu sorunları kanun koyucunun düzenlemesi dışında bir yolla söz gelimi yargı organlarınca yapılan yorumlarla ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır*[40]*."*

Fakat AYM, HAGB kurumuna ilişkin yapısal sorunları tespit ettiği bu üçüncü bireysel başvuru kararının sonuç bölümünde diğer iki kararından farklı bir tutum sergilemiştir. Önceki iki başvuruda *"yapısal sorunların çözümü için kararın TBMM'ye gönderilmesine"* hükmetmiş olmasına rağmen AYM, *Atilla Yazar ve diğerleri* başvurusunda *"kararın bilgi için TBMM'ye"* gönderilmesine karar vermiştir. Burada bir vurgulama farkından daha büyük bir farklılık olduğu söylenebilecektir. Nitekim HAGB'ye ilişkin önceki iki kararın ardından yasama organının herhangi bir adım atmamasının AYM'yi böyle farklı bir yol izlemeye sevk ettiği görülmektedir. Nihayet AYM, HAGB'ye ilişkin *Atilla Yazar* başvurusuyla neredeyse eş zamanlı olarak Resmî Gazete'de yayımlanan somut norm denetimi kararında, HAGB kararlarına itiraz edilebileceğini öngören normu iptal etmiştir[41].

Benzer bir durum AYM'nin pilot karar usulünü uyguladığı *Y.T.*[42] kararının ardından da yaşanmıştır. *Y.T.* başvurusunda Mahkeme, kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Başvurucu *Y.T.*, Rusya Federasyonu Kabardey-Balkar Özerk Cumhuriyeti

39 *Atilla Yazar ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.

40 *Atilla Yazar ve diğerleri* [GK], § 173.

41 E.2021/121, K.2022/88, 20/07/2022.

42 *Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

vatandaşıdır. Başvuruya konu olan müdahalenin kanuni dayanağı, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun'un yabancıların sınır dışı edilmelerini düzenleyen 53. ve 54. maddeleridir. İlgili maddeler 676 sayılı KHK ile değiştirilerek maddeye ek hükümler ihdas edilmiştir. Buna göre anılan Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerinde sınır dışı edilmelerine karar verilen kişiler için dava açma süresi boyunca ve dava açıldığı takdirde de yargılama süresince -değişiklikten önceki durumdan farklı olarak- sınır dışı etme işleminin durmayacağı öngörülmüştür. İlgili değişiklikten sonra başvurucu *Y.T.* hakkında kamu güvenliği veya kamu sağlığı bakımından tehdit oluşturan kişilerden olduğu belirtilerek sınır dışı etme kararı alınmıştır. AYM'ye göre *"somut davada ortaya çıkan durum, idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından değil 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikten kaynaklanmaktadır. Bu değişikliğin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında güvence altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı, bu haklarla bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı ile Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığı anlaşılmaktadır*[43]*."*

Y.T. başvurusu hakkında verilen ihlal kararının kanun metninden kaynaklandığını tespit ettikten sonra önüne gelen *G.I. ve diğerleri* başvurusunda Mahkeme, *"Y.T. kararı sonrasında 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında bazı değişikler yapılmıştır. Buna göre sınır dışı etme kararına karşı iptal davası açıldığında işlemin yürütmesi kendiliğinden durmakta ise de Anayasa Mahkemesinin önündeki mevcut başvurular pilot kararda belirtilen şekilde çözüm üreten hukuki düzenleme bir yıllık süre içinde yapılmamıştır. Dolayısıyla eldeki başvurular özelinde Y.T. kararında ortaya konan ilke ve değerlendirmelerden ayrılmayı gerektiren yeni bir durumun bulunmadığı görülmektedir. Başvurucuların ülkelerine geri gönderilmeleri hâlinde kötü muameleye maruz kalacaklarına ilişkin iddialarını inceletebilecekleri etkili bir başvuru yolu olmadığının kabul edilmesi gerekir*[44]*."* diyerek ihlal kararı vermiştir. AYM, *Y.T.* pilot kararının ardından yasada bir değişiklik yapıldığını ifade etmekle beraber, ilgili değişikliğin pilot kararda belirtilen şekilde çözüm üretmediğini belirtmiş ve başvurucuların kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına

[43] *Y.T.*, § 65.

[44] *G.I. ve diğerleri*, B. No: 2017/5849, 24/3/2021, § 42.

alınan etkili başvuru haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Ancak Mahkeme pilot kararın ardından gerçekleştirilen değişikliğin yeterli olmadığını belirtmesine rağmen *G.I. ve diğerleri* kararının tekrar TBMM'ye bildirilmesini gerekli görmemiştir.

AYM'nin bu tutumu, benzer başvuruların tamamının incelenerek ihlalle sonuçlandırılması yerine ilgili mercilerce çözüme kavuşturulmasını, diğer yandan da ihlâlin kaynağının ortadan kaldırılması suretiyle yapısal sorunun giderilmesini sağlamak[45] olarak belirttiği pilot karar usulünün amacına uygun düşmemektedir. Pilot karar usulünün uygulanmasının ya da yapısal sorunlardan kaynaklı ihlallerin TBMM'ye bildirilmesinden sonra aynı konularda ihlal kararlarının çıkıyor olması, daha büyük çaplı başka bir sorunun yansımasından başka bir şey değildir. Bu sorun, AYM'nin temel hak ihlaline yol açtığını tespit ettiği normları iptal edememesidir. AYM'nin FAYM'ye tanınan bireysel başvuru yolunda derece mahkemelerinin kararına dayanak oluşturan ve hak ihlaline yol açan Anayasa'ya aykırı kanunları iptal edebilme yetkisine sahip olmaması, *"bildirme"* ya da *"pilot karar"* usulünün nitelendirilmesi sorununu da ortaya çıkarmaktadır.

1. Bildirim Kararlarının Diğer Karar Türleriyle Karşılaştırılması

a. Çağrı Kararları ile Karşılaştırılması

Göztepe'ye göre FAYM'nin icat ettiği ve Alman hukukunda *"çağrı kararları"* olarak kavramsallaştırılan olgu Türk hukuk düzenine uyarlanıp bireysel başvuru kararları ışığında incelenecek olursa bireysel başvuru usulü kapsamında AYM *"doğrudan"* ve *"dolaylı"* çağrı kararları üretmiştir[46]. *Göztepe*'ye göre yapısal sorunun çözümü için kararın yasama organına yollanması "doğrudan çağrı kararı" [47] iken son kertede yasama

---

45 *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, § 128.

46 Göztepe, E. (2021). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesinin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı* 38 (1), s. 57. Göztepe'ye atıfla Yıldız'da AYM'nin yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu ve bu sorunun yasama organınca düzeltilmesi gerektiği yönünde çağrı kararları formüle ettiğini belirtmektedir, Yıldız, E. (2022). "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 'Katı Yorum' İçtihadı ve Anayasa'ya Uygun Yorum", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, s. 152.

47 Göztepe, doğrudan çağrı kararlarına örnek olarak pilot karar usulünün uygulandığı *Y.T.* ve pilot karar usulü uygulanmasa da TBMM'ye bildirimde bulunulduğu *Süleyman Başmeydan* ve *Bedrettin Morina* kararlarını göstermekte ve incelemektedir. Göztepe'nin makalesinin yayınlanmasından sonra AYM, pilot karar usulünü uyguladığı dört karar daha vermiştir. Bunlar, *Nevriye Kuruç*, Yeni Gün Haber Ajansı A.Ş. ve diğerleri, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* ve *Hamit Yakut* kararlarıdır.

organının ya da yürütme ve idarenin yapması gerekenlere değinilmemiş fakat kararın gereklerinin yerine getirilmesi uygulayıcı ve öğreti görüşlerinin yorumuna bırakılmışsa *"dolaylı çağrı kararı"* mevcuttur[48].

Bu noktada FAYM'nin vermiş olduğu çağrı kararlarının tanımlanması önemlidir. Çağrı kararlarında FAYM, hukuki durumun hâlen Anayasa'ya uygun olduğunu belirtmekte fakat aynı zamanda normun ilerleyen zamanlarda Anayasa'ya aykırılığa doğru evrilebileceğini bildirmekte ve Anayasa'ya aykırılığa dönüşme tehdidinin yasama organının alacağı tedbirlerle engellenmesi çağrısında bulunmaktadır[49]. Çağrı kararının hukuki sonuçları ne Alman Anayasası'nda ne de FAYM Kanunu'nda düzenlenmiştir.

FAYM, yasanın Anayasa'ya uygunluğunu *"gerekçeler ölçüsünde"* saptamaktadır. Belirli bir durumun gelecekte Anayasa'ya uygun kabul edilemeyeceğini şerh düşen yasama organına yönelik çağrılar, bu gerekçelerde ifade edilmektedir. Hüküm fıkrasında gerekçelere yapılan atıf esasen uyarıcı bir içeriğe sahiptir. Yoksa yasanın ileride Anayasa'ya aykırı hâle geleceğine dair ifadenin kesin hüküm etkisi ve yürütme ve yasama organları açısından bağlayıcılığı yoktur[50]. Henüz Anayasa'ya uygun olan hukuki durumun Anayasa'ya aykırı hâle dönüşmeden önce düzeltilmesi ve ilerideki Anayasa'ya aykırılığın önünün kesilmesi yönündeki çağrı kararı sonucunda yasama organı harekete geçme zorunluluğu altında değildir[51]. Normun yapısına ve gelecekteki Anayasa'ya aykırılık duruma dair yapılan bu uyarı niteliğindeki çağrıya yasama organı uyabileceği gibi uymayabilir de. Yasama organı, çağrı kararının uyardığı noktalar üzerinde bir düzenlemeye gitmemiş olsa bile ilgili norm ilerleyen yıllarda Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Mahkemenin önüne gittiğinde Anayasa'ya aykırılık kararı verilebilecektir.

FAYM'nin çağrı kararları, içerdiği bu yöndeki ipucuyla hukuk uygulayıcıları açısından da göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim ileride bir normun Anayasa'ya aykırı düşebileceğine yönelik kararlar, ilerleyen yıllarda normun Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia edecek

---

48 Göztepe, E. (2021). s. 57-58.

49 Pestalozza, C. (1976). "'Noch verfassungsmaesige' und 'bloss verfassungswidrige' Rechtslagen", in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jaehrigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts,* Bd. 1, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck),Tübingen, s. 540.

50 BVerfGE 16, 130, 141.

51 BVerfGE 16, 130, 142.

olanlar için en azından güçlü bir başlangıç noktası teşkil edecektir.

Çağrı kararının bu uygulaması, Alman doktrininde tartışmasız ve kesin bir kabul görmemektedir. Bir kısım yazar çağrı kararlarının hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürerken[52] diğer bir kısım FAYM'nin çağrı kararlarını, parlamenter karar eksikliğinin anayasa yargısı yoluyla, anayasa hukuku açısından şüpheli bir şekilde giderilmesi olarak görmektedir[53]. Bu eleştirilere ek olarak FAYM'nin bu tür tahminlerde bulunma yetkisi bulunmadığı, Anayasa'ya uygunluğun aykırılığa dönüşme anının Mahkeme tarafından tam bir güvenlikle önceden belirlenemeyeceği de ileri sürülmektedir[54].

Diğer taraftan çağrı kararı ile anayasayla bağdaşmazlık kararı arasındaki sınırların tam olarak belirlenmesi de kolay değildir. Her iki karar türünün benzer ve faklı yanları bulunmaktadır. Bunlar şöyle özetlenebilir;

> *"Yasakoyucunun yeni bir düzenleme yapmasına yönelik ima yalnızca çağrı kararlarına özgü bir özellik değildir. Zira anayasayla bağdaşmazlık kararlarında da yasakoyucunun yeni kural koymasına ilişkin bir talimata rastlanabilir. Nitekim FAYM, eski yasanın anayasaya aykırılığına karar vermesiyle ortaya çıkacak boşluğun, yasakoyucunun yeni bir yasa yapmak üzere anayasal yükümlülük altına girmesine yol açması halinde aynı davada ikinci bir karar olarak ayrıca çağrı kararı da verebilmektedir· Her iki karar arasındaki farklılık, "yalnızca anayasaya aykırılığın açıklandığı karar" denetlenen norm hakkında bir değersizlik hükmü içerirken, 'çağrı kararı'nın en azından kararın verildiği anda böyle bir hüküm içermemesidir[55]."*

AYM'nin pilot karar usulünde ya da diğer bireysel başvuru kararlarında vermiş olduğu TBMM'ye bildirme kararlarının, FAYM'nin norm denetimi ya da bireysel başvuru kararlarında vermiş olduğu çağrı kararlarına ne ölçüde uygun düştüğü sorusu, her iki Mahkemenin kararlarına konu olan kanunların Anayasa'ya uygunluğu konusundaki tespitleri karşılaştırılarak çözülmelidir. Bu doğrultuda FAYM çağrı kararlarında incelediği kanunun, henüz Anayasa'ya uygun olmakla beraber yakın gelecekte Anayasa'ya aykırı olacağını belirlemekte ve

52 Klein, E. (1983). "Verfassungsprozessrecht, - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" AÖR 108, s. 410.

53 Schulte, M. (1988). "Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", s. 1204.

54 Klein, E. (1983). s. 434.

55 Kanadoğlu, K. (2004). s. 263.

yasama organının bu konuda bir önlem alması gerektiğine işaret etmektedir. AYM'nin ise vermiş olduğu pilot kararların[56] tamamında ihlalin bir yasama işlemi olan kanundan kaynaklandığı açıkça ifade edilmektedir. AYM aslında bireysel başvuru yolu aracılığıyla dolaylı bir biçimde de olsa ilgili kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekte ve kanunu Anayasa'ya aykırı bulmakta fakat -yetkisizliği sebebiyle- iptal edememektedir. FAYM ise bireysel başvuru usulünde Anayasa'ya aykırı bulduğu normları iptal edebilme yetkisine sahiptir. FAYM, çağrı kararlarında kanunları iptal edebilme yetkisine sahip olmasına rağmen bu yetkisini kullanma gereği görmemekte, kanunu henüz Anayasa'ya aykırı bulmamaktadır. Kısaca AYM kanunu iptal edememekte, FAYM ise etmemektedir. Bireysel başvuru bağlamında her iki Anayasa Mahkemesinin kararları arasındaki bu önemli farklılık, AYM'nin vermiş olduğu TBMM'ye bildirme kararlarının *"doğrudan"* ve *"dolaylı"* çağrı kararı olarak adlandırılmasını güçleştirmektedir.

b. Bağdaşmazlık (Uyuşmazlık) Kararı ile Karşılaştırılması

FAYM'nin ilgili kanunun Anayasa'ya aykırılığını tespit etmesine rağmen iptal etmemesi ve fakat Anayasa'yla uyuşmazlığına karar vermesi durumundaysa bağdaşmazlık kararı olarak adlandırılan karar türü söz konusu olmaktadır. FAYM'nin içtihat yoluyla geliştirmiş olduğu bu karar türü, Anayasa'ya aykırılığın giderilmesinin Anayasa'ya aykırı normun yalnızca iptaliyle sağlanamaması ya da Anayasa'ya aykırılığın iptal yoluyla giderilmesinin aynı zamanda Anayasa'ya uygun hâli oluşturamaması durumunda kullanılmaktadır. Çağrı kararı ile Anayasa'yla bağdaşmazlık kararı arasındaki sınırların tam olarak belirlenmesi kolay değildir. Yasama organın yeni bir düzenleme yapmasına ve harekete geçmesine yönelik ima yalnızca çağrı kararlarında görülen bir durum değildir. Zira Anayasa'yla bağdaşmazlık kararlarında da yasama organının yeni kural koymasına ilişkin bir talimatla ya da uyarıyla karşılaşılabilir. Her iki karar arasındaki farklılık, *"yalnızca Anayasa'ya aykırılığın açıklandığı kararda"* denetlenen norm hakkında bir değersizlik hükmü içerirken *"çağrı kararı"*nın en azından verildiği anda böyle bir hüküm içermemesidir[57].

[56] Örneğin AYM, pilot karar usulünü uyguladığı son başvuru olan Nevriye Kuruç başvurusunda ihlallerin kanundan kaynaklandığını ifade etmemekte, etkili başvuru yolu açısından yapısal bir "boşluk" olduğunu ve TBMM'nin bu konuda harekete geçmesi gerektiğini söylemektedir.

[57] Schulte, M. (1988). s. 1201.

AYM'nin kanundan kaynaklanan yapısal sorunlarla ilgili vermiş olduğu pilot kararlarının bağdaşmazlık kararıyla da karşılaştırılması gerekir. Belirtildiği üzere FAYM bağdaşmazlık kararını verirken kanunu iptal etme yetkisini iradi olarak kullanmamakta ve kanunun iptal edilmesiyle ortaya çıkacak sonuçlardan çekinmektedir. Böylelikle FAYM, çağrı kararlarında olduğu gibi bağdaşmazlık kararında da kanunu iptal etmemeyi tercih etmektedir. AYM'nin ise bireysel başvurularda kanunları iptal etme yetkisinden yoksun olması, böyle bir tercihte bulunabilmesinin koşullarını daha baştan ortadan kaldırmaktadır.

Pilot karar usulünü uyguladığı tüm kararlarında AYM, müdahaleye dayanak teşkil eden kanunların kanunilik ölçütüne sahip olmadığını ifade etmektedir. Böyle bir ifadenin FAYM'nin çağrı kararları için kullanmış olduğu hukuki çerçevenin kapsamını aştığı ortadadır. AYM'nin verdiği pilot kararlar ile bağdaşmazlık kararı açısından gerçekleştirilecek bir karşılaştırma ise bünyesinde belirli bir eksikliği barındırmaya mahkûm gözükmektedir. Pilot kararlar doğrultusunda sağlıklı ve kapsamlı bir karşılaştırma ancak AYM'nin bireysel başvuru yolunda Anayasa'ya aykırı bulduğu kanunu iptal edebilme yetkisini kullanabilmesi ihtimalinde gerçekleştirilebilecektir. Nitekim ancak böyle bir ihtimalde AYM'nin kanunu iptal etmemesinin *"yetkisizliğinden"* mi yoksa somut koşullardaki *"tercihinden"* mi kaynaklandığı anlaşılabilecektir.

AYM'nin daha baştan kendisini kanunları iptal edebilme yetkisinden mahrum etmesi bağdaşmazlık gibi bir karar türünü ortaya çıkarmasına da engel olmaktadır. Bununla birlikte bireysel başvuruda doğrudan hükmün dayanağını oluşturan Anayasa'ya aykırı kanunu iptal edebilme yetkisini kullandığı varsayıldığında AYM'nin örneğin pilot karar usulüyle karara bağlamış olduğu *Y.T.* başvurusunda ihlalin ortaya çıkmasına sebep olan 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili bölümünü iptal etmekten çekinmeyeceği söylenebilir. Bu durumdaysa ne çağrı ne de bağdaşmazlık kararına gerek kalacaktır.

Fakat aynı olasılık üzerinden hareket edildiğinde AYM'nin pilot karar usulüyle vermiş olduğu bir diğer karar olan *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* başvurusunda ihlali oluşturan kanun hükmünü iptal edip etmeyeceği belirli yönlerden tartışmaya açık olacaktır. Bunun sebebi Mahkemenin ilgili kararda kullandığı birbiriyle çelişir gözüken kimi ifadeleridir. İnternet haber sitelerinde yayımlanan bir dizi habere

erişimin engellenmesi kararı verilmesinin, ifade ve basın özgürlükleri ile etkili başvuru hakkını ihlal ettiği iddialarını incelediği bu kararında AYM, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunilik şartını sağlayıp sağlamadığı konusunda öncelikli olarak şu tespitte bulunmuştur:

"Yukarıdaki açıklamalardan Kanun'un 9. maddesiyle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın kapsamı, amacı ve sınırları ile sınırlama aracının hukuki niteliğinin müdahalenin kanuniliği yönünden birtakım tereddütlere yol açtığı ortadadır. Bununla birlikte mevcut başvurunun koşullarında Anayasa Mahkemesinin kanunilik ölçütüne ilişkin değerlendirmelerinin derece mahkemelerinin kararlarının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığına yönelik incelemeden bağımsız ele alınması isabetli olmayacaktır. Bu sebeple kanuniliğe ilişkin nihai bir değerlendirme yerine başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne uygunluğunun tartışılmasına ve sorunun kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığının buna göre belirlenmesine ihtiyaç bulunduğu değerlendirilmiştir[58]."

Mahkeme bu incelemeyi Kanun'un 9. maddesinin kanuniliği başlığı altında gerçekleştirmiş ve ilk aşamada kanunilik şartının mevcut olup olmadığı konusunda nihai bir değerlendirmede bulunmaktan kaçınmıştır. Mahkeme, demokratik toplum düzenin gerekleri ölçütü kapsamında devam ettiği incelemesinde ise şu ifadeleri kullanmıştır; *"9. madde kamusal makamların takdir yetkisini daraltarak keyfî davranışların önüne geçebilmek için yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerinin yanında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı karar verilmesini sağlayacak güvenceleri de içermemektedir[59]."*

Bununla birlikte yine aynı kararda Mahkeme oldukça detaylı bir biçimde TBMM'nin yeni bir kanun çıkarırken gözetmesi gereken hususları da saymıştır[60]. AYM'nin 9. maddenin gözden geçirilmesi konusunda yasama organına oldukça detaylı bir öneri listesi sunması, eğer kanunu iptal etme yetkisine sahip olsaydı kuvvetle muhtemel ilgili Kanunun 9. maddesini iptal edeceğini düşündürtmektedir. Fakat

---

58 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021, § 102.

59 *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 132.

60 İfade ve basın özgürlüğünün korunması açısından son derece önemli olan bu hususlar için bkz. *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri*, § 137.

yine de kanunilik şartı kapsamında *"nihai değerlendirmeden kaçınma"*ya yönelik ifadelerinden AYM'nin iptal etmeme yönünde bir tercihte bulunabileceğini de söylemek mümkün görünmektedir. Böyle bir olasılıkta AYM, kanunu iptal etmektense FAYM'nin yapmış olduğu gibi bağdaşmazlık kararı vererek kanunun uygulanmasını durdurabilir, aynı zamanda yasama organına belirli bir süre vererek gerekli yasal düzenlemeleri yapmasını isteyebilirdi. Kuşkusuz AYM'nin bireysel başvuruda hükmün dayanağını oluşturan kanunları iptal edebilme yetkisinin var olması durumunda, kullanmaktan kaçındığı bir karar türünü (bağdaşmazlık kararı) tercih edip etmeyeceği tamamen somut olayın özelliklerine bağlı olacaktır.

AYM'nin yukarıdaki kararları dışında yasama ve yürütme organına olmasa da yargı organına yönelik doğrudan ve net bir şekilde yapılması gerekenleri ifade ettiği kararları da bulunmaktadır. Özellikle son dönemde sıklıkla karşılaşılan kararlarına *"direnme"* şeklindeki tutumun ardından AYM, yapılması gerekenleri çok daha açık bir şekilde saymaktadır. Örneğin AYM, derece mahkemesi tarafından *Şahin Alpay* kararına[61] uygun ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik karar alınmaması sonucunda, mahkemeye erişim hakkının sağladığı güvencelerle de bağdaşmayacak şekilde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[62]. AYM *Şahin Alpay* ile ilgili vermiş olduğu ilk kararın uygulanmamasıyla doğrudan bağlantılı olan bu ikinci başvuruda şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: *"Başvurucunun tutukluluk durumu hâlen devam etmektedir. İncelenen başvuruda tespit edilen ihlalin niteliği dikkate alındığında bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurucunun tutukluluk durumunun sona erdirilmesi dışında bir imkân kalmadığı değerlendirilmiştir. Bu nedenle başvurucunun tutukluluk durumunun sona erdirilmesi suretiyle ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın Mahkemesine gönderilmesi gerekir[63]."* Mahkemenin açıkça yapılması gerekenleri belirtmesi sebebiyle *Şahin Alpay (2)* kararı, *Şirin* tarafından *"yol gösterici karar"* olarak adlandırmıştır[64]. AYM'nin *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* ve *Atilla Yazar* başvurusunda ilgili kanunun taşıması gereken niteliklere

61 *Şahin Alpay* [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018.

62 *Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 86.

63 *Şahin Alpay (2)* [GK], § 89.

64 Bkz. Şirin, T. (2019). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 7, s. 274.

yönelik detaylı ifadeleri, bu kararların da *"yol gösterici karar"* olarak nitelendirilmesine uygundur.

AYM'nin bazı bireysel başvuru kararlarında muhatap olarak TBMM'yi görüp kararının bir örneğinin de TBMM Başkanlığına iletmesi kaçınılmaz olsa[65] da TBMM'ye bildirilmesine karar verdiği bu kararlara uygun bir şekilde TBMM'nin harekete geçtiği söylenemeyecektir. Bu yüzden hak ihlalleriyle yeniden karşılaşılmakta ve hukuk devleti niteliğinden uzaklaşılmaktadır. Gerçi kararlarının icrasına yönelik bu sorun sadece TBMM'ye bildirilme kararlarıyla da sınırlı değildir[66].

AYM'nin yukarıda belirtilen kararlarının nasıl tanımlanacağı sorununa dönersek AYM'nin doğrudan TBMM'ye bildirimde bulunulmasına hükmettiği bireysel başvuru sonucu verdiği bu kararlarının -FAYM tarafından içtihat yoluyla geliştirilen çağrı ve bağdaşmazlık kararlarına benzer yönleri bulunsa da- çağrı ya da bağdaşmazlık kararıyla özdeşleştirilmesi tam olarak doğru görünmemektedir. Nitekim AYM, FAYM'nin yapmış olduğu gibi normun henüz Anayasa'ya aykırı değil fakat ileride Anayasa'ya aykırı olacağını belirtmekten ya da Anayasa'ya aykırı olmasına karşın iptal etme tercihinde bulunmamasının nedenlerini açıklamaktan kaçınmaktadır; Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 50. maddesinde[67] *"yapılması gerekenlere hükmetme"* olarak ifade edilen geniş

---

65 Kılıç, A. (2021). "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 38., S. 1., s. 123.

66 AYM kararlarının icrasına yönelik sorunlar ve öneriler için bkz. Karan, U. (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar Yeni Sorunlar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi; Göztepe, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı,* C. 33; Almendral, R. V. (2016). "Bireysel Başvurulara ilişkin Kararların İnfazı: İspanya Tecrübesi", *Anayasa Yargısı,* C. 33.

67 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesine göre esas incelemesi sonucunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. AYM İçtüzüğü'nün 79. maddesinin ikinci fıkrası da bu yönde bir düzenleme getirmiştir: *"Bölüm kararında, gerekli görüldüğü takdirde Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılabileceği hususunda yapılması gerekenler belirtilir."*
İhlal kararı verilmesi hâlinde, mahkeme kararının iptali yerine ihlalin "sonuçlarının" ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmesinin öngörülmesi, akla gelebilecek tüm karar varyantlarının bu formül içinde toplandığı kanısını doğurmaktadır. Böylece AYM'ye, somut olayın gerektirdiği özel düzenlemeler için belli bir hareket alanı tanınmış da olacaktır. Ancak bu belirsiz ve genel düzenleme, AYM'nin yargısal işlevinin dışına çıkmasına da yol açabilecektir. Zira AYM'nin işlevi ancak ihlali tespit etmekle sınırlıdır. Kararın sonuçlarına ilişkin belirsiz bir yetki, kararın iptaline nazaran diğer anayasal organlara ait olan alana daha fazla müdahale riskine yol açabilecektir. AYM, hak ihlaline karar vermesi hâlinde, kamu gücü kullanan devlet organlarını tazminat ve yeniden yargılama dışında belli bir davranışta bulunmaya zorlayamaz.

hareket alanından yararlanılarak kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu yasama organına bildirilmektedir. *Göztepe*'nin dolaylı çağrı olarak adlandırdığı kararlarda ise Mahkeme, yasama organının ya da yürütme ve idarenin yapması gerekenlere açıkça değinmemekte ve kararı TBMM'ye bildirmemektedir; buna rağmen dolaylı çağrı kararlarında ihlal kararının mantıksal sonucu olarak Meclisin ya da yürütmenin harekete geçmesini gerektiren[68] bir durum mevcuttur. Bu yöndeki kararlar için de *"Anayasa'ya aykırılığın -açıkça ya da zımnen- tespit edildiği kararlar"* ifadesi kullanılabilir.

Her iki sorunlu alanın kaynağı da AYM'nin ihlale sebep olan kanunları iptal etme yetkisine sahip olmaması ve doğrudan kanundan kaynaklı ihlal iddiaları bakımından bireysel başvuru yapılamamasında yatmaktadır. Doktrinde birçok kez bireysel başvuru neticesinde temel hak ve hürriyetleri ihlale yol açtığı tespit edilen kanunun geçerliliğinin sona erdirilebilmesi gerektiği ifade edilmiştir[69]. AYM'ye böyle bir yetkinin tanınması durumunda bireysel başvuru kararlarının icrasına yönelik sorunların önemli bir bölümünün önü kesilebilecek ve ayrıca AYM'nin iptal etmek istediği fakat deyim yerindeyse her seferinde *"duvara çarptığı"* hâllerde *"bildirme kararlarına"* da büyük ölçüde gerek kalmayacaktır. AYM'nin ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı hâllerde bu kanunu iptal edebilme yetkisini kullanabileceğini varsaydığımızda, FAYM tarafından geliştirilen çağrı ve bağdaşmazlık kararlarına benzer içerikteki kararları verip vermediğine yönelik ayrıca bir değerlendirme yapabilme fırsatı da ortaya çıkacaktır. Böylelikle çağrı ve bağdaşmazlık kararlarının içtihat yoluyla geliştirilmesinin önü de açılacaktır. AYM'ye tanınan *"yapılması gerekenlere hükmetme"* yönündeki yasal yetkinin bu yönde bir içtihat geliştirmeyi kolaylaştıracağı da rahatlıkla söylenebilir. Ancak AYM'nin bu olası karar çeşitlerinin yasayla öngörülmesi, AYM'nin hem mahkeme niteliğine hem de kararlarının otoritesinin korunması gereğine daha uygun düşecektir.

---

68 Göztepe, E. (2021), s. 70.

69 Bkz. Gülgeç, Y.B., (2021). "Özgürsüzlük, Kanun ve Bireysel Başvuru: Türk Bireysel Başvuru Sistemine Bir Eleştiri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., ss. 585-601, https://doi.org/10.21492/inuhfd.842645, s. 599; Göztepe, E. (2011). "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi (2011)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 95, s. 27; Şahbaz, İ. (2011), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, içinde. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikayeti/Anlamı ve Olası Sorunlar*, Ankara: TBB Yayını, s. 93.

SONUÇ

AYM'nin gerek norm denetimi gerekse bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu kimi kararları doktrinde önemli tartışmalara konu olmaya devam etmektedir. AYM'nin son dönemde vermiş olduğu kimi kararlarına yönelik tespit ve eleştirileri konu alan bu çalışma sonucunda varılan sonuçlar şöyle sıralanabilir:

1. AYM'nin *"…yönünden iptal kararı"* verdiği kararlarda ilgili normun belirli açılardan Anayasa'ya uygun, belirli açılardan ise Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilmektedir. Mahkeme, bu tarz durumlarda normun düzenlemiş olduğu belirli bir içeriğin hukuk sisteminde var olmaya devam etmesi gerektiğini ifade ederken aynı normun düzenlemiş olduğu başka bir alanın ise Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmektedir.

2. AYM'nin "…yönünden iptal kararları"nın normun bütünüyle iptal edilip edilmeyeceğini açıkça belirtmemesi ve mevzuatta da bu yönde bir karışıklığın yaratılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Bununla birlikte böyle bir karışıklığın yaratılması eşitlik ilkesine de aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

3. FAYM'nin içtihat yoluyla geliştirdiği bağdaşmazlık kararlarının AYM'nin *"…yönünden iptal kararları"* ile paralel biçimde değerlendirilmesi mümkündür. Böylelikle mevcut uygulamanın tam tersi bir şekilde normdaki Anayasa'ya uygunluk, aynı normdaki Anayasa'ya aykırılığın ortadan kaldırılması için feda edilmemiş olacaktır.

4. *"…Yönünden iptal kararları"* dolayısıyla vurgulanması gereken bir diğer husus da yasama erkinin bir hukuk normunu yaratırken hukuki açıklık ve belirlilik ilkesine uymasının; normu uygulayanlar ve Anayasa'ya uygunluğunu denetleyenler açısından ne kadar önemli olduğunu göstermesidir. CMK 308/A açısından gösterildiği üzere Mahkemeyi bu yönde bir karar almaya iten husus ilgili normun Cumhuriyet savcısının tutuklama kararına itirazının sanığın lehine ya da aleyhine olup olmadığı konusunda herhangi bir açıklık içermemesidir. Eğer CMK 308/A hükmü Cumhuriyet savcısının yapabileceği itiraz biçiminin lehe ya da aleyhe olup olmayacağı konusunda açık bir ibare barındırsaydı Mahkeme de aleyhe olan ibarenin iptaline hükmedebilecekti. Böylelikle de hukuki öngörülebilirliği çok daha fazla olan bir karara imza atılmış olacaktı.

5. AYM'nin bireysel başvuru kararlarında ihlalin kanundan ve/veya yapısal sorunlardan kaynaklandığını tespit etmesi durumunda yapısal

sorunların TBMM'ye bildirilmesi yönündeki kararların nasıl adlandırılacağı önemli bir soru(n)dur. Bu kararların FAYM'nin çağrı ve bağdaşmazlık kararları ile karşılaştırılması, ilgili AYM kararlarının da anayasa yargısı açısından ne ifade ettiğinin anlaşılması açısından önemlidir.

6. AYM'nin pilot karar usulünü uygulayarak yapısal sorunların çözümü için kararı TBMM'ye bildirdiği kararlarında, ihlalin kanundan kaynaklandığı açıkça belirtilmektedir. Böyle bir belirleme ilgili karar biçiminin FAYM'nin çağrı kararlarıyla bağdaştırılmasını zorlaştırmaktadır. Nitekim çağrı kararlarında henüz anayasa aykırı bir durumun tespit edilmesi söz konusu olmamaktadır. Benzer bir durum bağdaşmazlık kararı açısından da söylenebilecektir. Bağdaşmazlık kararı, kanunun Anayasa aykırılığının tespit edilmesine rağmen iptal edilmemesidir. Bu tarz durumlarda FAYM normu iptal etme yetkisini tercihen kullanmamaktadır. AYM'nin ise böyle bir tercihinin olup olmadığının tespiti için öncelikle hak ihlaline yol açan kanunları iptal edebilme yetkisine sahip olması gerekir.

7. Bireysel başvurularda hak ihlaline yol açan kanunların iptal edilebilmesi yetkisine sahip olup olmama bakımından FAYM ile AYM arasındaki önemli ayrım; AYM'nin ilgili kararlarının hem çağrı hem de bağdaşmazlık kararıyla karşılaştırılabilmesini engellemektedir. FAYM'nin anayasa şikâyeti yolunda da kanunları hükümsüz kılabilmesi, başka kimi ara karar türlerini yaratabilme olanağını doğurmuştur. Bu açılardan FAYM, ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı durumlarda hükümsüzlük, kanunun henüz değil fakat gelecek erimde Anayasa'ya aykırı olacağını öngördüğü durumda çağrı ve kanunun Anayasa'ya aykırı olmasına rağmen iptal edilmesi durumunda Anayasa'ya daha da aykırı bir durumun ortaya çıkması ihtimalinde de bağdaşmazlık kararı vermektedir. FAYM'nin bu üç kararı arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Üstelik FAYM açısından bu kararlar, sınırları ve ayrıntıları belirli üç farklı karar türüdür. AYM'nin ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı durumlarda ilgili kanunu iptal etme yetkisine sahip olmaması ve buna rağmen yapısal sorunların çözümü için kararı TBMM'ye bildirmesi -FAYM'nin aksine- sınırları ve farklılıkları belirgin karar biçimlerini türetebilmesi önünde engel oluşturmaktadır. Dolayısıyla her iki Mahkemenin yetkileri arasındaki bu önemli farklılık, AYM'nin bu yöndeki kararlarının FAYM'nin içtihat yoluyla geliştirdiği kararlarla karşılaştırılmasını zorlaştırmaktadır.

8. AYM'nin ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığını tespit ederek yapısal sorunun çözümü için kararın TBMM'ye gönderilmesine hükmettiği kararların bildirim kararı olarak adlandırılması niteliğine uygun düşmektedir.

9. Son olarak bir kez daha vurgulanmalıdır ki AYM, Anayasa şikâyeti yolunda da kanunları iptal edebilme yetkisine sahip olmalıdır. İhlalin doğrudan kanundan kaynaklandığının tespit edilmesi durumunda ilgili kanunun iptal edilmesi yalnızca usul ekonomisi açısından değil Anayasa'ya uygun bir hukuk düzeninin sağlanması açısından da en pratik çözüm olacaktır.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar (2003). "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 7., S. 1-2., ss. 143-158.

ALMENDRAL, Ruiz Violetta (2016). "Bireysel Başvurulara ilişkin Kararların İnfazı: İspanya Tecrübesi", *Anayasa Yargısı*, C. 33., ss. 59-79.

ALTIPARMAK, Kerem. "Anayasa Mahkemesinin HAGB İptal Kararı Neden Doğru?", https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/ (Erişim Tarihi: 04.10.2022)

ALTIPARMAK, Kerem. "Anayasa'ya Aykırı Olan Kurum mu Kural mı? Kemal Gözler'in Cevabına Cevap", https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasaya-aykiri-olan-kurum-mu-kural-mi-kemal-gozlerin-cevabina-cevap/ (Erişim Tarihi: 04.10.2022)

GEDİK, Ömer (2022). "Norm Denetimi Bakımından Otorite Özgürlük Sarmalındaki Türk Anayasa Mahkemesinin Yorum Yöntemlerine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S.1., ss. 289–324.

GÖZLER, Kemal. "Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine", https://www.anayasa.gen.tr/hagb.htm (Erişim Tarihi: 25.09.2022)

GÖZLER, Kemal. "Anayasa Mahkemesinin …Yönünden İptal Kararları Hakkında Bir Eleştiri", bkz. https://www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal.htm#_ftn (Erişim Tarihi: 25.09.2022)

GÖZLER, Kemal. "Anayasa Mahkemesinin …Yönünden İptali Kararları Hakkında Bir Eleştiri Makaleme Bir Ek", https://www.anayasa.gen.tr/yonunden-iptal-ek.htm (Erişim Tarihi: 25.09.2022)

GÖZTEPE, Ece (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı,* C. 33., ss. 93-118.

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

GÖZTEPE, Ece (2011). "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 95, ss. 13-40.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol (2021). "Özgürsüzlük, Kanun ve Bireysel Başvuru: Türk Bireysel Başvuru Sistemine Bir Eleştiri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12., S. 2, ss. 585-601.

KANADOĞLU, Korkut (2008). "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 24, S. 1, ss. 61-89.

KANADOĞLU, Korkut (2022). "Bireysel Başvuruya İlişkin İçtüzük Düzenlemelerinin Anayasalığı Sorunu. Bkz. https://okan.edu.tr/hukuk/sayfa/8085/bireysel-basvuruya-iliskin-ictuzuk-duzenlemelerinin-anayasalligi-sorunu/ (Erişim Tarihi: 25.09.2022)

KANADOĞLU, Korkut ve DUYGUN, Ahmet Mert (2021). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

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

KARAN, Ulaş (2017). *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar Yeni Sorunlar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi.

KILIÇ, Abbas (2021), "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 38., S. 1., ss. 85-126.

KLEİN, Eckart (1983). "Verfassungsprozessrecht, - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" AÖR 108.

PESTOLOZZA, Cristian (1976). "'Noch verfassungsmaesige' und 'bloss verfassungswidrige' Rechtslagen", in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jaehrigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts,* Bd. 1, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck),Tübingen.

SCHULTE, Martin (1988). "Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts".

ŞAHBAZ, İbrahim (2011). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, in. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikayeti/Anlamı ve Olası Sorunlar*, Ankara: TBB Yayını.

ŞİRİN, Tolga "(2019). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 7.

ŞİRİN, Tolga. "İhmal Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler'in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme", https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri (Erişim Tarihi: 04.10.2022)

YILDIZ, Eda (2022). "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 'Katı Yorum' İçtihadı ve Anayasa'ya Uygun Yorum", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, S. 8., ss. 143-176.

Türk Anayasa Mahkemesi Kararları

Ahmet Özbey, B. No: 2018/20063, 30/6/2021.

Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.

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

G.I. ve diğerleri, B. No: 2017/5849, 24/3/2021.

Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri ([GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021.

Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

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

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

Süleyman Kurtel [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021.

Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018.

Y.T. ([GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.

Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022.

AYM, E. 1988/51, K. 1989/18, KT. 2.5.1989, AYMKD. 25, s. 228.

AYM, E.2021/48, K.2022/7, 26/01/2022, § 21.

AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/07/2022.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 8, 1, 19.

BVerfGE 16, 130, 141.

BVerfGE 72, 9, 18.

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 35–82.

VERGİ YARGILAMASI BAKIMINDAN GEREKÇELİ KARAR HAKKI

The Right to a Reasoned Decision With Regard to Tax Proceedings

Doç. Dr. Gamze GÜMÜŞKAYA*

ÖZ

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu, T.C. 1982 Anayasası'nda herhangi bir istisna getirilmeksizin hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda gerekçeli karar hakkı, mutlak bir nitelik taşımaktadır. Vergi yargılamasının ayırıcı özellikleri dikkate alındığında vergi yargılaması bakımından gerekçeli karar hakkının anlam ve kapsamının ayrıca incelenmesi gerektiği düşünülmektedir. Vergi idaresinin hukuka ve gerçeğe uygun bir vergilendirme işlemi yürütebilmesi için yargı kararlarının doğru anlaşılıp uygulanması önemlidir. Bunun yanında vergilendirmenin vergi ödevlilerinin mülkiyet hakkı başta olmak üzere birtakım temel hak ve özgürlüklerine doğrudan bir müdahale niteliği taşıması, bu müdahalelerin öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Yargı kararlarının öngörülebilirliği ise yeterli ve makul bir gerekçeyle açıklanması ile sağlanabilecektir. Öte yandan vergi yargılamasına ilişkin olarak kamu hukuku kapsamında diğer bir yargı disiplini olan ceza yargılamasında verilen mahkûmiyet kararlarından farklı olarak gerekçenin kapsamı konusunda doyurucu bir yasal düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla çalışmada, söz konusu hakkın anlam ve kapsamına ilişkin olarak T.C. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları başta olmak üzere ilgili yargı kararları incelenmekte ve konuya ilişkin görüş ve değerlendirmelerimize yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi yargılaması, gerekçeli karar, gerekçeli karar hakkı, adil yargılanma hakkı, Anayasa Mahkemesi.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, gamze.gumuskaya@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3201-6907.

Geliş Tarihi: 1/5/2022 ✦ Kabul Tarihi: 17/6/2022 *Araştırma Makalesi*

ABSTRACT

The Turkish Constitution of 1982 regulates the obligation prescribing that court decisions must be reasoned without any exceptions. In this context, the right to a reasoned decision is absolute. Considering the distinctive features of tax proceedings, the meaning and scope of the taxpayers' right to a reasoned decision should be analysed separately. In order for the tax administration to carry out a taxation process in accordance with the law and reality, it is essential that the decisions are understood and implemented correctly. In addition, the fact that the taxation process constitutes a direct interference with certain fundamental rights and freedoms, especially the right to property, of taxpayers, requires that such interferences be foreseeable. The foreseeability of judicial decisions may be ensured through sufficient and reasonable justification. Besides, within the scope of public law, unlike convictions ordered in criminal proceedings which is another judicial discipline, there is no satisfactory legal regulation regarding the scope of the justification in tax proceedings. In this study, the relevant judgments, especially the judgments rendered within the scope of individual application process by the Turkish Constitutional Court, regarding the meaning and scope of the right in question are examined, and our opinions and evaluations are presented.

Keywords: Tax proceedings, reasoned decision, the right to a reasoned decision, the right to a fair trial, Constitutional Court.

GİRİŞ

Adil yargılanma hakkının sağlanmasının önemli koşullarından biri yargılama sonucunda verilen kararın gerekçeli olmasıdır. Öte yandan şeklî nitelikte kararın dayandığı sebepleri ve tarafların kararın sonucuna etkili olabilecek iddia ve savunmalarını yeterince karşılamayan bir gerekçe, böyle bir amacı yerine getirmekten uzaktır.

T.C. 1982 Anayasası'nın 141'inci maddesinde ayrıca ve açıkça hükme bağlanan anayasal temel bir hak niteliğinde olan gerekçeli karar hakkının anlamının, kapsamının ve işlevlerinin ortaya konulması bu bağlamda önem taşımaktadır.

Yargı kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğundan tüm yargılama disiplinleri bakımından geçerli bir anayasal ilkedir. Bununla birlikte yargılama disiplinlerine özgü ilke ve kurallar, gerekçenin kapsam ve işlevlerini değiştirebilmektedir. Ayrıca ilk derece yargılamasında ve kanun yolu aşamalarında kararın gerekçesinin kapsamı farklı olabilmektedir.

Vergi yargılamasında temel olarak Anayasa'nın 125'inci maddesi uyarınca vergi idaresinin işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin sağlanması, 73'üncü maddesi uyarınca anayasal vergilendirme ilkelerine uygunluğun gözetilmesi ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesi gereğince vergiyi doğuran olayın ve buna ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Bu amaçlara ulaşılabilmesinin ön koşulu ise yargılamanın adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde yürütülmesidir.

Bu kapsamda, gerekçeli karar hakkının vergi yargılaması bakımından T.C. Anayasa Mahkemesinin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararları ışığında ele alınması ve vergi ödevlilerinin gerekçeli karar hakkının korunması için yerine getirilmesi gereken koşulların neler olduğunun değerlendirilmesi, bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır.

I.GEREKÇE KAVRAMI, GEREKÇELİ KARAR HAKKI ve GEREKÇENİN İŞLEVLERİ

A. GEREKÇE KAVRAMI ve GEREKÇELİ KARAR HAKKI

Sözlük anlamıyla "gerektirici sebep" olarak tanımlanan "gerekçe"[1],

[1] https://www.tdk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 15/4/2022)

Atatürk'ün türettiği söylenilen sözcüklerdendir[2]. Hukukçular için gerekçe sözcüğü, insanın "bilme" arzusunu karşılayan, "neden" sorusunu yanıtlayan bir kavramdan ibaret olmayıp savunma hakkı ve hak arama özgürlüğünün etkili şekilde kullanılmasının, adil yargılanma hakkının ve bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkının yerine getirilmesinin, yargısal denetimin, doğruya gerçeğe ve adalete ulaşmanın, yargıya güvenin aracı ve teminatı olarak karşımıza çıkmaktadır[3]. Gerekçe, tüm mahkeme kararlarının yasal ve etik unsurudur[4]. Gerekçe, mahkemenin tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapmakta[5] ve bu açıdan doktrinde "mantıki delil" olarak da nitelendirilmektedir[6]. Sentezi teşkil eden hüküm, tez ve antitezle çelişmeyecek, onları mantıken cevaplandıracak ve tarafları da tatmin edecektir[7].

Serozan'ın "Hukukta Yöntem-Mantık" isimli eserinde belirttiği üzere *"Hukuk bilimi son aşamada bir 'gerekçeler bilimi'dir. Hukukta gerekçesiz bir sonuç çıkarma geçerli ve inandırıcı sayılamaz. Gerekçelerin kişiyi ikna edici güçte olabilmesi için de akıl yürütme sürecinin sağlam mantıksal temellere ve köklü bir metoda dayanması gerekir[8]."*

Bu öneminden dolayı, T.C. 1982 Anayasası, yargı kararlarının gerekçeli olmasını ayrıca ve açıkça kurala bağlamış ve bu kural bakımından herhangi bir istisnaya yer vermemiştir. Gerçekten Anayasanın 141'inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmünde "bütün mahkemelerin[9] her türlü kararları" ibaresinin kullanılması suretiyle, hiçbir mahkemenin hiçbir kararı için gerekçe ilkesinden sapılamayacağı öngörülmüştür.

Mahkemenin nihai kararı dışında kalan ara kararlarının da gerekçeli olması şart olduğu gibi kanun yolu denetiminde verilen kararların

2 http://www.dildernegi.org.tr/TR,457/ataturk-ve-turkce.html (Erişim Tarihi: 15/4/2022)

3 Sunay, Z. A. (2016). *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, s.23.

4 Tutumlu, M. A. (2014). *Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.69.

5 Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., Hanağası, E. (2020). *Medenî Usul Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayınları, s.485.

6 Kunter, N., Yenisey, F., Nuhoğlu, A. (2006). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Arıkan Yayıncılık, s.46.

7 a.g.e., s.46.

8 Serozan, R. (2016). *Hukukta Yöntem-Mantık,* İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.9.

9 Bu hükümde yer alan "mahkeme" terimine vergi yargısı bakımından vergi mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri yanında Danıştayın da dâhil olduğu şüphesizdir. Nitekim 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1'inci maddesine göre Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş Yüksek İdare Mahkemesi, danışma ve inceleme mercisidir.

da gerekçeli olması gerekmektedir[10]. Bu durumda, Türk hukukunda gerekçeli karar zorunluluğu "mutlak nitelik" taşımaktadır.

Anılan madde sözel ve sistematik açıdan değerlendirildiğinde gerekçeli karar hakkından ziyade gerekçe zorunluluğunu ön plana çıkarmakta ise de yargı kararlarının gerekçeli yazılması zorunluluğu, yargılama tarafları bakımından da bir haktır. Bu hak, aynı zamanda aşağıda inceleneceği üzere Anayasa'nın 36'ıncı maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma hakkının ve 2'inci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.

Anayasa, yargı kararlarının gerekçeli yazılması zorunluluğunu getirmiş olmakla birlikte gerekçenin hangi unsurları kapsaması ve hangi özellikleri taşıması gerektiğini belirlememiştir. Bu hususlar, aşağıda inceleneceği üzere ilgili yargı kolu açısından geçerli olan bazı yasal düzenlemelerde ve yargı içtihatlarında somutlaştırılmaktadır.

Gerekçeli karar hakkının anlamını ve kapsamını belirlemek için öncelikle gerekçenin işlevlerini ortaya koymak uygun olacaktır.

B. GEREKÇENİN İŞLEVLERİ

1. Genel Olarak

Gerekçenin pek çok işlevi bulunmakla birlikte[11] konumuz bağlamında yargılama tarafları açısından temel işlevlerinin zincirleme biçimde *kararın*

---

[10] Ancak çalışmamızın ilerleyen aşamalarında inceleneceği üzere, kanun yolu denetimi sonucunda verilen kararlarla ilk derece aşamasında verilen kararların gerekçelerinin kapsamı bakımından "yeterli" bulunmasının birbirinden farklı kriterleri mevcuttur.

[11] Mahkeme kararlarının gerekçeli ve bu gerekçenin de hukuken güçlü olması, toplumun adalete duyacağı güven bakımından önem arz etmektedir [bkz. Özekes, M. (2003)]. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s.174; Turan, H. (2016). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 361. Gerekçeleri ile bilimsel tartışmalara konu kılınan kararlar, hukukun gelişimine katkı sunmaktadır. Bekri, M. N. (2014). "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, C.1, S. 3, s. 208; Özekes. M. (2003). s. 173.
Sunay, gerekçenin işlevlerini genel olarak ve iptal davalarına ilişkin işlevleri olmak üzere ikiye ayırmakta; genel işlevleri "Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin işlevi, başvuru yollarının etkili kullanımını sağlama işlevi, yargılama sürecinde doğru ve sağlıklı düşünceyi etkin kılma işlevi, öğretici olma işlevi, içtihat hukukunun oluşmasını sağlama işlevi, kararın benimsenmesine yardımcı olma işlevi" olarak sıralamaktadır. Yazar, gerekçenin iptal davalarına ilişkin işlevlerini ise kesin hüküm açısından işlevi, idari işlemin yargısal denetimi açısından işlevi ve idari yargı kararlarının uygulanmasındaki işlevi başlıkları altında incelemektedir (bkz. Sunay, Z. A. (2016). ss. 47-105).
Doktrinde Kunter/Yenisey/Nuhoğlu ise gerekçenin yararları yanında bazı zararları da bulunduğunu ileri sürmektedir. Yazarlara göre:
"a) Bunların başında, göstermenin güç olduğu hâllerde hâkimlerin gerekçe gösterilmesi mecburî olan işlemleri yapmaktan mümkün oldukça kaçınmaları gelir.
b) Gerekçe göstermek zaman alacağından muhakemelerin uzamasına da yol açar.
c) Çoğunlukla ve hele pek az oy farkı ile karar verilmesinde olduğu gibi, gerekçe göstermenin taraflar ve kamuoyu bakımından kararların saygınlığını zedelediği vardır." (bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu. (2006). s. 47-48).

anlaşılması, kararın denetlenmesi ve *karara güvenilmesi* olarak belirlenmesi mümkündür.

Her şeyden önce gerekçe, kararın ve kararın dayanaklarının anlaşılmasını sağlamaktadır. Anlaşılmayan, yeterli açıklıkta olmayan kararın yerine getirilmesi mümkün olmayacaktır.

Gerekçenin "denetim" işlevini ise çeşitli açılardan incelemek mümkündür:

1- Kararı veren yargı yerinin verdiği kararın doğru olup olmadığını denetlemesi (öz denetim),

2- Yargılamanın taraflarının gerek "talep ile karar" gerekse "davanın olguları ile karar" arasında makul ve meşru bir bağın olup olmadığını, kararın verilmesi sürecinde keyfî davranılıp davranılmadığını ve hukuken dinlendiklerini denetlemesi (yargılama taraflarının denetimi),

3- Yargılama taraflarının karardan tatmin olmamaları hâlinde kanun yollarına başvurmaları üzerine kanun yolu mercisinin kararı denetlemesi (kanun yolu denetimi)[12],

4- Kararların gerekçeli olarak yayımlanması suretiyle kamu (toplum) tarafından bilinmesi, tartışılması ve denetlenmesi (kamusal denetim),

5- Kararların hukuk bilimiyle uğraşanlar tarafından tartışılarak denetlenmesi (bilimsel denetim).

Anlaşılan ve denetlenen/denetime açık bir karara güven duyulacaktır. Nitekim gerekçe, yukarıda ifade edildiği üzere yargılama taraflarına gerekçeli kararı öğrenmeleri sonrasında hangi tutumu izleyeceklerini belirlemeleri açısından ışık tutacağı gibi kamuoyunda kararın tartışılabilmesi ve kabul görmesi, böylelikle yargıya ve hukuka güven duyulması açısından da yardımcı olacaktır[13].

---

[12] "*Kararın gerekçeli olmasının, yargı yerinin nesnel ve yansız yargılama yaptığı konusunda davanın taraflarına sağlayacağı güven duygusu yanında; başka bir yararı da üst yargı yerinin istinaf ya da temyiz başvurusu nedeniyle yapacağı denetimi kolaylaştırılmasıdır.*" [Candan, T. (2017). *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 652).

[13] Alp, M. (2001). "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan* (s. 425-441), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 429.

Gerekçenin açıklanmaması, gerekçenin anlaşılmaması, gerekçeye ulaşılamaması hâllerinde adil ya da hakkaniyetli bir yargılamadan söz etmek mümkün değildir. Zira böyle bir durum, karardan etkilenen kişinin bu karar karşısında kendisini savunmasına ya da yasal başvuru yollarını etkili şekilde kullanmasına engeldir[14]. Ayrıca gerekçe, hükmün benzer görünen uyuşmazlıklar bakımından varılan sonuçlardan neden farklı olduğu ya da benzerleriyle neden aynı çıkarımda bulunulduğunun anlaşılmasına da yardımcı olmaktadır[15].

Bu bağlamda gerekçeli karar hakkı temelde kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır[16].

Gerçek bir gerekçe, bu temel işlevlerini yerine getirecek kapsam ve nitelikteki gerekçedir. Bu bakış açısıyla Anayasa Mahkemesi tarafların yargılama esnasında ileri sürdükleri iddiaların öngörülen kurallar çerçevesinde incelenip incelenmediğine ilişkin bilgi sahibi olmaları yanında bir yargı kararının sebeplerini toplumun öğrenebilmesi açsından da gerekçenin büyük önem taşıdığı hususunu vurgulamaktadır[17].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise bir kararında gerekçeyi ve gerekçenin işlevlerini şu ifadelerle açıklamıştır: "*Gerekçe, hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklanmasıdır. Gerekçenin mevcut bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde geçerli, yeterli ve yasal olması gerekir. Yasal ve yeterli gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi uygulamada keyfiliğe yol açar. Tarafları tatmin etmek, denetim yapılmasına kolaylık sağlamak ve keyfiliği önlemek için hüküm gerekçeli olmalıdır*[18]*.*"

Danıştay da gerekçe zorunluluğuna ilişkin düzenlemelerle "*yargı organlarınca verilen kararların açık ve anlaşılır gerekçeye dayanması ve gerekçelerin tek tek kararda gösterilmesi suretiyle hem davanın taraflarına*

---

14 Sunay, Z. A. (2016). s.49.

15 Akıncı, M. (2008), *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 261.

16 YM, Sencer Başat ve Diğerleri, B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §. 31. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 17/4/2022)

17 Örneğin bkz. AYM, *Hüseyin Çınar ve Diğerleri*, B. No: 2014/10248, 12/1/2017, §. 61. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 18/4/2022) *"…başvurucuların ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren ve yıkılan yapılar yönünden bu yapıların niteliğinin belirlenmesi, uygulanabilecek mevzuat hükümleri ve başvuruculara ödenmesi gereken bedelin tespiti hususunu doğrudan etkileyecek esaslı unsur olan imar affı başvurusu ve sonuçlarına ilişkin iddialar Mahkeme kararında tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır."*

18 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 9/12/1991 tarihli ve Esas 1991/320, Karar 1991/347 sayılı kararı. https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 22/6/2022)

kararın metninin açıklanması, hem de yargı denetiminin kolaylaştırılarak etkili kılınmasının sağlandığını" belirtmiştir[19].

Gerekçeli karar hakkı, hukuki dinlenilme hakkının da bir gereğidir[20]. Öte yandan yargılama aşamasında toplanan delillerle karara dayanak olarak alınan hukuki sebepler hakkında taraflara görüşlerini açıklama fırsatı tanımadan verilen nihai karar, sürpriz karar olarak nitelendirilmektedir. Tarafların söz konusu "sürpriz" ile gerekçeli karar aşamasında karşı karşıya kalmaları, adil yargılanma hakkına uygun olmayacaktır. Sürpriz bir "gerekçeyle" verilen karar da kanımızca sürpriz karar yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda Danıştayın bir kararında mahkeme kararına gerekçe olarak alınan bilirkişi raporunun davacıya tebliğ edilmeyip mahkeme kararının gerekçesinde yer verilmesini hukuka aykırı bulmaması kanımızca isabetli olmamıştır[21].

Kararın gerekçeli olması zorunluluğunun Anayasa'da düzenlenmesi, bu zorunluluğun tüm yargılama disiplinleri bakımından geçerli olduğunu ortaya koysa ve hukuk devleti olmanın gereği olsa da ilgili yargılama hukukuna özgü ilke ve kurallar, gerekçenin kapsamını ve işlevlerini değiştirebilmektedir.

---

19 bkz. Danıştay Üçüncü Dairesinin 19/12/2002 tarihli ve Esas 2001/3496, Karar 2002/4361 sayılı kararı. *"Vergi mahkemesinin temyize konu edilen kararının incelenmesinden, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile de çözümlenebilecek olan dönem sonu stokunun eksik değerlemesiyle ilgili (kumaştan kaynaklanan) matrah farkı hakkında da bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, bilirkişinin kendisine yöneltilen sorular doğrultusunda ve ibraz edilen belgeler ışığında yaptığı tespitleri raporun sonuç kısmına aktarırken değerleme dışı bırakılan kumaştan kaynaklanan matrah farkının bu sonuca sehven dâhil edilmediği anlaşılmış olup, mahkemece bilirkişi raporunun sonuç kısmındaki değerlendirmelerin olduğu gibi karara alınması nedeniyle dönem sonu stokunda değerleme dışı bırakılan emtiadan kaynaklanan matrah farkı hakkında hüküm kurulmaması, uyuşmazlığın niteliği ve uyuşmazlığın çözümüne ilişkin dayanılan hukuki sebepler ve gerekçelere de yer verilmemesi karşısında, vergi mahkemesi kararı hukuka uygun düşmemiştir…"* https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 22/6/2022)

20 Özekes, M. (2003). s. 30. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Hukuki dinlenilme hakkı" kenar başlıklı 27'inci maddesine göre bu hak, diğer unsurlar yanında mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini de içermektedir.

21 "*Uyuşmazlıkta mahkeme kararına gerekçe olarak alınan bilirkişi raporu davacıya tebliğ edilmemiş ise de, gerekçeli karar hakkı kapsamında anılan bilirkişi raporuna mahkeme kararının gerekçesinde yer verildiği, bilirkişi raporunun uyuşmazlığın esası hakkında karar vermeye yeterli ve elverişli olduğu, buna göre verilen kararın Dairemizce onandığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir."* Danıştay Altıncı Dairesinin 6/1/2020 tarihli ve Esas 2018/4362, Karar 2020/9 sayılı kararı. https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 22/6/2022)

Örneğin, dava malzemesinin toplanması bakımından medeni yargılama hukukunda taraflarca getirilme ilkesi[22] egemen olmasına karşın[23] ceza yargılaması hukukunda[24], idari yargılama hukukunda[25] ve vergi yargılaması hukukunda[26] resen araştırma ilkesi egemendir. Zira medeni yargıda çoğunlukla özel menfaatler dikkate alındığından irade serbestisinin bir devamı olarak taraflarca getirilme ve tasarruf ilkeleri geçerlidir[27]. Kamu hukuku yargılama disiplinlerinin ayırıcı özelliği, başta delil serbestisi ilkesi ve bu bağlamda yargıcın da delil araştırması yapabilmesini sonuçlayan resen araştırma ilkesinin varlığıdır[28]. Söz konusu yargılama disiplinleri, bu yönüyle yargıca istisnai araştırma yetkisinin tanındığı hukuk usulünden ayrılır. Zira korunan menfaatler farklı olduğundan maddi gerçeği arama yöntemleri de farklıdır[29].

---

22 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Taraflarca getirilme ilkesi" kenar başlıklı 25'inci maddesi uyarınca, "(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz."
Taraflarca getirilme ilkesine göre iddia ve savunmanın temelini oluşturan vakıalar ile bu vakıaların ispatı için gerekli olan deliller yargılamaya taraflarca getirilir. Bkz. Kuru, B. (2020). *Medenî Usul Hukuku El Kitabı,* C. I, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 571; Alangoya, Y. (1979). *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 3; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. Hanağası, E. (2020). s. 158. Hangi konuların kamu düzenine ilişkin olduğu ve buna bağlı olarak hangi davalarda re'sen araştırma ilkesinin geçerli olacağının hukuk politikası meselesi olduğu yönünde, bkz. Karslı, A. (2020). *Medeni Muhakeme Hukuku,* İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s. 250; Budak, A. C., Karaaslan, V. *Medenî Usul Hukuku.* (2017), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 73.

23 Öte yandan medenî yargılama hukukunda çekişmesiz yargı işleri (HMK md.385/2) ile gerçeğin bulunmasının kamu yararına olacağının varsayıldığı, dolayısıyla kamu düzenini ilgilendiren davalarda esasen resen araştırma ilkesi geçerlidir. Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. Hanağası, E. (2020), s.159; Budak, A. C., Karaaslan, V. *Medenî Usul Hukuku.* (2017), s. 75.

24 Ceza yargılamasında kovuşturma evresine ilişkin ilkeler arasında yer alan "maddi gerçeğin resen araştırılması ilkesi" gereğince hâkim uyuşmazlığa ilişkin her delili, her belirtiyi gerçeği aydınlatıp aydınlatmaması bakımından değerlendirmektedir. Yenisey, F., Nuhoğlu, A. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul: Seçkin Yayıncılık, s. 84.

25 Ulusoy, A. D. (2020). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 98.

26 Öncel, M., Kumrulu, A. Çağan, N. (2021). *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 220.

27 Pekcanıtez, H. (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usul Hukuku*, Cilt III, Ed: Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, s. 31.

28 Kaşıkcı, M., (2017). *Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul:Filiz Kitabevi, s. 80.

29 Bu hususta belirtmek gerekir ki kamu hukuku disiplinlerine ilişkin yargılamalarda maddi gerçeğin, medeni hukuk yargılamasında şeklî gerçeğin arandığı yönünde bir yaklaşım benimsememekteyiz. Aynı yönde bkz. Pekcanıtez, H. (2017), s. 30-31. "*Bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, henüz daha yargılama yapılmadan var olan maddi gerçek, yargılama sonunda bir mahkeme kararı şeklinde ortaya çıkan adli gerçekle örtüştüğü ölçüde adalet gerçekleşmiş olacaktır. Tüm yargılama hukuklarının amacı, maddi gerçeği tespittir… Öte yandan korunan menfaatler farklı olduğundan, (…) sadece maddi gerçeği arama yöntemi farklılaşmaktadır.*"
Bunun yanında, yargılama kurallarının tek amacı olduğunu benimsetecek güçlü nedenler

Yargılama hukukunun bu dallarında medeni yargılama hukukundan farklı olarak kamu hukukunun uygulanması söz konusu olup; kamu düzeninin sağlanması amaçlandığından mahkemenin kendiliğinden gerek gördüğü hususları araştırma yoluna gitmesi ya da dikkate alması olanağı ve gereksinimi vardır[30]. Resen araştırma ilkesi yargıcın maddi gerçeğin ortaya çıkarılması faaliyetinde, ihbar ve kendi araştırması dâhil tarafların beyanları ile kanıtlarını da herhangi bir sınırlama olmaksızın dikkate almasını ve serbestçe değerlendirmesini gerektirmektedir[31].

Bu bağlamda resen araştırma ilkesini benimseyen yargılamalarda kararın gerekçesinde tartışılan vakıa ve deliller, yalnızca tarafların sunduklarından ibaret olmayacaktır. Resen araştırma yetkisiyle donatılmış yargı mercileri, önlerine gelen davada her çeşit incelemeyi kendiliğinden yapıp gerekli belge ve bilgileri taraflardan ve diğer ilgili yerlerden isteyebilirler. Dolayısıyla gerekçenin işlevi de tarafların iddia ve savunmalarını ve bunların dayandığı delilleri karşılamak yanında mahkemenin resen yaptığı araştırma sonucunda elde ettiği vakıa ve delilleri ve bu delillere ilişkin olarak tarafların iddia ve savunmalarını yeterince karşılamasını da içerecektir.

Medeni yargılamada temyiz aşaması bakımından; kararın gerekçesiz olması karara etki eden yargılama hatası veya eksikliği (HMK mad. 371/1-ç) olarak değerlendirilecek bir bozma sebebi olmakla birlikte karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmazsa, gerekçenin değiştirilerek ve düzeltilerek onanacağı (HMK mad. 370/4) belirtilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise hükmün 230'uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi, açıkça hukuka kesin aykırılık hâlleri arasında sayılmıştır (CMK mad. 289). Bununla birlikte doktrinde ceza yargılaması açısından gerekçe göstermek maddi bakımdan imkânsızsa, imkânsız denecek kadar güçse veya zararı yararından çok olacaksa, bu durumun istisna kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüş, bu takdirde gerekçenin keyfî olmadığını göstermek için "takdiren" denilerek gerekçenin gösterilmeyeceği ya da tam gösterilmeyebileceği

bulunmadığı yönündeki görüşe de katılmaktayız: "*Bu kuralların amaçsal yorumlanması açısından, adalete ve gerçeğe ulaşmayı da, uyuşmazlıkları çözmeyi de amaç olarak görmek, hukukçuya hem güçlü hem de esnek bir yorum imkânı kazandıracaktır*." Bkz. Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 6.

30 Öncel, M., Kumrulu, A. Çağan, N. (2021). s. 220.

31 Kaşıkcı, M., (2017). s. 80.

savunulmuştur[32]. Aksi yönde bir görüşe göre hâkime takdir hakkı verildiği durumlarda da mahkemeler kararlarında gerekçe göstermek durumundadır[33]. Çalışmamızın temel alanını oluşturan vergi yargılaması açısından görüşümüzü belirtmek gerekirse, mahkemenin "takdiren" gibi ifadelerle kararını gerekçelendirmesi mümkün olmayacaktır. Öte yandan mahkemenin doldurulması gereken hukuk boşluklarını anayasal ilkelere ve yorum kurallarına uygun olarak doldurabilecek olması, başta adalet olmak üzere hukuk düzeninin karşısında yetersiz olan yasanın ihmal edilerek hukuk yaratılmasının mümkün bulunması ayrı bir konudur[34]. Bu gibi durumlarda da makul ve yeterli bir gerekçe gereksinimi varlığını sürdürecektir.

2. Vergi Yargılaması Bakımından

Bilindiği üzere Türkiye'de vergi yargısı, idari yargı kolu içinde yer almaktadır. Bu bakımdan vergi yargısının ilkeleri, vergi hukukuna özgü olanlar dışında, idari yargıya egemen olan ilkeler ile aynıdır[35].

İdari yargılama hukuku ve vergi yargılaması hukukunda mahkeme yargılama sürecinde son derece aktif konumda olup dava malzemesini araştırmak yanında davanın tarafları istemese dahi ilk incelemeye ilişkin hususları resen dikkate alabilir, resen duruşma yapabilir. Zira idari yargıda ve vergi yargısında asli amaç, idarenin hukuka aykırı işlem veya eylemde bulunmamasını sağlamak adına idareyi hukuksal yönden denetlemek ve böylece hukuk devletini korumaktır[36].

---

32 Kunter, Yenisey, Nuhoğlu. (2006). s. 1239-1240. Yazarlara göre bunun en klâsik örneği, temel cezanın iki sınır arasında seçilmesidir. Bu durumun Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacağı yönünde bkz. "*Anayasada ve Kanunumuzda bütün kararların gerekçeli olarak yazılmasının mecburi tutulması, sadece genel normun, yani kuralın bu yolda olduğunu gösterir. Gerektiğinde istisna kabulüne engel değildir. Zira her kuralın gerekirse istisnası kabul edilebilir… Bu istisnaları Anayasaya aykırı bulmamak gerekir, zira aykırılık başka şey, istisna oluş başka şeydir. Aynı nedenlerle istisnasının istisnası da elbet olabilecektir.*" Kunter, Yenisey, Nuhoğlu. (2006), s. 49-50.

33 Turan, H. (2016). s. 379.

34 "*Yasada faiz ödemenin düzenlenmesi ancak uygulanacak faiz oranı hakkında herhangi bir hüküm bulunmaması veya yasanın sürelere uyma yükümü getirmesi fakat sürelerin uzunluğunun belirlenmemesi ya da yasaya ilgiliye seçim hakkı tanıyan bir hüküm konmuş olmasına rağmen bu hakkın kullanılmasına ilişkin usullere yer verilmemesi doldurulması gereken bir hukuk boşluğuna işaret eden durumlara örnek gösterilebilir. Tüm bu örneklerde ortak olan unsur gerekli düzenlemenin noksan bırakılmış olması nedeniyle düzenlemede yer alan hakkın kullanılamaması veya ödevin yerine getirilememesi, bir başka deyişle eksik düzenleme yüzünden normun uygulanabilir olmayışıdır.*" Bkz. Furtun, İ.H. (2009). *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma – Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri,* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 70.

35 Mutluer, K., Dayanç Kuzeyli, N.N. (2019). *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 274.

36 Ulusoy, A. D. (2020). s. 99.

Bu açıdan gerekçenin idari yargılama ve vergi yargılamasına özgü işlevi, Anayasa'nın 125'inci maddesine de uygun şekilde idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin sağlandığının ortaya konulmasıdır. Özellikle idari dava türlerinden "iptal davasının" idarenin işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığını saptamak, idarenin hukuka bağlılığını sağlamak ve hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirmek şeklinde ortaya konulabilecek temel amaçları[37]; iptal kararlarının yasal, hukuka uygun ve yeterli bir gerekçeyle verildiği ve gerekçesine uygun şekilde yerine getirildiği takdirde gerçekleşebilecektir[38]. Uygulamada vergi mahkemesinde açılan davaların da çok büyük bir kısmının iptal davası niteliğinde olduğunu ve tam yargı davalarının istisnai davalar olduğunu söylemek mümkündür[39].

İdari işlemlerin yargısal denetimi kapsamında idari yargı yetkisinin Anayasa'nın 125'inci maddesinin dördüncü fıkrası ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'inci maddesinin ikinci fıkrasında çizilen sınırı olan "hukuka uygunluk denetimi"nden de bahsetmek gerekmektedir. Bu sınırlamadan kaynaklanan "yerindelik denetimi" yasağı, "yürütme görevinin yerine getirilmesini kısıtlayacak" nitelikte karar verme yasağı, "idari eylem ve işlem niteliğinde" karar verme yasağı ve "idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde" karar verme yasağı da kararın ve gerekçesinin denetiminde dikkate alınacaktır[40]. Öte yandan bu yasakları da çok katı şekilde algılayarak idarenin takdir yetkisinin yargı yerince objektif olarak denetlenmesi olanağını ortadan kaldırmamak gerekir[41].

Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların iptal ve tam yargı davalarına benzer yönleri bulunmakla birlikte kendine özgü ilkeleri ve bu dava

---

37 "Nitekim iptal davasının esas amacı davacı ve davalı arasındaki uyuşmazlığı gidermek değil dava konusu edilen işlemin hukuka uygun olup olmadığını tespit etmek, hukuka aykırı olması durumunda iptal edilmesini sağlamaktır. Atay, E. E. (2007). "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararının Uygulanması", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu,* Danıştay Yayını No: 74, s. 29.

38 *"Ayrıca, iptal kararı ile yalnızca dava konusu edilen işlem hukuk düzeninden çıkarılmamakta, bu işlem dayanak alınarak tesis edilen tüm işlemlerin hukuki dayanağı da ortadan kaldırılmaktadır. İkinci olarak, iptal kararlarının yerine getirilmesi amacıyla, iptal edilen işlem nedeniyle bozulan hukuk düzeninin yeniden tesisi için geriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde idari işlemler tesis edilmektedir."* Aslan, *Z., Barlass, İ., Berk, K., Arat, N. vd. (2020). Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil),* Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 46.

39 "*Vergi davaları terkin ve iptale yönelikse iptal davası, Hazineye geçen verginin geri verilmesini de içeriyorsa iptal davası ile birlikte açılan tam yargı davası niteliğini taşır."* bkz. Kaneti, S., Güneş, G., Ekmekci, E., Kaşıkcı, M. (2022). s. 477; Mutluer, K., Dayanç Kuzeyli, N.N. (2019). s. 277.

40 Aslan, Z., Barlass, İ., Berk, K., Arat, N. vd. *(2020).* s. 90.

41 Ulusoy, A. D. (2020). s. 46.

türlerine benzemeyen tarafları da vardır[42]. Vergi yargısına özgü ilke ve kurallar ise devletin vergilendirme yetkisinden, yasasız vergi alınmasının mümkün olmamasından, vergilendirmede eşitlik sağlamanın gerekliliğinden ve verginin en az masrafla zamanında alınması gibi hususlardan kaynaklanmaktadır[43]. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesinin ikinci fıkrasında vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağının belirtilmesi, bu durumu vurgulamaktadır. Yargı merci, bir yandan uyuşmazlığı ortadan kaldırırken aynı zamanda idarenin yargısal denetimini gerçekleştirmek suretiyle hukuk devleti ilkesi gereği vergilendirme işlemlerinde yasaya uygunluğu sağlayıp subjektif işlemler bakımından verginin yasallığı ilkesini geçerli kılmaktadır[44]. Verginin yasallığı ilkesi uyarınca[45] vergilendirme işlemini veya bu işlemin iptalini gerektiren olguların ve hukuki nedenlerin hiçbir tereddüde meydan vermeyecek şekilde ve yasaya uygun olarak saptanması zorunludur. Bu zorunluluk Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinde vergiyi doğuran olayın ve buna ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğuna ilişkin kuralla vurgulanmıştır.

Vergi yargılamasında resen araştırma ilkesinin dayanağını oluşturan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dosyaların incelenmesi" kenar başlıklı 20'inci maddesi uyarınca Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar.

Gerekçesi olmayan ya da yetersiz olan bir kararda, vergi yargısında geçerli olan resen araştırma ilkesinin etkin bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı belirsiz olacaktır[46].

---

42 Kaneti, S., Güneş, G., Ekmekci, E., Kaşıkcı, M. (2022). s. 475.

43 Mutluer, K., Dayanç Kuzeyli, N.N. (2019). s. 274.

44 Öncel, M., Kumrulu, A. Çağan, N. (2021). s. 199.

45 T.C. 1982 Anayasası'nın "vergi ödevi" başlıklı 73'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." Anılan hükümde düzenlenen verginin yasallığı ilkesinin birey ve devlet yönünden boyutları bulunmaktadır. Bu bağlamda ilkenin birey yönünden boyutları; temsilsiz vergi olmaz ilkesi, yasasız vergi olmaz ilkesi ve verginin belirgin olması ilkesi iken devlet yönünden boyutları verginin alınması zorunluluğu ilkesi ve verginin zorla yürütüm yoluyla alınmasıdır. Verginin alınması zorunluluğu ilkesi (boyutu) kapsamında, *"eğer yasalar uyarınca bir verginin yükümlü tarafından verilmesi gerekiyorsa, ilgili makam bunu kesinlikle almalıdır…Demek oluyor ki verginin alınması zorunluluğu ilkesi emredici bir ilke olarak devletten vergiyi toplama görevini mutlaka yerine getirmesini isteyecek ve yönetim de vergiyi toplamaktan sarfınazar edemeyecektir…"* bkz. Güneş, G. (2014). *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul: On İki Yayıncılık, s. 14-22.

46 Özdiler Küçük, E. (2014). "Vergi Suçlarında Masumiyet Karinesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5., S. 2., s. 204.

Vergi idaresinin subjektif takdiri işlemlerinin önlenmesi ve bireyin vergisel işlem ve tedbirlere karşı son derece duyarlı olan temel hak ve özgürlüklerinin korunması ancak yargısal denetimle ve bu denetim sonucunda verilen kararların yerine getirilmesiyle mümkün olabilecektir. Bu bağlamda kararı uygulamak ve kararın gerekçesine göre yeni bir işlem uygulamak zorunda olan idare yönünden de idari işlemin hangi gerekçeyle iptal edildiğinin anlaşılması önem taşımaktadır.

Yargı kararlarının gerekçelerinin anılan temel ve doğrudan etki gösteren işlevleri yanında dolaylı işlevleri de söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda, gerekçenin vergi mevzuatında ve vergi idaresinin emsal uygulamalarında yol gösterici etkisinden söz edilebilir.

Bu noktada vergi idaresi açısından da bağlayıcı olan Danıştay içtihadı birleştirme kararlarını ayrıca vurgulamak gerekmektedir[47]. Vergi hukukunun bağlayıcı kaynakları arasında yer alan bu kararlar, uygulamada ayrı görüşler nedeniyle beliren tereddütleri giderme ve uygulama birliğini sağlamak amacı taşıdığından vergi hukuku alanındaki Danıştay içtihadı birleştirme kararlarının gerekçelerinin bu işlevi gerçekleştirecek içeriği ve niteliği haiz olması uygun olacaktır.

Bunun yanında, vergi yargıcı kimi zaman kararın gerekçesinde dava konusu edilmeyen[48] ya da usul kuralları gereğince edilemeyen ancak dava konusu işlemle ilgili diğer işlemlerin hukukilik değerlendirmesini yapabilmekte, böylece vergi idaresine yol gösterebilmektedir. Örneğin vergi idaresinin vergi yükümlüsünün talebi üzerine, tereddütlü olduğu konularla ilgili olarak verdiği (VUK mad. 413) ve vergi incelemesi aşamasında inceleme raporunun denetlenmesinde dikkate alınan (VUK mad. 140) özelgelere (muktezalara) karşı dava açılabilmesi, mevcut uygulamada genellikle kabul görmemektedir[49]. Bu itibarla vergi idaresinin

---

47 06.10.1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 40'ıncı maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, Danıştay içtihadı birleştirme kararları, Danıştayın daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare için bağlayıcıdır.

48 *"Örneğin İYUK madde 7 uyarınca ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem ve uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Davanın yalnızca davacı hakkında uygulanan bireysel işlem olduğunu düşünelim, bu işlemin dayanağı olan düzenleyici işlem hukuka aykırı ise, idari yargıç dava konusu edilmese dahi dayanak düzenleyici işlemin hukuka aykırılığını gerekçede ortaya koyar, bu kuralı ihmal eder ancak bu düzenleyici işleme hüküm fıkrasında yer vermez. Böyle bir durumda, hüküm konulmasa da yargı kararının gerekçesi vasıtasıyla düzenleyici işlem konusunda idare pekâlâ yönlendirilir ya da sonraki davalar için yol gösterici etki yaratabilir."* Sunay, Z. A. (2016). s. 77.

49 Bu yönde bir karar için bkz. Danıştay Yedinci Dairesinin 17/9/2002 tarihli, Esas 2002/663,

yürüttüğü tarh işlemine karşı açılan davada, tarhiyatın dayandığı bir özelgenin hukuka aykırılığı gerekçede ortaya konularak, vergi idaresine yol gösterilmesi mümkün olabilecektir.

II.VERGİ YARGILAMASI BAKIMINDAN GEREKÇELİ KARAR HAKKININ DAYANAKLARI

A. ANAYASAL DAYANAKLAR

Yargı mercileri açısından gerekçe zorunluluğu ilkesinin, bireyler açısından ise gerekçeli karar hakkının birincil dayanağı Anayasa'dır. Bu bağlamda gerekçeli karar hakkı, Türk Hukukunda anayasal nitelikte bir hak olarak kabul edilmiştir. Anayasa'nın 141'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiğine ilişkin anayasal buyruk, sonradan yürürlüğe giren adil yargılanma hakkını düzenleyen 36'ıncı maddeden aldığı destekle, bu ödünsüz yapısını güçlendirmiştir[50].

T.C. 1982 Anayasası'nın 141. maddesinin gerekçesinde; "*Madde bütün kararların gerekçeli yazılmasını amir bulunmaktadır. Genellikle mahkeme kararlarına karşı kanun yolu açıktır. İlgilinin bu kanun yoluna başvurabilmesi için hakkındaki kararın gerekçesini bilmesi ve kanun yolu merciin de savunmasını*

Karar 2002/206 sayılı kararı. https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 22/6/2022) "*213 sayılı Vergi Usul Kanununun 378'inci maddesinde, Vergi Mahkemesinde dava açabilmek için; verginin tarh edilmesinin, cezanın kesilmesinin, tadilat ve takdir komisyonları kararlarının tebliğ edilmiş olmasının lazım olduğu belirtilmiş; 413'üncü maddesinde de, mükelleflerin, Maliye Bakanlığından veya Maliye Bakanlığının bu hususta yetkili kıldığı makamlardan vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında izahat isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır.*
Bilindiği üzere, idari davaya konu olabilecek işlemler idarenin tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemleridir. Belirli konularda bilgi edinmek için idareye sorulan sorular ve yapılan başvurulara karşılık olarak idarenin verdiği cevap ve açıklamalar, belirli bir hukuki durumu ya da olguyu belirtmekle yetinen "icrailik" niteliğinden yoksun işlemlerdir. Bu itibarla bu türden bir işlemin idari bir davaya konu edilmesi mümkün değildir.
Olayda; davacı Şirket tarafından iptali istenilen ... Defterdarlığı Gelir Müdürlüğü işleminin, taşıt alım vergisinin tarh ve tahakkukuna ilişkin bir işlem değil, Vergi Usul Kanununun 413'üncü maddesi uyarınca yapılan başvuru üzerine verilen "mütalaa" niteliğinde olduğu anlaşılmakla, 213 sayılı Yasanın 378'inci maddesinde sayılan nitelikte bulunmayan ve kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan söz konusu işleme karşı açılan davanın, bu yönden reddi gerekirken, mahkemece, işin esasına girilerek yazılı gerekçe ile hüküm tesisinde isabet görülmemiştir." https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 22/6/2022)
Öte yandan 6009 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanunu'nda yapılan değişikliklerden sonra özelgelerin mevcut hukuki etkileri nazara alındığında, özelgelerin yargısal denetime tabi tutulabilmesi gerektiği görüşündeyiz. Konu hakkında detaylı değerlendirme için bkz. Gümüşkaya, G. (2021), *Hukuk Devleti Perspektifinden Vergi Hukukunda Özelgeler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, ss. 267-273.

50 Şeker, H. (2018). *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, s. 48.

bu gerekçeye göre yapabilmesi, inceleme merciin incelemesinde de gerekçesinin göz önüne alınması için kararın gerekçeli yazılması lazımdır." ifadeleri yer almaktadır[51].

Madde gerekçesinde gerekçenin "kanun yolu denetimine" ilişkin işlevinden bahsedilmesiyle yetinilse dahi yukarıda belirtildiği üzere bu gerekçenin işlevlerinden yalnızca biridir. Aksi durumun kabul edilmesi hâlinde kanun yolu denetimine açık olmayan yargı kararlarının gerekçesiz olmasının mümkün olduğu gibi son derece yanlış bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda bireysel başvuru denetimiyle; gerekçeli karar hakkının adil yargılanma hakkının ve hukukun üstünlüğü ilkesinin zorunlu ve mutlak bir unsuru ve bir insan hakkı olmasının vurgulanması önem taşımaktadır. Gerçekten Anayasa Mahkemesi gerekçeli karar hakkına ilişkin bireysel başvuru kararlarında, bu hakkın hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü ile bağlantısını ortaya koymaktadır[52].

Bunlara ek olarak, T.C. Anayasası'nın 138'inci maddesinin birinci fıkrasında hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermeleri gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda hükmün bir parçası olan gerekçenin yazılmasında dikkat edilmesi gereken temel ölçütler; Anayasa'ya uygunluk, kanuna uygunluk, hukuka uygunluk ve vicdani kanaattir[53]. Bir davada uygulanabilir bir yasaya dayanmayan, hukukilikten tamamen uzak olan gerekçe, Anayasa'nın aradığı nitelikte bir gerekçe değildir. Bu durumda vergi idaresinin yasal dayanaktan yoksun ya da hukuka aykırı işlemlerine karşı açılan davalarda, söz konusu işlemin "kamu düzenine" ya da "kamu yararına" uygun bulunduğu yönündeki gerekçeler yeterli olmayacaktır. Bunun yanında bu hüküm doğrultusunda; gerekçenin yalnızca dar anlamda kanuna uygun olmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri, hukukun genel ilkelerini de kapsamına alacak şekilde anayasaya ve hukuka uygun olmasının da gerekliliğini vurgulamak gerekir.

---

51 Kocahanoğlu, O. S. (1993). *Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa,* İstanbul: Temel Yayınları, s. 191; Aktaran, Alp, M. (2001). s. 435.

52 "…Mahkemeler, "*kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme*" yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olmasının yanı sıra tarafların, muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması için de gereklidir (AYM, *Sencer Başat ve Diğerleri,* § 34).

53 Sunay, Z. A. (2016). s. 129.

B. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE ve İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA YER ALAN DAYANAKLAR

T.C. 1982 Anayasası'nın 90'ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca iç hukukumuzun bir parçası olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ("İHAS") adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ıncı maddesinde gerekçeli karar hakkı açıkça yer almamaktadır. Buna karşılık İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ("İHAM") içtihatlarında bu hakkın adil yargılamanın bir gereği olduğu açıkça belirtilmektedir. Bu bağlamda insan hakları hukuku alanında gerekçeli karar hakkının içtihatlarla geliştiği söylenebilecektir.

İHAM gerekçeli karar hakkının işlevlerini tarafların karara itiraz hakkının etkili şekilde kullanılmasının sağlanması ve hukuki olarak dinlenildiklerinin gösterilmesi olarak ortaya koymakta, dolayısıyla bu hakkın ihlal edilip edilmediğini de bu yaklaşımla değerlendirmektedir[54].

İHAM'ın yaklaşımına göre adil yargılanma hakkının boyutlarından biri olarak tarafların iddia, savunma ve delillerinin, kararın sonucuna etkisinden bağımsız olarak yargı yerince uygun şekilde incelenmesi gerekmektedir[55]. Bunun yanında ulusal mahkemelerin kararlarının gerekçeli yazılması zorunluluğunun her bir iddia ve savunmanın detaylı olarak cevaplandırılması şeklinde anlaşılmaması gerektiği de kararlarda vurgulanmaktadır. Kararın niteliğine ve somut olayın özelliklerine göre bu zorunluluğun kapsamı değişebilecektir[56]. Ayrıca kanun yolu merciin kural olarak kanun yolu başvurusunu reddederken alt mahkemenin kararına atıfta bulunmakla yetinebileceği de belirtilmektedir[57]. Bu noktada temel ölçüt, yargılama bir bütün olarak değerlendirildiğinde davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki iddia ve savunmaların ayrıca ve açıkça gerekçede değerlendirilmiş olmasıdır[58].

---

54 İHAM, *Hadjianastassiou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 33; İHAM, *Suominen/Finlandiya*, B. No: 37801/97, 1/7/2003, § 37; İHAM, *The Estate of Nitschke/İsveç*, B. No: 6301/05, 27/9/2007. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi, *Hadjianastassiou* kararında adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak açıkça belirtilmiştir. https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022) bkz. Turan, H. (2016). s. 353.

55 İHAM *Jokela/Finlandiya*, B. No: 28856/95, 21/5/2002, § 72. https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022)

56 İHAM *Van de Hurk/Hollanda*, B. No: 16034/90, 19.04.1994, § 61; İHAM, *Hiro Balani/İspanya*, 18064/91, 9/12/1994, § 27. https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022)

57 İHAM *Helle/Finlandiya*, B. No: 20772/92, 19/12/1997. https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022)

58 İHAM, *Ruiz Torija/İspanya*, B. No: 18390/91, 9/12/1994, §§ 29-30; İHAM, *Hiro Balani/İspanya*, § 28; Aktaran; İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4)*, İstanbul: Avrupa Konseyi Yayını, s. 193.

Konunun vergi uyuşmazlıkları bakımından incelenmesinden önce, adil yargılanma hakkının bu tür uyuşmazlıklar bakımından koruma getirip getirmediğinin İHAM içtihatları bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme, 6'ıncı maddenin uygulanabilirliğini "medeni hak ve yükümlülüklerin" ve "suç isnadlarının" karara bağlanması süreçleri ile sınırlamıştır[59]. Bu bağlamda, Türk vergi hukuku bakımından vergi suç ve kabahatlerine ilişkin davalar "suç isnadı" kapsamında değerlendirilmekle birlikte[60] salt vergi aslına ilişkin olarak görülen davalar verginin "kamusal" niteliği ağır bastığından[61] 6'ıncı maddenin kapsamı dışında görülmektedir[62]. Diğer bir ifadeyle İHAM, vergi aslına ilişkin davaların İHAS'ın 6'ıncı maddesine aykırılığına ilişkin bireysel başvuruları konu bakımından yetki alanında görmemektedir. Öte yandan vergi aslı ve bu aslın feri niteliğindeki vergi cezalarının bir arada yargılamaya konu olduğu davalar da bir bütün olarak ele alınarak 6'ıncı maddenin kapsamında sayılmaktadır[63].

Vergi cezalarına ilişkin yargılamanın İHAS'ınn 6'ıncı maddesi bakımından değerlendirildiği karar örneklerinden biri olarak *The Estate of*

---

59 Yaltı, B. (2006). *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 82.

60 Örneğin bkz. İHAM, *Jussila/Finlandiya*, B. No: 73053/01, 23/11/2006, §§ 29-39. https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022) Anılan karara göre aykırılığın/yaptırımın niteliğine yönelik değerlendirme yaptırımın cezai karakterini ortaya koyuyorsa, ayrıca yaptırımın niceliksel olarak "ağır" miktarda olup olmadığına bakılmayacaktır. "Niceliksel ağırlık" ancak niteliksel tespitleri destekleyen bir unsur olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle olayda, vergi cezalarının genel nitelikteki yasal düzenlemelerle vergi yükümlülerinin (KDV yükümlülerinin) geneline uygulanması, mali zararın tazmini için değil suçun yeniden işlenmesini önlemek amacını taşıması bu nedenle "önleyici" ve "cezalandırıcı" nitelikte olması nedeniyle İHAS 6 anlamında "suç isnadı" niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Cezanın niceliksel olarak hafif olması bu sonucu değiştirmemektedir. 6'ıncı madde uygulama alanı bulacaktır.
Bu durumda miktarı ne olursa olsun, yaptırımı para cezası olan vergi cezaları (bu çerçevede Türk hukukunda yer alan "vergi ziyaı", "usulsüzlük" ve "özel usulsüzlük" cezaları) cezalandırıcı ve caydırıcı mahiyette, tazmin amacı gütmeyen "ceza" mahiyetindedir. Bunun sonucunda bu cezalara ilişkin yargılamalar İHAS 6'da belirlenmiş olan tüm gereklilikleri sağlamalıdır bkz. Yaltı, B. (2006). s. 101.
Elbette yaptırım olarak hapis cezası uygulanan vergi suçlarına ilişkin yargılama süreçleri de 6'ıncı maddenin korumasına dâhildir.

61 Oysa 6. maddede "özel (hukuk) hak ve yükümlülüklerinden" *("private rights and obligations")* değil, "medeni hak ve yükümlülükler"den söz edilmektedir; Fransızca metinde de "medeni hak ve yükümlülükler" yerine "medeni nitelikte hak ve yükümlülükler" (*droits et obligations de caractère çivil)* ifadesi geçmektedir. A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük. (2005). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 270.

62 İHAM, *Ferrazzini/İtalya*, B. No: 44759/98, 12/7/2001 https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022) Geniş açıklama ve değerlendirme için bkz. Yaltı, B. (2006). s. 86 vd.

63 İHAM, *Georgiou/Birleşik Krallık*, B. No: 40042/98, 16/5/2000. https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022)

Nitschke/İsveç başvurusuna ilişkin kararda, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararına atıfla yetinmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği iddiası kabul görmemiştir[64]. Zira ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesini detaylı olarak belirttiği, başvurucunun iddiaları bakımından vardığı sonuçlara kuşku bırakmayacak şekilde yer verdiği belirtilmiştir. Ayrıca yargılama tarafları da birbirinin iddia ve savunmalarına yönelik görüş bildirme ve kendi iddia ve savunmalarını mahkemeye sunma olanağı bulmuştur[65].

Bu bağlamda İHAM'a göre ilk derece mahkemesinin kararının onanmasıyla, istinaf mahkemesi taraflara ilk derece mahkemesinin gerekçesine tamamıyla katıldığını göstermiştir. Ayrıca başvurucunun istinaf mahkemesinin hangi iddialarının daha önce alt derecede tartışılmayıp istinaf mahkemesince de incelenmediği ortaya konulamamıştır. İHAM, istinaf mahkemesinin kararının yeterli olduğuna ve başvurucunun temyiz mahkemesine etkili başvurusunu ortadan kaldırmadığına karar vermiştir (bkz. *The Estate of Nitschke/İsveç*, § 45).

Kamulaştırma işleminden kaynaklanan ve kamulaştırma bedeli ile veraset vergisi matrahı arasındaki fark çerçevesinde mülkiyet hakkına aykırılık iddiasının[66] ve ulusal yargı süreçlerinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasının incelendiği Jokela/Finlandiya bireysel başvurusunda da gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiası kabul görmemiştir[67].

İHAM, ulusal makamların yargı kararlarının gerekçelerinin, içerik ve şekil açılarından nasıl olması gerektiğine yönelik müdahalede bulunmamakta, adil yargılanma hakkı açısından belirli ölçütlerin/asgari standartların karşılanıp karşılanmadığını incelemektedir. Bunlar kararın makul, meşru ve yeterli gerekçesinin bulunmasıdır.

C. YASAL DAYANAKLAR

Vergi yargılaması hukukunun temel kanunlarından biri olan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 24'üncü maddesinde, kararlarda

---

64 İHAM, *The Estate of Nitschke/İsveç*, B. No: 6301/05, 27/9/2007. https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022)

65 Görüldüğü üzere İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi söz konusu kararında, vergi yükümlüsünün gerekçeli karar hakkını, adil yargılanma hakkının çelişmeli yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi gibi diğer boyutlarıyla bir arada değerlendirmiştir.

66 Yaltı, B. (2006). s. 132.

67 İHAM, *Jokela/Finlandiya*, B. No: 28856/95, 21/5/2002. https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022)

bulunacak hususlar arasında "kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi" yer almaktadır.

Bu hükümde gerekçenin asgari unsurları belirtilmemekle birlikte, gerekçenin yalnızca kararın dayandığı hukuki sebeplerden ibaret olmadığı anlaşılmaktadır.

Anılan Kanunun 27'inci maddesinin 2. fıkrasında ise yürütmenin durdurulması kararlarında gerekçe gösterilmesi zorunluluğu ayrıca öngörülmüştür. Bu hususta yalnızca kararın gerekçeli olması gerektiğinin ifade edilmesiyle yetinilmemiş, gerekçenin kapsamına ilişkin de bir belirleme yapılmıştır. Şöyle ki idari işlemin "hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması hâlinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğu" belirtilmelidir. Öte yandan açıkça belirtilmese de anayasal zorunluluk gereğince, yürütmenin durdurulması taleplerinin reddi yönündeki kararların da yeterli gerekçeye sahip olması gerekmektedir. Aksi yöndeki tutum, ret kararına karşı itiraz olanağını kısıtlayacağından gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil edecektir[68].

2577 sayılı Danıştay Kanunu'nun 51. maddesi de, Danıştayca verilen kararların gerekçelerinin bulunmasını öngörmektedir.

Görüldüğü üzere vergi yargılamasında gerekçenin içeriğine ilişkin kapsamlı bir hüküm yer almamaktadır. Bu nitelikte bir hüküm, ceza yargılaması bakımından, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. Anılan Kanunun 34'üncü maddesinin ilk fıkrasına göre *"Hakim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230'uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir."*

Maddede atıfta bulunulan 230'uncu maddeye göre ceza yargılamasında verilen hüküm "mahkûmiyet hükmü" ise bu hükmün gerekçesinde yer alması gereken unsurlar şunlardır:

- İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler,
- Delillerin tartışma ve değerlendirilmesi,
- Hükme esas alınan ve reddedilen deliller, bu kapsamda -ayrıca ve açıkça olmak üzere- dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller,
- Ulaşılan kanaat,

[68] Yılmaz Özel, N. (2016). *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 365.

- Sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesinin yer alması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere ceza yargılaması bakımından -bu kapsamlı unsurların yalnızca mahkûmiyet hükmüne ilişkin olması[69] ayrıca eleştirilebilecek ise de- mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde yer alması gereken unsurlar ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. İdari yargılama hukuku ve vergi yargılaması hukuku da ceza yargılaması hukuku gibi kamu hukukunun alt disiplinleri olduğundan ve temel hak ve özgürlüklere temas eden yönleri bulunduğundan, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da böyle kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmesi uygun olabilecektir. Bunun yanında, gerekçeli karar hakkı açısından anayasal ve yasal güvencelerin varlığı pozitif hukuk açısından önem taşımakla birlikte hakkın etkili şekilde korunması açısından yargı pratiği asıl rolü üstlenmektedir[70]. Bu itibarla gerekçeli karar hakkına ilişkin etkili koruma, gerekçeli karar hakkına özen gösteren yargı kararlarıyla ortaya çıkacaktır[71].

III.TÜRK VERGİ YARGILAMASI BAKIMINDAN GEREKÇELİ KARAR HAKKININ YARGI YOLUYLA KORUNMASI

A. GEREKÇELİ KARAR HAKKININ KANUN YOLLARINDA KORUNMASI

Gerekçeli karar hakkı, daha önce belirtildiği üzere Anayasa'da çifte güvenceye kavuşturulmuştur. Öte yandan kanun yolu denetimine ilişkin olarak getirilen yasal sınırlar, bazı yargılamaların adil yapılıp yapılmadığı ve bu kapsamda gerekçeli karar hakkına uyulup uyulmadığının denetlenememesine yol açmaktadır.

Özellikle vergi mahkemesinin kararlarının denetiminde parasal sınır öngörülmesi, Anayasa'nın öngördüğü yargı denetimini kısıtlayıcı, gerekçeli karar hakkı da dâhil olmak üzere adil yargılanma hakkını sınırlandırıcı niteliktedir[72].

---

69 Beraat hükmünün gerekçesinde, CMK'nin 223'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hâllerden hangisine dayanıldığının belirtilmesi gerekir (CMK mad. 230/2). Yani gerekçede eylem sabit olmadığı için mi; yoksa sabit olmasına rağmen, suç teşkil etmediği için mi beraat kararı verildiği açıklanacaktır. Kunter, N., Yenisey, F., Nuhoğlu, A. (2006). s.1238. Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, 223'üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hâllerden hangisine dayanıldığının belirtilmesi gerekir (CMK md.230/3). Anılan hükümlerin dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi hâlinde bunun nedenleri gerekçede gösterilir (CMK mad. 230/4).

70 Sunay, Z. A. (2016). s. 46.

71 Bekri, M.N. (2014). s. 218.

72 Kaneti, S.; Ekmekci, E.; Güneş, G.; Kaşıkcı, M. (2022). *Vergi Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 522.

Temyiz denetimine tabi bulunan bölge idare mahkemesi kararlarının gerekçesiz olması ya da yetersiz veya hatalı gerekçe içermesi, başlı başına kararın bozulması sebepleri arasında gösterilmemiştir. Öte yandan, İYUK 49 uyarınca Danıştay, temyiz incelemesi sonucunda hukuka aykırı karar verilmesi ve usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması hâlinde incelenen kararı bozmaktadır. Bu durumda gerekçedeki hukuka aykırılık veya kararı etkileyebilecek nitelikte hata ve eksiklikler bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.

Bununla birlikte gerekçedeki hata ve eksiklikler, kararı etkileyecek nitelikte değilse kararın bozulması söz konusu olmamaktadır. Aksine, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre;

> *"Temyiz incelemesi sonucunda Danıştay, kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, gerekçesini değiştirerek onar."*

Bu durumda kararın sonucunun hukuka uygun olması ancak gerekçesinin eksik, hatalı ya da yetersiz olması hâlinde, gerekçenin bizzat temyiz mercisi tarafından değiştirilmesi söz konusudur. Oysa tarafların kararın sonucunun değişmesine yol açabilecek iddia, savunma ve delillerinin dikkate alınmamış olması hâlinde gerekçenin değiştirilerek onanması değil, bozulması gerekmektedir. Gerekçe değişimi hâlinde ise yeni gerekçe, tarafların kararın sonucuna etkili olabilecek iddia ve savunmalarını sunmasını gerektiren yeni tespitler içermemelidir. Aksi hâlde gerekçe değişimi, kararın dayanaklarının da değişimi anlamına gelecek, bu da taraflara savunma hakkı tanınmasını gerektirecektir.

Bunun yanında, mahkemenin resen araştırma yetkisi ve görevini yerine getirdiğinin de gerekçeli karardan tespit edilebilmesi ve denetlenmesi söz konusu olacaktır.

B. GEREKÇELİ KARAR HAKKININ BİREYSEL BAŞVURU YOLUYLA KORUNMASI

1. Genel Olarak

T.C. Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru denetimi, bilindiği üzere bir kanun yolu denetimi niteliğinde olmayıp Anayasa'da ve İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve ek protokollerinde yer alan temel

hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlaline yönelik şikâyetlerin incelendiği bir yargı yoludur. Söz konusu temel hak ve özgürlüklerden biri de adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan gerekçeli karar hakkıdır.

Anayasa Mahkemesi; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında kamusal niteliği ağır basan bir ilişkiye yönelik olduğu kabul edilerek adil yargılanma hakkının kapsamı dışında bırakılabilen vergisel uyuşmazlıkların başta mülkiyet hakkı olmak üzere medeni hak ve yükümlüler alanında önemli yansımaları bulunan bir ilişkiden doğduğunu vurgulamakta, adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Dolayısıyla vergisel uyuşmazlıklar bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarını konu bakımından yetki alanı içinde değerlendirmektedir[73].

Yukarıda belirtildiği üzere vergi yargılaması bakımından öngörülen parasal sınırların kanun yolu denetimini bir ölçüde sınırlandırdığı ve "kararın düzetilmesi" yolunun da yürürlükte olmadığı göz önüne alındığında, vergi yargılaması bakımından gerekçeli karar hakkının bireysel başvuru yoluyla koruması bu açıdan da ön plana çıkmaktadır.

Gerekçeli karar hakkına ilişkin bireysel başvuru incelemelerinde kanımızca, derece mahkemelerinin kararın içeriğine ilişkin takdir yetkisi ile tarafların adil yargılanma hakkının korunması arasında denge kurulmaktadır.

Şöyle ki herhangi bir davada bilirkişi raporu veya uzman mütalaasının gerekli olup olmadığı, tanık dinletme taleplerinin gerekliliği, delillerin kabul edilebilirliği veya değerlendirilmesi gibi hususlar derece mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir[74]. Anayasa Mahkemesince yapılan bireysel başvuru incelemelerinde, ancak söz konusu takdir yetkisi kullanımlarında "açık bir keyfîlik" ya da "açık bir hata" bulunduğu

[73] AYM, *E.T.Y.İ. A.Ş.*, B. No: 2013/596, 8/5/2014, § 28; *Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/7847, 9/3/2016, § 31.

[74] Turan, H. (2016). s. 312. Örneğin bkz. "Derece Mahkemeleri, kararların yapısı ve içeriği ile ilgili olarak geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Özellikle taraflarca ileri sürülen kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi öncelikle derece mahkemelerinin görevidir." (İHAM, *Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda*, B. No: 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23/4/1997, § 50). Bu nedenle açıkça keyfî olmadıkça, belirli bir kanıt türünün kabul edilebilir olup olmadığına, değerlendirme şekline veya aslında başvurucunun suçlu olup olmadığına karar vermek, Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Benzer değerlendirmeler için bkz. İHAM, *Garcia Ruiz /İspanya,* B. No. 30544/96, 21/1/1996, § 28). AYM, *Sencer Başat ve Diğerleri*, § 33.

hâllerde adil yargılanmanın ihlali gündeme gelmektedir. Yeterli ve makul olmayan, görünürde bir gerekçe ise "açık keyfîliğin" göstergesidir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin vergi yargısı kararlarının içeriği üzerindeki denetimi daha ziyade "kararın gerekçesi" üzerinde olmaktadır.

Bu kapsamda örneğin inceleme elemanı veya mali müşavirin dinletilmesi, duruşma yapılması gibi taleplerin değerlendirilmesi yukarıda ifade edildiği üzere derece mahkemelerinin yetkisi iken bu taleplerin reddi yönündeki kararın doyurucu ve meşru bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı Anayasa Mahkemesince incelenebilecektir. Yine bir vergi tarhiyatının hukuka uygun olup olmadığı derece mahkemelerince belirlenecek bir uyuşmazlık iken tarhiyatın hukuka aykırı olduğuna ilişkin esaslı iddiaların kararın gerekçesinde tartışılıp tartışılmadığı, bireysel başvuruda değerlendirilebilecektir.

Gerekçeli karar hakkıyla yukarıda bahsedilen makul dengenin kurulması, gerekçenin adil yargılanma hakkına uygunluk bakımından taşıması gereken asgari unsurların saptanmasıyla mümkün olabilecektir.

T.C. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının değerlendirilmesi sonucunda gerekçeli karar hakkının yerine getirilmiş olması için gerekçenin hangi asgari unsurları taşıması gerektiği tespit edilebilmektedir.

Bunun yanında her somut olay bağlamında bu unsurlar bakımından farklı değerlendirmeler de yapılabilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bir gerekçede tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiğinin davanın niteliğine ve koşullarına bağlı olduğunu belirtmektedir[75].

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin hemen hemen tüm kararlarında uyguladığı belirli unsurlar/ölçütler de bulunmaktadır.

Aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecek olan bu unsurlar/ölçütler; gerekçenin yeterli ve makul olması, bu kapsamda esaslı iddia ve savunmaların gerekçede karşılanmış olması, yargılama bakımından önem taşıyan hususlara ilişkin yargı kararlarının dikkate alınmış olması, vergi idaresinin iddialarının doğrudan karara dayanak alınmamış olması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin usuli iddia ve savunmaların dikkate alınmış olması, gerekçenin çelişkili olmaması ve anlaşılır olması olarak

[75] AYM, Sencer Başat ve diğerleri, § 35.

sınıflandırılabilecektir. Belirtmek gerekir ki bu sınıflandırma özellikle vergi yargılamasında gerekçeli karar hakkının ihlali iddiasına ilişkin bireysel başvuru kararları nazara alınarak, tarafımızca yapılmıştır.

2. Gerekçeli Karar Hakkının Unsurları Bakımından

a. Gerekçenin Yeterli ve Makul Olması

i. *Genel Olarak*

Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına ilişkin kararlarında tespit edilen ortak bir yön, gerekçenin adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte yani "yeterli ve makul olmasına" yapılan vurgudur[76].

Gerekçenin yeterli ve makul olmasından kastedilen nedir?

"Yeterli" sözcüğü Güncel Türkçe Sözlük'te; "*bir görevi, işlevi yerine getirme gücü olan, etkisi olan*", "gereksinimlere cevap veren, ihtiyaçları karşılayan"; "makul" sözcüğü ise *"akla uygun, akıllıca, belirli, aşırı olmayan, uygun, elverişli"* olarak tanımlanmaktadır[77]**.** Bu bağlamda kanımızca yeterli ve makul gerekçenin, yukarıda *kararın ve dayanaklarının anlaşılması, kararın denetlenmesi* ve *karara güvenilmesi* olarak belirttiğimiz temel işlevlerini karşılamaya elverişli gerekçe olarak tanımlanması mümkündür. "Yeterli ve makul" olma ölçütü, yalnızca bir kapsam meselesi değil aynı zamanda nitelik meselesidir. Amaç ise temelde adalet gereksiniminin giderilmesidir.

Anayasa Mahkemesi, makul gerekçeyi şu şekilde tanımlamaktadır: "*Makul gerekçe, davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta, özenle seçilmiş sözcüklerle ifadelendirilmiş gerekçedir*[78]*."*

Yine Anayasa Mahkemesinin bir bireysel başvuru kararına göre; "*… Derece mahkemeleri, dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyuşmazlıkla ilgili vardığı sonucu, sonuca varılmasında*

[76] Örneğin bkz. AYM, *Sencer Başat ve Diğerleri*, § 61.

[77] https://www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 10/3/2022)

[78] AYM, *Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No. 2013/1213, 4/12/2013, § 26; AYM, *İbrahim Ataş*, B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 24.

kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır. Bu gerekçelerin oluşturulmasında açıkça bir keyfilik görüntüsünün olmaması ve makul bir biçimde gerekçe gösterilmesi halinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez…"[79].

Yeterli ve makul gerekçenin anlam ve kapsamını araştırırken kullanılabilecek bir diğer yöntem, "yetersiz ve makul olmayan" gerekçenin ne olduğunu tespit etmektir. Mahkemelerin "kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme" yükümlülükleri kapsamında[80]; yüzeysel, şekli, formül ifadelerden ibaret bir gerekçenin yeterli olmadığı açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin soyut ya da teorik olarak değil, uygulamada ve etkili şekilde korunması esas olduğundan, gerekçeli karar hakkı da "şekli anlamda gerekçeyle" sınırlı değildir.

Örneğin gerekçede "*tarafların toplanan delillerine, tanık beyanlarına, dosyadaki yazılara, yasaya uygun gerektirici nedenlere, mahkemede hasıl olan vicdani kanaate, yeterli görülen uzman bilirkişi raporuna..."* gibi ifadelerle yetinilmesi yeterli olmayacaktır. Bunun gibi sadece dava konusu olay hakkında açıklama içeren gerekçe, yeterli bir gerekçe değildir. Mevzuatın yorumu ve açıklanan olaya nasıl uygulandığı da gerekçeden anlaşılmalıdır[81]. Bu yaklaşımla verdiği bir kararda Anayasa Mahkemesi, başvurucu yükümlülerin sahte fatura düzenlediklerine ilişkin iddianın yargılama konusu olduğu ceza davası sonucunda verilen karar bakımından, *"iddia, savunma, vergi suçu inceleme raporu, bilirkişi raporu, ekli belgeler ile tüm dosya kapsamına"* yapılan soyut bir atfın, başvurucuların hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmelerine imkân tanımayacağını belirtmiştir[82].

Bunun yanında gerekçeli karar hakkı tüm iddia ve savunmaların detaylı olarak gerekçede yanıtlanması anlamına da gelmeyip temel olarak;

- Davanın sonucuna etkili olay, olgu ve argümanların açıklanmasını,
- İddia ve savunmadan birinin diğerine üstün tutulma sebebinin anlaşılmasını,
- Tarafların sunduğu delillerden karara dayanak olarak alınanların

[79] AYM, *İbrahim Ataş*, § 23.

[80] AYM, *Sencer Başat ve Diğerleri*, § 34.

[81] Danıştay Yedinci Dairesinin 12/3/2007 tarihli ve 2005/3853 Esas, 2007/1037 Karar sayılı kararı. Danıştay Yedinci Dairesinin 17/9/2002 tarihli, Esas 2002/663, Karar 2002/206 sayılı kararı.

[82] AYM, *Yıldıray Özbey ve Diğerleri*, B. No: 2014/18932, 8/9/2015. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 19/4/2022)

mahkemelerce kabul edilmesi ve diğerlerinin reddedilmesi hususlarında makul dayanakları olan bir bilgilendirmenin sağlanmasını,

- Gerekçenin usulüne uygun şekilde oluşturulmasını, hüküm fıkraları ile uyumlu, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek bir içerik taşımasını,
- Mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında "ilgili ve yeterli" bir yanıt vermesini,
- Yanıt verilmesini gerektiren usul ve esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmamasını güvence altına almaktadır[83].

Bunun yanında kararın dayanaklarının güvenilirliğine ilişkin ciddi kuşkuların varlığı da gerekçeyi yetersiz kılmaktadır[84].

Anayasa Mahkemesi gerekçenin "makul" olmasını vurgularken pek çok kararında da gerekçenin detaylı olması gibi bir zorunluluğun bulunmadığını belirtmektedir[85].

Yukarıdaki ölçütlerden hareketle bir gerekçenin mevcut olduğu, ancak farklı yönde bir karara yol açabilecek ölçüde önemli olan esaslı unsurların tartışılmadığı ve gerekçede karşılanmadığı hâllerde gerekçeli karar hakkının ihlal edilmiş olacağı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları ışığında; vergi uyuşmazlıkları bakımından gerekçeli karar hakkına ilişkin olarak ihlal kararı verilen durumlar aşağıda "*ii-v*" arası başlıklarda incelenmektedir.

ii. Esaslı İddia ve Savunmaların Gerekçede Karşılanmış Olması

Esaslı iddia ve savunmaların neler olduğu bakımından genel geçer bir belirleme yapmak güç olsa da tarafların ileri sürdüğü sonuca etkili başlıca iddialar ile temel hak ve özgürlüklere yönelik iddiaların bu unsurlar arasında yer aldığı söylenebilecektir[86].

---

83 AYM, *Sencer Başat ve Diğerleri*, §§ 37-39.

84 AYM, *Sencer Başat ve Diğerleri*, § 61: *"Savunmaların dayanağını oluşturan ve dijital verilerin güvenilirliğine ilişkin ciddi kuşkular uyanmasına neden olan bilirkişi raporları ve uzman mütalaaları gözetildiğinde, önemli ölçüde, dijital veri ve içeriklerine dayanan İlk Derece Mahkemesince verilen kararın gerekçesi, adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte, yeterli ve makul olarak değerlendirilemez. Bu sebeple "gerekçeli karar hakkı" ihlal edilmiştir."*

85 *"…Gerekçelendirme, davanın sonucuna etkili olay, olgu ve argümanları açıklamak yükümlülüğü olmakla birlikte, bu şekildeki gerekçelendirmenin mutlaka detaylı olması şart değildir…"* AYM, *Sencer Başat ve Diğerleri*, § 37.

86 Sunay, Z. A. (2016). s. 193.

Vergisel uyuşmazlıklara ilişkin olarak sunulan iddia ve savunmaların gerekçede ayrı ve açık bir değerlendirme gerektirdiğinin belirtildiği kararlardan çeşitli örnekler verilebilir.

Söz konusu iddia ve savunmalar, daha önce de belirtildiği üzere uyuşmazlığın çözümü için esaslı, ciddi nitelikte bulunmuştur.

Örneğin bir başvurucunun yaptığı pamuk satışları için KDV oranının %1 olduğu, oysa tarhiyatta %18 oran üzerinden KDV hesaplandığı iddiası, ilgili Bakanlar Kurulu kararı ekinde pamuk satışlarında uygulanacak KDV oranının %1 olduğunun karar altına alındığı hususu da göz önüne alındığında bu nitelikte kabul edilmiştir[87].

Bir diğer kararında Anayasa Mahkemesi, tarhiyata yönelik tarh zamanaşımı süresinin dolduğu iddiasının temelsiz olmayıp uyuşmazlığın sonucunu etkileyebilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir[88]. Bu bağlamda olayda zaman aşımının gerçekleştiği gibi bir tespitte bulunmamış ancak zaman aşımıyla ilgili hükümleri de inceleyerek "tarh zamanaşımının söz konusu olabileceğini" belirtmiş, yani iddiayı ciddi bulmuştur. Vergi mahkemesi bu iddiayı karşılar mahiyette herhangi bir gerekçeye yer vermemiş, istinaf talebi üzerine yetkili Bölge İdare Mahkemesi kararında da bu iddia ve itiraza yönelik herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Bu sebeple yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır[89].

Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti. bireysel başvurusuna ilişkin kararında da[90] "uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğu anlaşılan iddialarının incelenmediği ve kararda açıklığa kavuşturulmadığı" sonucuna ulaşılmıştır.

Söz konusu karara konu olayda, başvurucu şirket yat işletmeciliği ve inşaat müteahhitliği işiyle uğraşmaktadır. Şirket, 2006 yılı sonunda satın aldığı teknenin ticari yat olarak tescili talebiyle ilgili liman başkanlığına başvurmuş, liman başkanlığı durumu yetkili vergi dairesi müdürlüğüne bildirerek "vergi mükellef kaydının" yapılmasını istemiştir. Ayrıca vergi

87 AYM, *Münür Ata*, B. No: 2014/4958, 22/1/2015.

88 AYM, *Burak Şendir*, B. No: 2015/278, 9/5/2019.

89 Zaman aşımı sürelerine ilişkin iddiaların davanın sonucuna etkili argümanlar olduğu yönünde bir İHAM kararı için bkz. *Ruiz Torija/İspanya*, § 30.

90 AYM, *Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/7847, 9/3/2016

idaresine de söz konusu tekneye ilişkin bilgiler verilmiş ve gerekli kayıt işlemlerinin yapılması talep edilmiştir.

Ancak ilgili vergi dairesi müdürlüğü, yaklaşık beş yıl sonra teknenin ticari olarak tescilinin 24/6/2009 tarihinde yapıldığı gerekçesiyle başvurucu adına 2007, 2008 ve 2009 yılları için geriye dönük motorlu taşıtlar vergisi tahakkuku yaparak buna ilişkin ödeme emirleri tebliğ etmiştir.

Başvurucu Şirket, ödeme emirlerine karşı açtığı davada dava dilekçelerine liman başkanlığına ve vergi dairesine yaptığı başvurulara ilişkin yazışmaları eklemiştir.

Ödeme emirlerine karşı açılan davalarda verilen kararlarda;

- İlgili teknenin 2009 yılında ticari yat olarak tescil edildiği,
- Teknenin satın alındığı tarihten tescil tarihine kadar ise özel amaçla kullanıldığının kabulünün gerektiği,
- Özel tekne olarak tescil olunduğu dönemler itibariyle tahakkuk eden vergilerin tahsiline ilişkin ödeme emirlerinin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Başvurucu Şirket tarafından Aydın Bölge İdare Mahkemesine yapılan itirazda mevcut iddialara ek olarak;

- 2009 yılında yapılan tescilin 2006 yılındaki başvuru üzerine yapıldığı,
- Liman Başkanlığına yeni bir başvuru yapılmadığı,
- Bu süreçte teknenin özel tekne olarak da tescil edilmediği,
- Dolayısıyla tekne satın alınmış olmakla birlikte tescil edilmediği için 2009 yılına kadar vergiyi doğuran olayın gerçekleşmediği ileri sürülmüştür[91]
- Aydın Bölge İdare Mahkemesi, itiraza konu kararların usul ve hukuka uygun olup bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığı gerekçesiyle itirazları reddetmiştir.

Başvurucu, tüzel kişilik olan Şirketin özel amaçlı kullanımı olamayacağı gibi tonilato belgesi düzenlenmediği için teknenin hiç

[91] AYM, *Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, § 15.

kullanılmadığı, üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirerek tekne alındıktan sonra hem vergi dairesine hem de liman başkanlığına gerekli bildirimlerin süresinde yapıldığı, teknenin ticari kaydının 2009 yılına kadar yapılmamasında kendilerine düşen bir sorumluluk bulunmadığını ileri sürmüştür[92].

AYM, oy çokluğuyla verdiği kararında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken şu tespitlerde bulunmuştur:

- Vergi mahkemesi kararında vergiyi doğuran olay olarak tescilin esas alınması gerektiği belirtilmekle birlikte, başvurucunun teknenin özel amaçlı yat olarak tescil edilmediği yönündeki iddiasının doğruluğu açıklığa kavuşturulmamıştır.
- Başvurucunun vergiyi doğuran olayın satın almayla değil liman siciline tescille doğacağı, ticari tescilin 2009 yılına kadar yapılmamasında kendisinden kaynaklanan bir kusur bulunmadığı, idarenin kusuru ve geç işleyişi nedeniyle tescilin geç yapıldığı yönündeki "uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğu anlaşılan iddialarının incelenmediği ve kararda karşılanmadığı" sonucuna varılmıştır (*Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, § 46).
- Ayrıca bölge idare mahkemesinin de "atıf yapılarak karşılanacak iddialardan" olmayan bu iddialara kararında cevap vermediği belirtilmiştir (bkz. aynı karar, § 47).
- Yargılama bütünüyle dikkate alındığında gerekçeli karar hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna oyçokluğuyla varılmıştır (bkz. aynı karar, § 51)[93].

92 AYM, *Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, § 41.

93 Anılan karara ilişkin karşı oy gerekçesinde ise, başvurucu şirketin ilgili liman başkanlığına ve vergi dairesine başvurduktan sonra bu başvurunun makul bir sürede sonuçlandırılmasını talep etmeksizin ve kanunlarda bulunan idari ve hukuki yollara başvurmaksızın iki yıldan fazla bir zaman takipsiz bırakmasının hayatın olağan akışına uymadığı gibi basiretli bir tacirden beklenebilecek bir tutum olmadığı, tescili sonuçlandırmak için herhangi bir adım attığı yolunda dosyada bir bilgi bulunmadığı, bunun başvurucu açısından bir vergiden kaçınma yöntemi olduğu ancak 2006 sonu ve 2007 başında ilgili sicil müdürlüğü ve vergi dairesi kayıtlarına girmiş bulunan vergi bakımından da yükümlülüğün doğduğunun kabul edilmesi gerektiği, vergi mahkemesinin de buradan hareket ederek, yatın ticari amaçla kullanımının gerçekleşmediği yolundaki itirazları da "özel kullanımda olduğunun kabulü gerekeceği" şeklindeki kısa ancak yeterli bir gerekçeyle karşıladığı kanaatine ulaşmıştır.
Yine karşı oy gerekçesine göre, yetkili Bölge İdare Mahkemesinin tüzel kişiliğin özel kullanımının söz konusu olamayacağı yolundaki başvurucu itirazlarının cevapsız bırakılmış olması bir gerekçe eksikliği olarak görülebilecektir; ancak kullanımın "eylemli kullanım"

iii. Yargılama Bakımından Önem Taşıyan Hususlara İlişkin Yargı Kararlarının Dikkate Alınmış Olması

Dava konusuyla benzer ya da yargılama bakımından önem taşıyan bir hususa ilişkin olarak, aynı ya da farklı yargı kollarında verilen kararlarının dikkate alınması gerektiği yönündeki iddialar da Anayasa Mahkemesince esaslı/ciddi nitelikte kabul edilmektedir.

Bu hususta güncel bir karar örneği, Anayasa Mahkemesince *Kemal Turan* bireysel başvurusuna ilişkin olarak verilen karardır[94].

Başvuruya konu olayda başvurucu, F.Ü. adlı bir kişiye gayrimenkulünü teminat göstermek koşuluyla faizle borç para verdiği, daha sonra bu kişinin zor durumundan yararlanarak söz konusu gayrimenkulü üzerine aldığı ve ardından gayrimenkulü satarak haksız gelir elde ettiği yönündeki tespitler sonucunda cezalı vergi tarhiyatlarıyla karşılaşmıştır. Başvurucu, vergi ziyaı cezalı banka ve sigorta muameleleri vergisi tarhiyatına karşı açtığı davanın kabul edildiği ve kararın kesinleştiğini, öte yandan aynı olay nedeniyle yapılan gelir vergisi tarhiyatlarına karşı açtığı davaların, anılan kararlarla çelişen şekilde reddedildiğini belirtmiştir. Bunun yanında hakkında yapılan ceza yargılamasında tefecilik ve dolandırıcılık suçlarından beraat ettiğini, aleyhine açılan tapu iptali ve tescili davasının reddedildiğini ve ilgili kararların kesinleştiğini de eklemiştir.

Anayasa Mahkemesi, anılan farklı tarhiyatların aynı maddi olaydan kaynaklandığını belirtmiş, maddi olayı "F.Ü. ile olan hukuki ilişki" olarak belirlemiştir. Söz konusu yargı kararlarında başvurucunun "faiz geliri elde etmediği", "tefecilik ve dolandırıcılık suçu işlemediği", "gerçek bir gayrimenkul alım satım ilişkisinin bulunmadığı yönündeki davanın reddedildiği" yönündeki hususların, gelir vergisi tarhiyatına karşı açılan davanın sonucuna doğrudan etkili olduğundan ayrı ve açık bir

demek olmadığı, kaldı ki şirket yetkilisi gerçek kişilerin yatı şirket adına her zaman kullanma imkânına sahip bulunduklarının açık olduğu göz önüne alındığında bu hususun dile getirilmemesinin adil yargılanma hakkını başlı başına ihlal etmediği kanaatine varılmıştır (AYM, *Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti., Karşıoy Gerekçesi,* §§ 10-11). Karşı oy gerekçesinde, yetkili Bölge İdare Mahkemesinin gerekçesinin yorumlanmasının ötesine geçilerek, yetersiz gerekçenin tamamlanmaya çabalandığı görüşündeyiz.
Nitekim söz konusu karşı görüşte; vergi mahkemesinin yorumunda, "tescilin yapıldığı tarihi, ilgili deniz aracının vergi dairesinin kayıtlarına girmesi tarihi olarak saptadığı" belirtilmiştir. Bu değerlendirmeye katılamıyoruz. Zira karardaki bilgilere göre vergi mahkemesi ilgili sicil müdürlüğünden tescil tarihini sormuş, bunun üzerine tescilin 2009 yılında gerçekleştirildiği bilgisini almıştır. Mahkemenin bu tarih yerine farklı bir tarihi tescil tarihi olarak kabul etmesi hâlinde bunun gerekçesini açıklaması gerekmektedir.

94 AYM, *Kemal Turan,* B. No: 2018/18194, 25/2/2021.

cevap verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (*Kemal Turan*, § 45). Gerek ilk derece gerekse kanun yolu aşamalarında ilgili kararlar başvurucu tarafından sunulmasına karşın, aksi yönde sonuca ulaşmayı haklı gösterecek bir gerekçeye yer verilmediği tespit edilerek, başvurucunun uyuşmazlığın çözümü için esaslı nitelikteki iddia ve itirazlarının "konu ile ilgili makul ve yeterli bir gerekçe" ile karşılanmadığı sonucuna varılmıştır (*Kemal Turan*, § 46).

Yukarıda alıntıladığımız *Münür Ata* kararında da gerekçeli karar hakkına aykırı bulunan bir diğer yön, konusu ve hukuka aykırılık iddiası benzer uyuşmazlık (dava konusu tarhiyat ile aynı tebligat zarfı içinde gönderilen geçici vergi ve vergi cezasına karşı açılan davada ileri sürülen tebligatın usulsüzlüğü iddiası) bakımından verilen yargı kararlarının dikkate alınmaması ve bu karardan farklı hüküm verilmesinin gerekçesinin açıklanmaması olmuştur[95].

Bir diğer olayda limitet şirket ortağı olan başvurucu, şirketten tahsil edilemeyen vergi borçlarının şirket ortağı olduğundan bahisle hakkında düzenlenen ödeme emirlerine karşı dava açmıştır. Başvurucu söz konusu şirketin ortağı olmadığını ve bununla ilgili ticaret mahkemesinde dava açtığını belirtmiş, yetkili vergi mahkemesi, ticaret mahkemesinden gelen ara kararı cevabından söz konusu davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğinin anlaşıldığını belirterek davayı reddetmiştir. Öte yandan kararın temyizi aşaması devam ederken yetkili ticaret mahkemesinde açılan dava başvurucunun lehine, şirketin ortağı olmadığı yönünde sonuçlanarak, karar kesinleşmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kesinleşen kararın vergi yargılamasında dikkate alınmamasının gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Nitekim bu kararlar ve başvurucunun şirket ortağı olmadığı iddiası "ciddi" niteliktedir ve ne ilk derece mahkemesi tarafından ne de kanun yolları aşamalarında değerlendirilmiştir[96].

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, bir diğer kararında kanımızca yukarıdaki kararlarına aykırı bir yaklaşımda bulunmuştur[97]. Söz konusu karara konu olayda, başvurucu şirket hakkında yapılan vergi incelemesinde başvurucunun sahte fatura ticareti yapan İ. İnş. Nak. Taah. Ltd. Şti.nden sahte fatura aldığı, bu sahte faturaları resmî defterlerine kaydettiği ve anılan sahte faturaları kullanarak haksız yere katma değer

95 AYM, *Münür Ata*, § 44.

96 AYM, *Nusret Yumrutaş*, B. No: 2013/6355, 19/11/2015.

97 AYM, *As Elmaslar Nak. Harf. İnş Maden Taah. Tic. ve San. Ltd. Şti.*, B. No: 2016/5849, 25/09/2019.

vergisi indiriminden yararlanmak suretiyle vergi ziyaına yol açtığı tespit edilmiştir. Bu tespitlerden hareketle başvurucuya cezalı vergi tarhiyatı yapılmış ve Şirketin mesul müdürü hakkında VUK 359 (b) fıkrası uyarınca cezalandırılma talebiyle kamu davası açılmıştır. Uyuşmazlığa konu olayda başvurucu; incelemede tenkit edilen faturalara konu malların gerçekten alındığını, ödemelerin banka havalesi veya çekle yapıldığını ve sahte fatura temininin söz konusu olmadığını belirterek cezalı tarhiyatın kaldırılması istemiyle, Kocaeli 2. Vergi Mahkemesinde dava açmıştır.

Gölcük 1. Asliye Ceza Mahkemesince iddianamenin kabul edilmesiyle başlanan kamu davasında yapılan yargılama neticesinde ise özetle bilirkişi raporunda söz konusu malların ve hizmetlerin görüldüğünün anlaşılması ve suçlamanın tüm şüphe sebeplerinden arınmış tarafsız delillerle sabit olmaması nedeniyle, sanık kanuni temsilcisinin beraatine hükmedilmiştir.

Cezalı tarhiyata karşı açılan davanın ise özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmı kabul edilmiş, vergi ziyaı cezalı tarhiyata ilişkin kısmı reddedilmiştir. Red gerekçesinde kısaca vergi tekniği raporunda tespit edildiği üzere mükellefin düzenlediği belgelere göre kısa süre içinde çok yüksek tutarlı hasılatlarını elde edebileceği gerçek bir faaliyetinin mevcut olmasının ekonomik ve ticari hayatın olağan icaplarına uygun düşmediği, bu ölçekte hasılatı bulunan mükellefin adreslerinde yapılan yoklamada bulunmadığı, asgari vergisel ödevlerini yerine getirmediği gibi hususlar dikkate alındığında, bu mükellefin düzenlediği belgelerin gerçek bir alım satım ilişkisine dayalı olarak düzenlenmediği sonucunun açıkça ortaya çıktığı belirtilmiş ve karar bu yönde kesinleşmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ceza yargılamasında verilen beraat kararının sunulmasına karşın vergi yargılamasında dikkate alınmamasının gerekçeli karar hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. AYM'ye göre, idari yargılama süreci devam ederken başvurucu Şirketin mesul müdürü hakkında yapılan ceza yargılamasında, sadece emtianın gerçekten alınıp alınmadığı yönünde inceleme yapılarak beraat kararı verilmiş, sahte fatura kullanımı ile ilgili herhangi bir inceleme ve değerlendirmenin ise yapılmadığı görülmüştür. Buna karşılık vergi mahkemesi tarafından, sahte fatura kullanma fiili çerçevesinde inceleme yapılarak bu kapsamda Şirket faaliyetinin gerçek olup olmadığı hususuyla ilgili detaylı bir değerlendirme yapılmış, bu Şirketin faaliyetinin gerçek olmadığı sonucuna ulaşılmış ve bu sebeple davanın reddine hükmedilmiştir.

Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesi neticesinde ise vergi mahkemesinin yaptığı değerlendirme ile ceza mahkemesinin yaptığı değerlendirmenin tamamen farklı suçlara ilişkin olduğu anlaşılmıştır. Vergi mahkemesinin ceza mahkemesi kararı uyarınca hüküm kurması ya da kararında bu hususa yönelik itirazları karşılaması mecburiyetinden söz edilemeyeceği anlaşılmış ve gerekçeli karar hakkı bakımından bir ihlalin bulunmadığı değerlendirilmiştir. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar haklarının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Kanımızca vergi yükümlüsünün ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararını vergi mahkemesine sunması üzerine vergi mahkemesinin beraat kararını kararında hiç tartışmamış olması gerekçeli karar hakkını ihlal etmektedir. Zira söz konusu beraat kararı, vergi yargılamasında da dikkate alınması gereken esaslı/ciddi bir unsurdur.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 4/11/2021 tarihli ve 2019/4 Esas, 2021/78 Karar sayılı kararıyla[98] Vergi Usul Kanunu'nun 367'inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "***Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.***" hükmünün iptal edilmesiyle kanımızca bu husus yasal düzlemde de açıklığa kavuşmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, adil yargılanma hakkının da gereği olarak vergi ve ceza yargılamaları sonucunda hükmolunan toplam cezanın kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşturmasının engellenmesi amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınıp alınmadığı, bu konuda her iki süreci yürüten kamu otoritelerinin birbirleriyle etkileşime girip girmedikleri hususunun da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu itibarla vergi ödevlilerinin diğer temel hak ve özgürlükleri yanında gerekçeli karar haklarının da etkili şekilde korunması bakımından, yargılamanın sonucuna etkili bir hususa ilişkin olarak aynı ya da farklı yargı kollarında verilen yargı kararlarının dikkate alınması ve farklı bir yaklaşımda bulunulması hâlinde makul, yasal ve yeterli bir gerekçeyle farklılığın haklı sebebinin ortaya konulması önem taşımaktadır.

[98] AYM Kararı, E. 2019/4, K. 2021/78, 4/11/2021 (9/3/2022 tarihli ve 31773 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır).

iv. Vergi İdaresinin İddialarının Doğrudan Karara Dayanak Alınmamış Olması

Yargı kararlarında vergi idaresinin iddialarının doğrudan dayanak alınması, aksi yöndeki yükümlü savunmalarına neden itibar edilmediğinin gerekçeden anlaşılmaması da gerekçeli karar hakkının ihlaline yol açmaktadır.

Örneğin bireysel başvuruya konu bir olayda[99]; bir limitet şirkette belli dönemlerde çalışan ve kardeş olan başvurucuların aslında şirketin gayriresmî sahibi oldukları, adi ortaklık ilişkisi içerisinde komisyon karşılığı sahte fatura verdikleri yönündeki Vergi Tekniği Raporu'na dayanılarak başvurucuların isnat edilen suçtan mahkûmiyetine hükmedilmiştir.

Somut olayda başvurucuların adi ortaklık içerisinde sahte fatura verdikleri iddialarının dayanağını Vergi Tekniği Raporu oluşturmaktadır. İlgili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulan Vergi Suçu Raporu da bu rapordaki bulgular temelinde hazırlanmış, yargılama sırasında yapılan bilirkişi incelemesinde de bilirkişi, vergi raporlarındaki tespitleri özetlemekle yetinmiş ve sonuç kısmında başvurucuları, neden şirket işçisi değil de adi ortak olarak kabul ettiğini açıklamaksızın suçun gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır.

Başvurucular; haklarındaki suçlamaları ısrarla reddetmişler, temyiz dilekçelerinde de adi ortaklığı gösteren herhangi bir somut delilin bulunmadığını ve raporlardaki bu yöndeki tespitlerin gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüşlerdir. Nitekim cezalı vergi tarhiyatlarına karşı açılan davalarda da başvurucuların şirket aracılığıyla sahte belge düzenleme organizasyonuna dâhil olduklarının somut olarak tespit edilemediğine ve dava konusu cezalı tarhiyatların hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir[100].

Anayasa Mahkemesi, mahkûmiyet hükmünün "adi ortaklık ilişkisinin varlığı" kabulü üzerinden kurulmakla birlikte neden bilirkişi ve vergi raporlarındaki tespitlerin başvurucuların " sadece işçi olarak çalıştıkları " savunmasına tercih ettiğine dair bir açıklama getirilmediğini belirtmiştir. Kararda "iddia, savunma, vergi suçu inceleme raporu, bilirkişi

[99] AYM, *Yıldıray Özbey ve Diğerleri*, § 21.

[100] AYM, *Yıldıray Özbey ve Diğerleri*, § 24-34.

raporu, ekli belgeler ile tüm dosya kapsamına " yapılan soyut bir atfın, başvurucuların hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmelerine imkân tanıyacağı kabul edilemeyecektir. Böyle bir atıfla, başvurucuların ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı olan iddiaları tartışılmış ve karşılanmış olmayacaktır[101].

Bu bağlamda salt vergi idaresinin iddialarının kabulüyle sonuçlanan yargılamaların "adil" olmadığı ortaya konulmuştur. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin ceza yargılaması açısından bağlantılı yargılama olan vergi yargılamasında verilen kararı dikkate alması haklı ve vurgulanması gereken bir noktadır[102].

v. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Usuli İddia ve Savunmaların Dikkate Alınmış Olması

Esaslı/ciddi iddialar, salt esasa ilişkin iddialar olarak algılanmamalıdır. Bunun yanında, usule ilişkin iddialar da "esaslı" nitelik taşıyabilir. Bu bağlamda özellikle söz konusu usuli iddianın dikkate alınmamasının temel hak ve özgürlüklerden birinin kullanımını engellemesi söz konusu ise gerekçeli karar hakkı da ihlal edilmiş olmaktadır.

Örneğin, mahkemeye erişim hakkını engelleyen bir usuli aykırılık, "ciddi" niteliktedir ve ilgili yargı yerince dikkate alınması gerekir. Bu husus bir bireysel başvuruya konu olmuştur. Söz konusu olayda, gümrük idaresi tarafından eksik vergi tahsilatı nedeniyle teminat mektubunun nakde çevrilmesi suretiyle kamu alacağının tahsil edileceğine ilişkin olarak başvurucuya bildirimde bulunulmuş, ancak ilgili işleme karşı hangi sürede hangi mercilere başvurulabileceği belirtilmemiştir[103].

---

101 AYM, *Yıldıray Özbey ve Diğerleri,* § 74.

102 Söz konusu madde hükmünde, aynı fail tarafından aynı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri sonucunda uygulanacak yaptırım konusunda herhangi bir şekilde ve seviyede bağlantı kurulmasını sağlayacak güvencelere yer verilmediği, dolayısıyla bu kuralın söz konusu süreçlerin hakkaniyete uygun yürütülmesini engelleyebilecek nitelikte olduğu kararda vurgulanmıştır. Zira kural kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşmasını engellemek amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınmasını engellemekte, süreçler arasında etkileşime izin vermemekte ve ilgili kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskinin arttığı hâllerde dengeleyici mekanizmaların uygulanabilmesine imkân tanımamaktadır.

103 AYM, *Denktaş Nakliyat Turizm Ltd. Şti.,* B. No: 2013/3963, 15/10/2015; Aynı konuda bkz. *Denktaş Nakliyat Turizm Ltd. Şti,* B. No. 2013/3915, 10/3/2016; *Yavuzlar Nakliyat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti,* B. No: 2013/3914, 10/3/2016.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan ve idari işlemlerde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilerine başvuracağının ve bunun sürelerinin belirtilmesinin zorunlu olduğu kuralına rağmen dava konusu edilen işlemde bu hususlara yer verilmediği için süresi içinde dava açamadığına yönelik başvurucu iddiasının ciddi olduğu ve ilk derece mahkemesi tarafından bu iddia değerlendirilemediği için kanun yolu aşamasında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği ancak Danıştay Yedinci Dairesince ayrı bir değerlendirme yapılmayarak ilk derece mahkemesi kararına atıf yapılmak suretiyle temyiz isteminin ve daha sonra karar düzeltme talebinin reddedildiği, oysa bu iddianın atıf yapılmak suretiyle karşılanacak iddia niteliğinde olmadığı, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İdari işlemlere karşı başvuru yollarının ve sürelerinin belirtilmesi hak arama özgürlüğünün kullanılmasının ön şartıdır. Bu bağlamda, bu yöndeki eksikliğin ileri sürülmesine rağmen gerek ilk derece yargılaması gerekse temyiz aşamasında dikkate alınmaması, gerekçeli karar hakkına aykırılık oluşturmuştur. Kanımızca bu husus davacı tarafından ileri sürülmese dahi mahkemece resen dikkate alınması gereken bir yöndür.

3. Gerekçenin Çelişkili Olmaması ve Anlaşılır Olması Bakımından

Gerekçeli karar hakkı kapsamında önemli bir diğer yön, gerekçenin çelişkili olmamasıdır. Gerekçedeki hukuki temellendirmede mantıksal çelişkiler olmamalıdır. Böyle bir gerekçenin çalışmamızın başında ifade ettiğimiz işlevlerinden "karara güvenilmesi" işlevini yerine getirmesi mümkün olmayacaktır[104].

Gerçekten eğer davada çelişkili, henüz aydınlanmamış veya kuşku taşıyan noktalar varsa inceleme ve araştırmanın derinleştirilmesi zorunludur. Bu konular aydınlanmadan, kuşkular ve çelişkiler giderilmeden, çok zayıf da olsa başka türlü de olabileceği konusunda olasılık bulunan konularda bu olasılık ortadan kaldırılmadan, davanın esası hakkında karar verilmemelidir. Aksi hâlde bu karar eksik incelemeye dayalı olacağından, sağlıklı bir karar olmayacaktır[105]. Danıştay kararlarında da bu husus vurgulanmaktadır[106].

[104] Sunay, Z. A. (2016). s. 42.

[105] Candan, T. (2017). s. 645.

[106] *"Mahkemeler kararlarının yapısı ve içeriği açısından takdir yetkisine sahiptir, ancak; kararların*

Bu bağlamda hukuki açıdan doğru hususlardan hareket edildiği hâlde yanlış sonuçlara varılması hâlinde de çelişkili bir gerekçe söz konusudur.

Örneğin yukarıda incelediğimiz kararlardan biri olan *Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti.* kararında Anayasa Mahkemesinin tespitine göre ilgili vergi mahkemesi kararında motorlu taşıtlar vergisinde vergiyi doğuran olay olarak tescilin esas alınması gerektiği belirtilmekle birlikte başvurucunun teknenin özel amaçlı yat olarak tescil edilmediği yönündeki iddiasının doğruluğu açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, açıkça belirtmese de gerekçede çelişki bulunduğunu tespit etmiştir.

Gerekçenin işlevlerinden biri kararın anlaşılması olduğuna göre gerekçenin kendisinin de anlaşılır olması gereklidir. Bu bağlamda gerekçede yer alan ifadelerin özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta olması, gerekçenin sahip olması gereken özelliklerdendir.

4. Vergi Yargılamasının Aşamaları Bakımından

Daha önce de belirtildiği üzere adil yargılanma hakkı ve bu bağlamda gerekçeli karar hakkı, yargılamanın her aşamasında geçerli olan bir haktır. Bu hak, yalnızca ilk derece yargılaması aşamasını değil, tüm kanun yollarını da kapsamına almaktadır.

Bunun yanında kanun yolu aşamalarında verilen karar gerekçelerinin kapsamı, ilk derece yargılamasında verilen karar gerekçesine bağlı bulunmaktadır.

Şöyle ki, şayet vergi mahkemesi kararında tarafların karara etkili iddia ve savunmalarını yanıtlamış, makul ve yeterli bir gerekçe sunmuş ise bu karara karşı başvurulan kanun yollarında başvurunun reddi yönündeki kararlarda vergi mahkemesinin kararına atıfta bulunulması genellikle yeterli görülmektedir. Burada önemli olan husus kanun yolu başvurusunda dile getirilmiş temel unsurların incelendiğinin, kanun yolu başvurusuna konu olmuş kararın incelenerek onandığının ya da

dayanaklarını yeterli açıklıkta belirtmek zorundadırlar. Gerekçenin olayla ilgili bulunmayan hususlardan hareketle oluşturulması adil olmayan bir sonuca varılmasını sağlayacaktır. Gerekçede, birbiri ile çelişen anlatımlara yer verilmesi, maddi olayla ilgisi olmayan saptamaların yapılması durumunda sağlıklı bir çözümlemenin yapılmış olmayacağı kesindir. Bu nedenle, yargı yerleri hükme varırken kullandıkları gerekçe tutarlı olmalı, hakkaniyete uygun bir yargılama yapıldığı kanaatini uyandıracak ifadeler kullanılmamalıdır." Danıştay On İkinci Dairesinin 31/1/2005 tarihli ve 2002/1760 Esas, 2005/20 Karar sayılı kararı.

bozulduğunun gerekçeden anlaşılmasıdır[107]. Oysa doktrinde Özekes'in de haklı olarak savunduğu üzere hukuki denetimi gerçekleştirecek makamın yargılama şekli ve kararları ile örnek olması gerekir[108]. Bu itibarla onama kararı da olsa ilgili kararlarda, kararın niçin doğru bulunduğu hususunda gerçek anlamda bir gerekçenin bulunması gerektiğini düşünüyor[109], Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne paralel olarak izlediği bu yaklaşıma katılmıyoruz.

Öte yandan vergi mahkemesinin karar gerekçesi yetersiz ise ve/veya tarafların kanun yolu aşamasında ileri sürmek durumunda kaldıkları ve yargılamanın sonucuna etkili olabilecek yeni iddia ve savunmaları söz konusu ise bunların kanun yolu başvurusu sonucunda verilen karar gerekçesinde tartışılması gerekmektedir.

İlk derece yargılaması aşamasında dikkate alınmayan iddia ve savunmaların kanun yolu aşamalarında da dikkate alınmaması hâlinde yargılama bir bütün olarak dikkate alınmakta ve gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır[110].

Vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin bir ceza yargılaması sonucunda yargılamanın yenilenmesi aşamasında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin bir bireysel başvuruda, başvurucular tarafından yargılamanın yenilenmesi aşamasında sunulan delillerin, hükmün kurulduğu kararda tartışıldığı gerekçesiyle dosyanın yeniden incelenmesine gerek olmadığının kabulüne ve talebin reddine karar verilmesi söz konusu olmuştur[111].

Başvurucular, bir limitet şirketin yönetim kurulu üyeleri olup 2004-2005 yılları arasında sahte faturalar kullanarak vergi ziyaına sebebiyet verme suçundan dolayı yargılanmışlardır. Başvurucular, gerçek bir alımın olduğunu, bu mallara ilişkin bedellerin banka aracılığı ile ödendiğini,

---

107 AYM, *Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 57.

108 Özekes, M. (2003). s. 210.

109 Aynı yönde, Gündoğdu, S.B. (2021). *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 350.

110 Örneğin, bkz. *Münür Ata*, § 44: *"….bu hususa ilişkin olarak İlk Derece Mahkemesi tarafından bir değerlendirme yapılmadığından temyiz merciince İlk Derece Mahkemesi kararına atıf yapılarak karşılanacak iddia niteliğinde olmadığı, temyiz merciince bu iddianın açık bir şekilde kararlarında değerlendirilmediği ve karşılanmadığı görülmüştür. Bu nedenle, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde, başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır."*

111 AYM, *Oğuz Tatış ve Diğerleri*, B. No: 2013/4186, 15/10/2014.

suçlamanın doğru olmadığını savunmuşlarsa da anılan suçtan mahkûm olmuşlardır.

Olağan kanun yolları da başvurucular aleyhine kesinleştikten sonra başvurucuların yönelttiği yargılamanın yenilenmesi talebi, dilekçede ileri sürülen ve yeni delil olduğu beyan edilen hususların mahkemenin gerekçeli kararında tartışıldığı ve buna göre karar verildiği, ayrıca Yargıtay denetiminden de geçtiği, hükümlüler tarafından yapılan ödemelere dair sunulan belgelerin sanıkların daha az bir ceza alınmasını gerektiren mahiyette olduğuna dair beyanlarının da CMK'nin 315/1'inci maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre Mahkemenin yargılamanın yenilenmesi sonucundaki kararında sunduğu bu gerekçe ancak aşağıdaki koşullarda yeterli görülebilir:

1- Yeni olduğu ileri sürülen savunmaların ve delillerin hepsinin ya da en azından hükme dayanak yapılan kısımlarının önceki kararda tartışılmış olduğunun tespiti,

2- Bu durumun yargılama taraflarınca karardan anlaşılabilir ve denetlenebilir olması.

Anayasa Mahkemesi, başvurucular tarafından yargılamanın yenilenmesi talebiyle ileri sürülen delillerin mahkûmiyet hükmünde hiç ya da yeterince tartışılmadığını, oysa bu delillerin hükmün kurulmasında değerlendirmeye alınabilecek nitelikte olduğunu ve yeni elde edildiklerini tespit etmiştir.

Söz konusu deliller, sahte fatura kullanarak vergi kaybına sebebiyet verme iddiasıyla yargılanan başvurucuların yönetim kurulu üyeleri oldukları şirketin ilgili tarihlerde faaliyette olduğuna, başka şirketlerle alışverişi olduğuna dair belge ve mahkeme kararları, vergi ziyaı cezalarının iptaline ilişkin vergi mahkemesi kararları, mal alımında sorumlu olan ve tanıklığı önem arz edecek şirket çalışanlarının isimleri gibi delillerdir.

Gerekçeli karar hakkının ihlal edilip edilmediği kararda üç ayrı açıdan değerlendirilmiştir:

1- Ceza mahkemesi kararında (mahkûmiyet hükmünde) bazı savunmaların ve delillerinin hiç ya da yeterince tartışılmamış olması:

Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere ilgili ceza mahkemesi kararının gerekçesi, sanıkların ileri sürdüğü bazı savunmalara ve dayanağı delillere ilişkin değerlendirme içermemektedir. Vergi ziyaı cezalarının iptaline ilişkin vergi mahkemesi kararının ise ceza mahkemesi açısından bağlayıcı bir yönü bulunmadığı gerekçesiyle değerlendirmeye alınmadığı görülmektedir.

2- Yargılamanın yenilenmesi talebinde ileri sürülen ve mahkûmiyet hükmünden sonraki dönemlere ait delillerin tartışılmaması.

3- Hükümden önce bulunsa dahi sonradan elde edilen delillerin yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi kararında tartışılmaması.

Böylece kararda gerekçeli karar hakkının salt ilk derece yargılamasında değil daha sonraki aşamalarda ve aynı zamanda olağanüstü kanun yollarında örneğin olaydaki gibi yargılamanın yenilenmesi aşamasında da mevcut olduğu açıkça vurgulanmış olmaktadır.

Kararda belirtildiği üzere şayet yargılamanın yenilenmesi talebi ve bu aşamada yeni ileri sürülen deliller makul bir gerekçe gösterilmeden dikkate alınmıyor ve mahkemece savcının görüşünün tebliğ edilmemiş olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gibi itirazlar makul bir gerekçe gösterilmeden reddediliyor ise gerekçeli karar hakkının ihlali söz konusudur.

SONUÇ

Vergi yargılaması bakımından gerekçeli karar zorunluluğu, anayasal bir zorunluluk olmakla birlikte gerekçenin içermesi gereken unsur ve özelliklere ilişkin detaylı bir yasal düzenleme mevcut değildir. Öte yandan örneğin, kamu hukukunun diğer bir disiplini olan ceza yargılaması bakımından mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde yer alması gereken unsurlar, yasada ayrıntılı şekilde tespit edilmiştir.

Vergi ödevlilerinin temel hak ve özgürlüklerine yönelik vergisel müdahaleleri öngörebilmesi, karara karşı itiraz olanaklarını etkili bir şekilde kullanabilmesi, kararın doğru bir şekilde uygulanarak vergi idaresinin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi, benzer bir uyuşmazlıkta farklı karar verilmesi hâlinde farklı muamelenin

haklı nedeninin ortaya konulabilmesi ve çalışmada değerlendirilen diğer işlevlerin yerine getirilmesi için vergi yargısı kararlarının yeterli ve makul gerekçeye sahip olması gerekmektedir. Bu bağlamda, vergi yargılaması sonucunda verilen kararın gerekçesine ilişkin kapsamlı bir düzenlemeye İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da yer verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte gerekçeli karar hakkına ilişkin etkili koruma, gerekçeli karar hakkına özen gösteren yargı kararlarıyla ortaya çıkacaktır.

Vergi yargılamasında geçerli olan resen araştırma ilkesi kapsamında, kararın gerekçesi yalnızca tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalar ve bunlara ilişkin delillere yönelik değerlendirmelerle sınırlı olmayacaktır. Bu bağlamda yargı organının resen araştırma çerçevesinde taraflardan ve üçüncü kişilerden temin ettiği ve karara etkili olan vakıa, bulgu ve delillerin de kararın gerekçesinde yer alması önem taşımaktadır. Öte yandan vergi yargılamasında kanun yolu denetimine ilişkin olarak getirilen yasal sınırlar, bazı yargılamaların adil yapılıp yapılmadığı ve bu kapsamda gerekçeli karar hakkına uyulup uyulmadığının denetlenememesine yol açmaktadır.

Temyiz incelemesi sonucunda gerekçe değişimi hâlinde ise yeni gerekçe kararın sonucuna etkili olabilecek iddia ve savunmaların sunulmasını gerektiren yeni tespitler içermemelidir. Aksi hâlde gerekçe değişimi, kararın dayanaklarının da değişimi anlamına gelecek, bu da taraflara savunma hakkı tanınmasını gerektirecektir.

Yeterli ve makul olmayan, hukuki dayanağı bulunmayan görünürde bir gerekçe "açık keyfîliğin" göstergesidir. Vergi yargılamasında adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla T.C. Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular bakımından, "kararın gerekçesi"nin gerekçeli karar hakkına uygun olup olmadığının değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

Vergi yargılaması bakımından gerekçeli karar hakkına ilişkin Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları değerlendirildiğinde özetle, gerekçenin yeterli ve makul bulunmadığı durumlarda ihlal kararları verildiği görülmektedir.

Bu kapsamda;

- Davacı vergi ödevlisinin iddia ve savunmaları yerine, davalı vergi

idaresinin iddia ve savunmalarına itibar edilmesinin yeterli şekilde gerekçelendirilmediği,

- Yargı kararlarında vergi idaresinin vergi inceleme raporu, vergi tekniği raporu gibi belgelerde yer alan iddialarının doğrudan dayanak alındığı,
- Vergi borcunun zamanaşımına uğradığı iddiasında olduğu gibi davanın sonucuna etkili olay, olgu ve argümanların dikkate alınmadığı,
- İdari işleme karşı dava açma süresinin idari işleme ilişkin tebligatta belirtilmemesi gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin iddia ve savunmaların dikkate alınmadığı,
- Yargılama bakımından önem taşıyan hususlara ilişkin bir yargı kararının dikkate alınmadığı hâllerde gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.

Özellikle son olarak belirtilen durum bakımından vergi ödevlilerinin diğer temel hak ve özgürlükleri yanında gerekçeli karar haklarının da etkili şekilde korunması için yargılamanın sonucuna etkili bir hususa ilişkin olarak aynı ya da farklı yargı kollarında verilen yargı kararlarının dikkate alınması ve bu kararlardan farklı bir yaklaşımda bulunulması hâlinde makul, yasal ve yeterli bir gerekçeyle farklılığın haklı sebebinin ortaya konulması önem taşımaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesince Vergi Usul Kanunu'nun 367'inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan ve vergi yargılamasıyla ceza yargılaması arasındaki etkileşimi ortadan kaldıran "***Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.***" hükmünün iptal edilmesiyle de bu husus ortaya konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararlarında benimsenen kanun yolu denetimi sonucunda, kanun yolu başvurusuna konu olmuş kararın incelenerek onandığının ya da bozulduğunun gerekçeden anlaşılmasının yeterli olduğuna dair yaklaşıma ise katılamıyoruz. Kanımızca onama kararı verilmesi hâlinde dahi, kararın neden doğru bulunduğunun yeterli bir gerekçeyle ortaya konulması uygun olacaktır. Bunun yanında, vergi

yargılaması sonucunda verilen karara etki eden bir husus hakkında yargılama sırasında taraflara bilgilendirme yapılarak görüşlerini sunma olanağı tanınmayıp bu husus ile gerekçeli karar sırasında karşı karşıya kalmalarına meydan verilmesi de adil yargılanma hakkının amaçlarıyla bağdaşmayacaktır.

Vergilendirme ilişkisinde alacaklı vergi idaresinin kamu yararını gerçekleştirmek bakımından uygulamak durumunda olduğu tedbirlerin vergi yükümlülerinin temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüz ya da yasaya aykırı şekilde sınırlandırmaması ve idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından yargısal denetimin önemi büyüktür. Bu yargısal denetim sonucunda verilen kararın gerekçeli karar hakkına uygun, yani kısaca hukuka uygun, anlaşılır, yeterli ve makul nitelikte olması ise vergilendirme alanında olası hukuka aykırı uygulamaların önlenmesi bakımından etkili bir güvence olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Müslüm (2008). *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi.

ALANGOYA, Yavuz (1979). *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

ALP, Mustafa (2001). "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan* (ss. 425-441), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.

ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder; TAŞPINAR AYVAZ, Sema; HANAĞASI, Emel (2020). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ASLAN, Zehreddin; BARLASS, İrfan; BERK, Kahraman; ARAT, Nilay; KAĞITÇIOĞLU, Mutlu; SAYHAN, Şebnem; BARDAKÇI, Mehmet Akif; GÜMÜŞKAYA, Gamze; ALTINDAĞ, Halil (2020). *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil),* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ATAY, Ender Ethem (2007). "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararının Uygulanması", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu,* Danıştay Yayını No: 74, ss. 13-97.

BEKRİ, M. Nedim (2014). "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi,* C. 1., S. 3., ss. 205-228.

BUDAK, Ali Cem; KARAASLAN, Varol (2017). *Medeni Usul Hukuku,* Ankara: Adalet Yayınevi.

CANDAN, Turgut (2017). *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara: Yetkin Yayınları.

FURTUN, İdris Hakan (2009). *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma – Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri,* Ankara: Yetkin Yayınları.

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref (2005). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi),* Ankara: Turhan Kitabevi.

GÜMÜŞKAYA, Gamze (2021). *Hukuk Devleti Perspektifinden Vergi Hukukunda Özelgeler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

GÜNDOĞDU, Süleyman Burak (2021). *Medeni Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

GÜNEŞ, Gülsen (2014). *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul: On İki Yayıncılık.

İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4),* İstanbul: Avrupa Konseyi Yayını.

KANETİ, Selim; EKMEKCİ, Esra; GÜNEŞ, Gülsen; KAŞIKCI, Mahmut (2022). *Vergi Hukuku,* İstanbul: Filiz Kitabevi.

KARSLI, Abdurrahim (2020). *Medeni Muhakeme Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

KAŞIKCI, Mahmut (2017). *Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

KOCAHANOĞLU, Osman Selim (1993). *Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa,* İstanbul: Temel Yayınları.

KONURALP, Halûk (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları,* Ankara: Yetkin Yayınları.

KUNTER, Nurullah; YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe (2006). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul: Arıkan Yayıncılık.

KURU, Baki (2020). *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Ankara: Yetkin Yayınları.

MUTLUER, Kamil; DAYANÇ KUZEYLİ, N. Nilay (2019). *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖNCEL, Muallâ; KUMRULU, Ahmet; ÇAĞAN, Nami; GÖKER, Cenker (2021). Vergi Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi.

ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda (2014). "Vergi Suçlarında Masumiyet Karinesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5., S. 2., ss. 195-208.

ÖZEKES, Muhammet (2003). *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

PEKCANITEZ, Hakan (2017). *Pekcanıtez Usûl Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, Ed: Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.

SEROZAN, Rona (2016). *Hukukta Yöntem-Mantık,* İstanbul: Vedat Kitapçılık.

SUNAY, Zühal Aysun (2016). *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları.

ŞEKER, Hilmi (2018). *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi.

TURAN, Hüseyin (2016). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı,* Ankara: Adalet Yayınevi.

TUTUMLU, Mehmet Akif (2014). *Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ULUSOY, Ali D. (2020). *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

YALTI, Billur (2006). *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık.

YILMAZ ÖZEL, Nurcan (2016). *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Çevrimiçi Kaynaklar

http://www.dildernegi.org.tr/TR,457/ataturk-ve-turkce.html (Erişim Tarihi: 15/4/2022)

https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 10/5/2022)

https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 18/4/2022)

https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 22/6/2022)

https://www.tdk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 15/4/2022)

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, 4/11/2021.

Burak Şendir, B. No: 2015/278, 9/5/2019.

Denktaş Nakliyat Turizm Ltd. Şti., B. No: 2013/3963, 15/10/2015.

Denktaş Nakliyat Turizm Ltd. Şti, B. No. 2013/3915, 10/3/2016.

E.T.Y.İ. A.Ş., B. No: 2013/596, 8/5/2014.

Hüseyin Çınar ve Diğerleri, B. No: 2014/10248, 12/1/2017.

İbrahim Ataş, B. No: 2013/1235, 13/6/2013.

Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No. 2013/1213, 4/12/2013.

Münür Ata, B. No: 2014/4958, 22/1/2015.

Nusret Yumrutaş, B. No: 2013/6355, 19/11/2015.

Oğuz Tatış ve Diğerleri, B. No: 2013/4186, 15/10/2014.

Sencer Başat ve Diğerleri, B. No: 2013/7800, 18/6/2014.

Şah Tarım İnşaat Turizm Seyahat Yatçılık San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/7847, 9/3/2016

Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013.

Yavuzlar Nakliyat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti, B. No: 2013/3914, 10/3/2016.

Yıldıray Özbey ve Diğerleri, B. No: 2014/18932, 8/9/2015.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

Ferrazzini/İtalya, B. No: 44759/98, 12/7/2001.

Garcia Ruiz /İspanya, B. No. 30544/96, 21/1/1996.

Georgiou/Birleşik Krallık, B. No: 40042/98, 16/5/2000.

Hadjianastassiou/Yunanistan, B. No: 12945/87, 16/12/1992.

Helle/Finlandiya, B. No: 20772/92, 19/12/1997.

Jokela/Finlandiya, B. No: 28856/95, 21/5/2002.

Jussila/Finlandiya, B. No: 73053/01, 23/11/2006.

Ruiz Torija/İspanya, B. No: 18390/91, 9/12/1994.

Suominen/Finlandiya, B. No: 37801/97, 1/7/2003.

The Estate of Nitschke/İsveç, B. No: 6301/05, 27/9/2007.

Van de Hurk/Hollanda, B. No: 16034/90, 19.04.1994.

Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda, B. No: 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23/4/1997.

Danıştay Kararları

Danıştay Üçüncü Dairesinin 19/12/2002 tarihli ve Esas 2001/3496, Karar 2002/4361 sayılı kararı.

Danıştay Altıncı Dairesinin 6/1/2020 tarihli ve Esas 2018/4362, Karar 2020/9 sayılı kararı.

Danıştay Yedinci Dairesinin 12/3/2007 tarihli ve 2005/3853 Esas, 2007/1037 Karar sayılı kararı

Danıştay On İkinci Dairesinin 31/1/2005 tarihli ve 2002/1760 Esas, 2005/20 Karar sayılı kararı.

Danıştay Yedinci Dairesinin 17/9/2002 tarihli, Esas 2002/663, Karar 2002/206 sayılı kararı.

Yargıtay Kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 9/12/1991 tarihli ve Esas 1991/320, Karar 1991/347 sayılı kararı.

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 83–124.

OLAĞANÜSTÜ HÂL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN ÖN DENETİMİ

A Priori Constitutional Review of State of Emergency Decrees

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN*

ÖZ

Olağanüstü hâlin doğası gereği, bu dönemde çıkarılan kararnamelerin anayasa mahkemelerinde ön denetiminin yapılması tercih edilmemektedir. Genel eğilim, bu düzenlemelerin yayım sonrası, hatta yasalaşma sonrasında denetlenmesi yönündedir. Türkiye'de de uygulanan yasalaşma sonrası denetim ile kararnameler denetim dışı kalmakta ve kanunlaşan kararnamelerin yargısal denetimi ise çoğu zaman yıllar sonra gerçekleşebilmektedir. Türkiye'nin yaşadığı olağanüstü hâl tecrübeleri, denetimin gecikmesi sebebiyle doğabilecek olumsuzlukları gidermek için denetimin öncelenmesine ihtiyaç olduğunu göstermektedir.

Denetimsizliğin veya geç denetimin muhtemel sakıncalarının bertaraf edilebilmesi hususunda literatürde, anayasa veya içtihat değişikliği ile 1991 içtihadına geri dönüş sıklıkla tartışılmaktadır. Bu çalışmada ise doktrinde daha önce net bir şekilde ileri sürülmeyen olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir anayasa değişikliği ile ön denetime tabi tutulması hususu tartışılmıştır. Bu bağlamda konunun dağılmaması için olağanüstü hâlin doğurduğu siyasi zorunlulukların varlığını veya gerekliliğini tartışmadan, ön denetimin ihdası ile hukuk devleti ilkesinin güçlü bir şekilde neden ve nasıl egemen kılınması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Bu çalışmada ön denetim hususu kısaca izah edilmiş ve pek çok faydayı ihtiva eden bu usulün birtakım sakıncalara da mahal verebileceği üzerinde durulmuştur. Bu itibarla ön denetim usulünün ülkemiz özelinde getirilmesinin gerekliliği hususu detaylıca tartışılmıştır. Ayrıca

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. abdurrahman.tekin@yalova.edu.tr ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3041-3941.

Geliş Tarihi: 3/6/2022 ✦ Kabul Tarihi: 30/7/2022 *Araştırma Makalesi*

bu denetimin şekil ve usulünün nasıl olması gerektiği irdelenmiştir. Son olarak ön denetimin geniş kapsamlı mı yoksa dar kapsamlı mı kabul edilmesi gerektiği hususunda mukayese yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü hâl (OHAL), kuvvetler ayrılığı, olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnamesi (ohal khk/cbk), ön denetim, kontrol denge araçları.

ABSTRACT

In consideration of the very nature of a state of emergency, the decrees issued during this extraordinary period are not subject to a preliminary judicial review by the constitutional court. The general tendency is to subject such regulations to a judicial review after being promulgated in the Official Gazette or even following their enactment in the Assembly. The practice of this 'post-enactment review' in Türkiye leaves presidential decrees out of review. Thus, the enacted decrees could be subject to a judicial review only after long years. When states of emergency are concerned, past experiences of Türkiye indicate the necessity for prioritisation of this review to the extent possible to eliminate all sorts of adverse consequences likely to arise from belated review.

The re-adoption of the 1991 jurisprudence through a constitutional amendment or change in jurisprudence is often debated in the literature with a view to warding off possible drawbacks of lack of a review or belated review. In this sense, this study discusses the matter of subjecting the presidential decrees issued under state of emergency to *a priori* review, which has not been clearly addressed yet in doctrine, via a constitutional amendment. To this end, regardless of existence or inevitable nature of political challenges resulting from a state of emergency so as to keep the focus on the main topic, of the establishment of the *a priori* review process and the necessity as to how and why the principle of state of law can be ensured to prevail.

This study not only briefly explains the subject of *a priori* review, but also underlines some possible drawbacks of this mostly useful procedure. In this respect, necessity for introducing this *a priori* review procedure in Türkiye in particular is elaborately covered herein. This type of review is further examined in terms of ideal procedure and form. Last but not least, whether to adopt a comprehensive or narrow-scale *a priori* review is comparably analysed.

Keywords: State of Emergency, Separation of Powers, State of Emergency Decrees, *A Priori* Constitutional Review, Check and Balance Mechanisms.

GİRİŞ

Anayasa hukukunun bir istisna hâl olarak tanımladığı olağanüstü hâl (OHAL) yönetimi, bugün bütün dünya anayasalarında belli şartlar altında uygulama alanı bulmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin tekrar egemen olabilmesi için bir geçiş rejiminin adı olan OHAL dönemleri, pek çok tartışmalı uygulamalara tanık olunan bir süreçtir. Bunlardan biri de bu dönemde çıkarılan kararnamelerin[1] birtakım ülkelerde kapsamının oldukça geniş olması ve bunların denetiminin geciktirilmesidir. Her ne kadar anayasalar, bu dönemde çıkarılacak düzenleyici işlemlerin sınırlarını çizen pek çok hükmü ihtiva etse de söz konusu sınırların sıklıkla aşılabildiği görülmektedir. Bu duruma kararnamelerin denetiminin ancak yasalaştıktan sonra mümkün olabildiği gerçeği de eklenince hukuk devleti ilkesine ve anayasanın öngördüğü hak ve özgürlükler rejimine aykırı bir dizi uygulamalar ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'lerinin hukuki nitelemesini KHK olarak kabul etmeyerek yasalaşmadan önce denetimin yapılabilmesine dair 1991 içtihadından 2016 yılında dönmüş olması, normun denetiminde zamansal bakımdan ciddi bir gecikmeye yol açmıştır. Denetimin gecikmesinin yürütmenin keyfîliğe varacak şekilde hareket etmesine kapı aralayabileceği yadsınamaz bir durumdur. Bu sebeple yasalaşmadan önce OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (CBK) denetiminin yapılması oldukça elzemdir. Elbette zikredilen bu denetim yetkisini, OHAL'in "doğasına aykırı olmayacak şekilde" çeşitli sınırlılıklar ile Anayasa Mahkemesine bahşetmek uygun olacaktır.

2017 Anayasa değişikliği ile OHAL CBK'lerinin yasalaşmasına zamansal bir sınır getirilmesi ve bu sınırlara uyulmadığı takdirde CBK'nin yürürlükten kalkması gibi bir yaptırım içeren hükmün getirilmesi olumlu bir durumdur. Ancak yasalaşma sürecinin üç aya kadar uzayabilmesi, Anayasa Mahkemesinin yasalaşan OHAL CBK'lerinin düzeltici denetimini zamansal anlamda "önceleyen bir yetki ile donatılmaması"

[1] Bu çalışmada OHAL döneminde çıkarılan kararnameler ele alınmaktadır. 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde çıkarılmış olan kararnamelere olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi, sonrasında çıkarılacak olanlara ise olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı verilmiştir. Spesifik olarak Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önce çıkarılan bir OHAL kararnamesinden bahsedilirken "OHAL KHK'si" veya sadece "… sayılı KHK" kavramları, genel bir durumdan veya spesifik olarak Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra çıkartılacak olan kararnamelerden bahsedilirken ise "OHAL CBK'si" kavramı kullanılacaktır.

söz konusu normun denetiminin işlevselliğini derinden etkilemektedir.

Literatür incelendiğinde OHAL CBK'lerinin yayımlanma ve yasalaşma sürecinden sonra denetiminin hızlandırılması için çeşitli önerilere yer verilen çalışmalar ile karşılaşmak mümkündür. İlk karşılaşılan öneri, anayasa ya da içtihat değişikliği ile OHAL CBK'sinin Resmî Gazete'de yayımlanmasının hemen ertesinde yapılacak bir başvuru ile denetimin icra edilmesi ve aykırılıkların giderilmesi yönündedir. Getirilebilecek bir diğer öneri ise Mahkemenin denetimini yürütmeyi durdurma[2] üzerinden icra etmesidir. Bu konularda söylenecek farklı bir sözün pek kalmadığı rahatlıkla söylenebilir. Bundan dolayı bu çalışmanın ana konusunu, "OHAL CBK'lerinin Resmî Gazete'de yayımlanması öncesinde denetlenmesi" oluşturacaktır. Bu bağlamda çalışmanın başında, OHAL CBK'lerinin denetiminin gecikmesinin doğurabileceği hukuksal ve sistemsel sorunlar ana hatlarıyla ele alınacaktır. Akabinde literatürde OHAL CBK'leri için hiç zikredilmeyen, ön denetim usulüne neden ihtiyaç duyulduğu hususu vurgulanacaktır. Sonrasında bir anayasa değişikliği ile yargı-yürütme-olağanüstü hâl dengesini bozmayacak şekilde OHAL CBK'lerinın denetiminin ön denetim şeklinde yapılması için nasıl bir reformun yapılacağı izah edilecektir. Son olarak ön denetimin geniş kapsamlı mı yoksa ilintililik incelemesi şeklinde mi olacağı hususları üzerinden muhtemel olumlu ve olumsuz sonuçlar karşılaştırılarak değerlendirmeler yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK OLAĞANÜSTÜ HÂL VE DOĞURDUĞU SORUNLAR

İstisnai yönetim rejimleri, geçmişten günümüze farklı isim, niteleme ve sınırlılıklar ile var olagelmiştir. Her birinin ortak yanı ise kamu düzenini tesis etmek suretiyle kamu yararını sağlamak için olağan hukukun çizdiği sınırların dışına çıkmanın meşru ve gerekli olması mantığıdır[3]. Genel olarak savaş dönemlerinde başvurulan istisnai yönetimlere, XIX. yüzyıla gelindiğinde sivil dönemlerde de başvurulmuştur. Bunun

[2] Anayasa Mahkemesi, 1993 öncesi kararlarında yürütmenin durdurulması kavramını tercih ederken; sonraki kararlarında kavram tercihini yürürlüğün durdurması şeklinde yapmıştır. Zira yürürlüğü durdurulacak norm, bir yürütmenin düzenleyici işlemi değil yasa hükmüdür. Ancak yukarıda zikredilen norm OHAL CBK'sı olacağı için "yürütmenin durdurulması" kavramının tercih edilmesi gerekmektedir.

[3] Fatavic C.ve Kleinerman, B. A. (2013). Introduction: Extra-Legal Measures and the Problem of Legitimacy, içinde Fatavic C.ve Kleinerman, B. A. (Der.), *Extra-Legal Power and LegitimacyPerspectives on Prerogative* (1-26), New York: Oxford University Press, s. 2.

başat sebebi, Sanayi Devrimi ile ortaya çıkan işçi sınıfının, siyasi katılım hakkına kavuşması ve örgütlenme hürriyetini sıklıkla ve etkin bir şekilde kullanmasıyla gelişen yönetsel buhranlar olarak gösterilmektedir[4]. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasına kadarki dönem incelendiğinde, neredeyse tüm ülkelerde istisnai hâlin yaygın bir şekilde kullanıldığı göze çarpmaktadır[5]. Bu dönemlerde yürütmenin etkin mekanizmalar ile denetlenememesi sebebiyle keyfîliğe varan uygulamaların sıkça yaşanması, bu kurumun anayasalarda dar kalıplar çerçevesinde sınırlandırılmasına yol açmıştır. Ne var ki yürütmenin elinde yine de güçlü yetkiler kalmış ve yasamanın siyasal, yargının ise hukuki denetimi geciktirilmiştir.

Günümüzde liberal anayasal sistemlerde istisnai hâllerin nasıl kurgulanması gerektiği, en yoğun tartışmaların yapıldığı alanların başında gelmektedir. Bu bağlamda liberal anayasal sistemlerde istisnai hâllerin doğuş sebebini, amacını, bu dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin durumunu ve kuvvetlerin nasıl konumlandırılması gerektiğini en kısa şekilde özetleyen yol gösterici bir tanıma yer vermek doğru olacaktır:

"Savaş, seferberlik, ayaklanma, şiddet olayları, ekonomik buhran, doğal felaketler ve salgın hastalıklar gibi sebeplerin zuhur etmesi veya etmesi kuvvetle muhtemel olması gibi olağan hukuk düzeninin üstesinden gelemeyeceği şartların oluştuğu;

- *Olağan hukuk düzeninin olağanüstü yönetimin nasıl icra edileceği hususunda belirttiği sınırlar içinde kalındığı;*
- *En yakın zamanda olağanüstü şartların bertaraf edilip olağan döneme geçişin sağlanmaya çalışıldığı;*
- *Dokunulmaz olarak belirlenen haklar dışındaki hakların* (ölçülü bir şekilde) *sınırlandırıldığı ve hatta durdurulduğu;*
- *Yürütmenin güçlü yetkilerle donatılmasına rağmen, yasama ve yargı ile çeşitli araçlar vasıtasıyla dengelenmesi gereken;*

sürece istisnai dönem/hal denir[6]."

---

4 Neocleous, M. (2008). *Critique of Security*, Edinburgh: Edinburgh University Press, s. 43-50.

5 Kuzu, B. (1993). *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul: Kazancı, s. 39; Agamben, G. (2003). *State of Exception. (Çev.* Kevin Attell*)*, Chicago: The University of Chicago Press, s. 13.

6 Tekin, A. (2021). "Olağanüstü Hâl Rejimi Hususunda Anayasa Değişikliği İhtiyacı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, s. 227.

Tanımdan da görüleceği üzere istisnai hâlin temel amacı yürütmeyi güçlendirmek değil, zikredilen sebeplerle ortaya çıkan olağanüstü durumların ortadan kaldırılıp olağan döneme geçişin sağlanmasıdır. Bu yönetim keyfî bir yönetim değil bilakis Anayasa'nın öngördüğü bir hukuki rejimdir. Anayasa Mahkemesi 1991 kararında bu hususu açıkça belirtmiştir: "*…demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca, olağanüstü hâl yönetimlerinin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü yönetim usulleri yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın, demokrasilerde sonuçta bir 'hukuk rejimi'dir*[7]."

Dünya genelinde olduğu gibi Türkiye'de de olağan döneme geçisin sağlanabilmesi için yürütmeye, kanunlara ve Anayasa'da belirtilen hak ve hürriyetlere aykırı tedbirler alabilme ve kısa vadede denetime tabi olamayacak şekilde kanun hükmünde kararnameler çıkarma gibi güçlü yetkiler bahşedilmektedir. Bu durumun "başlıca iki olumsuz" etkiye yol açtığı zikredilebilir. Olumsuz etkilerden ilki toplum psikolojisi, ekonomi ve temel hak ve hürriyetler üzerinde kendini göstermektedir. Bu dönemlerde özgürlük-güvenlik dengesi tersine dönmekte ve güvenlikçi sayılabilecek bir yönetim anlayışına geçilmektedir[8]. Anayasa'mız gereği milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmeden, ölçülülük ilkesi bağlamında temel hak ve hürriyetlerin durdurulması mümkün hâle gelmektedir. Ayrıca bu dönemlerde haklar için öngörülmüş olan güvencelere aykırı tedbirler de alınabilmektedir.

OHAL dönemlerinde ortaya çıkan ve bu çalışmanın ana odak noktası olan olumsuz etkilerden bir diğeri ise bu dönemlerde getirilen istisnai hükümler ile olağan dönemler için kurgulanmış olan kuvvetler ayrılığı ile kontrol ve denge sisteminde bozulma meydana gelmesidir.

Kontrol ve denge sisteminde yaşanan bozulmayı, kuvvetlerin konumu bağlamında şu şekilde özetlemek mümkündür: Ortaya çıkan tehlikeli durum sebebiyle bozulan kamu düzeninin yeniden inşası için yürütme organının hızlı ve etkili çözümler üretebilecek silahlara sahip

[7] AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03/07/1991.

[8] Eren, A. (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin, s. 1000.

olması gerekir. Bu amaçla olağanüstü yetkiler ile donatılan yürütme organının takdir yetkisinde genişleme yaşanmaktadır. Bu genişlemenin en büyük yansıması ise yürütmenin kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisine kavuşmasıdır[9]. Olağanüstü hâllerin doğası gereği bu dönemde çıkarılan düzenleyici işlemin, herhangi bir ön denetime tabi olmaması öngörülmektedir. Nitekim ülkemizde de Cumhurbaşkanı'nın çıkardığı OHAL CBK'sinin herhangi bir siyasi veya yargısal denetime tabi tutulmadan Resmî Gazete'ye gönderilmesi ve söz konusu düzenlemelerin derhâl yürürlüğe girmesi, yürütme fonksiyonunun kuvvetler arasında bir adım öne çıkmasını sağlamaktadır[10]. Bu durum, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bizzat Anayasa tarafından koyulmuş ve günümüzde yaygınlaşan istisnalarından sadece birini teşkil etmektedir[11]. Bununla birlikte yürütmenin Anayasa'da çerçevesi çizilen şekliyle kararnameleri çıkartması salık verilmektedir. Ne var ki emredici nitelikteki bu sınırlayıcı hükümler, denetimin olmaması sebebiyle uyulması umulan hükümler olarak kalmakta ve ileride detaylarına değinileceği üzere sıklıkla da ihlal edilebilmektedir.

Yasama organının bu dönemdeki konumu incelendiğinde ise Anayasa'da öngörülen üç aylık süre zarfında söz konusu OHAL CBK'sini aynen veya değiştirerek yasalaştırması[12] veya yasalaştırmaması

---

9 Üskül, Zafer (1992). "Türkiye'de Olağanüstü Halin Hukuksal Çerçevesi", *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, s. 307; Kuzu, B. (1993). s. 62-63; Özler, M. (2016). *1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre Olağanüstünün Olağanlaşması ve Kriz Hukuku*, İstanbul: Filiz, s. 8-16.

10 Yürütme organının güçlendirilmesi eğilimi dünyada hız kazanmıştır. Bu durum sadece OHAL dönemlerinde değil olağan dönemlerde de karşılaşılan bir durumdur. Bunun nedenleri için bkz.: Teziç, E. (2021). *Anayasa Hukuku*, 25. Baskı, İstanbul: Beta, s. 22-30, 438-440; Denizhan, H. (2006). *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, Ankara: Turhan, s. 31-44.

11 Anayurt'a göre bu durum, yasama yetkisinin tam olarak devri değil anayasa gereği yasama yetkisinin yürütmeye tahsisi veya paylaştırılması olarak da görülebilir. Eren ise kararname çıkarma yetkisini, anayasal yetki devri olarak nitelemektedir. Ancak bu tür uygulamaların sayısının tüm dünyada artışa geçmesi, bir diğer ifade ile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine getirilen istisnalar ile, yürütme organlarının oldukça güçlendirildiği göze çarpmaktadır bkz.: Anayurt, Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin, s. 610-611; Eren, A. (2021). s. 672-674; Kuzu, B. (1987). *Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul: Filiz, s. 78, 79; Arıkan, C. (2011). *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Ankara: Yetkin, s. 99; Can, O. (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı*. C 37, S 1, s. 140, 141.

12 Gözler, OHAL CBK'lerinin Meclise gönderilmesi hususu ile alakalı olarak Anayasa'da Meclis'in onay yetkisinden bahsedildiğinden hareketle, Meclisin değiştirerek onaylama yetkisinin olmayacağını zikretmektedir. Yazar'a göre Meclis OHAL CBK'sini ya tamamen kabul etmeli ya da reddetmelidir. bkz.: Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı,

yetkisi ile karşılaşılmaktadır. Bu hüküm ile yasama organı da sürece dâhil edilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki söz konusu yasalaşma süreci boyunca CBK'ler yürürlükte kalmaya ve etki doğurmaya devam etmektedir. Bu durum yasamayı, yürütmenin bir adım gerisine itmektedir. Benzer şekilde yargı organının, ancak yasalaşma sürecinden sonra denetimi gerçekleştirebiliyor olması geçici bir yasama kısıntısına yol açmaktadır. Bu durum hukuk devleti ilkesine Anayasa ile koyulmuş bir istisna teşkil etmektedir.

II. OLAĞANÜSTÜ HÂL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN DENETİMİ[13]

Görüldüğü üzere OHAL dönemlerinde yaşanan sorunlar iki ana eksene oturtulmuş ve bunlardan ikincisi olan kuvvetler arasındaki denge bozulumuna sebep, hatta başat faktörlerden birisi olarak OHAL CBK'leri ve bunların denetimsizliği gösterilmiştir. OHAL CBK'lerinin denetim usulü, kuvvetler arasındaki dengenin bozulmasından başka hukuka aykırılıkların geç giderilmesi veya hiç giderilememesi gibi sorunlara da yol açmaktadır. Bunlardan bahsetmeden önce Anayasa Mahkemesinin OHAL CBK'lerinin denetimine dair içtihatlarına kısaca değinilerek mevcut sistemimizi net bir şekilde tespit etmek faydalı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi 1991 yılındaki içtihadı ile kendisini normların isimlendirmeleri ile bağlı görmeyerek bir OHAL KHK'sini ilintililik incelemesine tabi tutabileceğini belirtmiştir. Böylece Mahkeme, bir OHAL KHK'sini Resmî Gazete'de yayımının hemen sonrasında denetleyebilmiştir. Mahkeme, kararında şu argümanlara dayanmıştı: "*Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hâl KHK'leriyle düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. İlân edilmiş olan olağanüstü halin nedeni, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır. Olağanüstü halin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Başka bir anlatımla, olağanüstü halin varlığını gerektiren nedenler saptandığında amaç öğesi de gerçekleşmiş demektir. Şu durumda olağanüstü hâl KHK'lerinin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" olağanüstü halin amacı ve*

Bursa: Ekin, s. 1026, 1027.

13 Bu başlık altında anlatılan sorunlar, "Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Ön Denetimine Duyulan Gereksinim" başlığı altında zikredilen hususlar ile kısmen paralellik göstermektedir. Bu sebeple tekrara düşmemek maksadıyla bu başlık altında zikredilen birtakım hususlar kısaca izah edilmiştir.

nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkartılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesinin çıkartılan bir olağanüstü hâl KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşımıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur[14]."

Ancak Mahkeme 2016 yılında verdiği iki karar ile bu içtihadını değiştirdiğini, denetim yasağı hususuna vurgu yaparak belirtmiştir. "*… olağanüstü dönem KHK'larının da bir hukuk devletinde Anayasa'ya uygunluk denetimine açık olması gerektiği söylenebilir. Ancak bu durum, yargısal denetime istisna getiren anayasal hükümlerin varlığını ve uygulanmasını etkilemez. Anayasa'da, 90. maddenin beşinci fıkrası, 125. maddenin ikinci fıkrası, 159. maddenin onuncu fıkrası gibi yargı denetimini kısıtlayan kimi istisnai maddelere yer verilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi de bu kapsamdadır. Nitekim anılan cümlede yer alan '… olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz.' hükmü ile olağanüstü dönem KHK'ları, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır[15]."* Mahkeme, kararnamelerin denetiminin sadece siyasi denetim şeklinde tezahür edeceğini Anayasa maddelerinin gerekçelerine de dayandırmıştır: "*Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'larının denetiminin yasama organı tarafından yapılmasını istediği açıktır. Nitekim Anayasa'nın 121. maddesinin gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir: 'Olağanüstü haller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabiî afet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir… Bütün tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir.' Bu gerekçe de denetim yetkisinin parlamentoya bırakıldığını göstermektedir[16]."* Ayrıca Mahkeme içtihat değişikliği gerekçesini temellendirirken Anayasa'nın 6. ve 11. maddelerine de atıfta bulunmuştur. "*Anayasa'nın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 6. maddesinde de hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı belirtilmiştir[17]."*

---

14 AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03/07/1991.

15 AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016, §§ 12, 13.

16 AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016, § 14.

17 AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016, § 17.

Mahkemenin 2016 içtihadı Anayasa'ya uygun olmakla birlikte hukuk devleti ilkesine aykırı olarak değerlendirilmektedir[18]. Mahkemenin içtihat değişikliği ile denetim ciddi sayılabilecek bir süre gecikmiş olmaktadır. Bu gecikmeyi, anayasal ilkelere ilaveten "OHAL'in doğası" ile açıklamak veya "olağan döneme geçişin hızlanması için denetimler ile bu sürecin sekteye uğratılmaması gerektiği" argümanı ile savunmak mümkün değildir. Zira Özbudun'un da ifade ettiği üzere böyle bir durum, idarenin takdir yetkisinin genişlemesine yol açacak ve böylece OHAL'i, "keyfî değil anayasal bir hukuki rejim" olarak niteleyen Anayasa Mahkemesi kararının içi boşalacaktır[19].

A. HUKUKA AYKIRILIKLARIN GİDERİLMESİNDE GECİKME

OHAL CBK'lerinin denetimine dair mevcut usul CBK'de bulunan Anayasa'ya aykırı hükümlerin, Mahkemenin yıllara yaklaşan denetimi sonrasında ancak yürürlükten kaldırılabilmesine neden olmaktadır. Bilindiği üzere 2016 yılında Fetullahçı Terör Örgütünün başarısız darbe girişimi sonrasında ilan edilen OHAL sürecinde çıkarılan 32 adet OHAL KHK'sinin pek çok hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur[20]. Mahkemenin bu denetimleri, ileride detaylarına değinileceği üzere bazı KHK'ler için ancak yıllar sonra yapabildiği göze çarpmaktadır. Bu durum Mahkemenin yapmış olduğu denetimi işlevsellikten uzaklaştırmaktadır. Bu bağlamda Mahkemenin yasalaşma sonrası OHAL CBK'sinin denetimini "önceleyen" bir yetkisinin bulunmaması bir sorun olarak tespit edilmelidir. Gerek Anayasa'da gerekse de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yasalaşan OHAL CBK'lerinin ivedilikle inceleneceğine dair emredici bir hükmün olmaması bu soruna yol açan bir etkendir[21]. Bu sorunun ortadan kaldırılması için yasa koyucunun bir adım atarak yasalaşan OHAL CBK'lerinin Mahkemede ivedilikle

---

18 Mahkemenin kararının eleştirisi için Bkz.: Fendoğlu, H. T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin, s. 170; Kanadoğlu, O. K. ve Duygun, A. M. (2021). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha, s. 417-420; Özbudun, E. (2020). s. 337-339; Tunç, H. (2018). s. 242; Gözler, K. (2021). s. 1035-1039.

19 Özbudun, E. (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Yetkin, s. 335-336.

20 Bu dönemde 37 adet KHK çıkarılmış ancak 698, 699, 700, 702 ve 703 Sayılı KHK'ler bir yetki kanununa binaen çıkartılmış olup birer olağan dönem KHK'leridır.

21 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 13/1-a hükmü gereği Başkan, Genel Kurul'un gündemini belirleme yetkisine sahiptir. Bu hükümden, OHAL CBK'lerinin denetiminin öncelenmesinin, ancak Başkan'ın inisiyatifi ile mümkün olabildiği söylenebilir.

görüşülmesi sağlanabilir. Benzer şekilde Mahkeme de İçtüzük değişikliği ile ivedilikle denetim yetkisini kendisinde görebilir. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesine yürütmeyi durdurma yetkisi Anayasa ve kanunlarca verilmemiştir. Ancak Mahkeme, 1993 yılından bu yana geliştirdiği içtihat ile bu yetkiyi kendinde görmektedir. Hatta Mahkeme, kendi çıkardığı İçtüzük'ün 46/1-b hükmü ile bu yetkiye bir dayanak oluşturmuştur[22]. Böylece Mahkeme İçtüzük ile kendisine verdiği "ivedilikle inceleme yetkisini" kullanarak, yasalaşan OHAL CBK'lerini etkin bir şekilde denetleyebilir. Aksi durum, günümüz örneklerinden de görüleceği üzere denetimin oldukça uzamasına neden olmaktadır.

B. HUKUKA AYKIRILIKLARIN DENETİMSİZ KALMASI

Mevcut denetim usulünden kaynaklanan ikinci ve esasen bir öncekinden daha da önemli olarak addedebileceğimiz sakınca, hukuka aykırılıkların hiç incelenememesidir. Böylesi bir durum, iki farklı görünüm ile karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan birincisi, denetimin OHAL sonrasına sarkması sebebiyle; ikincisi ise iptali istenen hükmün OHAL süresi içinde henüz denetlenmeden değiştirilmesi sebebiyle başvurunun konusuz kalmasıdır.

Denetimin yasalaşma sonrasında gerçekleşmesi ve Anayasa Mahkemesinin ivedilikle OHAL CBK'lerini inceleme yetkisinin bulunmaması, ilgili normun denetlenmesinin ancak OHAL süresinin bitiminde mümkün olması gibi bir sakıncaya yol açabilmektedir. Bir diğer ifade ile OHAL'in gerekli kıldığı bir konuda çıkarılan OHAL CBK'si hükmünün Anayasa'ya uygunluk incelemesi, OHAL süresinin bitimine sarkabilmektedir. Örneğin 15 Ağustos 2016 tarihinde çıkarılan 672 sayılı KHK'nin yasalaşan hâli, 22 Eylül 2021 tarihinde incelenmiş ve karar 2 Şubat 2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Benzer şekilde 1 Eylül 2016 günü çıkarılan 674 sayılı KHK, OHAL'in bitiminden sonra 22 Eylül 2021 tarihinde incelenebilmiş ve karar 5 Ocak 2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır[23]. Esasen denetimin öncelenmesi mümkün olsa Mahkeme, KHK'deki geçici mahiyetteki bir hükmü, Anayasa'ya aykırı görüp iptal edebilecek ve söz konusu hüküm uygulamadan kalkarak kişilerin söz konusu hükümden etkilenmemesi temin edilebilecek idi.

---

22 *"Yürürlüğü durdurma talebi varsa, yürürlüğün durdurulmaması durumunda doğacak olan telafisi imkânsız zararların açıklanması…"*

23 AYM, E.2018/75, K.2021/61, 22/09/2021; AYM, E.2017/17, K.2021/59, 22/09/2021.

Ancak uygulamadan da görülebileceği üzere, Mahkemenin incelemesini OHAL'in sona erdiği bir zamanda tamamlaması sebebiyle ilgili hükmün uygulama kabiliyeti kalmayacak ve başvuru konusuz kalacağı için reddedilecektir.

Mahkeme, karar verilmesine yer olmadığına dair kararı, başka durumlarda da vermektedir. Örneğin Mahkeme, iptali istenen hükmün çıkarılan bir başka OHAL KHK'si veya kanun ile değiştirilmesinden veya kaldırılmasından dolayı da "karar verilmesine yer olmadığına" karar vermektedir. Mahkemenin pek çok kararında, iptali istenen hükümlerin hukukilik incelemesini yapmak zorunda "kalmadığı" ve buna dair kararlarının hepsini de oy birliği ile aldığı görülmüştür[24]. Esasen Mahkemenin verdiği kararda bir hukuka aykırılık yoktur. Görüldüğü üzere denetimin gecikmesi sebebiyle ilgili hükümler, değiştirilinceye kadar etki doğurmaya devam etmekte ve hukuka aykırılık hiçbir zaman denetlenememektedir. Örneğin 27 Temmuz 2016 günü çıkarılan 668 sayılı KHK ile getirilen bir hükmün iptali için açılan davada Mahkeme 24 Aralık 2020'de, "iptali istenen hükmün 23 Ocak 2017 tarihinde çıkarılan 684 sayılı OHAL KHK'si ile değiştirilmesi" sebebiyle yapılan başvuru için karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermiştir[25]. Benzer şekilde 1 Eylül 2016 günü çıkarılan 674 sayılı KHK ile getirilen bir hükmün iptali için açılan davada, 22 Eylül 2021 tarihinde verdiği karar ile Mahkeme, söz konusu hükmün 2 Temmuz 2018 yılında çıkarılan 703 sayılı KHK hükmü ile değiştirilmesi sebebiyle yapılan başvuru için karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermiştir[26]. Görüldüğü üzere denetlenmesi istenen hükümler, Mahkemenin denetimine hiçbir zaman giremeden ilk örnek kararda aylarca, ikincisinde ise neredeyse iki yıl yürürlükte kalmış ve etki doğurmuştur.

Yukarıda zikredilen sakıncaları bertaraf etmek için yapılabilecek reformlardan biri, ancak pek de makul olmayanı, Anayasa Mahkemesinin kararlarının geçmişe etkili olarak uygulanmasının önünün açılmasıdır. Bu sayede OHAL CBK'leri ile yapılan hukuki yanlışlıklar bir hak kaybına yol açmadan telafi edilebilecektir. Ancak hukukumuzda, kanunların Anayasa'ya uygunluğu karinesi geçerli olduğu için bir norm

[24] AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 19, 20, 51, 52, 78, 79; AYM, E.2018/74, K.2019/92, 24/12/2019, § 60, 61; AYM, E.2018/91, K.2020/10, 19/02/2020, § 51, 52; AYM, E.2018/93, K.2021/69, 13/10/2021, § 116, 117.

[25] AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 57, 58, 209, 210.

[26] AYM, E.2017/17, K.2021/59, 22/09/2021, § 14, 15, 16, 17.

iptal edilinceye kadar geçerli ve hukuka uygun addedilmektedir[27]. Bilindiği üzere tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de mahkemeler her yıl pek çok kanun/kararname hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmektedir. Söz konusu normların uygulanması sebebiyle doğan zarardan dolayı işlem tesis eden idare sorumlu tutulmamakta, dolayısıyla kişilerin başvurabileceği hukuki bir yol genel olarak bulunmamaktadır. Türkiye'de idare hukukunda olduğu gibi veya Almanya, İtalya veya Portekiz'de Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi verilen kararların belirli durumlarda geçmişe yürümesi mümkün olmadığı için ciddi hak kayıplarının yaşanması söz konusu olabilmektedir[28]. Anayasa Mahkemesi bir kararında, kararlarının geçmişe etkili uygulanması kuralı ile kişilerin devlete ve kanunlara olan güveninin sarsılacağını belirtmiştir[29]. Ayrıca doktrinde geçmişe yürüme yasağının, hukuki güvenlik, kararlılık, kazanılmış hakları koruma ve kamu düzeni gibi saikler ile de benimsendiği belirtilmektedir. Öte yandan geçmişe yürüme yasağını düzenleyen hükmün anayasal yorum teorilerinden sadece lafzi yorum yöntemi kullanılarak yorumlanması veya istisnaya yer verilmeden uygulanması, hukuk devleti, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar doğurmaktadır[30]. Anayasa hukukunda her konu gibi bu konu da çetrefillidir. Bu noktada kararların geçmişe etkililiğine muadil diğer bir yola yani bu çalışmanın konusu olan denetimin mümkün olduğunca öncelenmesi yoluna, ön denetim usulüne bakmak gerekecektir.

---

27 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 24/5/1982 günlü, E.1982/1, K.1982/1 sayılı kararı.

28 Gözler, Kemal (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II*, Bursa: Ekin, s. 814, 815.

29 Anayasa madde 153/5'teki geriye yürümezlik kuralını temel alan Mahkeme, bir kararında "*Anayasa'da, iptal kararlan idarî davalarda olduğu gibi düşünülmemiş ve iptal edilen kuralın baştan beri geçersiz duruma geldiği esası benimsenmemiştir. Türk Anayasal sisteminde, "Devlete güven" ilkesini sarsmamak ve ayrıca devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda etkilerini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır.*" ifadesi ile geriye yürümezlik kuralını temellendirmiştir. AYM, E.1989/11, K.1989/48, 12/12/1989.

30 Daha fazla bilgi için bkz.: Cansel, E. (1992). "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, C 9, s. 93; Aliefendioğlu, Y. (1990). "Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 23, S. 3, s. 3; Babayiğit, Mustafa (2016). "Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *TBB Dergisi*, S. 124, s. 185-199; Tunç, H. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi, s. 385-386; Değerli, Y. S. (2020). *Anayasa Yargısında Ön Denetim*, Ankara: Adalet, s. 111-121; Kuzu, B. (1987). "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C 52, s. 195-201; Altındağ, Halil (2014). "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı veya Anayasa Değişikliği Sonrasında İdari Dava Açma Süresinin Yeniden Doğması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, S 3, 4, s. 777; Demirörs, M. (2020). *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu*, Ankara: Astana; Yıldız, C. (2018). *Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim*, İstanbul: On İki Levha, s. 208-224.

II. OLAĞANÜSTÜ HÂL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN ÖN DENETİMİ

A. GENEL OLARAK ÖN DENETİM

Ön denetim, bir normun ısdar edilmeden önce, norm denetimi yapan bir mahkeme tarafından denetlenmesidir[31]. Bu denetim ile anayasaya uygunluk denetimi yapılıp normun kaderi belirlenmektedir. Anayasaya aykırı olduğu yolunda karar verilmesi hâlinde iptal edilen hükümler henüz yürürlüğe girmeden normun ana metninden çıkartılırken, geri kalan kısım ise devlet başkanının yayımlaması sonrasında yürürlüğe girmektedir.

Ön denetim, düzeltici denetim ile kıyaslandığında ön denetimin hukuki güvenlik ve kanuna güven konusunda daha tatmin edici sonuçlar verdiği göze çarpmaktadır. Zira ön denetimden geçen ve yürürlüğe giren bir norma karşı hukuki güven had safhada olacaktır[32]. OHAL CBK'sini uygulayacak olan idare ve yargı mercilerinin ilgili normun uygulanmasında bir tereddüdü bulunmayacaktır. Bu durumun hukuk devleti ilkesinin en önemli alt bileşeni olan hukuki güvenlik ilkesinin daha güçlü bir şekilde tesis edilmesi gibi olumlu bir sonucu doğurduğu vurgulanmalıdır.

Ön denetimin Fransa'da kabul edildiği ilk dönemlerde bu denetimin millî egemenlik anlayışının tabulaştırdığı kutsal kanun anlayışını anlamsızlaştıracağı yönünde kaygıların varlığı bilinmektedir. Anayasal sistem içinde kanun koyma gücü ile kurgulanan ve millî egemenliği temsil eden yasama organının işleminin daha yürürlüğe giremeden yargı tarafından denetlenmesi, ön denetim mekanizmasının eleştiri oklarına hedef olmasına neden olmuştur. Ancak söz konusu denetimin henüz kanunlaşma safhasından önce yapıldığı hatırda tutulmalıdır. Kanun

---

31 Literatürde önleyici ve ön denetim kavramları birlikte kullanılmaktadır. Ön denetim kavramındaki "ön" kelimesi, denetimi zamansal açıdan vurgulamaktadır. Buna karşın önleyici denetim kavramındaki "önleyici" kelimesi ile denetimin zamanına değil sonucuna ve etkisine vurgu yapılmaktadır. Yani, denetlenen normun ısdar edilmesi ve yayımlanması önlenmekte ve engellenmekte olduğu vurgulanmaktadır. Kimi ülkelerde, anayasa mahkemesinin yaptığı ön denetim, meclis kararı ile kaldırılabilmektedir. Bu örneklerin varlığı, önleyici denetim kavramının kullanılmasında çelişkiler doğurmaktadır. Zira bu ülkelerde, mahkemenin denetimi sonucu verilmiş iptal kararına rağmen meclis kararı ile ilgili norm yürürlüğe yine de girebilmekte ve mahkemenin denetimi önleyici olmaktan çıkmaktadır. Bu sebeple ön denetim kavramının tercih edilmesi daha uygundur. Daha detaylı bilgi için bkz.: Değerli, Y. S. (2020). s. 76-79.

32 Eren, A. (2021). s. 1085; Değerli, Y. S. (2020). s. 109, 110.

henüz bu niteliği elde etmeden önce denetlendiği için millî iradenin henüz tecelli etmesi söz konusu olmayacaktır. Esasen teknik olarak kanun yürürlüğe girmediği için de bir iptalden bahsetmek mümkün olamayacaktır[33].

Buna ilaveten ön denetim yetkisinin anayasa mahkemelerini, ikinci meclis seviyesine yükseltmesi gibi bir riski doğuracağına dair endişeler bulunmaktadır. Gerçekten de bu yetkinin mahkemenin siyasallaşmasına kapı aralayabileceği eleştirisi göz ardı edilemez bir argümandır[34]. Buna karşın kanunları yapan yasama organındaki milletvekillerinden her birinin siyasi kimliği haiz olmasından dolayı, sadece bu veri üzerinden kanunların ve hukukun siyasallaştığı nasıl söylenemeyecekse, sadece mahkemenin sahip olacağı ön denetim yetkisi bilgisinden hareketle mahkemenin siyasallaşacağının da öne sürülememesi gerekir. Zikredilen bu argümandan mahkemenin hiç siyasallaşmayacağı düşünülmemelidir. Burada vurgulanmak istenen husus, sadece verilen bir yetkinin kendiliğinden siyasallaşmayı beraberinde getirmeyeceğidir. Nitekim anayasa mahkemelerinin siyaseti hukuk sınırları içinde tutmaya yarayan mekanizmalar olduğu unutulmamalıdır. Eğer mahkemenin üye teşekkülü, çoğulculuk, kuvvetler arası ayrılık ve denge gibi ilkeler üzerine inşa edilir ve bu makam liyakat gözetilerek işin ehline tahsis edilirse hangi yetki mahkemeye bahşedilirse edilsin mahkemenin siyasallaşması imkânsız olmasa da oldukça zor olacaktır. Mahkemenin siyasallaşmasının önüne geçecek bu argümanların varlığı durumunda ön denetim mekanizmasının eleştiri konusu edilmesi yersiz olacaktır.

Birtakım argümanlar üzerinden hukuki varlığı kısaca değerlendirilen ön denetimin konusunu, genel olarak olağan kanunlar oluşturmaktadır. Bunun yanında bazı ülkelerde organik kanun, anayasa değişikliği, içtüzük ve birtakım milletlerarası antlaşmaların da ön denetime tabi tutulduğu görülmektedir. Kimi normlar için zorunlu olan bu denetim türü kimi normlar için ise bir başvuru sonucunda yapılabilmektedir[35].

---

33 Anayurt, Ö. (2020). s. 708-709.

34 Hazama, Y. (1996). "Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey", *The Developing Economies*, C. 34, S. 3, s. 324; Rosenfeld, M (2004). "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts", *International Journal of Constitutional Law*, C.2, S. 4, s. 633-668; Sır, O. (2010). "Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi*, s. 283.

35 Yıldız, C. (2018). s. 103-163; Değerli, Y. S. (2020). s. 88-92.

Ülke uygulamaları incelendiğinde OHAL döneminde çıkarılan kararnameleri ön denetime tabi tutan bir uygulama ile karşılaşılmadığı görülmektedir.[36] Siyasi ve yargısal denetiminin geciktirilmesinde, olağan döneme geçişin "prosedürler" ile akamete uğratılmaması arzusu etkindir. Ancak Türkiye'de, kimisi ülke çapında kimisi de bölgesel olarak 40 yılı aşkın süre boyunca tecrübe edilen istisnai (OHAL ve sıkıyönetim) hâller sürecinde çıkarılan KHK'ler ile ciddi anayasa ve hak ihlalleri ile karşılaşılmıştır. Yaygın bir istisnai hâl geçmişi olan ülkemizde, bu dönemlerde yaşanabilecek olası anayasaya ve temel hak ve özgürlüklere aykırı uygulamaları en aza indirecek tedbirler öngörülmesi gerekmektedir. Bu sebeple her ne kadar istisnai hâl dönemlerinin doğasına aykırı olsa da OHAL CBK'lerinin ön denetiminin ülkemizde mümkün kılınması önerilmektedir. Bu noktada ön denetimin içtihat yoluyla hukuk hayatımıza girmesinin mümkün olmadığını zikretmek gerekir. Bu denetimin bir anayasa değişikliği ile benimsenmesi gerekmektedir. Zira mevcut Anayasa'mıza göre OHAL kararnameleri Cumhurbaşkanı tarafından çıkartılıp derhâl Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. Ön denetim ile yayımın durdurulması gerekmekte olduğundan bu imkânın bir anayasa değişikliği ile getirilmesi gerekmektedir. Böylece 1961 Anayasası'nın yapımı sırasında milletlerarası antlaşmaların ön denetime tabi tutulması hususunda teklif edilen önerinin Millî Birlik Komitesi tarafından reddedilmesi ile bir kez kaçırılan bu fırsatın geç de olsa başka bir düzenleyici işlem için yakalanması hukukumuz açısından bir ilerleme olacaktır.

B. OLAĞANÜSTÜ HÂL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN ÖN DENETİMİNE DUYULAN GEREKSİNİM

Normların yürürlüğe girmeden önce anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesini sağlayan ön denetimin OHAL CBK'leri özelinde hukuk hayatımıza neden girmesi gerektiğine dair üç önemli argüman karşımıza çıkmaktadır. OHAL CBK'lerinin ön denetimden geçirilmesi gerektiği tezinin birinci savı, bu normlar ile sıklıkla Anayasa'ya aykırı bir şekilde hukuk hayatında süreklilik arz eden/kalıcı değişiklikler yapılması, bunların "zamansal olarak OHAL dönemlerini

[36] Kararnameleri ön denetime tabi tutan bir ülke yoktur. Ancak ön denetim uygulamasının olduğu ve kanunlar ile OHAL sürecini yürüten bir ülkenin, bu yargının bir istisnasını teşkil edeceği unutulmamalıdır.

aşması" ve bu işlemlerin eski hale getirilmesinin mümkün olmamasıdır. Bir diğer ifade ile Anayasa ile zaruri bir şekilde yürütmeye bahşedilen bu imkanların kötüye kullanılarak geri dönüşü olmayacak işlemlerin yapılmasının önlenmesi için ön denetim ile bu normların denetlenmesi gerekmektedir. Burada kastedilen "süreklilik arz eden değişiklik" hâli, OHAL CBK'leri ile bir kanunun değiştirilmesi hususudur. Literatürde OHAL kararnameleri ile kanunlarda değişiklik yapılabileceğini savunan bazı yazarlar bulunmaktadır[37]. Atar, Anayasa'da OHAL CBK'leri için "kanun hükmündedir" ifadesi bulunduğundan ve OHAL CBK'lerinin "olağan CBK'lerle ilgili kısıtlamalara tabi" tutulmamasından dolayı bunlar ile kanunlarda değişiklik yapılabileceği ve hatta kanunların yürürlükten kaldırılabileceğini ifade etmektedir[38]. Eren, kanun hükmünde kabul edilen OHAL CBK'sinin, aynı konuyu düzenleyen kanun hükümlerini askıya alacağını, bu CBK'lerin Mecliste yasalaşması ile önceki tarihli değiştirilmiş olan bu kanunların mülga olacağını belirtmiştir[39]. Sezer de OHAL CBK'leri ile OHAL'in gerekli kıldığı konulardaki kanun hükümlerinin değiştirilebileceğini zikretmektedir[40]. Buna karşın Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında bu argümanlara katılmamıştır. Mahkeme 1991 yılındaki bir kararında: "*KHK ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü hal öncesine uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hal sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hal ilânı durumunda uygulanmak üzere geçerliklerini korumaları olanaksızdır*[41]." 1991 yılındaki bir başka kararında da "…*Olağanüstü halin … gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK'ler, bu hallerin ilân edildiği bölgelerde ve*

---

37 OHAL KHK/CBK'leri ile uyuyan kanun olarak isimlendirilen Olağanüstü Hal Kanunu'nda değişiklik yapılıp yapılamayacağı hususu ayrı bir tartışmadır. Kimi yazarlar Olağanüstü Hal Kanunu'nu normlar hiyerarşisi içerisinde OHAL CBK/KHK'lerinden üstte gördüklerinden dolayı bunlarda değişiklik yapılamayacağını belirtmektedirler. Dayanakları normlar hiyerarşisidir. Can, O. ve Şimşek Aktaş, D. (2017). "Olağanüstü Hal Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 1, ss. 20-25. Bu konuda doktrindeki tartışmalara yer verilmeyecektir. Bu çalışmanın sınırlılıkları genel olarak OHAL CBK'sı ile olağan kanunlarda yapılacak olan değişikliklerdir.

38 Atar, Y. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin, s. 288; Atar, Y. (2019). "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı*, C 39, S 1, s. 254.

39 Eren, A. (2021). s. 992, 993. Esasen yukarıdaki ifadeden yazarın, bu argümanı savunduğu çıkarılabileceği gibi sadece uygulamada bu şekilde yapıldığına dair bir tespit yaptığı da düşünülebilir.

40 Sezer, A. (2019). "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C 36, S 1, s. 402.

41 AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10/01/1991.

ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Olağanüstü halin sona ermesine karşın, olağanüstü hal KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle, olağanüstü hal KHK'leri ile, yasalarda ***değişiklik yapılamaz****. Olağanüstü hal KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü hal bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona etmesinden sonra da uygulanmalarının devamı isleniyorsa bu konudaki düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Çünkü olağanüstü halbölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular "olağanüstü halin -gerekli kıldığı konular" olamazlar*[42]*."* Karardan da anlaşılacağı üzere OHAL dönemleri geçici dönemler olup OHAL'i gerektiren sebebin ortadan kalkması veya OHAL için öngörülen sürenin bitmesi ile sona ermektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre bu geçici dönem için alınacak tedbirlerin de geçici nitelikte olması, hukuk hayatında sürekli bir değişiklik yapmaması beklenmektedir. Bir kanunu yürürlükten kaldıracak şekilde norm ihdas edilmesinin, yetki aşımı yönünden sakat bir işlem olarak görülmesi gerekmektedir. Bu dönemlerde ancak uygulamaya yönelik sınırlı ve geçici düzenleyici işlemlerin tesis edilmesi mümkün addedilmelidir[43].

Bilindiği üzere Mahkemenin 2016 içtihadı[44] uyarınca OHAL CBK'leri ancak yasalaşma sonrasında denetlenebilmektedir. Diğer bir deyişle anılan içtihada göre OHAL CBK'sinin içinde bulunan kalıcı kanuni düzenleme içeren hükümlerin denetimi artık yapılamamaktadır. Zira kanunlarda kalıcı değişiklik yapma yasağı, OHAL CBK'leri için geçerli olup yasalaşmadan sonra artık "kanunda değişiklik yapma yasağı" işlevsizleşmekte ve kanunda değişiklik yapan norm artık OHAL CBK'si

[42] AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03/07/1991.

[43] Özbudun, E. (2020). s. 336-340; Teziç, E. (2021). s. 43-47; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Beta, s. 437; Tunç, H. (2018). s. 239; Aliefendioğlu, Y. (1992). "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usuleri", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 25, S. 2, s. 34; Gözler, K. (2021). s. 405-406. Venedik Komisyonu da bu konuda benzer ifadelerde görüş bildirmiştir. "*Yapısal (genel) tedbirler söz konusu olduğunda ise olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin hükümleri, olağanüstü halin sona ermesiyle birlikte hukuki geçerliliğini yitirmelidir. Bu gibi kanun hükmünde kararnamelerle mevzuatta kalıcı değişiklikler yapılmamalı, kalıcı değişiklikler olağan mevzuata bırakılmalıdır."* Venedik Komisyonu, "15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ila 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamaler Hakkında Görüş", 2016, s. 19, venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur (Erişim Tarihi: 20.04.2022)

[44] AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016, § 23; AYM, E.2016/167, K.2016/160, 12/10/2016, § 23.

değil[45] CBK'nin Mecliste onaylanmasına dair kanun olmaktadır[46]. Anayasa Mahkemesi kanunlaşmış OHAL CBK'sini denetlerken madde 15 veya 119 bağlamında değil madde 13 kapsamında bu denetimi yapacaktır. Anayasa Mahkemesi bu denetimde de OHAL'in gerekli kıldığı konu, yer ve zaman bakımından bir denetim icra etmemektedir/edemeyecektir[47]. Günümüzde OHAL CBK'sinde kanunlarda değişiklik yapılıp yapılmadığının denetimi sadece siyasi denetim olarak Mecliste yapılabilmektedir. Ancak uygulamada Meclis'in bu denetimi yapmadığı görülmektedir.

Esasen zikredilen siyasi denetim işlese ve kanunlarda kalıcı nitelikte değişiklik öngören bir OHAL CBK'si hükmü Meclisin önüne geldiğinde reddedilerek yasalaşmasa dahi söz konusu OHAL CBK hükmü Resmî Gazete'de yayımlanarak bir kez hukuk hayatına girdiği için değişiklik yapılan kanun hükmü tekrar hukuk hayatına dönemeyecektir. Bu durum, OHAL CBK'sinin zaman bakımından OHAL'i aşan düzenleme yapma yasağının negatif anlamda delinmesi olarak addedilmelidir. Ayrıca böylesi bir durum, iki organın tekelinde bulunan yasaları yürürlükten kaldırmak hakkının yürütme organı tarafından gasbedilmesi manasına gelmektedir. Yürütmenin, OHAL CBK'leri ile yasaları değiştirmesi, her ne kadar bu teşebbüsü kanunlaşma sırasında Meclis tarafından bertaraf edilse de, yasama organının fonksiyonunu negatif manada gasp etmesi olarak da yorumlanabilir.

OHAL CBK'leri ile kanunlarda kalıcı nitelikte değişiklik yapılacağı argümanını, Anayasa'nın 119/6 hükmüne de dayandırmak da mümkün

---

45 OHAL CBK'sinin kanuna dönüşemeyeceğini, her iki düzenlemenin de birbirinden bağımsız bir şekilde yürürlükte olduğu, bu hükümlerin dönüşmediği yönünde görüşler için Bkz.: Gözler, K. (2021). s. 1031. Bu yargıyı tam olarak doğru kabul etmemekteyiz. Esasen Meclis'te aynen veya değiştirilerek yasalaşan OHAL CBK'leri iptal edilmemekte veya yürürlükten kaldırılmamakta, hukuk hayatında bulunmaktadır. Ancak CBK'nın değiştirilen hükümleri zaman bakımından sonra çıkarılmış bu "onay" kanunu ile çeliştiği için uygulama kabiliyeti kalmamaktadır. Değiştirilmeden kabul edilen OHAL CBK hükümleri de halen yürürlükte kalmalarına rağmen aynı içeriğe sahip bir kanunda düzenlendiği için referans alınacak olan hüküm CBK değil kanun olmaktadır.

46 Gözler, literatürün aksine OHAL CBK'lerinin kanun şeklinde onaylanamayacağını; parlamento kararı şeklinde onaylanacağını belirtmektedir. Gözler, K. (2021). s. 1028-1029. Yazar, Anayasa madde 119'un lafzındaki "…kararnameler Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır" ifadeden hareketle bu yorumu yapmaktadır. Ancak hukukumuzda parlamento kararlarının denetimi sınırlıdır. Bu sebeple OHAL CBK'lerinin denetlenemeyeceğine dair hükmün Anayasa'dan çıkartılmadan, bu tür yorumların yapılmaması kanaatindeyiz. Zira bir OHAL CBK'sı, geçmiş uygulamaların aksine Meclis'te parlamento kararı şeklinde onaylanır ve Anayasa Mahkemesi de "parlamento kararları yetki alanımda değil" derse ne olacaktır?

47 Kanadoğlu, O. K. ve Duygun, A. M. (2021). s. 419.

değildir[48]. Anayasa, bu madde ile çıkarılacak CBK'nin kanun hükmünde olacağını ve bu CBK'nin madde 104/17-2. cümlede zikredilen sınırlamalara tabi olmayacağını belirtmektedir. Kanun gücünde ifadesinden anlaşılması gereken husus, CBK ile kanunların belli hükümlerini askıya alınabileceğidir. Ayrıca dikkat edilirse 104/17-2. cümle istisna tutulmuş ancak takip eden cümleler istisna tutulmamıştır. Kurucu iktidar, eğer OHAL CBK'leri ile münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda OHAL CBK'si, çıkartılabileceğini belirtmek isteseydi 104/17-3. cümleyi de istisnalar arasında zikrederdi. Benzer şekilde kanunun açıkça düzenlediği konularda kalıcı nitelikte OHAL CBK'si çıkartılmasını mümkün görseydi aynı maddenin 4. cümlesini de istisnalar arasında sayardı. Argümanlar ışığında konuyu toparlamak gerekirse yürütmenin OHAL CBK'si ile kanunlarda değişiklik yapabilmesinin veya kanunları yürürlükten kaldırmasının tek yolu, bu işlemlerin sadece OHAL süresince geçerli olacağını OHAL CBK'sinde açıkça zikretmesi sayesinde olacaktır.

OHAL CBK'si ile kanunlarda değişikliğin hiçbir şekilde yapılamayacağı düşünülmemelidir. Nitekim 667 sayılı OHAL KHK'sinde sadece OHAL dönemlerinde bazı kanunların nasıl uygulanacağına dair geçici hükümler getirilmiştir. Örneğin 6. maddedeki "*26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince; a) Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren otuz günü geçemez…*[49]" ifadesinden de anlaşılacağı üzere OHAL süresince kanunların bazı maddelerine aykırı tedbirler alınmıştır (CMK mad. 91). Esasen hukuk tekniği açısından bunda bir beis yoktur. Anayasa gereği yürütme, bu dönemde çıkardığı kararnameler ile Anayasa'da yer alan güvencelere aykırı tedbirler alabilmektedir. Bu bağlamda OHAL'in gerekli kıldığı konularda olmak kaydıyla bazı kanun maddelerinin askıya alınacağı, bu kanun hükümlerinin kişilere uygulanmayacağı veya farklı şekilde

[48] Anayasa'nın madde 104/7-2. cümle hükmü şu şekildedir: "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*."

[49] 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, 2016, m. 6.

uygulanacağı belirtilebilir. Bu noktada önemli olan husus, kanun hükümleri ile zıt hükümler ihtiva eden OHAL CBK'si hükümlerinin, OHAL'in gerekli kıldığı konuları ihtiva etmesi ve OHAL'in zamansal sınırlamalarını aşmayacak şekilde tasarlanmasıdır. Böylece OHAL bittiğinde, bu hükümler de derhâl yürürlükten kalkmış olacaktır.

Darbe girişimi sonrasında çıkarılan OHAL KHK'leri incelendiğinde pek çok kanunda kalıcı değişikliklerin yapıldığı göze çarpmaktadır. Birtakım kanunlara madde, fıkra, bent, cümle veya kelime düzeyinde eklemeler yapıldığı görülmektedir. Bazı kanun maddelerinin ise tamamen veya kısmen değiştirildiği veya yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Örneğin 668 sayılı KHK ile çeşitli kanun maddelerinde 24 adet değişiklik yapılmış, 20 kanun maddesi tamamen veya kısmen yürürlükten kaldırılmış, 20 yeni kanun maddesi eklenmiş veya birtakım kanunlara fıkra, bent, cümle, kelime ilavesi yapılmıştır. Toplamda 64 kanun maddesi üzerinde değişiklik yapıldığı görülmektedir[50]. 669 sayılı KHK'de 78 kanun maddesi tamamen veya kısmen değiştirilmiştir/kaldırılmıştır. Bu KHK'de, 12 kanun maddesinde değişiklik yapılmış, 29 kanun maddesine ekleme yapılmış, 34 kanun maddesi kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırılmış, 2955, 2957, 3563 sayılı Kanunlar ise tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca kanun ile kurulması gereken üniversitelerin bu OHAL KHK'si ile kurulduğu görülmüştür[51]. Yukarıda yapılan izahatlar çerçevesinde açıkça denilebilir ki bu tür kalıcı düzenlemeler ihtiva eden OHAL KHK'si hükümleri, Anayasa'nın çizdiği sınırların aşılması olarak yorumlanmalıdır.

Tartışılması gereken bir diğer husus, bir OHAL CBK'si ile daha önce çıkarılmış OHAL CBK'sinin bir hükmünün değiştirilip değiştirilemeyeceğidir. Eğer eski kararnamenin değiştirilen hükmü, bir kanunu değiştiriyor idiyse yeni kararnamenin eski kararnamede yapmış olduğu değişiklik de yine bir kanunun değiştirilmesi manasına gelmekte olup bunun mümkün olmayacağı yorumu yapılabilir. Buna karşın eski

[50] Söz konusu sayıların hesaplanmasında, bazı kanun maddelerinin birden fazla fıkrasında değişiklik yapılmış olmasına binaen bu değişikliklerin her biri mükerrer olarak hesaba dahil edilmemiş, bir kanun maddesinde yapılan tüm değişiklikler "bir" olarak sayılmış ve bulunan toplam sayıya ilave edilmiştir. bkz.: 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2016.

[51] 669 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.

kararnamenin OHAL süresi boyunca uygulama alanı bulunan ve bir kanunda değişiklik yapmayan bir hükmünün değiştirilmesini mümkün olarak görmek gerekecektir. 670 sayılı KHK'de bu duruma örnek teşkil edebilecek pek çok hüküm vardır. Örneğin bu KHK ile 667 sayılı KHK gereği, ihraç edilen kişilerin elinden "silah ruhsatları alınır" hükmüne ilave yapılmış ve bu ifadeden sonra "gemi adamlığına ilişkin belgeler"in de bu kişilerin elinden alınacağına dair hüküm getirilmiştir. Bu ilave, bir kanun maddesinde değişiklik yapmayan bir kararname hükmünü "değiştirmekte", bu sebeple de kanımızca hukuk tekniğine uygun görülmektedir[52].

Ön denetimin önerilmesinde dayanılan diğer iki temel sav, CBK'de OHAL ilan edilmeyen "yerlere" dair hükümlerin OHAL'in gerekli kılmadığı konularda hükümler bulunması ihtimalidir. Ancak unutulmamalıdır ki bu iki hâlde mevcut hukukumuza göre OHAL CBK'sinin düzeltici denetimi ile bu hatalardan kurtulmak mümkündür[53]. Ancak ön denetimin getirilmesi sayesinde söz konusu hukuka aykırı hükümlerin henüz hukuk hayatına girmeden ortadan kaldırılabileceği unutulmamalıdır. 2016-2018 arası dönem incelendiğinde OHAL'in gerekli kılmadığı pek çok konuda değişikliklerin yapıldığı göze çarpmaktadır. Örneğin Maarif Vakfı Mütevelli Heyetine ödenecek huzur hakkını kimin belirleyeceğine, rektör seçim usulünün değiştirilmesine, ön ödemeli konut satışından gerekçe göstermeden dönülebilmesine veya kış lastiğinin zorunlu tutulmasına dair kuralların OHAL KHK'si ile getirilmesini, OHAL'in gerekli kıldığı bir konu olarak görmek mümkün değildir. Ön denetim ile bu hükümlerin hukuk hayatına girmesi engellenebilecektir[54].

---

52 670 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2016, m. 10/3, 6, 9, 10.

53 Düzeltici veya siyasi denetim ile bu hatalardan kurtulmak mümkündür ancak bu hataların izi kalmaya devam edecektir. Ön denetimin olmadığı senaryoların yetersizliğine, Maarif Vakfını düzenleyen hüküm üzerinden örnek vermek mümkündür. Örneğin bu hüküm, siyasi denetim sonucu yasalaşmasa veya Mahkeme tarafından norm denetimi ile bu hükmün OHAL'in gerekli kılmadığı bir alanı düzenlediği gerekçesi ile iptal edilse ne olacaktır? Vakfın mütevelli heyetinin huzur hakkını belirleyecek bir makam hukuk hayatından silinecek ve hukuki bir boşluk oluşacaktır.

54 674 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2016, m. 1; 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2016, m. 85; 684 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2017, m. 8/1; 687 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2017, m. 2.

OHAL CBK'si ile yer bakımından OHAL sınırlarının aşıldığı bir durum ile ise 1991 yılında karşılaşılmıştır. Bu dönemde OHAL, doğu ve güneydoğu illerinde ilan edilmesine rağmen içişleri bakanına tüm ülke çapında uygulayabileceği bir yetki verilmiştir. Böylece içişleri bakanı, yasak kapsamında olan eserlerin ihtara rağmen yayın ve dağıtımına devam edilmesi durumunda bunların "*basılmalarını, çoğaltılmalarını, yayınlanmalarını veya dağıtılmalarını süreli veya süresiz*" olarak yasaklama yetkisine sahip olmuştur. Yalnızca doğu ve güneydoğu illeri bakımından uygulanabilecek normlar içermesi gereken OHAL KHK'si hükmü, yer bakımından OHAL'in sınırlılıklarını aşmıştır[55]. Ön denetimin var olması hâlinde OHAL CBK'leri, bu ve benzeri sınırı aşan hükümlerden yayım öncesi arındırılabilecektir.

Esasen ön denetime gerek kalmadan Anayasa'daki sınırlamaların daha net bir şekilde belirtilmesi ile OHAL CBK'lerinin yer, zaman ve konu bakımından sınırlarının aşılmasının önüne geçmenin mümkün olduğu savı ileri sürülebilir. Örneğin Anayasa'ya, OHAL CBK'leri ile kanunlarda süreklilik arz eden bir değişikliğin yapılamayacağı, yapılan değişikliklerin OHAL'in ilan edildiği yer ve süre bakımından sınırlı olacağı "daha açıkça" belirtilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki yürütmenin sınırlarını belirleyen benzeri hükümlerin zaten Anayasa'da var olduğu, buna rağmen yürütmenin bu sınırları aştığı örneklerden de görülmektedir. Bu sebeple yürütmeye getirilecek sınırlamalara uymasının "umulacağı" hükümlerin getirilmesinin sorunu çözmeye yetmeyeceği söylenebilir.

Yürütmenin çıkaracağı OHAL CBK'lerinin tüm hükümlerinin OHAL bitimi ile yürürlükten kalkacağı hususunu bir anayasa kuralı ile düzenlemek de söz konusu sorunun aşımı için elverişli bir çözüm değildir. Zira Anayasa'ya koyulacak bu hükme rağmen kanunlarda kalıcı değişiklik yapan OHAL CBK'si çıkarıldığında, OHAL bittiğinde bu hükümler tamamen yürürlükten kalkacaktır ancak tekrar belirtmek gerekir ki ilga eden kanunun ilga edilmesi, ilga edilmiş kanuna hayat vermeyecektir. Hatta kanunlarda kalıcı nitelikte değişiklik öngören bir OHAL CBK'si hükmü Meclisin önüne geldiğinde reddedilse ve yasalaşmasa dahi söz konusu OHAL CBK hükmü Resmî Gazete'de yayımlanarak bir kez hukuk hayatına girdiği için değişiklik yapılan kanun hükmü tekrar hukuk hayatına giremeyecektir. Dolayısıyla yürütmenin

[55] AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03/07/1991.

hazırladığı CBK'nin henüz yürürlüğe girip telafisi mümkün olmayan zararlar vermeden önce ön denetim ile yargının sürece dâhil olacağı bir mekanizmanın hukuk hayatımıza getirilmesi daha tutarlı olacaktır.

C. ÖN DENETİM USULÜ

Yukarıda ön denetimin Türkiye'de neden kabul edilmesi gerektiği hususunun altı çizildi ve kısaca ön denetimin mahiyeti hakkında bilgi verildi. Bu noktada vurgulanması gereken husus, bu denetim türünün ülkemizde nasıl uygulanacağıdır. Denetimin nasıl başlatılacağı; bunun bir süreye tabi olup olmayacağı, ön denetimin kapsamının ne derece geniş olacağı, Mahkemenin ön denetimden sonra bir kez daha düzeltici mahiyette soyut norm denetimini yapıp yapamayacağı ve Mahkemenin ne kadar süre içerisinde bu denetimi icra edeceği gibi hususları karşılaştırmalı hukuktan faydalanarak açıklamak yerinde olacaktır.

1. Ön Denetimin Teklif Usulü

Ön denetimin ne zaman ve kim tarafından istenebileceği hususunu anayasalarda net bir şekilde görmek mümkündür. Örneğin Fransa ve Portekiz Anayasalarında ön denetimin kanunun kabulü ve ısdar işlemi arasındaki bir zamanda talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır[56]. Ülkemizde OHAL CBK'lerinin yürürlüğe girme süreci bahsi geçen ülkelerden farklı olduğundan ülkemiz için söz konusu denetimin resen gerçekleştirilmesi önerilmektedir. Bilindiği üzere OHAL kararnameleri, Cumhurbaşkanı'nın OHAL CBK'sini çıkarma iradesi ile bu düzenleyici işlemin Resmî Gazete'de yayımlanması arasına hiçbir kurum veya safha girmeden yürürlüğe girmekte, zamansal açıdan bu iki işlem bitişik bir şekilde icra edilmektedir. Esasen OHAL CBK'sinin kabul zamanı farklı, bunun Resmî Gazete'de yayımlanma zamanı farklıdır. Ancak uygulamada bu iki işlem genel olarak aynı gün ve hatta birbirini takip eden saatler içerisinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple OHAL CBK'lerinin ön denetiminin talep edilmesinin başlangıç ve bitiş zamanı gibi bir ayrımın yapılması mümkün değildir zira arada başvuru için uygun bir zaman dilimi bulunmamaktadır. Ayrıca ön denetimin resen gerçekleşecek olması, bu denetimin işlevselliğini ve etkinliğini artıran

[56] Fransa Anayasası, 1958, m. 61/1, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15.04.2022); Portekiz Anayasası, 1976, m. 278/1, 4, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15.04.2022)

bir unsurdur[57]. Bu sebeple ön denetimin resen yapılmasını öngören bir anayasal düzenleme yapılması kanımızca yerinde olacaktır.

OHAL CBK'lerinin doğası gereği, mümkün olan en kısa sürede yürürlüğe girmesi gerektiğinden birtakım makamlara bu denetimin başlaması için başvuru yapma hakkının verilmesi veya bu başvuru için bir süre tayin edilmesi doğru olmayacaktır. Aksi durum, olağan döneme geçiş için gerekli olan OHAL CBK'lerinin yürürlüğe girişini erteleyecek ve dolayısıyla olağana dönüş zamanı uzayacaktır. Esasen birtakım normlar için ön denetimin başvuruya gerek duyulmadan resen yapılmasının uygulamada rastlanan bir durum olduğunu zikretmekte fayda bulunmaktadır. Örneğin Fransa'da organik kanunlar, içtüzük değişiklikleri, halkoyuna sunulacak olan kanun taslakları resen Mahkemenin denetimine sunulmaktadır. Fas'ta da organik kanun ve içtüzük değişiklikleri resen Mahkemenin denetimine gitmektedir. Benzer şekilde Romanya'da anayasa değişiklikleri ön denetime resen girmektedir[58]. Zikredilen ülkelerdeki uygulamanın temel sebebi, organik kanun veya anayasa değişikliği gibi toplumu derinden etkileme potansiyeline sahip normların bir "oldu bitti"ye getirilerek yürürlüğe sokulmasının engellenmesidir. Bu çalışmada OHAL CBK'lerinin resen ön denetime tabi tutulmasına dair önerinin temel sebebi de esasen budur. Bu noktada akla, Anayasa Mahkemesinin resen inceleyeceği metne nasıl ulaşacağı sorusu gelmektedir. Resen yapılacak olan bu denetimin başlamasını, Anayasa gereği Cumhurbaşkanı'na bırakmak düşünülebilir. Cumhurbaşkanı yayımlanmasını istediği metnin son hâlini Anayasa Mahkemesine göndermeli ve denetim için Mahkemenin sahip olacağı süre de bu tarihten itibaren başlamalıdır.

57 Anayurt, Ö. (2020). s. 709; Değerli, Y. S. (2020). s. 137-139.

58 Fransa Anayasası, 1958, m. 61/1; Fas Anayasası, 2011, m. 132/2-3, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15.04.2022); Romanya Anayasası, 1991, m. 146/1-a, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15.04.2022). Buna karşın bazı normlara karşı başvurular resen icra edilmemektedir. Örneğin Fransa'da normal kanunlar için birinci Meclisin 1/5'i ikinci Meclisin ise 1/3'ü; Fildişi Sahili'nde, siyasi parti grupları veya meclis üye tam sayısının 1/10'u; Tunus'ta 30 milletvekiline; İrlanda'da sadece devlet başkanına ön denetime başvurma imkânı tanınmıştır. Fildişi Sahilleri Anayasası, 2016, m. 113/1, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15.04.2022); Tunus Anayasası, 2014, m. 120/1, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15.04.2022); İrlanda Anayasası, 1937, m. 26/1-1, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

2. Ön Denetimin Kapsamı: Geniş Kapsamlı Denetim- İlintililik Denetimi

Ön denetim, anayasaya aykırı olan bir normun hukuk hayatında hiçbir iz bırakmadan silinmesini sağlayan etkili bir denetim türüdür. Bu bağlamda bu denetim türünün uygulanması ile birey hak ve hürriyetleri hiç etkilenmeden korunma sağlanmış olmaktadır. Ancak bu durum denetimin geniş kapsamlı kabul edilmesine bağlı olan bir husustur. Denetim kapsamının dar tutulması durumunda zikredilen bu faydalar kısmen sağlanabilecektir. Öte yandan denetim kapsamının geniş tutulması sebebiyle de birtakım sakıncalı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple ön denetimin kapsamının ne derece geniş olacağı oldukça önem arz eden bir husustur.

Ülke uygulamaları incelendiğinde ilgili normun ön denetiminin genel olarak bir sınırlamaya tabi olmadan şekil ve esas incelemesinin tamamını kapsadığı görülmektedir. Bir diğer ifade ile mahkemeler, normun yürürlüğe girmesi için gerekli olan şekil kurallarına uygun işlemlerin yapılıp yapılmadığını gözetmektedir. Buna ilaveten ilgili normun anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olup olmadığı da teferruatlıca incelenmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, aşağıda da zikredileceği üzere mahkemelerin ön denetimi gerçekleştirmek için oldukça sınırlı olarak kabul edilebilecek bir zaman dilimine sahip olmasıdır. Bu kısa bir zaman diliminde bu denli esaslı bir incelemenin yapılmasının mümkün olup olmayacağı veya bu incelemenin doğru sonuçlanıp sonuçlanamayacağı hususları tartışılmalıdır. Bilindiği üzere esastan inceleme, teferruatlı bir şekilde denetim gerektirmektedir. Anayasanın tümü üzerinden bir tarama gerçekleştirilirken mahkeme üyeleri arasında uzun tartışma ve görüş ayrılıkları yaşanabilir. Mahkemenin zaman bakımından sınırlı bir süreye tabi olması, denetimin işlevselliğini etkileme potansiyelini içinde barındırmaktadır. Zira zamanla yarışan mahkemenin inceleme yaparken gözden kaçıracağı, ihmal edeceği hususların olması veya yanlış değerlendirme yapma ihtimali pek muhtemel görünmektedir. Ön denetimin, norma ilişkin siyasi tansiyonun yüksek olduğu bir atmosferde icra edileceği de hatırda tutulmalıdır. Bu süreçte adeta, siyasi tartışmaların hararetinin dumanı hâlâ ilgili normun üstünde tütmektedir. Anayurt'un da belirttiği üzere Mahkemenin yoğun bir kamuoyu baskısı altında kalarak karar vermesi gerekmektedir[59].

[59] Anayurt, Ö. (2020). s. 710.

Türkiye'de OHAL CBK'lerinin ön denetime tabi tutulmasında Mahkemenin sahip olacağı denetim yetkisinin hem madde 119 hem de madde 15'i kapsayacak şekilde verilmesi yani ön denetim yetkisinin geniş tutulması düşünülebilir. Madde 119 gereği denetim, CBK'nin, OHAL'in gerekli kıldığı konuları ihtiva edip etmemesi ile ilgilidir. Açıkça madde 119'da ifade edilmese de CBK hükümlerinin, OHAL'in doğası gereği[60] yer ve zaman bakımından OHAL'in sınırlarını aşmayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir. Madde 15 bağlamında yapılacak denetimin konusu CBK ile :

- Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihmal edilip edilmediği,
- Temel hak ve hürriyetlerdeki sınırlama veya durdurma tedbirlerinin durumun gerekli kıldığı ölçüde olup olmadığı,
- Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulup dokunulmadığı,
- Din, vicdan, düşünce ve kanaatlerin açıklanmaya zorlanıp zorlanmadığı ve bunlardan dolayı kimsenin suçlanıp suçlanmadığı,
- Suç ve cezaların geçmişe yürütülüp yürütülmediği,
- Masumiyet karinesinin ihlal edilip edilmediği,

hususları ile sınırlıdır. Anayasa Mahkemesinin OHAL CBK hükümlerini konu bakımından bu denli geniş bir ön denetim yetkisi ile denetlemesinin sakıncalı olacağını düşünmekteyiz. Denetim sınırının geniş tutulması durumunda bu denetimin alelacele yapılması kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca Mahkemenin birtakım hususları gözden kaçırması da ihtimal dâhilinde tutulmalıdır[61]. Buna ilaveten kimi durumlarda bir normun anayasaya aykırı olup olmadığı ancak uygulamaya geçilince fark edilebilmektedir[62]. Örneğin gözaltı süresinin uzatılması hususundaki OHAL CBK'si hükmünün ölçülü olup olmayacağı, ciddi bir saha incelemesini gerektiren bir husustur. Anayasa madde 15 gereği, bir temel hak ve hürriyeti sınırlamanın "durumun gerektirdiği ölçüde"

60 Gözler, K. (2021). s. 405.

61 Anayurt, Ö. (2020). s. 710.

62 Kıratlı, M. (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 26.

olup olmadığının denetimi için kimi zaman ilgili kuralın uygulamaya girmesi beklenmelidir. Varsayımsal olarak yürütme OHAL ilan etmiş ve edindiği istihbaratlar gereği on binlerce kişi hakkında gözaltı kararı vermeyi öngörmüş ve çıkardığı CBK'de gözaltı süresini 30 gün olarak belirlemiş olabilir. Mahkemenin elinde, geleceğe dair böyle bir istihbarat/bilgi olmadığı için "ön denetim" ile önüne gelecek bu kuralı, "durumun gerektirdiği ölçüyü" aştığı şeklinde yorumlayarak bu kuralı iptal etmesi mümkün olabilir. Ancak madde 15 bağlamında denetim, düzeltici denetimle gerçekleştirilse idi ilgili OHAL CBK'si yürürlüğe girdikten sonra on binlerce kişinin gözaltına alınması ile adli makamların ne denli büyük bir iş yükü ile karşılaşacağını gören Mahkeme, gözaltı süresini 30 güne çıkaran kuralın denetiminde bu kuralı "durumun gerektirdiği sınırlar içinde" addedebilecektir[63].

Özet olarak ön denetim ile kimi durumlarda bir normun hukuka uygun olup olmadığı anlaşılamamakta, normun yürürlüğe girerek nasıl uygulanacağının görülmesi, ne gibi etkilerin ortaya çıktığının analiz edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Türkiye'de OHAL CBK'lerinin ön denetiminin sınırlarının dar tutulması önerilmektedir. Zira ön denetimin kapsamının geniş tutulması sebebiyle denetimin üstün körü yapılması gerçeğini ve Mahkemenin zaman ve toplumun baskısı altında kalması gibi riskleri terazinin bir tarafına koyunca denetimin ilintililik bağlamında olmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Denetimin kapsamını oluşturacak ilintililik kavramından kastedilen hususları üçe ayırmak mümkündür: Yer, zaman ve konu (kısmen). Birinci denetim, OHAL CBK'sinin OHAL'in ilan edildiği yer sınırlarını aşan bir hükme sahip olup olmadığı hususu üzerine yapılacaktır. OHAL yönetimleri, yürütme organlarına geniş yetkiler verdiği için kimi zaman yürütme, bu yetkilerini OHAL'in ilan edilmediği bölgelerde de kullanma eğiliminde olabilmektedir. Mevcut sistemimizde bunun önüne geçebilmek için iki yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki, OHAL CBK'sinin Meclis'te siyasi denetimden geçirilmesidir. Cumhurbaşkanlığı makamı ile meclis çoğunluğunun aynı siyasi görüşe sahip ekolün elinde olması

63 Benzer örneği, küresel bir pandemi sebebiyle ilan edilecek OHAL sonrası çıkarılan CBK'de, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'dan ve OHAL Kanunu 11/1-a'dan aldığı "sokağa çıkma yasağı" yetkisinin azami sınırlarını çok yüksek belirlediği üzerinden de vermek mümkündür. Yürütmenin elinde, hastalığın yayılımına dair ciddi bilgilerin olması sebebiyle örneğin 30 gün olarak belirlenen yasak, Mahkeme tarafından ön denetimde "durumun gerektirdiği ölçü aşıldı" şeklinde yorumlanmasına mahal verebilecektir.

durumunda bu siyasi denetimin etkin olamayacağı varsayılabilir. Bir diğer yol ise yasalaşan OHAL CBK'sinin düzeltici denetim ile Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesidir. Yukarıda zikredilen örneklerden de görüleceği üzere bu denetim oldukça uzun sayılabilecek bir zamanda gerçekleştiğinden dolayı etkinliği bir nebze az görülmektedir. Yer bakımından OHAL sınırlarını aşan bir düzenleme ile karşılaşılması durumunda Anayasa Mahkemesinin ön denetim yetkisine sahip olması ihtimalinde söz konusu hükmün yürürlüğe girmesi engellenebilecek ve OHAL ilan edilmeyen yerlerdeki insanların hakları korunmuş olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin OHAL CBK'lerini, ilintililik bağlamında ön incelemeden geçirirken sahip olacağı denetim yetkisinin ikincisinin zaman açısından olması gerektiğini önermekteyiz. Geçmiş OHAL KHK'larından da görüleceği üzere sıklıkla kanunlarda kalıcı nitelikte değişikliklerin yapıldığı görülmektedir. Düzeltici denetim ile Anayasa'ya aykırı bu eylemlerin tersine çevrilmesi maalesef mümkün olamamaktadır. Düzeltici denetimde Mahkeme, zaman bakımından ilgili hükmü iptal edebilmektedir fakat Mahkeme kararlarının ileriye dönük olması sebebiyle, iptal kararı sonrasında eski düzenleme geri gelememektedir. Örneğin bir OHAL CBK'si ile Medeni Kanun'un veya Diyanet İşleri Başkanlığını düzenleyen kanunun kaldırılması sonrasında düzeltici denetim ile OHAL CBK'sinin iptal edilmesi sonrası Medeni Kanun tekrar hukuk hayatına dönmeyecektir. Buna karşın ön denetim yetkisinin Mahkemeye verilmesi durumunda OHAL CBK'sinde bir kanunu kalıcı olarak değiştiren bir hüküm olup olmadığının anlaşılması üzerine Mahkeme, denetimi gerçekleştirerek bu hükümleri iptal edecek ve hukuk hayatında hiçbir değişiklik gerçekleşmeden sorun çözülecektir. Böylece hukuki güvenlik ilkesinin teminine büyük katkı sunulacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1991 içtihadında da bu iki konuya yer vermiş ve Anayasa'da açıkça belirtilmese de OHAL KHK'larının yer ve zaman bakımından sınırlılıkları olduğunu vurgulamıştır. *"KHK ile getirilen önlemlerin sadece olağanüstü hal ilân edilen bölge için geçerli olması bölge dışına taşırılmaması gerekir. Olağanüstü hal KHK'lerinin uygulanacağı yer olağanüstü hal ilân edilen bölge veya bölgelerdir, ülkenin bir bölgesi içinilan edilen olağanüstü hal nedeniyle olağanüstü hal edilmeyen yerlerde olağanüstü hal KHK'lerine geçerlilik tanınamaz. Olağanüstü hal ilân edilmeyen bir bölgede olağanüstü hal KHK'leri ile kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması veya durdurulması dolayısıyla olağanüstü hal yönetimi uygulamasına Anayasa olanak*

vermez. Bir bölge için ilân edilen olağanüstü hal ülkenin tümünde olağanüstü yönetimin uygulanmasının nedeni olamaz. Olağanüstü hal ilân edilmeyen bölgelerde kişi hak ve özgürlükleri olağanüstühal KHK'leri ile kısıtlanamaz[64]*."*

Mahkemenin ilintililik bağlamında yapacağı denetimin kapsamındaki üçüncü husus, CBK'nin konusudur. OHAL'in konu bakımından sınırının çerçevesi yukarıda çizildiği için burada sadece "OHAL'in gerekli kıldığı konular" ifadesi üzerinden denetimin yapılması gerektiğini belirtmekle yetineceğiz. OHAL'in gerekli kılmadığı konuların, örneğin kış lastiği düzenlemesi veya rektör atamaları gibi hususların geçmişte OHAL KHK'leri ile çıkarıldığı bilinmektedir. Ön denetimin olması durumunda yürütme organı, bu gibi düzenlemeleri yapmaya kalkışamayacak, aksi durumda bunların yürürlüğe girmesi Mahkeme tarafından engellenebilecektir.

Ön denetimin kapsamının ilintililik ile sınırlandırılması, birtakım değerlendirmelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bunlardan biri ilintililik denetiminin mevcut hukukumuzdaki sorunları çözmeye ne derece elverişli olacağıdır. Hatırlanacağı üzere önceki başlıklarda OHAL CBK'lerinin denetiminin gecikmesi sebebiyle iki önemli sorun ile karşılaşıldığından bahsedilmiş, bunlar ise Anayasa'ya aykırı hükümlerin geç denetlenmesi ve hiç denetlenememesi olarak zikredilmişti. Ön denetimin kapsamının geniş tutulması ile bu iki sorunun tamamından kurtulmak mümkün olabilecektir. Buna karşın ilintililik incelemesi ile Anayasa madde 119 gereği yapılacak denetim sonucu, bu iki sorundan "kısmen" kurtulmak mümkün olabilecektir. Denetimin kapsamının ilintililik olarak belirlenmesi yani dar tutulması durumunda Anayasa madde 15'e aykırı olan OHAL CBK'si hükümleri denetlenemeyecek ve bu iki sorun tam anlamıyla bertaraf edilemeyecek, kısmen baki kalacaktır. Burada bir tercih, fayda zarar hesabı yapılması gerekmektedir. Geniş denetim ile denetimin işlevsizleşme ihtimali mi yoksa ilintililik denetimi ile kısmen de olsa etkin bir denetim mi istendiği belirlenmelidir.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise ilintililik ile sınırlanan Mahkemenin soyut norm denetimini kaç kez yapacağıdır. Bir normun ön denetime tabi tutulması sonrası mahkemeye ikinci bir denetim yetkisi genel olarak verilmemektedir[65]. Çünkü ön denetim, genel olarak bir konu

[64] AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03/07/1991.

[65] Burada kastedilen ikinci bir soyut norm denetimidir. Elbette ki somut norm denetimi ile ikinci bir denetim mümkündür.

sınırlamasına tabi tutulmadan zikredildiği üzere şekil ve esas denetim şeklinde yapılmaktadır. Bu sebeple düzeltici denetim niteliğinde olan ikinci bir soyut norm denetim yetkisi mahkemelere verilmemektedir. Örneğin İrlanda Anayasası'nda bu husus açıkça düzenlenmiş ve ön denetim ile Mahkeme huzuruna getirilen bir norm, denetimden geçtikten sonra yürürlüğe girerse yürürlük sonrası ikinci kez soyut norm denetimi ile (bu sefer düzeltici denetim adıyla) Mahkemeye başvurulamayacağı belirtilmektedir[66]. Türkiye'de de ön denetimin konusunda herhangi bir sınırlama getirilmeyecekse yapılması gereken, İrlanda'da olduğu gibi ikinci bir soyut norm denetiminin mümkün olmaması şeklinde bir düzenleme yapmaktır. Ancak bu çalışmada ön denetimin ilintililik üzerinden sınırlandırılması önerildiği için İrlanda'daki uygulamanın aksine ikinci kez soyut norm denetimi ile OHAL CBK'lerinin denetlenmesine imkân tanınması mümkün kılınmalıdır. Esasen bu bir çelişki değildir. Zira zikredildiği üzere Mahkemeye verilecek olan ön denetim yetkisinin kapsamı sadece belli hususlar ile sınırlı olacaktır: yer, zaman ve kısmen konu bakımından. Mahkeme ikinci soyut norm denetiminde ilintililik incelemesini ikinci kez yapamayacaktır. Bir diğer ifade ile ilk soyut norm denetimi (ön denetim), Anayasa madde 119 kapsamında olacak ve bir kez daha bu denetim yapılmayacaktır. Buna karşın normun ön denetim sonrası yürürlüğe girmesi sonrasında, Meclis'te de kabul edilmesi hâlinde bir başvuru ile Mahkemeye bu sefer madde 15 bağlamında bir inceleme için düzeltici denetime gidilmesi mümkün kılınacaktır. Mahkemenin ikinci kez soyut norm denetimi yapabilmesinin önünün açılması ile Mahkeme, siyasal, toplumsal ve zamansal bir baskıdan kısmen arındırılmış olacaktır.

Ön denetimin ilintililik bağlamında sınırlandırılması üzerinden tartışılması gereken bir diğer husus, denetimin sınırının ne derece katı uygulanabileceği ile ilgilidir. İlintililik denetimi ile Mahkemenin Anayasa tarafından sınırlandırılmasına rağmen Mahkemenin Anayasa madde 15 bağlamında Anayasa'ya aykırı gördüğü OHAL CBK'si hükümlerini ön denetimde fark etmesi mümkündür. Bu durumda ne olacaktır? Kurgulanan sistem sadece ilintililik denetimini mümkün kıldığı için böylesi bir durumda Mahkemenin bu denetimi yapmadan, kararını

[66] İrlanda Anayasası, 1937, m. 26, 34/3-3. Söz konusu yasak ikinci soyut norm denetimine ilişkindir. Ön denetim sonrası norm yürürlüğe girerse somut norm denetimine gidilebilmektedir.

açıklaması ve Meclise CBK'yi göndermesi gerekmektedir. Zira madde 15 bağlamında bir CBK hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun denetimi, aceleye getirilmeden detaylı bir analiz ve inceleme gerektirmektedir. Gözaltı süresi örneğinde olduğu gibi bir normun uygulamaya girmesi sonrasında daha doğru bir şekilde denetlenebildiği düşünülmelidir. Buna karşın Mahkemenin ön denetim yetkisi dar tutulmasına rağmen içtihat ile denetim yetkisini genişletmesi ve madde 15 bağlamında bu yetkisini icra etmesi, Mahkemenin aktivist bir tutum[67] sergilemesi olarak görülebilir. Mahkemenin Anayasa'da yer almayan bir yetkiyi yine içtihadi olarak kullanabilmesine mâni olmak için ön denetim sırasında madde 15 bağlamında da değerlendirme yapabilme imkânını, Mahkemeye kurguladığımız sisteme de aykırı düşmeyecek sınırlılıkta verilmesi düşünülebilir. Her ne kadar başka bir çalışmanın konusu olacak kadar geniş bir husus olsa da Mahkemenin ön denetim sırasında ihtiyari olarak madde 15 bağlamında da denetim yapabilmesi ve ancak bu denetim sonucu ilgili normu iptal etmeyerek sadece yürütmeyi durdurma kararı verebilmesi de anayasa değişikliği ile getirilebilir. Böylece ilintililik ile sınırlandırılmış ön denetim sebebiyle, yukarıda zikredilen iki sorunun kısmen değil tamamen ortadan kalkması sağlanmış olacaktır. Böyle bir öneriye alternatif olarak Anayasa Mahkemesine ön denetim neticesinde, yasalaşma öncesi veya sonrasında olduğu fark etmeksizin resen veya başvuru ile OHAL CBK hükümlerinin yürütmesinin durdurulması yetkisinin verilmesi de düşünülebilir.

3. Ön Denetimin Süresi

Karşılaştırmalı hukukta ön denetim için mahkemelere genellikle sınırlı bir süre verildiği görülmektedir. Zira yasa yapma iradesine yegâne sahip olan yasama organlarının bu iradesine ket vurulması, ön denetimin uzunca kabul edilebilecek bir zaman dilimi içerisinde yapılması ihtimali ile birleştirildiğinde kuvvetler arası dengede bozulum gerçekleşebilecektir. Bu sebeple yargı organına tanınan bu istisnai yetkinin kapsamı dar tutulmaya çalışılmıştır. Örneğin İspanya'da Anayasa Mahkemesinin ön denetim yetkisinde olan milletlerarası antlaşmalara ilaveten, 1979 yılında getirilen düzenleme ile özerk bölgelerin organik kanunlarının

[67] Mahkemenin akitivizm tutumunu değerlendiren çalışmalar için bkz.: Özbudun, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 257-268; Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin.

da ön denetime tabi tutulmasını öngören reformdan Mahkemenin süre sınırlarına riayet etmeyerek, kimi denetimini bir yıla varan sürede tamamlayarak denetim sürecini uzatması sebebiyle 1985 yılında vazgeçildiği bilinmektedir[68]. Bu sebeple mahkemelere verilen ön denetim için sınırlandırılmış süre zarfında mahkemenin bir karar vermemesi durumunun da düzenlenmesi gerekmektedir. Türkiye için önerilen OHAL CBK'lerinin ön denetimi için böylesi bir gecikme durumunda ne olacağı yine Anayasa'da açıkça belirtilmelidir. Mahkemenin ön denetimi belirtilen süre zarfında tamamlayamaması durumunda İspanya'da olduğu gibi Mahkemenin kararı beklenmemeli, bu sessizliği zımni ret olarak değil zımni kabul şeklinde varsayılması daha uygun olacaktır. Aksi takdirde hukuki boşluk durumu uzayacak, yürütme ve yasamanın yargı eli ile ikinci plana itildiği bir zemin oluşturulmuş olacak ve olağana dönüş için gerekli olan bu norm yürürlüğe giremeyecektir.

Ön denetimin kısa tutulmasının bir diğer sebebi ise hukuk hayatında bir boşluğun mümkün olduğunca kısa tutulması ihtiyacından gelmektedir. Özellikle hukuk hayatına ilk kez girecek olan bir düzenleme söz konusu olduğunda bu normun ön denetime tabi tutulması, hukuk hayatındaki boşluğu uzatacaktır[69]. Bilindiği üzere OHAL CBK'leri, uyuyan kanun olarak nitelenen Olağanüstü Hal Kanunu'nun boşluğunu doldurmaktadırlar. Bu Kanun'da OHAL dönemlerinde alınacak tüm tedbirlerin yazılması mümkün değildir. OHAL'in şartları gereğince alınması gereken tedbirler vardır ve bunların her birinin önceden tahmin edilip Olağanüstü Hal Kanunu'na yazılması olası değildir. Bu Kanun'da birtakım yükümlülükler ve alınacak tedbirler sınırlı olarak ve genel hatlarıyla sayılmıştır. Bu hükümlerin içinin doldurulması ise OHAL CBK'leri ile mümkün olmaktadır[70]. Bu sebeple denilebilir ki OHAL dönemlerinde çıkartılacak olan CBK'lerin hükümleri, bir hukuki boşluğu dolduran türden normlardır. Ön denetimin mecburi tutulmasıyla, OHAL ile mücadele edilecek normların hukuk hayatına girmesi belli bir dönem ertelenmiş olacak ve hukuki bir boşluk geçici de olsa bir süre doldurulamayacaktır. Genel eğilime uyularak bu belirsizlik döneminin

[68] Esasen ön denetimin uzamasının tek sebebi Mahkeme değildir. Sosyalistlerin iktidarının, muhalefet partileri tarafından sistematik bir şekilde kanunların ön denetime götürülerek suiistimal edilmesi de bu geriye gidişte etkili olmuştur. Barreiro, B. (1998). "Judicial Review and Political Empowerment: Abortion in Spain", *West European Politics*, C. 21., S. 4., s. 151.

[69] Bir normu değiştiren bir başka normun ön denetime tabi tutulduğu durumlarda bir boşluk elbette ki oluşmamaktadır.

[70] Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 436, 437.

kısaltılması, ön denetimin sınırlı bir zaman dilimine sıkıştırılması makul bir önlem olarak addedilebilir. Ülke uygulamalarına bakıldığında genel olarak kısa zaman dilimlerinin tercih edildiği görülmektedir. Örneğin Fildişi Sahili'nde Mahkemeye 15 gün süre verilmiş olup Fransa'da 1 ay ancak hükûmetin talebi üzerine ivedi durumlarda 8 gün, Macaristan'da 30 gün, Portekiz'de 25 gün süre verilmiştir. Buna karşın Tunus'ta 45 gün gibi uzun addedilebilecek bir zaman diliminin Mahkemeye verildiği görülmektedir[71]. Türkiye'de de OHAL CBK'lerinin ön denetimi için bir haftalık sürenin verilmesi düşünülebilir. İlk bakıldığında bu sürenin oldukça dar tutulduğu, bu sebeple denetimin işlevsel olmaktan uzak olacağı gibi düşünceler getirilebilir. Ancak yukarıdaki başlıkta detaylıca tartışıldığı üzere önerdiğimiz ön denetim sadece ilintililik bağlamında olacak olup bu denetim yer, zaman ve "kısmen" konu bakımından sınırlandırılacaktır. Bu sayede söz konusu CBK'nin yürürlüğe girmesinde gecikme asgariye düşürülecektir. Ayrıca OHAL şartlarında gelişen durumlar için getirilecek normların yayımının ön denetim ile ertelenmesinden doğan hukuki boşluk durumunun doğuracağı sakıncalar da en aza indirilmiş olacaktır. Öte yandan bir haftalık sürenin sadece ilintililik denetimi için uzun olduğu da düşünülebilir. OHAL'in gerekli kıldığı tedbirlerin bir hafta boyunca alınamayacak olması, olağan dönemden çıkış sürecini de hâliyle geciktirecektir. Bir OHAL CBK'si hükmünün yer veya zaman bakımından OHAL sınırlarını ihlal edip etmediğini tespit edebilmek için 7 günlük süreye gerçekten ihtiyaç var mıdır? Bu denetim, Mahkemenin bir-iki günlük emeği ile gerçekleştirilemez mi? Elbette ki bu da mümkündür. Ancak bu denetimin aceleye getirilmemesi, üyelerin toplanabilmesine dahi fırsat veremeden bir karar alınmasını zorlayacak bir düzen kurulmaması sistemin işleyişi açısından daha tutarlı olacaktır.

SONUÇ

Devlet erklerinin birbirini hangi araçlar ile kontrol ve denge içerisinde tutacağının belirlenmesi, anayasaların en önemli işlevlerinden biridir. Anayasalar, yürütmeyi elinde tutan siyasi gücün ayrıca yasamada çok güçlü bir çoğunluğa ulaştığı bir dönemde genellikle kaleme alınırlar. Dolayısıyla bu belgenin kaleme alınmasında sadece yargı organının bir

[71] Fildişi Sahilleri Anayasası, 2016, m. 113/1; Fransa Anayasası, 1958, m. 61/3; Macaristan Anayasası, 2011, m. 6/6, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15.04.2022); Portekiz Anayasası, 1976, m. 278/8; Tunus Anayasası, 2014, m. 121/1.

fonksiyon icra etmediği söylenebilir. Bunun sonucu, yargı organı görece diğerlerine göre daha etkisiz bir konuma sürüklenmektedir. Zira yargı organı, her iki organın işlemlerini de frenleyebilme imkânına sahip yegâne organdır.

Herkesin malumudur ki siyasette, güç ve reform isteği arasında "genellikle" bir ters orantı bulunmaktadır. Güçlü olunmadığında reform isteği belirir, güç elde edildiğinde ise reform isteği gitmektedir. Örneğin her muhalefet, yargının güçlendirilmesi arzusunu taşır ancak iktidara geldiğinde, anayasanın kaleme alınacağı bir zamanda genel olarak bu arzu geri planda kalır. Sonuç olarak yargı organları, bilhassa anayasa mahkemeleri, sistem içerisinde hak ettiği yere ulaşamaz. Uygulanmakta olan anayasaların geçmiş versiyonları incelendiğinde zaman geçtikçe yargı organlarının, anayasa mahkemelerinin yetkilerinde artışlar meydana geldiği görülecektir. Esasen bu zafer, tam manasıyla dünün muhalefetine veya bugünün iktidarına ait değildir. Bu zaferin baş mimarı, başlangıçta kuvvetler arasında kurgulanan dengesiz konumdan rahatsız, dar kalıplar içine sıkıştırılan ve anayasayı koruma içgüdüsü ile hareket eden anayasa mahkemelerinindir. Bir diğer ifade ile bu kazanım, mahkemelerin içtihat yoluyla yetkilerini artırmasından kaynaklanmaktadır. Esasen anayasalarda yargıya verilen ve verilecek yetkiler, genellikle yargının içtihat yoluyla kendinde gördükleri yetkilerin izini takip etmektedir.

Ülkemizde de Anayasa Mahkemesi, belli istisnalar dışındaki parlamento kararlarını ve OHAL CBK'lerini hiçbir şekilde, anayasa değişikliklerini ise esastan denetleyememektedir. Ayrıca Mahkeme, yokluk ve yürürlüğü durdurma gibi yetkiler ile de donatılmamıştır. Zamanın getirdiği şartlar içerisinde Mahkeme, sayılan tüm bu yetkileri kendinde görmüş ve bu denetimleri icra etmiştir. Sorun, Mahkemenin bizzat korumakla yükümlü olduğu Anayasa'ya aykırı işlem yapması mıdır yoksa normların denetime muhtaç bir şekilde Anayasa'ya aykırı ve uzlaşılmadan çıkarılmasından mı kaynaklanmaktadır?

Bu çalışmada bu iki soruya da cevap aranmaya veya orta bir yol bulunmaya çalışılmamıştır. Bunun yerine sorunun köküne inilerek Anayasa Mahkemesinin temel işlevi olan Anayasa'yı koruma görevini, eksiksiz bir şekilde icra edebileceği anayasal zeminin oluşturulmadığı hususu vurgulanmıştır. Bu bağlamda OHAL özelinde sınırlandırdığımız

çalışmamızda, bu dönemin doğurduğu hukuki ve sistemsel sorunlar ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Sorunlardan birisi olan "kuvvetler arasındaki denge bozulumu" hususunun sebebi olarak bu dönemde çıkarılan CBK'lerin denetlenememesi, yasalaşma sonrası denetlenebilmesi gösterilmiş ve bu durumun yol açtığı sorunlar tespit edilmiştir. Uygulamadan örnekler ile gösterilmeye çalışılan bu sorunlar; kanunlarda kalıcı değişikliklerin yapılması, geç denetim sebebiyle bu değişiklikler iptal edilse de eski norma tekrar hayat verilemeyecek olması, Anayasa'ya aykırı hükümlerin yıllar sonra denetlenmesi, hatta belli durumlarda bu normların hiç denetlenememesidir. Tüm bu sorunların aşılabilmesinin düzeltici denetim ile veya 1991 içtihadına geri dönüş ile tam manasıyla çözülemeyeceği hususu vurgulanmış ve bu sorunların aşılması için anayasal sistemimizde bulunmayan ön denetim mekanizmasının gerekliliği tartışılmıştır. Ön denetimin hangi şekil ve usuller ile benimsenerek bu denetimin işlevselleştirilebileceği ortaya konmuştur. Ön denetimin sınırlılıklarının ne olacağı hususu üzerinde durularak, denetimin ilintililik olarak isimlendirdiğimiz yer, zaman ve kısmen konu bağlamında icra edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

AGAMBEN, Giorgio (2003). *State of Exception.* (Çev. Kevin Attell), Chicago: The University of Chicago Press.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1990). "Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçindeki Etkisi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 23., S. 3., ss. 3-11.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1992). "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usuleri", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 25., S. 2., ss. 25-46.

ALTINDAĞ, Halil (2014). "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı veya Anayasa Değişikliği Sonrasında İdari Dava Açma Süresinin Yeniden Doğması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 18., S. 3., 4, ss. 771-788.

ANAYURT, Ömer (2020). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin.

ARIKAN, Cengiz (2011). *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Ankara: Yetkin.

ATAR, Y. (2019). "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., ss. 241-259.

ATAR, Yavuz (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin.

BABAYİĞİT, Mustafa (2016). "Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *TBB Dergisi*, S. 124, ss. 184-220.

BARREIRO, Belen (1998). "Judicial Review and Political Empowerment: Abortion in Spain", *West European Politics*, C. 21., S. 4., ss. 147-162.

BELEN Barreiro (1998) "Judicial Review and Political Empowerment: Abortion in Spain", *West European Politics*, C. 21., S. 4., ss. 147-162.

CAN, Osman (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 1., ss. 133–192.

CAN, Osman ve ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu (2017). "Olağanüstü Hal Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23., S. 1., ss. 13-43.

CANSEL, Erol (1992). "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, C. 9., ss. 87-104.

DEĞERLİ, Yavuz Selim (2020). *Anayasa Yargısında Ön Denetim*, Ankara: Adalet.

DEMİRÖRS, Mehtap (2020). *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu*, Ankara: Astana.

DENİZHAN, Hüseyin (2006). *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, Ankara: Turhan.

EREN, Abdurrahman (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin

FATAVIC, Clement ve KLEINERMAN, Benjamin A. (2013). Introduction: Extra-Legal Measures and the Problem of Legitimacy, içinde Fatavic C.ve Kleinerman, B. A. (Der.), *Extra-Legal Power and LegitimacyPerspectives on Prerogative* (1-26), New York: Oxford University Press.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin.

GÖZLER, Kemal (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II*, Bursa: Ekin.

GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Bursa: Ekin.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin.

HAZAMA, Yasushi (1996). "Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey", *The Developing Economies*, C. 34., S. 3., ss. 316-338.

KANADOĞLU, Osman Korkut ve DUYGUN, Ahmet Mert (2021). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha.

KIRATLI, Metin (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

KUZU, Burhan (1987). "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52., ss. 185-229.

KUZU, Burhan (1987). *Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul: Filiz.

KUZU, Burhan (1993). *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul: Kazancı.

NEOCLEOUS, Mark (2008). *Critique of Security*, Edinburgh: Edinburgh University Press.

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

ÖZBUDUN, Ergun (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Yetkin.

ÖZLER, Murat, (2016). *1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre Olağanüstünün Olağanlaşması ve Kriz Hukuku*, İstanbul: Filiz.

ROSENFELD, Michel (2004). "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts", *International Journal of Constitutional Law*, C. 2., S. 4., ss. 633-668.

SEZER, Abdullah (2019). "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36., S. 1., ss. 353-412.

SIR, Onur (2010). "Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi.*

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Beta.

TEKİN, Abdurrahman (2021). "Olağanüstü Hâl Rejimi Hususunda Anayasa Değişikliği İhtiyacı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 2., ss. 223-262.

TEZİÇ, Erdoğan (2021). *Anayasa Hukuku*, 25. Baskı, İstanbul: Beta.

TUNÇ, Hasan (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi.

ÜSKÜL, Zafer (1992). "Türkiye'de Olağanüstü Halin Hukuksal Çerçevesi", *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını.

VENEDİK KOMİSYONU, "15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ila 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamaler Hakkında Görüş", 2016, venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur (Erişim Tarihi: 20/04/2022)

YILDIZ, Ceren (2018). *Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim*, İstanbul: On İki Levha.

Mevzuat

Fas Anayasası, 2011, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15/04/2022)

Fildişi Sahilleri Anayasası, 2016, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15/04/2022)

Fransa Anayasası, 1958, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15/04/2022)

İrlanda Anayasası, 1937, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15/04/2022)

Macaristan Anayasası, 2011, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15/04/2022)

Portekiz Anayasası, 1976, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15/04/2022)

Romanya Anayasası, 1991, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15/04/2022)

Tunus Anayasası, 2014, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en (Erişim Tarihi: 15/04/2022)

Mahkeme Kararları

AYM, E.1989/11, K.1989/48, 12/12/1989.

AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10/01/1991.

AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03/07/1991.

AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016.

AYM, E.2016/167, K.2016/160, 12/10/2016.

AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019.

AYM, E.2017/17, K.2021/59, 22/09/2021.

AYM, E.2017/18, K.2019/66, 25/07/2019.

AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020.

AYM, E.2018/74, K.2019/92, 24/12/2019.

AYM, E.2018/75, K.2021/61, 22/09/2021.

AYM, E.2018/91, K.2020/10, 19/02/2020.

AYM, E.2018/93, K.2021/69, 13/10/2021.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 24/5/1982 günlü, E.1982/1, K.1982/1 sayılı kararı.

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 125–170.

LİBERAL DEVLET ANLAYIŞINDA VERGİLENDİRME: AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ FEDERAL YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA KONGRENİN VERGİLENDİRME YETKİSİNİN SINIRLARI

Taxation in the Liberal State: the Limits of the Congress' Taxing Power in the Framework of the Decisions Rendered by the Federal Supreme Court of the United States

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRİJER*
Dr. Özgür AYDIN**

ÖZ

Çalışma, liberal devlet anlayışında vergi müdahalelerinin hukuki meşruiyetini tartışarak, Amerika Birleşik Devletler'inde Kongrenin vergilendirme yetkisinin sınırlarına yönelik Federal Yüksek Mahkeme kararlarını incelemektedir. Liberal devletlerde vergilendirme "kötü ama gerekli" olarak görülmektedir. Öte yandan ABD bir federal devlet olduğundan, ABD Anayasası'nda konu çoğu zaman federal devletin yetkilerini aşıp aşmadığı üzerinden tartışılmaktadır. Ancak yargı kararlarındaki asıl mesele, "devletin insan yaşamına müdahale edebilme kapasitesinin meşru sınırları" üzerinde şekillenmektedir. Bu doğrultuda Federal Yüksek Mahkeme, Kongrenin vergilendirme ile ilgili anayasal yetkilerinin sınırını tartışırken vergilendirmenin anlamı üzerinde de durmaktadır. Mahkeme, kimi zaman vergilendirmeyi caydırıcı -hatta kimi zaman cezalandırıcı- bir etki ortaya çıkartıp çıkartmaması ve gelir oluşturma özellikleri üzerinden değerlendirmektedir. Ancak ABD Federal Yüksek Mahkemesi vergilendirme yetkisi ile ilgili kesin anayasal sınırlar çizmekten kaçınmakta ve meseleyi pragmatist bir yaklaşımla ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Liberal devlet, vergilendirme yetkisi, ABD Kongresinin vergilendirme yetkisi, sosyal sözleşme teorisi, yasama organının vergilendirme yetkisinin yargısal denetimi.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. ORCID: 0000-0003-2338-6199.

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı ve Anayasa Mahkemesi Raportörü ORCID: 0000-0002-9827-5015

Geliş Tarihi: 23/11/2022 ✦ Kabul Tarihi: 15/12/2022 *Araştırma Makalesi*

ABSTRACT

This study aims to discuss the legitimacy of tax interventions in the liberal state and to examine the Federal Supreme Court decisions on the limits of the taxing power of the Congress in the United States. In liberal states, taxation is seen as "unfavourable but necessary". On the other hand, since the USA is a federal state, the issue in the US Constitution is often discussed over whether the federal state has exceeded its powers. However, the main issue in judicial decisions is "the legitimate limits of the state's capacity to intervene in human life". In this direction, the Federal Supreme Court, while discussing the limits of the constitutional powers of the Congress regarding taxation, also focuses on the meaning of taxation. The Court sometimes evaluates taxation on the basis of whether it has a chilling -even sometimes punitive- effect and of its revenue-generating characteristics. However, the US Federal Supreme Court avoids drawing definite constitutional limits on the taxing power of the Congress and deals with the issue with a pragmatist approach.

Keywords: Liberal state, taxing power, taxing power of the USA's Congress, social contract theory, the judicial review of the taxing power of the legislation.

GİRİŞ

Modern devletin örgütsel araçlarından birisi olan "vergi[1]" hukuk düzeni içinde genellikle ilkeleri üzerinden ele alınmakta ve tartışılmaktadır. Vergiler, kamusal harcamalar için bireylerden "alınan", düzenli ve zorunlu ödemelerdir[2]. Vergilendirmenin niteliği modern devlet ile birlikte tartışıldığında, onun aslında Orta Çağ'da gerçekleşen, "bir düzene bağlı olmayan ve genellikle kaba kuvvete" dayanılarak toplanan vergiler ile arasındaki temel fark hemen dikkati çekecektir. Bu farkı ortaya çıkartan modern devlet olgusunun kendisidir[3]. Hatta öyle ki Joseph Schumpeter, verginin modern devletin ilk yaşam belirtileri olduğunu belirtmekte; devletin vergilendirme ile ortaya çıktığını ve vergilendirmenin devleti biçimlendirdiğini savunmaktadır[4]; devlet aslında vergi ile var olan bir kurumdur.

Devlet ve vergi arasındaki zorunlu bağ hiçbir zaman tek düze ve kolay olmamıştır. Bireylerden, ortak bir yaşamın ortak giderlerini karşılamak için toplanan verginin kaynak elde etmenin yanında insan yaşamını yönlendirebilme kapasitesi de bulunmaktadır. Vergi ile ilgili tarihsel olaylarda alkolün, tütünün, çayın, şekerin, basın yayın araçlarının ve bunun gibi insan yaşamındaki birçok ürünün ve etkinliğin vergiler aracılığıyla yönlendirildiği görülmektedir[5]. Kaba kuvvete dayanmayan her iktidar aracı mutlaka meşruiyete ihtiyaç duyar. İnsanlar kendilerinden alınan verginin "haklı olduğuna dair bir inanca" sahip olmak ister, aksi halde meşruiyet sağlanamadığından siyasal iktidar kaba kuvvet olarak algılanacaktır. Günümüzde söz konusu meşruiyet -Weber'ci bir yaklaşımla açıklanırsa- artık hukuki-rasyonel bir otorite modeline dayanmaktadır[6]. Ancak hukuki-rasyonel otorite modeli zorunlu olarak beraberinde

---

1 Pierson, C. (2014). *Modern Devlet*, 2. B., (Çev.: Neşet Kutluğ-Burcu Erdoğan), İstanbul: Chiviyazıları Yayınevi, s. 48. Modern devleti örgütsel araçları üzerinden inceleyen Christopher Pierson, Weber'in modern devlet tanımına bir de vergilendirmeyi eklemektedir. Ona göre, Weber'ci bir yaklaşımla, şiddet araçlarının meşru tekeli, otorite, egemenlik, bölgesellik, vatandaşlık, anayasallık, kişiler üstü iktidar, kamu bürokrasisi özelliklerine bir de vergilendirme eklenmelidir. Pierson, s. 48-52.

2 Braun, R. (1975). Taxation, Sociopolitical Structure and State-Building: Great Britain and Brandenburg-Prussia, içinde Tilly Charles (Der.), *The Formation of Nationstates in Western Europe* (ss. 243-327), Princeton-New jersey: Princeton University Press, s. 244.

3 Pierson, C. (2014). s. 48.

4 Schumpeter, J. (1918). *Die Krise des Steuerstaats*, Graz-Leipzig: Leuschner & Lubensky, s. 19-20.

5 Pierson, C. (2014). s. 50.

6 Marx ve Engels'in vergilendirme ile ilgili yaklaşımı hakkında bir karşılaştırma için bkz. Ireland, D. (2019). "What Marxist Tax Policies Actually Look Like", *Historical Materialism*, Vol. 27, Issue 2, s. 188-221.

demokrasiyi getirmez[7]. Demokrasi, liberalizm ile birlikte günümüzdeki anlamına kavuşmuş bir yönetim aracıdır[8]. Öte yandan hukuki-rasyonel otorite modeli açısından, vergilendirme yetkisinin sınırına ilişkin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) nezdinde başka sorunlar ortaya çıkmaktadır. ABD sisteminin temelinde yer alan liberalizm, 18. yüzyılın sonlarına doğru ve özellikle 19. yüzyılda yaşanan "*İskoç Aydınlanması ile birlikte ortaya çıkan Pazar odaklı rekabetçi birey anlayışına*[9]" dayanmaktadır. "*Liberal ideolojinin kendisine esas aldığı birey anlayışı, siyasal anlamda pasif özgürlük anlayışından hareketle rekabetçi 'ekonomik' bireyi öne çıkartmaktadır*[10]." Böylesine bireylerden oluşan bir liberal sistemde, "siyasal katılıma dayalı politik bir yurttaşlık" ve "politik bir birlik (polis) olarak toplum" yerine, "rekabetçi bireylerden oluşan pazar odaklı bir birliktelik (association)" olarak toplum anlayışı hâkimdir[11]. Çalışmamızda ortaya koyduğumuz ABD Kongresinin (Kongre) vergilendirme yetkisinin sınırlarına yönelik ABD Federal Yüksek Mahkeme kararlarında yer alan tartışmanın arka planında söz konusu yaklaşımın izleri hemen fark edilmektedir.

Liberal devlet bireyin hayatına "zorunlu" olmadıkça karışmayan bir devlettir; ancak asıl mesele burada "zorunluluk" kavramının tanımlanmasındadır. Çalışmamızda liberal devlette vergilendirme olgusunu tartışmayı ve bu doğrultuda ABD'de "zorunlu" olarak görülen vergi müdahalesinin anayasal sınırlarını, Federal Yüksek Mahkeme içtihadına atıf yaparak ele almayı amaçlamaktayız. Devletin liberal düşünce sistemi içinde vergilendirme yetkisinin anayasal sınırları problemi, aslında aynı zamanda anayasal bir hukuk düzeninde anayasa mahkemelerinin ya da daha genel bir ifade ile "yasama yetkisinin yargısal denetimi" olgusunun meşruiyeti problemi[12] ile de ilgilidir. Bu

---

7 Weber her ne kadar parlamenter demokrasiyi savunsa da, onun hukuki-rasyonel otorite modeli zorunlu olarak demokratik bir yönetim biçimi ortaya çıkartmamaktadır. Bu yöndeki tartışmalar için bkz. Maley, T. (2011). *Democracy & the Political in Max Weber's Thought*, Toronto Buffalo London: University of Toronto Press.

8 Çebi, S. S. (2016). "Anayasacılık ve Demokrasi", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı: 8, s. 138. Demokrasi kavramı antik site devletlerindeki yönetim biçimini tanımlamak için de kullanılır ancak antik dönemdeki Atina demokrasisi, günümüzdeki demokrasiye karşılık gelmemektedir. Öte yandan 17. yüzyıldan itibaren Batı dünyasında egemen olan devletin ekonomiye ve birey özgürlüklerine karışmaması yönüyle ele alınan liberalizm, ancak 19. ile 20. yüzyıllarda demokratik bir iktidar modelini beraberinde getirebilmiştir. Uygun, O. (2014). *Devlet Teorisi*, 1. B., İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 372-373.

9 Çebi, S. S. (2016). s. 139-140.

10 a.g.e. s. 140.

11 a.g.e. s. 140.

12 Hakyemez, Y. Ş (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve*

açıdan çalışmamızda Federal Yüksek Mahkemenin, yasama organının vergilendirme yetkisine ilişkin çizmeye çalıştığı sınırları araştırmayı amaçladık. Liberal devlette vergilendirme yetkisi, halk egemenliği fikri ile yasama organına genişçe tanınmış bir yetki olarak ele alınmaktadır ve daha çok siyasal süreçte, yöneten ve yönetilen arasında bir pazarlık aracı olarak değerlendirilmektedir. Özellikle Amerikan anayasacılık kuramında bir yaklaşım olan "ilerlemeci (progressive constitutionalism)[13]" anayasa kuramı, verginin siyasal iktidarın meşruiyetini sağlamak bakımından hayati işlevine atıf yapar[14]. Bu nedenle Federal Yüksek Mahkemenin, liberal bir siyasal düzende "kötü ama zorunlu" olarak görülen vergilendirme yetkisine yönelik çizmeye çalıştığı (ya da aslında çizmediği) anayasal sınırların incelenmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması pratiği açısından da bir fikir verebilir.

I. LİBERAL DEVLETTE ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞI VE SINIRLARIN VERGİSEL MÜDAHALELER ÖRNEĞİNDEN TEMELLENDİRİLMESİ

Genel hatlarıyla liberalizm; bireyciliği temel alan, bireylerin siyasal ya da ekonomik konulardaki hak ve özgürlüklerini güvence altına alan, serbest piyasa ekonomisini doğal işleyişine bırakan, devlet aygıtlarının iktisadi müdahalelerinin en aza indirilmesi gerektiğini savunan bir düşünce biçimi şeklinde tanımlanabilir[15]. Bireyin, bireyin hak ve özgürlüklerinin ve ekonomik işleyişin kendi doğal yörüngesine bırakılması gerektiğini savunan klasik liberalizmin devlete yüklediği misyon, temelde liberalizmin ortaya koyduğu fikirlere uygun şekilde

İnsan Hakları Anlayışı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 27-32; özellikle ABD'deki yargısal aktivizm tartışmaları hakkında bkz. a.g.e. s. 34.

13 Aslında bu yaklaşım modern anayasacılık ve demokrasi arasındaki çelişkiyi hatırlatmaktadır. Politikaya ve halkın doğrudan yönetime katılmasına, demokrasinin varlığını sürdürebilmesi için bir sınır getirilmesi gerekli midir? Anayasal sınır kavramı ve söz konusu tartışmalar için bkz. Çebi, S. S. (2016). s. 141 vd.

14 İlerlemeci yaklaşım siyasal sistemlerde anayasayı, üstesinden gelinmesi gereken bir engel olarak ele almaktadır. İlerlemeci yaklaşıma göre, bir anayasa siyasal sistemin işleyişini sınırlar. İktidarın ekonomik ve sosyal politikaları sistemde yer alan anayasa mahkemeleri tarafından törpülenir; yasama faaliyeti yasama organı içindeki veto gibi kurumlarla engellenir; hatta en radikal ilerlemeciler bir bütün olarak anayasal sisteme karşı çıkarlar. Bu açıdan vergi de aslında yargı organının müdahale etmemesi gereken ve siyasal sistemin kendi dinamikleri içinde belirlenen bir araçtır. İlerlemeci anayasacılık perspektifinden bakıldığında, yüksek vergiler ya da vergilendirmenin temel ilkelerine dayanmayan vergilendirmeler karşısında halk, iktidarı değiştirir. Halkın bu gücü karşısında iktidar kendini dengelemek durumunda kalacaktır. Bu konuda iki güncel kitabın incelemesini yapan kitap eleştirisi için bkz. S. Gould, J. S. (2022). "Puzzles of Progressive Constitutionalism", *Harvard Law Review*, Vol 135, s. 2053-2109.

15 Uygun, O. (2014). s. 301 vd.; Akad, M., Dinçkol, B. V., Bulut, N. (2021). *Genel Kamu Hukuku*, 17. B., İstanbul: Der Yayınları, s. 181.

kabul edilebilirdir. Öte yandan, liberalizmin kendi içinde birbirinden farklı açılımları bulunmaktadır. David Hasen, liberalizmi daha çok, modern devlet sistemlerini yorumlamaya ve açıklamaya çalışan çeşitli normatif ve pozitif teorilerin altında toplandığı büyük bir şemsiye kavram olarak tanımlamaktadır. Liberalizm şemsiyesinin altında; eşitlikçilik (egalitarian), libertaryenizm, modern refah devleti yaklaşımı, yeni-liberalizm gibi kendi içinde de çeşitlenen açılımlar bulunmaktadır[16]. Ancak bütün bu yaklaşımları tek bir liberalizm şemsiyesi altında toplamak çoğu zaman meseleleri daha da anlaşılmaz hâle getirmektedir. Hansen, özellikle vergilendirme yetkisinin sınırlarını irdelerken meseleye daha çok felsefi liberalizm bağlamında *sosyal sözleşme teorisi* çerçevesinden bakılmasını önermektedir[17]. Şöyle ki, liberal devlette vergilendirme yetkisinin sınırlarına dair bir inceleme yapılırken devlet iktidarı ile toplumsal refahın sağlanması ve güvenlik ile adaletin tesis edilmesi gerekçesi ile hak ve yetkilerinden vazgeçen bireyler arasındaki sözleşme varsayımı, vergilendirme yetkisinin kendisine içkin sınırları tartışmak ve ortaya koymak için daha elverişli olmaktadır[18].

Liberal devlet, faaliyet alanı sınırlı olan bir devlettir. Bu devlet faaliyet alanının dışında bir görev üstlendiğinde kendi meşru sınırlarının dışına çıkmış olacak ve bu ölçüde de kabul edilebilirlikten uzaklaşacaktır. Liberal devletin meşru olarak faaliyette bulunabildiği alanlar; modern devlet sınırları içinde ve dışında barışı ve güvenliği sağlamak, adalet hizmetlerini sunmak ve toplum içinde yer alan uyuşmazlık ve çatışmalarda haklı ile haksızı ayırt etmek, bir başka ifade ile bağıtların yerine getirilmesini gözetmektir. Kısaca liberal devlet, dışarıdan gelen tehditlere karşı modern devletin güvenliğini sağlamayı, içerideki işleyişte de düzen ve güvenliği tesis ederek adalet hizmetlerinin sunulmasını kendine görev edinen devlettir[19].

---

16 Hasen, D. M. (2007). "Liberalism and Ability Taxation", *Texas Law Review*, Volume 85, Issue 5, s. 1076.

17 a.g.e. s. 1076.

18 Bu açıdan çalışmamızda ele alınan, Amerikan Federal Yüksek Mahkemenin Kongrenin vergilendirme yetkisinin sınırlarına dair sergilediği yaklaşım, sosyal sözleşme teorisinin temel açılımlarına oldukça benzemektedir. Örneğin ileride değinileceği gibi Federal Yüksek Mahkeme vergilendirme yetkisi konusunda belirli yargısal formüller üretmekten kaçınmakta ve daha çok olaya özgü kararlar vermektedir. Üstelik vergilendirme yetkisi konusunda Mahkemenin içtihadı çeşitli dönemlere göre değişiklik göstermektedir. Vergilendirme yetkisi ABD'de adeta tarafların siyasal sistem içinde pazarlık yaptıkları bir araç olarak ele alınmaktadır.

19 Durakçay, F. A. (2014). "Uluslararası İlişkilerde Liberal Yaklaşımlar ve Güvenlik Anlayışı",

Liberal devletin sadece güvenliği, toplumun dış düzenini ve adaleti sağlamayı amaç edinmesi ile sınırlandırılması ve özellikle ekonomik hayat ile sosyal hayata müdahale yetkisinin bulunmaması, liberal devletin *"jandarma devlet"* ya da gece *"bekçisi devlet"* kavramları ile nitelenmesine neden olmuştur[20]. Keza liberal devlet, toplumun sadece kamuya açık olan güvenliğini sağlamakta, buna karşılık bireylerin özel hayatına ve mahrem alanına müdahale edememektedir. Aynı şekilde liberal devlet ekonominin işleyişine de müdahale edememekte; sadece piyasa sürecini başkalarının müdahalelerine, hilelerine ve zorlamalarına karşı koruma görevini üstlenmektedir. Liberal devlet anlayışındaki sınırlamalar, devlet içinde oluşturulmuş sınırlamalardır ve bu sınırlamaların olmazsa olmaz şartı, bizatihi devletin kendisidir[21].

Liberalizme göre devlet, toplumda rekabet hâlindeki birey ve gruplar arasında tarafsız bir hakem rolüne sahiptir. Devlet, bireyleri ve toplumu sömürmek isteyen ayrıcalıklı bir elit tarafından değil tüm toplumun taraf olduğu bir *sosyal (toplumsal) sözleşmeyle* meydana getirilmiştir. Devletin tarafsız hakem konumundan dolayı tüm toplumun çıkarlarını temsil etmesi ve bireyler ya da gruplar arasında çıkan çatışmalarda bu anlaşmazlıkları uzlaştırarak son sözü söylemesi beklenmektedir. Hakem rolünü yerine getirecek olan devlet üzerine sözleşmenin tüm taraflarının gönüllü katılımlarının güvenceye kavuşturulması ve bireylerin her şeyi tam olarak bilmelerinin sağlanması gerekmektedir[22]. Bu anlayışın doğal sonucu olarak liberal devlet görevlerini yaparken toplumu dışarıdan gelen saldırılara karşı korumak için güçlü bir orduya, içeride düzeni ve güvenliği sağlamak için nitelikli bir güvenlik teşkilatına (polis) ve yargılamaları yapmak üzere kurulmuş adil mahkemelere ihtiyaç duymaktadır[23]. Şu hâlde, liberal devlette özgürlük anlayışı ve sınırları, bireycilik ya da başka bireylerin özgürlüğü temelinde açıklanmaktadır.

içinde Çıtak, E. ve Şen O. (Der.), *Uluslararası İlişkilerde Güvenlik Teorik Değerlendirmeler*. İstanbul: Tarcan Matbaası, s. 7.

20 Yayla, A. (2000). *Liberal Bakışlar*, 2. B., Ankara: Liberte Yayınları, s. 163.

21 Heywood, A. (2013). *Siyasi İdeolojiler*, 5. B., (Çev.: Ahmet Kemal Bayram-Özgür Tüfekçi), Ankara: Liberte Yayınları, s. 54-55.

22 a.g.e. s. 54-55.

23 Tilly, C. (2001). *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, 1. B. (Çev.: Kudret Emiroğlu), Ankara: İmge Kitapevi, s. 126-127.

A. KAMUSAL ALANDA ÖZGÜRLÜK VE SINIRI: BİREYCİLİK YA DA BAŞKA BİREYLERİN ÖZGÜRLÜĞÜ

Bireycilik; kamusal, tarihsel ya da toplumsal olaylara kişi açısından yaklaşılması olarak değerlendirilebilir. Başka bir ifadeyle bireycilik, insanın düşünce ve deviniminde ya da her türlü insani değerin kökeninde birey kavramının yer aldığı, kaynağı ve amacı birey olan düşünce biçimi şeklinde açıklanabilir[24]. Bireycilik, tüm sosyal grup ve müşterek organ üzerinde bireyin üstün önemine olan inancı ifade etmektedir[25]. Bu yönleriyle bireycilik açıklayıcı ve değerlendirici özellikleri bulunan bir düşünce biçimidir. Bireyciliğin açıklayıcı yanı toplumsal düzenin anlatımıyla ilgilidir; bu da iktisadi hukuki ve siyasi olguları açıklama iddiasını taşır. Bireyciliğin değerlendirmeyle olan ilgisi ise büyük ölçüde bireyci bir özgürlük anlayışından hareketle, mevcut toplumsal düzenlerin nasıl iyileştirileceklerini göstermekten ibarettir[26]. İfade edildiği şekliyle bireycilik, liberal düşüncenin temelinde yer alan ve liberal düşünceyi sürekli olarak şekillendiren bir kavramdır. Liberal düşünceye göre birey hem toplumdan daha gerçektir hem de topluma göre daha önceliklidir. Topluma karşı olan bu öncelik doğal ya da ahlaki olabilir. Keza değerler de bireye bağlıdır. Birey ahlakın da gerçekliğin de mihenk taşını oluşturmaktadır[27]. Bu gibi sebeplerle bireyin varlığı sınıf, halk, millet gibi bütünlerin varlığından daha gerçektir. Birey, insan toplumlarının her türlü kurum ve yapılarının üstünde bir ahlaki değere sahiptir. Birey, teorik ve tarihsel olarak toplumdan önce var olmuştur ve bireyin hakları toplumdan önce vardır[28]. Bu yaklaşımla liberaller; sınıf, devlet, toplum gibi kolektif yapıların gerçek varlıkları anlatmadıklarını ve bunların sadece kavramsal birer soyutlama olduklarını iddia ederler. Toplum adı altında gözlenebilir bir varlık yoktur, konu edinilen kavram bireylerin toplamından ibarettir. Böyle olduğu için de toplumun amacı olarak ortak bir iyiden ya da toplumun iradesinden söz edilemez. Topluma izafe edilen eylem ve kararlar ancak bireysel eylem ve kararlara çevrildiklerinde anlam kazanabilirler[29]. Örneğin bu açıdan ABD'de Kongrenin vergilendirme yetkisinin sınırları üzerindeki

---

24 Akın, İ. F. (1993). *Kamu Hukuku*, 7. B., İstanbul: Beta Yayınları, s. 269.

25 Heywood, A. (2013). s. 45.

26 Barry, N. P. (2004). *Modern Siyaset*, 2. B., Ankara: Liberte Yayınları, s. 13.

27 Yayla, A. (2000). s. 164-165.

28 a.g.e. s. 164-165.

29 a.g.e. s. 164-165.

en derin tartışmanın, ABD Anayasası'nın Kongrenin vergilendirme yetkisini düzenleyen maddesinde geçen "genel refahı sağlamak için vergilendirme" ibaresindeki "genel refah" kavramının sahip olduğu anlama ilişkin olması dikkat çekicidir[30]. Vergilendirme yetkisinin bir amacı olarak "genel refah" ibaresine yönelik tartışmalar, ABD'nin günümüzdeki "Demokratlar ve Cumhuriyetçiler" ayrımına dayanan iki partili sisteminin ortaya çıkmasında da rol oynamıştır[31].

Liberalizmin en radikal biçimi, bireyleri toplum içinde yalıtılmış atomlar olarak tasvir eden, atomistik toplum anlayışını ortaya koyan biçimidir. Toplum buna göre salt kendi çıkarlarını ve ihtiyaçlarını tatmin etme arayışında olan bireylerin toplamından oluşmaktadır. Bu tarz bireyci bir anlayış bireyin bencil, zorunlu olarak çıkarcı ve kendi ayakları üzerinde durabilen rasyonel bir varlık olduğu varsayımına dayandırılabilir[32]. Atomistik bir toplum algısında birey genellikle kendi içine kapalı, kendi öznelliği içinde hapsolmuş, yalnız bir varlık olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir toplumda her birey kendi arzu ve tutkularının peşinden gider, bireyin yegâne yargıcı ve sınırı yine bireyin kendisidir. Rasyonel bir varlık olarak birey arzu ve tutkularını gerçekleştirmede aklını bir araç olarak kullanmaktadır. Herhangi bir kolektif ya da kurumsal sorumluluğa sahip değildir; çünkü bu rasyonel ve bencil bireyler yalnızca kendilerinden sorumlu olurlar. Bireysel iyi biricik iyidir. Bununla birlikte bireyciliğin birçok farklı formu olduğunu ve sınırlandırılmamış aşırı bireyciliğin en uç noktayı temsil ettiğini belirtmek gerekir[33].

Klasik liberalizm bireycilik anlayışının temelini, bireyin kendi başına bir değer ve amaç olduğu ve ne için olursa olsun asla bir araç olarak görülemeyeceği ifadesiyle Alman düşünür Immanuel Kant'ta bulmuştur.

---

30 Vergilendirme yetkisinin amacı olarak Anayasa'da yer alan "genel refahı sağmala" ilkesine yönelik tartışmalar için bkz. Cooter, R.D., Siegel, N. (2010). "Collective Action Federalism: A General Theory of Article I, Section 8", *Stanford Law Review*, Vol. 63, s. 126-128.

31 Bu açıdan Amerikan Anayasası'nın taslağını oluşturan ve Anayasayı halka anlatmak için Amerika'nın kurucuları tarafından yazılan The Federalist Papers (Federalist Yazılar)'da, Kongrenin vergilendirme yetkisinin kapsamı ve sınırları hakkında Hamilton ve Madison karşıtlığı önemlidir. Bu husus çalışmamızın 3. bölümünde ele alınmıştır.
Öte yandan kıyaslama açısından Türk hukuk sisteminde de benzer biçimde "kamu yararı", "kamu düzeni" ve özellikle "kamu esenliği" gibi kavramlar gerekçe gösterilerek temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin sıklıkla yargı kararlarına konu olduğu hatırlanmalıdır.

32 Heywood, A. (2013). s.44.

33 Kibar, S. (2017). "Dört Bireyci Kuramın Toplumsal Adalet Sorununu Ele Alışlarındaki Temel Varsayımlarının Bir Eleştirisi", *Kaygı-Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, Sayı: 28 (Bahar), s. 2.

Kant, bireyi özgür bir varlık olarak tasavvur etmiştir ve Kant'ın özgür bireyi doğal nedensellik sahasının dışında bulunan, aşkın bir varlıktır. Kant'a göre insan kendi başına bir son, bir amaçtır; asla bir araç olarak görülemez. İnsana bu niteliği kazandıran akıl sahibi bir varlık olmasıdır. İnsan akıl sahibi bir varlık olması dolayısıyla da akıl sahibi olmayan diğer varlıklardan ayrılmakta ve herhangi bir amaç için sırf bir araç olarak kullanılmamaktadır[34]. Liberal düşünceye göre devlet de diğer bütün kolektif varlıklar ve kurumlar gibi birey ve birey iradesinden hareketle açıklanmaya çalışılmıştır[35].

Devletin kaynağını bireye dayandırmada ise özellikle sosyal sözleşme teorileri önemli bir işlev görmüştür. Sözleşme teorisine göre toplum ve devlet doğa durumundaki insanların kendi istek ve iradeleri ile aralarında yaptığı bir sözleşmeden doğmuştur. Sözleşme teorisi bu şekilde, toplum ve devletin kökenini doğa durumundaki insanların istek ve iradesi ile yaptıkları bir sözleşmeyle açıklamasıyla devletin kaynağını bireye dayandırmış olmaktadır. Devletin tek kaynağı ve dayanağı olan birey, liberal devlette aynı zamanda başlı başına bir değer ve amaç olarak görülmektedir. Aksine bir düşünce, bireyin devletin emrinde ve hizmetinde bir araç olması düşüncesi, liberal düşüncede asla kabul edilemez. Dolayısıyla devlet ancak bireyin mutluluğunu sağlama amacına yönelik bir araç olabilir ve bu kapsamla sınırlı görevler üstlenebilir. Devlet bu amacına ulaşmak için bireyin doğuştan sahip olduğu ve devlete devretmediği doğal hakları korumakla yükümlüdür[36]. Bu doğrultuda devletin vergilendirme yetkisinin haklılaştırılması da Hobbes'un sosyal sözleşme teorisi çerçevesinde, güvenliğin sağlanmasının bir bedeli; John Locke'un sosyal sözleşme teorisi çerçevesinde de mülkiyet hakkının korunmasının bir bedeli olarak karşımıza çıkmaktadır[37].

B. LİBERAL DEVLETTE KAMUSAL MÜDAHALEYE BAKIŞ: KÖTÜ FAKAT ZORUNLU

Liberal devlet anlayışının temelinde, devletin varlığına itiraz etmediği hâlde, müdahalelerine şüpheyle bakan bir yaklaşım bulunmaktadır. Liberalizm, devlet politikalarını ve müdahalelerini, hayatı doğrudan

[34] Yayla, A. (2000). s. 165.

[35] Göze, A. (2010). *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 6. B., İstanbul: Beta Yayınları, s. 3.

[36] Göze, A. (2010). s. 3-4.

[37] Gribnau, H., Hughes, J. F. (2021). "The Enlightenment and Influence of Social Contract Theory on Taxation", https://ssrn.com/abstract=3963285 (Erişim Tarihi: 15/11/2021), s. 6-7, 9.

etkilediği anda yakından mercek altına almaktadır. Düşünsel temellerini, devletsiz toplumun barış, mutluluk ve özgürlükler içinde yaşadığı varsayımına dayandıran Locke'un doğa hâlinde bulan liberalizm, felsefi ve siyasi başta olmak üzere birçok doktrine dayanak oluşturmakta, fakat bazen de içinde bulunduğu disipline göre farklı yorumlanmaktadır[38]. Devlet teorisi bakımından liberalizm, modern devletin kamusal alanda güçlülüğüne dair meşruiyetini kabul etmekte, ancak bu yetkinin sadece özgürlüklere ve eşitliğe dayanan doğa hâlinin kurallarını ihlal eden suçluları cezalandırmada kullanılabileceğini iddia etmektedir[39]. Locke'un liberal devlete dair yaklaşımını ve vergiye ilişkin devletin kamusal alandaki rolünü anlamlandıran şüpheci ve eleştirici fikirlerini, şu açıklamalarında bulabiliriz:

> *"Sıradan doğa durumunda, insan kendi hakkına ilişkin yargılama yapma ve gücünün elverdiği ölçüde hakkını koruma hürriyetine sahip olduğu halde, şimdi mülkiyetine monarkının isteği ve emriyle tecavüz edildiğinde toplumda yaşayanların sahip oldukları bir başvuru merciine sahip olmamakla kalmamakta ama sanki akıllı yaratıkların içinde bulundukları ortak durumdan çıkarılarak alçaltılmış gibi hakkına ilişkin yargılama yapma ya da hakkını savunma özgürlüğünden de yoksun bırakılmaktadır. Ve böylece sınırsız doğa durumunda olmakla birlikte dalkavuklukla yozlaşmış ve güçle silahlanmış bir insandan duyabileceği korkunun verebileceği sefalet ve uygunsuzlukların tümüne maruz kalmaktadır[40]…"*

Liberal devlet bu açıklamalar ışığında yorumlandığında, doğa hâlinde mülkiyetinden özgürce yararlanan bireyin karşısında yeni bir korku sembolü ve özgürlüğü tehdit eden yeni bir kudret olabilir. Birey ve devlet arasında az çok hasım ilişkisinin olduğunu değerlendiren liberalizm[41], devletin bireylerden aldığı şiddet yetkisini kötüye kullanabileceğinden şüphelenmektedir. Locke, şiddeti tamamen eline almış insanların mutlak iktidar karşısında savunmasız bir av görünümüne düşeceğini ve böyle bir durumun kendini bir kişiye karşı savunmak zorunda olan bireyden çok daha vahim bir kudrete karşı korunması gereken senaryolara yol

38 Freeman, S. (2013). "İlliberal Liberteryenler: Liberteryenizm Niçin Liberal Bir Görüş Değildir?", (Çev.: Atilla Yayla), içinde Yayla, A. (Der.), *Hangi Liberalizm?, 1. B.*, Ankara: Liberte Yayınları, s. 11.

39 Göze, A. (2010). s. 4.

40 Locke, J. (2012). Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, 2. B. (Çev.: Fahri Bakırcı) Ankara: Ebabil Yayınevi, s. 60.

41 Göze, A. (2010). s. 31.

açabileceğini belirtmektedir[42]. Devletin tüm müdahaleleri şüpheyle değerlendirilmeli, yalnızca güvenlik ve adalet temelli müdahaleler şüpheyi azaltmalıdır. Vergisel müdahaleler de ancak güvenlik ve adalet için kabul edilebilir müdahaleler olarak değerlendirilebilir.

Liberal devlette kamusal müdahale aracı olarak vergilendirme hakkında yargıç John Marshall'ın söyledikleri Amerikan liberalizminin temel argümanını ortaya koyması açısından oldukça dikkate değerdir. Şöyle ki, kanunların Anayasa uygunluk denetimi konusunda ABD hukukunda çığır açan ve anayasa yargısının gelişmesinde dünyaya da örnek teşkil eden yargıç John Marshall, ABD hukuk sisteminin köşe taşı yargılamalarından birisi olarak anılan 1819 tarihli McCulloch v. Maryland davasında vergilendirme yetkisi hakkında "*Vergilendirmek, yok etmek demektir! (to tax is to destoy)*" ifadesini kullanarak devletin vergilendirme yetkisinin sınırlarının yargı tarafından belirlenmesine karşı çıkmıştır. Söz konusu dava aslında Anayasa'nın 1. maddesinin 8. bölümünde düzenlenen[43] Kongrenin mali yetkilerinin kapsamına ilişkin bir dava olmasına karşılık yargıç John Marshall'ın vergilendirme yetkisi hakkında söyledikleri, vergi konusunun devlet iktidarı ile bireyler arasındaki toplumsal sözleşme temelinde gerçekleşen bir pazarlık aracı olduğu yönündeki liberal yaklaşımı ortaya koymaktadır. McCulloch v. Maryland davası, Kongrenin ABD'nin ikinci ulusal bankasını kurup, bu bankanın bir şubesini Maryland eyaletinde açması üzerine, Maryland eyaletinin bu bankanın faaliyetini vergilendirmek için bir yasa hazırlaması hakkındadır. Maryland eyaleti söz konusu vergilendirme yasası yürürlüğe girdiğinde, Ulusal Bankanın Baltimore şubesinin veznedarı James W. McCulloch bu vergiyi ödemeyi reddetmiştir. Uyuşmazlık, eyalet yargısına taşınmış ve eyaletin temyiz mahkemesi de böyle bir bankanın kurulmasının Anayasa metninin, federal hükûmete bu şekilde bir banka kurma konusunda yetki vermediği gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Söz konusu uyuşmazlıkta Federal Yüksek Mahkemenin (FYM-Supreme Court) yanıtlamak zorunda olduğu iki temel soru bulunmaktaydı. Bunlardan ilki Kongrenin, Anayasa'nın Kongreye verdiği mali yetkiler kapsamında bu bankayı kurma yetkisinin olup olmadığı -çünkü Anayasa metninde Kongrenin banka kurması gibi bir yetki açıkça yer almamaktadır-; ikincisi ise Maryland eyaletinin hazırladığı bankayı

42 Locke, J. (2012). s. 90-91.

43 Bu hüküm çalışmanın bir sonraki bölümünde ve 66 no'lu dipnotta verilmiştir.

vergilendirme yasasının Kongrenin sahip olduğu yetkilere bir müdahale teşkil edip etmediğidir[44]. Davada oy birliği ile Maryland eyaletinin federal hükûmetin kurduğu bankayı vergilendirmesi Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Mahkeme, Maryland eyaletinin bankayı vergilendirmesi hususunun, federal hükûmetin "Anayasa ile federal hükûmete verilen 'gerekli ve uygun (Necessary and proper clause[45])' ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek" mali yetkilerini kullandığı sırada, federal devlete müdahale etmesi anlamına geldiğine ve bu nedenle de Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu davada yargıç John Marshall'ın vergilendirme yetkisinin sınırları ile ilgili sıklıkla atıf alan görüşünü de aynen aktaralım:

> "*Vergilendirme yetkisi, yok etme gücünü de beraberinde getirir. Buna ilaveten yok etme gücü, icra etme gücünü etkisiz hale getirebilir veya ortadan kaldırabilir. Bu durumda bir hükümete, diğer bir hükümetin -kontrol eden hükümetten daha üstün olan- anayasal araçlarını kontrol etme gücü vermek açık bir tezatlık içermektedir[46]. Bu kanunlar kapsamında, ilk hükümetin kontrolün uygulayıcısından daha üstün olduğu tasdik edilmektedir. … Vergilendirme mutlaka kaçınılmaz olarak yok eder diyemeyiz. Ancak vergilendirmeyi yok edici bir düzeye taşımak bir yetkinin kötüye kullanılmasıdır[47].*"

Marshall'ın "vergilendirmek, yok etmektir" yaklaşımı, yasama erkinin sınırlandırılması işlevinin yargı tarafından değil demokrasinin

---

44 McCulloch v. Maryland (1819), 17 U.S. (4 Wheat.) 316. Ayrıca karar metni için bkz. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/#tab-opinion-1918127 (Erişim Tarih: 17/11/2022).

45 Gerekli ve uygun ilkesi ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 8. bölümünün son cümlesindeki "*Daha önce belirtilmiş olan yetkilerin ve bu Anayasa ile Amerika Birleşik Devletleri hükümetine, ya da bu hükümetin herhangi bir dairesine ya da görevlisine verilmiş bütün diğer yetkilerin yerine getirilmesi (yürütülmesi) için* ***gerekli ve uygun*** *bütün yasaları yapmak*" ifadesinden çıkartılan bir ilkedir. Amerikan hukukunda "gerekli ve uygun ilkesi" Kongreye yetkileri konusunda kimi zaman sınırları muğlak bir hareket imkânı tanımaktadır. Ancak söz konusu ilkenin Kongreye bu yönde sınırsız bir yetki vermediği; Anayasa'da Kongreye tanınan bu geniş yetkinin sınırının, devletin diğer fonksiyonu olan yürütmenin görevlerini yerine getirirken bu fonksiyonların icrasını "iyileştirmek" olduğu görüşü hakkında bkz. Engdahl, D. E. (1998). "Necessary and Proper Clause As an Intrinsic Restraint on Federal Lawmaking Power", *The Harvard Journal of Law & Public Policy*, 22(1), s. 107-108.

46 Burada, John Marshall, eyaletin federal devletin açtığı İkinci Ulusal Banka'nın şubesinden vergi almasını değerlendirmekte ve eyaletin federal devlete ait olan bir işletmeye vergi koyma yetkisini bir tezatlık olarak tanımlamaktadır. Çünkü aslında federal devletin organları, eyaletlerin kimi anayasal araçlarını kontrol edebilir. Bu durumda asıl kontrol etme yetkisi olan tarafın, kontrol edilen tarafından, kontrol edilmesi gibi tezat bir sonuç ortaya çıkacaktır.

47 McCulloch v. Maryland (1819), 17 U.S. (4 Wheat.), s. 432, (17 U. S. 432).

bir gereği olarak siyasi süreçler ve toplum tarafından üstlenilmesini ifade etmektedir[48]. Buna karşılık Amerikan hukuk kuramı açısından önemli bir yere sahip yargıç Oliver Wendell Holmes, 1928 yılındaki Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox[49] davasının karşı oyunda, FYM var oldukça vergilendirmenin yok etmek anlamına gelmediğini belirterek vergilendirme yetkisinin anayasal sınırlarının yargı tarafından belirlenebileceğine ve vergilendirme yetkisinin "yok etmek" ile ilişkilendirilmemesi gerektiğine dikkati çekmiştir[50]. Dolayısıyla vergilendirme yetkisinin doğası, sistemde bir anayasa yargısı -ya da bu yetkiyi kontrol edecek yargısal bir erk- olduğu sürece yok etmeyi içermeyecektir. Aslında her iki görüşün özünde de -keyfî davranmaya varan- mutlak bir iktidarın sınırlandırılmasına yönelik bir gereklilik bulunmaktadır; ancak kamu hukukunun temel problemlerinden birisi olarak bu sınırlandırmanın hangi kurum ya da süreçler ile yapılması konusunda bir ayrılık vardır[51].

C. KAMUSAL MÜDAHALEYE KABUL EDİLEBİLİR BİR TEMELLENDİRME: GÜVENLİK VE ADALET HARCAMALARI İÇİN EŞİT VERGİLENDİRME

Liberal devletin eşitlik anlayışının, burjuvazinin feodal sistemde aristokrasiye karşı olan hak arama mücadelesinde şekillendiği söylenebilir. Feodal düzende sosyal tabakalar arasında sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki bakımlardan çok açık farklar ve dengesizlikler bulunmaktadır. Feodal toplum yapısı krala, soylulara, din adamlarına oldukça geniş ayrıcalıklar tanımaktadır. Bütün bu ayrıcalıklardan

48 Siegel, N. S. (2022). "The Power to Tax, Not to Destroy: An Effects Theory of the Taxing Clause", https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/article-i/clauses/751#:~:text=The%20U.S.%20taxing%20power%2C%20while,be%20fatal%20to%20a%20statute (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

49 Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex Rel. Knox, 277 U.S. 218 (1928), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/218/ (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

50 Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex Rel. Knox, 277 U.S. 218 (1928), s. 223, (277 U. S. 223). Aynı görüşte bkz. Siegel, N. S. (2022).

51 Bu husus tıpkı Carl Schmitt ve onun parlamentarizm eleştirisi ile Hans Kelsen'in temel hak ve özgürlüklerin korunması için anayasa yargısı hakkındaki savunusu arasındaki karşıtlığı hatırlatmaktadır. Hatta söz konusu karşıtlığı, Carl Schmitt ve Hans Kelsen arasındaki hukuk ve politika ayrımına ilişkin tartışmalarla birlikte de düşünebiliriz. Tartışmalar hakkında bkz. Robert Chr. Van Ooyen'in Hans Kelsen'in "Anayasa'nı Koruyucusu Kim Olmalıdır?" isimli eserinin önsözü ve değerlendirmesi; içinde: Kelsen, H. (2019). *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*, Van Ooyen Robert Chr. (Der.), Mohr Siebeck, s. VII-XV ve XVI vd. Ayrıca bkz. Türkeli, G. (2020). "Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26., S. 2, s. 980-1005.

rahatsız olan burjuvazi, vergi bağışıklığı gibi feodal ayrıcalıklar ile bütün feodal kısıtlamaların ve ticaret ve sanayinin gelişmesini önleyen korporasyonların kaldırılmasını istemekteydiler. Burjuvazi, feodal toplum yapısının doğuştan gelen statülere dayanan bu ayrıcalıklı yapısını, kendi ekonomik ve ticari çıkarlarının önünde bir engel olarak görmektedir. Dolayısıyla feodal toplumun doğuştan gelen statülere dayalı sınıfsal yapısı kaldırılmalı ve herkesin hukuk önünde eşitliği sağlanmalıdır[52].

Burjuvazinin aristokrasiye karşı hak arama mücadelesinde şekillenen liberal devletin eşitlik anlayışı, insanların doğal olarak eşit olduğu inancına dayanmaktadır. Buna göre her birey, insan olarak özgür doğduğu gibi aynı şekilde eşit olarak dünyaya gelmektedir. Eşitlik de özgürlük gibi insanın yapısından ayrılması imkânsız bir özelliktir. Bireyin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar ne olursa olsun her bireyin insan olarak eşit değer ve saygıya hakkı vardır. Eşitlik özgürlüğün bir uzantısı, gerekli ve zorunlu sonucudur. İnsanları doğal olarak eşit kabul eden liberal devlet, insanların içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların yarattığı eşitsizliklerle ise ilgili değildir. Çünkü insan yapısı yasalarla ve toplum kuralları ile yaratılan yapay ayrıcalıklar ortadan kaldırıldıktan sonra kişiler yeteneklerini, güçlerini ve şanslarını iyi değerlendirerek toplumda hak ettikleri yere gelebilmektedirler[53]. Bu anlamda liberal devlette eşitlik anlayışı hukuk önünde eşitlik olarak gelişmiştir[54].

Hukuk önünde eşitlikte yasalar herkes için toplum içindeki sosyal ve ekonomik konumu, toplumsal kökeni, cinsiyeti, felsefi, siyasi, dinî görüşü ya da başka herhangi bir ayrım yapılmadan düzenlenip, uygulanır. İster korusun, ister olanak sağlasın, ister yükümlülük getirsin, ister cezalandırsın, yasanın herkes için aynı olması ve uygulanması hukuk önünde eşitlik ilkesinin gereğidir[55]. Hukuk önünde eşitlik ilkesi yükümlülüklerle aynı zamanda temel bir hak ya da devlet yönetimine egemen bir ilke olarak da düşünülebilir. Hukuk önünde eşitlik ilkesinden yararlananlar açısından eşit işlem görmeyi ya da ayrım gözetilmemesini

52 Öden, M. (2003). *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 63 vd.

53 Gümüş, T. (2010). *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü*, 1. B., İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 28-29; Göze, A. (2010). s. 13.

54 Gümüş, T. (2010). s. 31.

55 Serim, B. (1994). "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27., S. 3., s. 14.

isteme hakkını doğurmaktadır. Hukuk önünde eşitlik, devlet organları ve idare makamlar açısından anayasal buyruk ve devlet yönetimine egemen olan temel ilkedir[56]. Liberal devlet düzeninde hukuki eşitlik sağlandığı takdirde, toplumda ortaya çıkan ekonomik ve sosyal eşitsizlikler doğal olarak adil olacaktır. Çünkü insanlar ne yetenek ne de çalışma isteği bakımından aynı doğmuşlardır. Yetenek ve çalışma isteği bakımından aynı olmayan insanların, farklı sosyal ve ekonomik koşullara sahip olması hem doğal hem de adildir. Liyakatin hâkim olduğu liberal bir toplumda herkes beceri, yetenek ve çalışma arzusuna göre hak ettiğini alır ve bu durumdan kaynaklanan servet ve sosyal konum eşitsizlikleri adil kabul edilir[57].

19. yüzyılda Avrupa'da ekonomik hayat iki önemli olayın etkisi ile oluşmuştur. Bunlardan ilki 18. yüzyılın sonlarında İngiltere'de gerçekleşen ve makineleşmeyle sonuçlanan Sanayi Devrimi'dir. Diğeri ise Fransız Devrimi'dir ve ekonomi alanında daha önceden uygulanan merkantilizm ve korporatizmin yerine üretim ve ticaret özgürlüğünü, bir başka ifade ile ekonomik liberalizmi getirmiştir. Ticaret ve sanayinin gelişmesi ve teknik alandaki ilerlemeler 18. yüzyıl Avrupası'nda yeni üretici güçlerin ortaya çıkmasına ve gelişmesine neden olmuştur. Avrupa'da yaşanan bu köklü değişimler, yeni bir ekonomik yapılanmanın ortaya çıkmasıyla sonuçlanmıştır[58]. Bunun sonucunda Avrupa'da Orta Çağ'da hâkim olan devletin ekonomik ve siyasi yapısında önemli değişimler yaşanmış, modern liberal ve demokratik devletin temelleri atılmıştır. 18. ve 19. yüzyıllarda Avrupa'da hâkim olan liberal ekonominin temelini atan İngiliz düşünür Adam Smith olmuştur. Adam Smith'i, John Stuart Mill, David Ricardo, Jean-Baptiste Say ve Robert Maltus gibi düşünürler izlemiş ve ekonomik liberalizmin gelişimine katkıda bulunmuşlardır[59].

Liberal ekonomik düzenin temel savlarına göre ekonomik olaylar siyasi iktidarların herhangi bir müdahalesi olmadan kendiliğinden oluşan bir düzen içerisinde gerçekleşmektedir. Ekonominin bu şekilde

---

56 Öden, M. (2003). s. 137-138.

57 a.g.e. s. 136-137.

58 Tekbaş, A. (2009). *Vergi Kanunlarının Anaysaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi*, 1. B., Ankara: Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, s. 4; Heywood, A. (2013). s. 64-65.

59 Günay, E. (2015). *İktisadi Düşüncenin Evrimi ve Kapitalizmin Piyasa Tarihi*, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Seyhan Taş), https://acikbilim.yok.gov.tr/handle/20.500.12812/206338 (Erişim Tarihi: 20.11.2022), s. 61-65, 66; Heywood, A. (2013). s. 64-65.

düzen içinde işlemesini sağlayan kendine özgü yasaları vardır ve bunların işlemesi sayesinde doğal bir denge ve düzen sistemi oluşacaktır. Klasik iktisada göre bireyler kendi hâllerine bırakıldığında ve bireylerin özgürlükleri kısıtlanmadığı takdirde ekonominin doğal düzeni etkili ve verimli bir biçimde işleyecek, herkes için en iyi sonuçları verecektir. Klasik liberalizmin ayırt edici özelliği olan piyasa ekonomisi ve kendiliğinden doğan ekonomik düzenin aynı zamanda herkesin yararına işleyeceği de düşünülür. Piyasa ekonomisinde her birey kendi çıkarları doğrultusunda özgür işlemler gerçekleştirir. Bununla birlikte ekonominin piyasada oluşan gayrişahsi birtakım kurallara göre işlediği ve bunun da doğal olarak iktisadı refahı arttıracağı savunulur. Piyasa bazı kişi veya gruplar tarafından değil piyasada oluşan bu kurallar tarafından yönetilir. Örneğin hiçbir üretici tek başına malın fiyatını belirleyemez. Fiyatları satışa sunulan malların miktarı ile satın almak isteyen tüketicilerin sayısı çerçevesinde piyasa -arz ve talep güçleri- belirler. Kendi kendini düzenleyen bir süreç olarak piyasanın dışarıdan yönlendirilmeye ihtiyacı yoktur; piyasa bu anlamda "görünmez el" denilen mekanizma tarafından işletilir[60]. Kişilerin içinde özgür bir şekilde hareket ettiği piyasa mekanizması, kendi çıkarını azamileştirmek isteyen bireylerin bu yönde bir kastı olmamasına rağmen bu görünmez el yardımıyla kamu çıkarının da gerçekleşmesini sağlar. Böyle bir ortamda herkesin çıkarları arasında bir uyum ortaya çıkar. Bu sürece dışarıdan yapılacak herhangi bir müdahale ise sistemin doğasında olan özgürlük ve eşitliği ortadan kaldırır[61]. Liberal ekonomik düzen bu şekilde sağlandıktan sonra devletin görevi de ülkede iç ve dış güvenliği sağlamak ve ekonominin doğal yasalarının işleyişine karışmamak suretiyle bunun devamını sağlamaktan ibarettir. Kişilerin ekonomik alandaki tüm faaliyetlerine tam bir özgürlük sağlamak devletin varlık sebebidir. Devlet ekonomi alanında her türlü müdahaleden kaçınan siyasi bir otorite olmak durumundadır. Bu anlamda liberal devlet düzeni, mülkiyet haklarını sınırlayan tüm kısıtlayıcı düzenlemeleri ve serbest rekabet ilkesinin önündeki engelleri kaldırmalı ve bireylerin mutlak ekonomik özgürlüğünü sağlamalıdır. Liberal devlet de bu yeni görevine uygun olarak, gelişen sosyal sınıfın –burjuvazinin- çıkarları doğrultusunda kapitalizmin gelişmesi için gerekli olan koşulları hazırlamış ve burjuvazinin ekonomik hak ve özgürlüklerini tanımıştır. Bu işlevleriyle liberal devlet, liberal bir ekonomik düzenin

60 Heywood, A. (2013). s. 65-66.

61 Heywood, A. (2013). s.65-66.

işlemesi için gerekli koşulları hazırlayan ve tanıdığı hak ve özgürlüklerle bu düzenin devamını sağlayan bir işlev görmüştür.

II. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ANAYASASI'NA GÖRE KONGRENİN VERGİLENDİRME YETKİSİNİN YARGISAL SINIRLARI

ABD, klasik liberal ideolojinin hukuk sistemini şekillendirdiği ve pragmatist hukuk yaklaşımının etkilerinin izlendiği bir devlettir[62]. ABD, aynı zamanda federal bir devlettir ve özellikle Federal Yüksek Mahkeme (FYM), eyaletler ile federal devlet arasındaki yetki uyuşmazlıklarını çözerken, ABD federalizminin de dönemlere göre farklılaşmasına yol açmaktadır. Örneğin Amerika'da federalizm, ülkenin kuruluşundan Büyük Buhran'a kadar olan dönemde -yaklaşık 1937 yılına kadar- eyaletler ile federal devletin etki alanlarının katı sınırlarla ayrıldığı "ikili (dual)" federalizm olarak adlandırılırken; ekonomik buhranla birlikte federal devletin yetkileri, ülkenin ortak sorunlarına ortak politikalar geliştirebilmeleri için eyaletlerin görev alanına giren konularda da karar alabilecek biçimde genişlemiş ve bu dönemdeki federalizm, "iş birliğine dayalı" federalizm olarak adlandırılmıştır[63]. Federalizmin bu şekilde farklı dönemlerdeki farklı toplumsal gereksinimler doğrultusunda şekillenmesi ise FYM'nin ABD Anayasası'na getirdiği yorumlar ile mümkün olabilmiştir[64]. ABD Anayasası hükümleri oldukça soyuttur ve Kongrenin vergi yetkisinin sınırları ile ilgili konularda da FYM'nin dönemlere göre değişen oldukça farklı kararları bulunmaktadır.

---

62 Türer, C. (2003). "Amerikan Felsefesinin Özellikleri", *Kayseri Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 1., s. 111-118.

63 Boyd, E. (1997). "American Federalism, 1776 to 1997: Significant Events", https://usa.usembassy.de/etexts/gov/federal.htm (Erişim Tarihi: 15/11/2022) Boyd, ABD federalizminin dönemlere göre farklı nitelikte işlediğini ortaya koymaktadır. Örneğin, 1775-1789 yılları arası, federalizm öncesi dönem ve bunun hemen ardından gelen dönem, 1901 yılına kadar, ikili (dual) federalizm dönemi olarak nitelendirilmektedir. 1901 ile 1960 yılları arasındaki dönem iş birliğine dayalı (cooperative) federalizm olarak ve 1960-1968 yılları arasındaki dönem yaratıcı (creative) federalizm olarak nitelendirilmektedir.

64 Federalizmin işleyişine yön veren ve federal devlet ile eyaletler arasındaki iktidar mücadelesi açısından önemli olan bazı kararlar için bkz. McCulloch v. Maryland (1819), Gibbon v. Ogden (1824), Griswold v. Connecticut (1965), Roe v. Wade (1973). Bu bilgiler ve kararların özetleri için bkz. "U.S. Government and Politics in Principle and Practice", https://usgovtpoli.commons.gc.cuny.edu/chapter-five-federalism-american-style/ (Erişim Tarihi: 11/11/2022). Yine benzer şekilde federal devlette egemenliğin bir atoma benzetildiği ve egemenlik atomunun federal devlet ve eyaletler arasında bölündüğü görüşü hakkında bkz. Federal Yüksek Mahkemenin U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton (1995) kararı ve kararın Türkçe analizi için bkz. Uygun, O. (2014). *Devlet Teorisi*, 1. B., İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 274-279.

ABD Anayasası'nda vergilendirme yetkisi[65] münhasıran federal devletin iki kanatlı yasama organı olan Kongreye tanınmıştır (Amerikan Anayasası, 1. madde/8. bölüm[66]). Bunun dışında Anayasa'da Kongrenin (ve aslında federal devletin) genel olarak mali konularla ilgili yetkilerinin kapsamını ve sınırlarını düzenleyen başka hükümler de bulunmaktadır.

---

65 ABD'de satılan ürünlerin üzerinde yazan fiyatlar, vergi oranı hariç fiyatlardır. Bunun iki nedeninin olduğu ifade edilmektedir. İlki, insanların devlete ödedikleri vergi oranını şeffaf bir şekilde görebilmeleri içindir. İkinci neden ise ABD'de her eyaletin vergi oranları farklıdır. Bu nedenle bir ürünü pazarlamak için ülke genelinde vergi oranı eklenmeden satışa sunmak üretici açısından daha kolaydır.

66 Madde oldukça uzundur.

"***Bölüm 8***

Kongre, aşağıdaki yetkilere sahip olacaktır:

Vergi, harç, gümrük, üretim ve tüketim vergisi belirlemek ve toplamak, kamu borçlarını ödemek ve Birleşik Devletlerin ortak savunmasını ve genel refahını sağlamak; ancak Birleşik Devletler'in tümünde aynı gümrük, üretim ve tüketim vergisi uygulanacaktır;

Birleşik Devletler adına borç almak;

Yabancı ülkelerle ve birçok eyalet arasında ve Kızılderili kabileler ile ticareti düzenlemek;

Birleşik Devletlerin tümünde, vatandaşlığa geçiş için tüm eyaletlerde geçerli olacak olan tek bir kural uygulamak ve iflaslar konusunda tek yasa koymak;

Madeni para basmak ve bunun değeri ile birlikte, yabancı paraların değerini düzenlemek ve ağırlık ve ölçü standartlarını saptamak;

Birleşik Devletler'in tahvillerini ve kullanılan madeni parasını taklit edenlerin cezalandırılmasını sağlamak,

Postane ve posta yolları kurmak;

Yazarlara ve mucitlere, sınırlı bir süre için yazıları ve buluşları üzerinde münhasıran hak tanıyarak, bilim ve yararlı sanatların gelişmesini teşvik etmek;

Yüksek Mahkemeden daha küçük mahkemeler oluşturmak;

Korsanlığı ve açık denizlerde işlenen ağır suçları ve devletler hukukuna aykırı hareketleri tanımlamak ve bunları cezalandırmak;

Savaş ilan etmek, silahlı gemi kullanma ve karşılıkta bulunma konularında yetki mektupları vermek ve karada ve sularda ele geçirilenler ile ilgili kuralları koymak;

Ordular teşkil etmek ve bunları beslemek; ancak bu kullanım için yapılacak para tahsisi iki yıldan daha uzun bir süre için geçerli olmayacaktır;

Bir deniz gücü kurup bunu sürdürmek;

Kara ve deniz kuvvetlerinin idare ve nizamı için yönetmelikler yapmak;

Birliğin yasalarını yürürlüğe koymak, isyanları bastırmak ve istilaları geri püskürtmek milis kuvvetlerinin göreve çağırılmasını sağlamak;

Milis kuvvetlerinin örgütlenmesi, donatımı ve disiplini, subayların atanması ile milis kuvvetlerinin Kongre tarafından saptanan kurallara göre eğitimi yetkisi eyaletlere bırakılmak üzere, bu milis kuvvetlerinin Birleşik Devletler hizmetinde kullanılacak bölümüne emir ve komuta sağlamak;

Belirli eyaletlerin feragat etmesi ve Kongre'nin de kabulü sonucu Birleşik Devletler hükümetinin başkenti olacak (10 mil kareyi aşmayacak) bölgede her hususta özel yasama yetkisini kullanmak ve eyalet yasama meclisinin rızası ile o eyalette yapılacak kaleler, cephane depoları, askeri donatım depoları, tersaneler ve diğer gerekli binalar için satın alınan yerler üzerinde aynı yetkiye sahip olmak; -- Ve

Daha önce belirtilmiş olan yetkilerin ve bu Anayasa ile Amerika Birleşik Devletleri hükümetine, ya da bu hükümetin herhangi bir dairesine ya da görevlisine verilmiş bütün diğer yetkilerin yerine getirilmesi (yürütülmesi) için gerekli ve uygun bütün yasaları yapmak."

ABD Anayasası: https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf (Erişim Tarihi:11/11/2022)

Bunlar 9. bölümün 4. cümlesi[67] ve 10. bölümün 2. cümlesidir[68]. Söz konusu hükümler Amerikan anayasa hukukunda belirli kısa ifadelerle anılmaktadır. 8. bölümün 1. cümlesi "vergi ve harcama hükmü (tax and spending clause)", 9. bölümün 4. cümlesi "dolaysız (doğrudan) vergilerin taksimi hükmü (apportionment of direct taxes)" ve 10. bölümün 2. cümlesi de "ihracat-ithalat hükmü (import-export clause)" olarak adlandırılmaktadır[69]. Öte yandan söz konusu vergilendirme maddesinin İngilizce versiyonu ile Türkçe çevirisi arasında bir anlam kargaşası ortaya çıkmaktadır. Vergilendirme ile ilgili ABD Senatosunun resmî internet sitesinde yer alan Anayasa hükmünün İngilizcesi "*The Congress shall have Power* ***to*** *lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises,* ***to*** *pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States*[70]…" biçimindedir. ABD Anayasası'nın ABD Büyükelçiliğinin sayfasındaki Türkçe çevirisinde ise Kongrenin yetkilerini düzenleyen ilgili hüküm "*Vergi, harç, gümrük, üretim ve tüketim vergisi belirlemek ve toplamak, kamu borçlarını ödemek ve Birleşik Devletlerin ortak savunmasını ve genel refahını sağlamak*…" olarak yer almaktadır. Bu hükümle ilgili hukuki tartışma, vergilendirme yetkisinin bağımsız bir yetki olarak mı, yoksa Anayasa'da sayılan belirli amaçları gerçekleştirmek için kullanılabilecek bir yetki olarak mı verildiği yönündedir. Bir başka ifade ile ilgili hüküm, "*kamu borçlarını ödemek ve Birleşik Devletlerin ortak savunmasını ve genel refahını sağlamak* ***için****, vergi, harç, gümrük, üretim ve tüketim vergisi belirlemek ve toplamak*" olarak mı anlaşılacak; yoksa "*vergi, harç, gümrük, üretim ve tüketim vergisi belirlemek ve toplamak* ***[ve]*** *kamu borçlarını ödemek ve Birleşik Devletlerin ortak savunmasını ve genel refahını sağlamak*" olarak mı anlaşılacaktır? Bu konuda aslında ABD Anayasası'nın İngilizce metninde bir sorun yoktur. Çünkü, İngilizce metinde "The Congress shall have Power To lay and collect Taxes…" ifadesindeki "To" sözcüğü büyük "T" harfi ile başlamakta ve cümlenin devamında gelen "to pay the Debts and

67 "*…Yukarıda açıkça belirtilen nüfus sayımı ile orantılı olmadığı takdirde herhangi bir baş vergisi veya başka bir doğrudan vergi, alınmayacaktır.*"

68 "*… Kendi denetim yasalarını uygulamak için kesinlikle gerekli olanın dışında, hiçbir eyalet, Kongre'nin rızası olmadan, ithalat veya ihracat üzerine herhangi bir vergi ya da resim koymayacak ve herhangi bir eyaletin ithalat ve ihracata koyacağı bütün vergi ve resimlerin net tutarı Birleşik Devletler hazinesine ait olacaktır ve bu gibi bütün yasalar Kongrenin inceleme ve denetimine tabi olacaktır.*"

69 Nowak, J., Rotunda, R. D. (2010). *Constitutional Law*, United States of America: West Publishing, s. 227-236.

70 ABD Senatosu'nun resmî internet sitesinde yer alan çeviriye göre; https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec8 (Erişim Tarihi:16/11/2022)

provide for the common Defence…" ifadesindeki "to" sözcüğü küçük "t" harfi ile başlamaktadır. Aynı maddenin İngilizce versiyonunda Kongrenin diğer yetkileri sayılırken de yine büyük "T" harfi ile başlatan "To…" sözcüğü kullanılmıştır. Dolayısıyla burada ABD Büyükelçiliğinin resmî sayfasında yer alan Türkçe çeviride bir hata olduğunu düşünmekteyiz[71]. Ancak Amerikan kamu hukukunda Kongrenin vergilendirme yetkisi konusundaki en önemli tartışmayı "genel refahı sağlamak için" ifadesinin anlamı ile vergilendirme yetkisinin hem Anayasa'dan hem de vergilendirme yetkisinin kendisinden kaynaklanan sınırlarının olup olmadığı konuları oluşturmaktadır. Bir başka ifade ile Anayasa'nın Kongrenin vergilendirme yetkisine ilişkin hükmünde yer alan "*Kongre, genel refahı sağlamak için vergi koyabilir*" ilkesinin Kongreye gerçekte hangi kapsamda bir vergilendirme yetkisi verdiği yönündeki tartışmalar önem arz etmektedir. Kongre, genel refahı sağlamak için her konuda ve kapsamda vergi koyabilir mi?

ABD ve vergilendirme yetkisinin sınırları ile ilgili bir diğer önemli husus ise vergilendirme yetkisinin *siyasi süreçler* kapsamında değerlendirilmesi gereken bir araç olduğudur. Yargıç John Marshall'ın yukarıda değinilen "*Vergilendirmek, yok etmek demektir*!" ifadesi, ABD anayasal düzeninde vergilendirme yetkisine ilişkin en temel sınırın, aslında liberalizmin temelinde yer alan toplumsal sözleşmenin bir tarafı olan bireyin mutluluğunda ve kendi kendini yönetmesi gücünde aranması gerektiğini ifade etmektedir. Bir başka ifade ile eğer devlet vergilendirme yetkisini kötüye kullanırsa ve vatandaşlar kendilerine aşırı oranda bir vergi uygulandığını düşünürse, daima oy tercihlerini değiştirerek, hükûmeti değiştirme gücüne sahiptirler[72]. Bu açıdan her

[71] 66 no'lu dipnotta verilen Türkçe çeviri.
Aynı hüküm, Muvaffak Akbay'ın çevirisinde de benzer bir hata ile yer almaktadır: Akbay, M. (1950). "Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1., s. 465.

[72] Ancak elbette bu durum bir ideali yansıtmaktadır. Siyasal sistemlerin işleyişini idealize etmek, toplumda yer alan eşitsizlikçi tahakküm ilişkilerini görmezden gelmek gibi gerçekçi olmayan bir sonuç ortaya çıkartacaktır. Bu açıdan hem ABD'nin hem de dünya devletlerinin günümüzde çözmek zorunda olduğu en temel sorun olan yoksulluk ve yoksulluğun insanların temel hak ve özgürlüklerini kullanabilme düzeyine olumsuz etkisi yadsınamaz. Söz konusu olumsuz etkinin giderilmesi için yasama ve yürütme organın insan ilişkilerine temel hak ve özgürlükleri korumak için doğrudan müdahale etmesi gerektiği gibi, yargının da hem dikey hem de yatay ilişkilerde devlet eylemlerinin ya da eylemsizliğinin anayasal denetimini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte ABD hukuk sisteminin temelinde yer alan aşırı bireycilik ve devletin insan yaşamını düzenleyen müdahalelerden mümkün olduğunca kaçınması sonucunda halen ırka dayalı ayrımcılık, ırka yönelik yoksullaştırma politikaları, ırk temelli gayriresmî uygulamalar ne yazık ki halen ülkenin

ne kadar Kongrenin vergilendirme yetkisi anayasa yargısı tarafından birçok karara konu olarak değerlendirilse de günümüzde FYM bu konuda, Amerikan hukukunda temel hak ve özgürlükler bakımından geliştirdiği birtakım formüller gibi belirli ve kesin ilkeler içeren formüller ortaya koymaktan çekinmekte ve özellikle güncel içtihadında olaya özgü pragmatist bir yaklaşım sergilemektedir[73].

A. KISA TARİHÇE

Kongrenin bireyleri doğrudan vergilendirme yetkisi Amerika henüz bir konfederasyonken bulunmamaktaydı[74]. Konfederasyon Anayasası'nda[75], devletlerin Konfederasyon hazinesine kendi vergi gelirlerinden belli oranda bir katkı yapacağı öngörülmüştü. Bu katkının amacı daha çok Amerikan Bağımsızlık Savaşı'nın masraflarını karşılamak, savaş borçlarını geri ödemek ve ulusal hükûmete ulusal güvenlik için finansman kaynağı sağlamaktı[76]. Konfederasyon Anayasası'nda ulusal hükûmetin merkezi bir fon oluşturmak için sahip olduğu yetki bir "talep yetkisi (requisitions)" olarak adlandırılmıştı[77]. Ancak söz konusu "requisitions" ifadesi Konfederasyonun vergi yetkisinin teoride kalmasına yol açmıştı. Bu nedenle uygulamada, beklenen finansal destek sağlanamadı ve Konfederasyon hükûmeti devletlerden çok az gelir elde etti[78]. Hatta öyle ki, Anayasa kabul edilmeden önce 1786 yılındaki son para toplama sürecinde Kongre 3 milyon 800 bin dolar gelir toplama

çözmek zorunda olduğu sorunlar olarak varlığını devam ettirmektedir. Bunlar hakkında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyinin Evrensel Periyodik İzleme sürecindeki ABD ile ilgili raporlara bakılabilir. Bkz. https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/us-index (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

73 Federal Yüksek Mahkemenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin geliştirdiği belli katı formüller ya da Mahkemenin deyimiyle "testler" bulunmaktadır. Örneğin Mahkeme, din ve vicdan özgürlüğü ile ifade özgürlüğü hakkında, herhangi bir devlet işlem ya da eyleminin "establishment clause" olarak adlandırılan din ve vicdan özgürlüğünü ihlal edip etmediğini değerlendirirken Lemon v. Kurtzman (1971) davasında, "Lemon testi" olarak adlandırdığı üç aşamalı bir değerlendirme ölçütü geliştirmiştir. Bkz. Kaufman, M. J., Kaufman, S. R. (2018). *Education Law, Policy, And Practice-Cases and Materials*, 4th Edition, Wolters Kluwer, s. 212-218.

74 Göze, A. (2013). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 14. B., İstanbul: Beta, s. 528.

75 İngilizce adı "Articles of Confederation". ABD'nin federal devlet olmadan önceki 15 Kasım 1777 tarihli ilk anayasasıdır. Maddelere erişim için bkz. ABD Ulusal Arşivi: https://www.archives.gov/milestone-documents/articles-of-confederation (Erişim Tarihi: 11/11/2022)

76 Konfederasyon Anayasası'nın 9. maddesi.

77 Konfederasyon Anayasası'nın 9. maddesi.

78 Ball, M. N. (2020). "The Federal Taxing Power: A Primer", *Congressional Research Service Report*, https://sgp.fas.org/crs/misc/R46551.pdf (Erişim Tarihi: 16.11.2022), s. 1.

talebinde bulunmuş, ancak o yıl sadece 663 dolar toplanabilmişti[79]. Bazı eyaletler, Kongrenin "talep yetkisini (requisition)" açıkça reddetmiş, bazıları da gelen talepleri yeniden gözden geçirilmek üzere Kongreye geri göndermiştir. Bazıları da -örneğin New Jersey- New York ve Philadelphia'dan mal ihraç ederken ödedikleri gümrük vergisinin yeterli olduğunu ve kendi paylarına düşen ödemeyi hâlihazırda yerine getirdiklerini belirterek fazladan bir ödeme yapmamışlardır[80].

ABD'nin kuruluşuna kaynaklık eden "Çerçeveciler (The Framers[81])", Kongreye vergilendirme yetkisi verirken, ulusal hükûmete düzenli ve yeterli bir gelir kaynağı sağlamak ve özellikle ulusal güvenliği tesis etmek fikrini ön plana çıkartmışlardı. Alexander Hamilton, John Jay ve James Madison tarafından halkı yeni Anayasa'nın kabulüne ikna etmek için yazılmış makaleler olan "Federalist Yazıları"nın (The Federalist[82]) 30 numaralı makalesi Kongrenin vergilendirme yetkisi üzerinedir[83]. Bu makalede Hamilton, *modern savaş sisteminde en zengin ulusların bile büyük kredilere başvurmak zorunda kaldığını* belirterek, vergilendirme yetkisini ulusal güvenlik meselesi ile ilişkilendirmektedir[84].

Konfederasyon döneminde gelir elde etme konusundaki başarısızlık, federal devlet anayasası hazırlanırken etkili olmuş ve ABD Anayasası'nda Kongrenin özellikle finansal konularda geniş yetkileri olduğu kabul edilmiştir. Yukarıda da atıf yapılan, Anayasa'nın 1. maddesinin 8.

79 Johnson, C. H. (2005). *Righteous Anger at The Wicked States: The Meaning of The Founders' Constitution*, Cambridge University Press, s. 15.

80 a.g.e. s. 16.

81 ABD hukuk tarihinde "The Framers" sözcüğü -kimi zaman da "The Founders (Kurucular)", "The Founding Fathers (Kurucu Babalar)"-, Amerikan Anayasası'nın taslağını ve temel vizyonunu oluşturan delegelere verilen isimdi. Bunlar, John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison ve George Washington'dur. Söz konusu kişilerin kolonilerin birleşmesinde, Amerikan bağımsızlık devriminde önemli etkileri bulunmaktadır ve 4 Temmuz 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'ni de hazırlayan komisyonda yer almışlardır. Bkz. Göze, A. (2013). s. 525-528.

82 Federalist Yazılarının tümüne ulaşmak için Amerikan Kongre Kütüphanesi çevrimiçi arşive bakınız. "Federalist Papers: Primary Documents in American History", https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-21-30 (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

83 30 numaralı makale 28 Aralık 1787 tarihinde Alexander Hamilton tarafından yazılmıştır. Bkz. Amerikan Kongre Kütüphanesi çevrimiçi arşiv.

84 Johnson, C. H. (2005). s. 18-19. Hamilton diğer konuşmalarında da vergilendirme ile ilgili benzer argümanlar geliştirmektedir. Örneğin Finans Sisteminin Savunması (Defense of the Funding System-July 1795) başlıklı yazısında, kredisi olmayan bir ulusun, güçlü bir krediye sahip bir başka güce, ilk savaşta yenileceğini ifade etmiştir. a.g.e. s. 18. Johnson'un çalışmasında Amerika'da vergilendirme yetkisinin tarihi ve konfederasyondan federasyona geçiş sürecinde kurucuların, devletleri ve halkı ikna etme söylemleri incelenmiştir. Tüm bu tarihçe için bkz. a.g.e.

bölümünde Kongrenin, "*borçları ödemek ve Amerika Birleşik Devletleri'nin ortak savunması ve genel refahını sağlamak için vergi koyma ve toplama*" yetkisi bulunmaktadır. Buradaki borçları ödemek ifadesi yalnızca savaş borçlarını kastetmemekte, ileriye dönük olarak da borçları ödemek anlamına gelmektedir[85]. Ancak Anayasa'nın vergilendirme maddesinin kapsamına ilişkin Alexander Hamilton ve James Madison'un[86] yorumları farklı olmuştur. Hamilton'a göre, Anayasa Kongreye oldukça geniş bir vergilendirme yetkisi tanımaktaydı. Hamilton, münhasıran Kongreye ait olan söz konusu yetkinin Anayasa'nın 1. maddesinin 8. bölümünde adı geçen eyaletler arası ticareti düzenlemek ve askerî harcamaları karşılamak gibi amaçlarından bağımsız olarak kullanılabileceğini savunmaktaydı[87]. Buna karşılık Madison ise Kongrenin "genel refahı" sağlamak için vergilendirme ve harcama konusunda bağımsız bir yetkisinin olmadığını ve söz konusu "genel refahı sağlamak için vergilendirme yetkisi" ifadesinin 1. maddenin 8. bölümünde söz edilen ve 8. bölümün 2. ile 17. cümlelerinde[88] belirlenmiş yetkiler ile birlikte düşünülmesi gerektiğini; Kongrenin vergilendirme yetkisinin ilgili maddede geçen diğer yetkilerle sınırlandırıldığını savunmuştur[89].

Amerikan Anayasası'nın taslağını hazırlayan kurucuların anayasanın vergilendirme hükmü konusundaki farklı yorumlarına karşılık konu ile ilgili FYM'nin de oldukça çeşitli ve kimi zaman dönemlere göre değişen kararları bulunmaktadır[90]. İlk dönemde vergilendirme ile ilgili dikkati çeken davalar *License Tax Cases (1866)* (Lisans Vergisi Davaları) olarak adlandırılan ve New York, New Jersey ve Massachusetts eyaletlerinden gelen yedi dava dosyası ile ilgili bir dava grubudur. Bu dava grubunda

85 ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 8. bölümünün yorumu, Siegel, N., Willis, S. J. (2022). "Common Interpretation", https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/article-i/clauses/751#:~:text=The%20U.S.%20taxing%20power%2C%20while,be%20fatal%20to%20a%20statute. (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

86 Söz konusu görüşler, ABD siyasetinde Federalist Parti ve Demokratik Cumhuriyetçi Parti'nin görüşlerini de yansıtmaktadır. Hamilton ve Madison karşıtlığı ve ABD'de Demokrat Parti ve Cumhuriyetçi Parti hakkında bkz. Britannica çevrimiçi ansiklopedi, "Democratic-Republican Party", https://www.britannica.com/topic/Democratic-Republican-Party (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

87 Cooter, R.D., Siegel, N. (2010). s. 125.

88 66 no'lu dipnotta yer alan madde metnine bakınız.

89 Cooter, R.D., Siegel, N. (2010). s. 125. Madison aynı zamanda kendi hazırladığı 41 numaralı Federalist Yazıları'nda da bu görüşünü yansıtmaktadır. Bkz. James Madison, "Federalist No. 41 General View of the Powers Conferred by the Constitution", https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-41-50 (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

90 Nowak, J., Rotunda, R. D. (2010). s. 227-236 arasındaki dava listeleri.

FYM'nin tartıştığı hukuki sorun Kongrenin, bir eyaletin yasalarında suç ya da hukuka aykırı eylem olarak düzenlenmiş kimi eylemleri ve işleri vergilendirme yetkisinin olup olmadığıdır. Davaya konu olan Kongrenin yapmış olduğu 1864 tarihli iç gelir yasasındaki[91] bir değişikliktir. 1866 yılında değişen yasaya, piyango/loto bileti satmak ve alkollü içkilerin perakende satışını yapmak da dâhil olmak üzere, belirli ticaret ve işlerle uğraşmak isteyen kişilerin ABD'den bir lisans almaları zorunluluğu eklenmiştir. Bununla birlikte 1866 değişikliklerinde yasanın ilk hâlindeki "lisans" sözcüğünün yerine de "özel vergi" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu üç eyaletten FYM'nin önüne gelen yedi davada da kişiler ya loto ve şans oyunları işi düzenlemekte ya da alkollü içki satışı işi ile meşguldürler. Ancak o dönemde, davaların geldiği eyaletlerde söz konusu faaliyetlerde bulunmak ilgili eyaletin yasaları tarafından yasaklanmıştır. Buna rağmen ilgili kişilerin federal devletin iç gelir yasasına göre vergi ödemeleri gerekmektedir. ABD Anayasası'na göre cezalandırma faaliyeti olarak tanımlanabilen ve ceza yetkisi alanına giren konuların çoğu[92] eyaletlerin düzenleme alanına girmektedir. Bu durumda FYM'nin yanıtlamak zorunda olduğu önemli bir soru bulunmaktadır: Kimi eyaletlerde yasaklanmış eylemlerin vergilendirilmesi sonucunu doğuran 1866 tarihli iç gelir yasasındaki değişiklik, Kongrenin Anayasa'da yer alan vergilendirme yetkisinin sınırlarını aşmakta mıdır[93]? Davada Kongrenin bu türden eylemler için öngördüğü vergi, bir suçun önlenmesi ve cezalandırılması için yapılan bir yasama faaliyeti olarak tanımlanırsa, o zaman söz konusu yasa Anayasa'ya aykırı olacaktır. Çünkü cezalandırmaya ilişkin yasa koyma yetkisi eyaletlerin düzenleme alanına giren bir yetkidir. Dolayısıyla Kongrenin eyaletlerin düzenleme alanında kalan bir konu hakkındaki vergilendirme ve düzenleme yetkisi, eyaletlerdeki düzenlemelerle uyumlu olmalıdır. Ancak FYM bu görüşü kabul etmemiş ve Kongrenin vergilendirme yetkisinin "oldukça geniş" olduğunu belirtmiştir. Bunun için de Anayasa'nın öngördüğü sınırlara dikkati çekmiştir. Bu sınırlardan ilki eyaletler arası ihracat

91 1864 The Internal Revenue Act.

92 ABD Anayasası'nın 10. Değişikliğinde (10th Amendment) münhasıran Kongreye ve federal devlet organlarına bırakılmamış her yetki eyaletlerin düzenleme alanına girmektedir. Ceza hukuku açısından, yasaklı maddelerin ticaretine ilişkin suçlar, korsanlık, organize suçlar gibi sınır aşırı etkileri olan suçlar ve konular haricindekiler, bir başka ifade ile Anayasa'da açıkça sayılmayan tüm ceza hukuku konularında eyaletler yetkilidir.

93 Davadaki temel sorular ilgili kararların en başında yer almaktadır. Bkz. License Tax Case (1866), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/72/462/ (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

vergisidir; Kongre ihracat vergisi konusunda yetkili değildir (Anayasa, 1. madde, 9. bölüm, 5. cümle[94]). İkinci anayasal sınır ise dolaysız vergilerin taksimlendirilmesi[95] ve dolaylı vergilerin de ülke genelinde yeknesak olarak uygulanması kurallarıdır. Bu sınırlar haricinde Kongre, her konuda ve takdir yetkisine dayanarak vergi koymaya yetkilidir[96]. Mahkemeye göre olaydaki yasal düzenleme her iki sınırın kapsamına da girmediğinden Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Federal Yüksek Mahkeme, 1936 yılındaki *United States v. Butler (1936)*[97] davasında, Kongrenin vergilendirme yetkisinin kapsamı konusunda daha açık bir ifade kullanarak Kongrenin vergilendirme yetkisini yukarıda değinilen Hamilton'un yorumuna atıfla geniş yorumlamış ve her ne kadar söz konusu olayda Kongrenin vergilendirme yetkisini Anayasa'ya aykırı olarak kullandığına hükmetmiş olsa da kararda, Hamilton'un bu yetkiyi Kongrenin diğer anayasal yetkilerinden bağımsız olarak kullanabileceği görüşünü yinelemiştir[98]. Söz konusu dava, ABD'nin o dönemde içinde bulunduğu ve çiftçilerin iflas etmesine sebep olan tarımsal emtia fiyatlarındaki krizi çözmek amaçlı yürürlüğe giren 1933 tarihli Tarımsal Uyum Yasası'ndan[99] kaynaklanmaktaydı. İlgili yasa, tarım ürünleri üzerinden bir işleme vergisi (processing tax) alınmasını öngörmekteydi. Bu vergilerden elde edilecek fon da arazilerini küçültme sözü veren çiftçilere yeniden dağıtılacaktı. Söz konusu yasa, hangi tarım ürünlerinin bu kapsama dâhil olacağı konusunda federal tarım bakanını yetkilendirmekteydi; tarım bakanı da işleme vergisi uygulanacak ürünlerin arasına pamuğu dâhil etmişti. Davacı William M. Butler, pamuk işleyen bir firma olan Hoosal Mills Corp.'un mali müşaviridir. Bu davada FYM vergilendirme yetkisinin kapsamını, önceki davalara

---

94 "Eyaletlerden herhangi birinden ihraç edilen mallardan vergi ya da gümrük alınmayacaktır."

95 Amerikan hukukunda dolaysız ve dolaylı vergilerle ilgili bkz. Nowak, J., Rotunda, R. D. (2010). s. 228-229.

96 Federal Yüksek Mahkeme yargıcı Salmon P. Chase'in kaleme aldığı görüş. Bkz. License Tax Case (1866), License Tax Case (1866), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/72/462/ (Erişim Tarihi: 15/11/2022). Karar gerekçesi için ayrıca bkz. Chase, S. P. & Supreme Court of The United States. (1866) U.S. Reports: License Tax Cases, 72 U.S. 5 Wall. 462. [Periodical] ABD Kongre Kütüphanesi Çevrimiçi Arşiv, https://www.loc.gov/item/usrep072462/ (Erişim Tarihi: 20.11.2022), s. 471-475.

97 United States v. Butler, 297 U.S. 1, (1936); https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/1/#tab-opinion-1934959 (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

98 United States v. Butler, 297 U.S. 1, (1936), s. 66. Çevrimiçi erişimde sayfa numaraları ilgili paragrafın üstünde "Page 297 U. S. 66" biçiminde yazmaktadır. Ayrıca bkz. Cooter, R.D., Siegel, N. (2010). s. 126-127.

99 1933 Agricultural Adjustment Act.

benzer şekilde federal devlet ile eyaletler arasındaki yetki sorunu üzerinden tartışmıştır. Mahkeme, her ne kadar Kongrenin vergilendirme yetkisinin bağımsız ve geniş bir yetki olduğunu ifade etse de Kongrenin düzenlediği tarım ürünlerine yönelik vergi yasasını 6'ya karşılık 3 oy ile Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Söz konusu kararda, ABD Anayasası'nın Yorumu (Commentaries on the Constitution of the United States) eserini yazan Joseph Story'nin vergilendirme yetkisi ile ilgili görüşüne doğrudan yer verilmiştir[100].

"*Hükümet, 'genel refahı sağlamak' ifadesinin 'vergi koyma ve toplama' yetkisini nitelendirdiğini kabul etmektedir.* [Bir başka ifade ile hükûmet bu davada, federal devletin *genel refahı sağlama yetkisi olduğundan bahisle* vergi koyabileceğini savunmaktadır[101].] *Ancak Anayasa'nın bu hükmünün* [1. madde, 8. bölüm, 1. cümlesi hükmü] *devlete, hiçbir zaman vergilendirme yetkisinden bağımsız olarak genel refahı sağlama yetkisi verdiği kabul edilmemiştir. Yargıç Story'e göre, eğer böyle bir kabul mümkün olsaydı, 'Sözcüklerin genelliğinin rengi altında, Birleşik Devletler Hükümetinin, ortak savunma ve genel refahı sağlamak için, …, gerçekte, genel ve sınırsız yetkilere sahip bir hükümet olması kaçınılmaz olurdu*[102]*.'* "

Yargıç Story'nin söz konusu ifadesi, liberal devlet anlayışında yer alan "sınırlı ve eylemlerine daima şüphe ile yaklaşılması gereken bir araç olarak devlet" nitelemesini hatırlatmaktadır. Öte yandan Mahkemeye göre tarımsal üretimi düzenlemek ve kontrol etmek eyaletlerin yetki

100 Cooter, R.D., Siegel, N. (2010). s. 127.

101 Konu Anayasa'nın yorumu üzerindeki bir tartışmaya dayandığından, kararın bu kısmına ek bir açıklık getirmeyi tercih ettik. Burada hükûmet, Anayasa'daki vergilendirme ilkesini, Kongrenin genel refahı sağlamak amacının içinde değerlendirmektedir. Yani hükûmete göre, Anayasa, Kongreye genel refahı sağlayabilmesi için vergi koyabilme yetkisi bahşetmiştir. Ancak Federal Yüksek Mahkeme bu yoruma katılmamakta ve bu açıdan argümanını yargıç Joseph Story'nin görüşü ile desteklemektedir. Mahkemeye göre, eğer Anayasa'nın Kongreye genel refahı sağlamak biçiminde bağımsız bir yetki verdiği ve vergilendirme yetkisinin de genel refahı sağlamak amacından türetilebileceği biçiminde bir yorum yapılırsa, o halde Amerikan Anayasası'nın Kongreye sınırsız bir güç verdiğinin kabul edilmesi gerekecektir ki, bu da Amerikan hukuk tarihi ve felsefesi ile temelden örtüşmeyen bir sonuç ortaya çıkartır.

102 United States v. Butler, 297 U.S. 1, (1936), s. 64, (297 U. S. 64). "*It is not contended that this provision grants power to regulate agricultural production upon the theory that such legislation would promote the general welfare. The Government concedes that the phrase "to provide for the general welfare" qualifies the power "to lay and collect taxes." The view that the clause grants power to provide for the general welfare, independently of the taxing power, has never been authoritatively accepted. Mr. Justice Story points out that, if it were adopted,*
"it is obvious that, under color of the generality of the words, to 'provide for the common defence and general welfare,' the government of the United States is, in reality, a government of general and unlimited powers, notwithstanding the subsequent enumeration of specific powers."

alanına giren bir konudur. Bununla birlikte Anayasa'nın Kongrenin vergilendirme ve harcama yetkisini düzenleyen hükmü, Kongreye yalnızca "genel refahı" düzenlemek amacı ile söz konusu yetkiyi vermektedir. Ancak tarımsal üretim ise *tarihsel olarak* eyaletlerin düzenleme yetkisinin alanına girmektedir. Her ne kadar Anayasa'da Kongrenin "genel refahı sağlamak için vergi koyma ve fon sağlama" yetkilerinden söz edilmiş olsa da davaya konu olan uyuşmazlıkta Kongre bu genel yetkisini Anayasa'ya aykırı bir sonuç ortaya çıkartacak biçimde kullanmıştır. Bir başka ifade ile, Kongre Anayasa'yla kendisine verilen vergilendirme ve harcama yetkisini, tamamen eyaletlerin yetki alanına giren faaliyetleri kontrol etmek amaçlı bir yaptırım mekanizması olarak kullanmaktadır[103]. Karşı oy ise, ABD'nin içinde bulunduğu dönemdeki tarımsal krizi çözmeye yönelik bir girişimin Kongrenin vergilendirme yetkisinin amacı olarak Anayasa'da yer alan "genel refahı sağlamak" ifadesi içinde değerlendirilmesi gerektiğine dikkati çelmiştir[104]. Bir başka ifade ile, söz konusu kararda aslında Kongrenin genel refahı sağlamak için vergilendirme yetkisinin oldukça geniş bir yetki olduğu belirtilmekle birlikte hangi türden düzenlemelerin "genel refaha" yönelik olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır.

Tarihsel açıdan bakıldığında Kongrenin vergilendirme yetkisinin kapsamına yönelik hukuki tartışmalar, söz konusu yetkinin yukarıdaki örnekteki gibi, "genel refahı sağlamak" amacıyla kullanılması argümanında ve "genel refahın" anlamı konusunda yoğunlaşmaktadır[105]. Bununla birlikte Kongrenin vergilendirme yetkisinin Anayasa'dan kaynaklanan sınırları -örneğin federal devlet ile eyaletler arasındaki yetki paylaşımı sorunları ile temel hak ve özgürlükler- ile vergilendirme yetkisinin kendi doğasından kaynaklanan sınırları, hem öğretide hem de FYM kararlarında tartışılmaktadır. FYM'nin Kongrenin vergilendirme

---

103 United States v. Butler, 297 U.S. 1, (1936), s. 68, (297 U. S. 68).

104 United States v. Butler, 297 U.S. 1, (1936), s. 80, (297 U. S. 80).

105 ABD Anayasası'nda Kongrenin eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisi de vergilendirme yetkisinin bir sınırı olarak tartışılan genel refahı sağlama amacına benzer gerekçelerle tartışılmaktadır. Yani burada önemli olan "ticareti düzenlemek" ifadesindeki "ticaret" sözcüğünün anlamı nedir? Bu konu ile ilgili oldukça ilgi çekici bir dava da Amerika'da okullarda silah bulundurulmasını yasaklayan federal yasanın, Kongrenin eyaletler arasında ticareti düzenleme yetkisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. İlgili dava için bkz. San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973). 1. madde, 8. bölüm, 3. cümle: "*Yabancı ülkelerle ve birçok eyalet arasında ve Kızılderili kabileler ile ticareti düzenlemek*"
Genel refah konusunda Mahkemenin ilke hâline gelmiş ölçütleri olmamakla birlikte, öğretide bu yönde bir çaba için bkz. Cooter, R.D., Siegel, N. (2010). s. 125-128.

yetkisinin kapsamına yönelik 2012 tarihli NFIB v. Sebelius kararına kadar bu konudaki genel yaklaşımı, Kongrenin vergilendirme yetkisini başka bir anayasal yetkiye bağlamadan bağımsız olarak kullanabileceği ancak vergilendirme yetkisinin yine de bir takım anayasal sınırlara tabi olduğu yönünde olmuştur[106].

B. ANAYASAL SINIRLAR: TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Kongrenin vergilendirme yetkisi her ne kadar geniş bir yetki olarak ele alınsa da bir takım anayasal sınırlara tabidir. Bunlardan konumuz açısından en önemlileri kuşkusuz Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri koruyan hükümleridir[107]. Bunlardan vergilendirme yetkisinin sınırları ile birlikte yargı kararına konu olmuş olanlar, ifade özgürlüğü ve onunla bağlantılı olan basın özgürlüğü[108], haberleşme özgürlüğü gibi özgürlükler

---

106 Siegel ve Willis, NFIB v. Sebelius kararına kadar Mahkemenin vergilendirme yetkisinin sınırları konusunda kararsız olduğunu, ancak 2012 tarihli söz konusu kararda, bu konudaki tavrını netleştirdiğini belirtmektedir. Siegel, N., Willis, S. J. (2022).

107 Lombard, B. (1992). "First Amendment Limits on the Use of Taxes to Subsidize Selectively the Media", *Cornell Law Review*, Vol. 78, Issue 1, s. 109.
Kıyaslama açısından Türkiye'de de vergilendirme yetkisinin Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükler ile sınırlandırılması hakkında bkz. Güner, K. C., Kargı, V. (2021). "Vergilendirme Yetkisinin Temel Hak ve Özgürlükleri İhlâli ve Yargı Yolu", *Maliye Çalışmaları Dergisi*, 2021, Sayı: 66, s. 96-99, 101-103. Ayrıca bireysel başvuruya konu olmuş vergilendirme yetkisinin temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bireysel başvuru kararlarının listesi ve analizi hakkında bkz. Uygun, E. , Gerçek, A. (2017). "Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 29, ss. 167-191.

108 Vergilendirme yetkisi ve temel hak ve özgürlükler ilişkisine yönelik, Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına da konu olmuş çeşitli olaylar mevcuttur. Örneğin, 1987 yılında Küçüklerin Muzır Neşriyattan Korunması Hakkında Kanun'da yapılan bir değişiklik ile, Başbakanlık nezdinde oluşturulan bir kurul tarafından bu türden bir yayın olduğuna karar verilenlerin, %40 oranında bir meblağı, Maliyeye yatırmalarını öngören hükmün, devletin Anayasa'nın 41. ve 58. maddelerinde düzenlenen çocukların korunması ödevine atıfla, Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiş ve bu yayınlara getirilen verginin basın özgürlüğünü ihlal etmediği belirtilmiştir. Ancak ilgili kararda devletin vergilendirme yetkisinin anayasal sınırları arasında doğrudan bir ilişki kurulmamıştır.
AYM, E.1986/12, K.1987/4, 11/2/1987. Kararın karşıoyundan: *"… Haklarında Kurulun herhangi bir kararı bulunmadığı halde basılmış eserlerini kendiliklerinden küçüklere muzır nitelikte görerek bunları zarf veya poşet içinde satışa arzetmek isteyenlerle; Kurul tarafından küçükler için muzır nitelikte olduğuna karar verilerek sınırlamaya tabi tutulan eserlerin sahiplerinden Toplu Konut Fonuna aktarılmak üzere belli ölçü ve oranlarda para tahsil edilmesinin 3266 sayılı Yasanın amacına uygun bir anlamı ve küçüklerin korunmasıyla doğrudan ya da dolaylı hiçbir ilgisi yoktur.*
Madde, maliyet ve fiyat artışına yol açan ifade ve içeriği nedeniyle bu tür eserlerin diğerlerine oranla daha yüksek fiyatlar üzerinden satılmasını zorunlu kılmaktadır. Belirtilen yayınların satışını sınırlayan ve bunların büyükler tarafından okunmasını parasal açıdan zorlaştıran söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın 13. maddesinin, temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağını ve öngörüldükleri amaç dışında kullanamayacağını belirleyen ikinci fıkrasıyla uyum içinde bulunduğu söylenemez."

(I. Değişiklik'te koruma altına alınan özgürlükler- 1st Amendment[109]) ve hukuk sistemi karşısında kişilerin eşit olarak korunması ilkesi (XIV. Değişiklik- 14th Amendment[110], equal prtotection clause) ile hukuk devleti ve adil yargılanma hakkının (V. Değişiklik , 5th Amendment[111], due process clause) güvenceleridir.

Federal Yüksek Mahkemenin Anayasa'nın I. Değişikliği tarafından garanti altına alınan ifade özgürlüğünün ve onunla bağlantılı olarak basın özgürlüğünün, devletin vergilendirme yetkisi ile sınırlandırılmasının sınırları hakkında vermiş olduğu çeşitli kararlarında[112] büyük çoğunlukla gazetelerin ve kablolu televizyon gibi diğer basın yayın araçlarının vergilendirilmesine ilişkin uyuşmazlıklar yer almaktadır. Örneğin 1936 yılındaki Grosjean v. American Press Co.[113] davasında, 1934 yılında Louisiana eyaletinde yürürlüğe giren ve tirajı haftada 20.000'den fazla olan gazetelerin brüt gelirlerine %2 oranında vergi uygulayan bir mevzuat değişikliği, basın özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile Anayasa'ya (Anayasa'nın I. Değişikliğine) aykırı bulunmuştur. Davaya konu olan yasa yürürlüğe girdiğinde eyalette on üç gazete bu yasanın kapsamına dâhil olmuştu ancak olayda dikkati çeken husus bu gazetelerden on iki tanesinin ilgili yasanın eyalet meclisinde kabul edilmesinde etkili olan Senatör Huey Long'u eleştiren yazılar yayımlayan gazeteler olmasıdır[114]. Mahkeme, yasama organının sansür uygulama amacına açıkça atıf yapmamakla birlikte olaya konu olan vergilendirmenin "kötü" olduğunu; çünkü bu düzenlemenin aslında vergi kılığına bürünmüş, halkın anayasal

---

109 "*Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyete neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır*."

110 "*Birleşik Devletlerde doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes, Birleşik Devletler'in ve ikamet etmekte oldukları eyaletin vatandaşıdır. Hiçbir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağışıklıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak ve hiçbir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır*." Anayasa'nın bu hükmü "equal protection clause" ve "due process clause" olarak adlandırılmaktadır.

111 Bu ilke Anayasa'nın 5. Değişikliği'nde yer almaktadır. "*… hiç kimse … yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun bırakılamayacak; özel mülk, hakça bir tazminat ödenmeden kamulaştırılamayacaktır*." Bu ilke adil yargılanma ve hukuk devleti ilkelerine karşılık gelen usule ilişkin bir güvenceyi içermektedir.

112 Aynı zamanda ifade özgürlüğü kapsamında basın ve haberleşme özgürlükleri ile ilgili Federal Yüksek Mahkemenin diğer kararlarının özeti ve FYM'nin geliştirdiği ölçütler hakkında bkz. Lombard, B. (1992). s. 106-138.

113 Grosjean v. American Press Co., Inc., 297 U.S. 233 (1936); https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/233/ (Erişim tarih: 17/11/2022).

114 Lombard, B. (1992). s. 109.

garantilerinden olan bilgiye erişim hakkını sınırlayan (haberleşme, haber alma ve haber verme, haberlerin özgür dolaşımı) hassas ve hesaplanmış bir araç olarak kullanıldığını belirtmiştir[115].

Federal Yüksek Mahkemenin devletin vergilendirme yetkisinin sınırı olarak bireysel ifade özgürlüğüne atıf yaptığı kararları da bulunmaktadır. Mahkeme, 1958 yılındaki Speiser v. Randall[116] davasında, Kaliforniya eyaletinde emlak vergisi muafiyeti almak için "sadakat yemini" gerektiren bir mevzuat değişikliğini, ifade özgürlüğüne aykırılık gerekçesi ile Anayasa'ya (Anayasa'nın I. Değişikliğine) aykırı bulmuştur. Bu davada Mahkeme "Anayasa'ya aykırı şartlar öğretisini" geliştirmiştir[117]. Söz konusu öğretiye göre bir devlet, bireylere belli konularda imtiyazlar tanırken, bireyin anayasal haklarını feda etmesine yol açacak şartlar öngöremez. Aksinin kabulü, devletin bireyi belli bir ifadesinden ötürü doğrudan cezalandırması durumuna benzer[118]. Ancak Mahkeme bu davadan bir yıl sonra 1959 yılındaki Cammarano v. United States[119] davasında, işletmelerin lobicilik faaliyetleri kapsamında yaptıkları harcamaları vergi indirimi kapsamının dışında tutan İç Gelir Servisi Yönetmeliği'ni Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bu davada davacı, lobicilik faaliyetlerinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve bu türden faaliyetlerin vergilendirilmesinin ifade özgürlüğünü Anayasa'ya aykırı olarak sınırlandırdığını savunmuş ancak FYM, devletin bir bireyin ifade özgürlüğü aktivitelerini finanse etmek ya da bunlara finansal destek sağlamak yönünde bir yükümlülüğünün olmadığını belirtmiştir[120].

Mahkemenin ifade özgürlüğünün ve kanun önünde eşitlik ilkesinin vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasındaki içtihadı değişkenlik göstermektedir. Örneğin, 1983 tarihli Minneapolis Star v. Minnesota Commisioner of Revenue-1983[121] davası basın özgürlüğünün yanında kanun önünde eşitlik ilkesinin de söz konusu oluğu ve Mahkemenin

115 Grosjean v. American Press Co., Inc., 297 U.S. 233 (1936), s. 250.

116 Speiser v. Randall, 357 U.S. 513 (1958), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/357/513/#tab-opinion-1942061 (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

117 Lombard, B. (1992). s. 111.

118 Speiser v. Randall, 357 U.S. 513 (1958), s. 514-515; ayrıca bkz. Lombard, B. (1992). s. 111.

119 Cammarano v. United States, 358 U.S. 498 (1959), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/498/ (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

120 Kararların özetleri ve incelemesi için bkz. Lombard, B. (1992). s. 111 vd.

121 Minneapolis Star v. Minnesota Comm'r, 460 U.S. 575 (1983), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/575/#tab-opinion-1954975 (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

Anayasa'ya aykırılık kararı verdiği bir davadır. Minnesota eyaletinde kâğıt ve mürekkep ürünlerinin tüketildiği basın-yayın alanında bir "kullanım vergisi (use tax)" öngören yasaya, sonradan yıllık 100.000 dolara kadar yapılan kâğıt ve mürekkep tüketimi harcamalarının vergiden muaf olacağını düzenleyen bir değişiklik eklenmiştir. Bu değişiklik sonucunda Star Tribune isimli bir gazete, bir süre sonra söz konusu yasa kapsamında elde edilen vergi gelirlerinin üçte ikisinin kendileri tarafından karşılandığını fark etmiş ve dava açmıştır. Davada Mahkeme, ilgili yasada öngörülen vergi muafiyetinin farklı gazeteler açısından farklı vergilendirme ortaya çıkarttığını ve bu hususun Anayasa'da korunan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirterek ilgili düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Buna karşılık Mahkeme, bir başka kararında ise (Leathers v. Medlock-1991[122]) basılı medya araçlarını kapsam dışı bırakarak kablolu televizyon yayıncılarına ve daha sonradan bir değişiklikle uydu yayını yapan yayıncılara da vergi öngören yasayı Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Yediye karşılık iki oy ile kabul edilen bu kararında Mahkeme, farklı medya araçlarının (örneğin televizyon ile gazete) farklı oranda vergilendirilmesi ile aynı gruba dâhil olmakla birlikte farklı türden medya araçlarının (örneğin televizyon yayını grubunda kablolu ile uydu yayını yapan türler aynı grupta bulunan farklı türden iletişim aracı olarak değerlendirilebilir) farklı vergilendirilmesinin, *özgür ifadeyi bastırma niyeti veya etkisi söz konusu değilse*, Anayasa'nın I. Değişikliği'ne ve XIV. Değişikliği'ne aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir. Mahkeme, yasal düzenlemedeki medya araçlarına uygulanan vergilendirme farklarını "eşit konumda olanlara eşit muamele" ilkesi kapsamında değerlendirmemiştir[123]; buna karşılık yasa koyucunun "amacını ve niyetini" tartışmıştır. Bu açıdan, Mahkemeye göre basılı medya hariç tutularak yalnızca kablolu televizyona vergi öngörülmesi tek başına özgür ifadeyi sınırlama sonucu doğurmayacağından ilgili yasa Anayasa'ya aykırı değildir[124].

---

122 Leathers v. Medlock, 499 U.S. 439 (1991), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/439/ (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

123 Burada davacı taraf olan kablolu yayın yapan kuruluş, söz konusu vergilendirmenin, medya araçları arasında ayrımcı bir uygulama ortaya çıkarttığını savunmaktaydı.

124 Kararların Amerikan hukuku açısından detaylı analizi için bkz. Kararların özetleri ve incelemesi için bkz. Lombard, B. (1992). "First Amendment Limits on the Use of Taxes to Subsidize Selectively the Media", *Cornell Law Review*, Vol. 78, Issue 1, s. 119 vd.

Mahkeme kimi kararlarında, kamu gücünün bireylerin temel haklarını sınırlayacak biçimde keyfî kullanımını yasaklayan ve adil yargılanma ile hukuk devleti ilkelerine karşılık gelen "due process[125]" ilkesinin dahi -istisnai durumlar hariç olmak üzere- Kongrenin vergilendirme yetkisini sınırlamayacağını belirtmiştir. Örneğin A. Magnano Co. v. Hamilton (1934) kararında[126] Mahkeme aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır.

> *"Çok istisnai durumlar haricinde, Anayasa'nın 5. Değişikliği'nde yer alan 'due process of law' ilkesi, Anayasa ile Kongreye tanınan vergilendirme yetkisine bir sınır teşkil etmez. … Anayasa'nın bu hükmü yalnızca, devletin vergilendirme yetkisini kullandığı sırada, özü itibariyle, artık bir vergilendirme yetkisinin kullanımı olarak adlandırılamayacak derecede keyfi bir uygulama gerçekleştirdiğinde ve bu şekilde yasaklanmış bir güç doğrudan uygulandığında bir sınır teşkil edebilir; örneğin mülkiyete zorla el koyma durumunda olduğu gibi. … Yasama organının sahip olduğu Anayasal yetkisi kapsamında, vergi koyarken güttüğü bir takım ikincil amaçları, yargısal denetimin yetki alanı dışındadır. Devletin Anayasal yetkisi kapsamında kullandığı bir vergi yasasının, yalnızca belli bir girişimin ya da işin sınırlanmasına ve hatta yok olmasına neden olduğu gerekçesi ile 'due process' ilkesine dayanılarak, yargı erki tarafından iptal edilmesi söz konusu olamaz; meğer ki, bu vergilendirme yetkisi yalnızca başka keyfi amaçların kılıfı olarak kullanılmamış olsun[127]."*

Görüldüğü gibi FYM'nin Kongrenin vergilendirme yetkisine ilişkin çizdiği sınırlar olaya özgü şekillenmektedir. FYM, Kongrenin vergilendirme yetkisinin anayasal sınırlarını kesin hatlarla belirlemekten kaçınmakta ve verginin keyfî bir uygulamaya kılıf olarak araçsallaştırılması hâlinde Kongrenin vergilendirme yetkisinin sınırlarından söz etmektedir[128]. Ancak Mahkemenin güncel içtihadında

125 Bkz. yukarıda 97 no'lu dipnot.

126 A. Magnano Co. v. Hamilton, 292 U.S. 40 (1934), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/292/40/ (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

127 A. Magnano Co. v. Hamilton, 292 U.S. 40 (1934), s. 44-45 (292 U. S. 44-45).

128 Federal Yüksek Mahkeme, vergilendirme yetkisinin sınırlarını yalnızca temel hak ve özgürlükler ile birlikte ele almamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, çalışmamızın kapsamı nedeniyle yer verilemeyen ve ayrı bir araştırmanın konusu olacak, Anayasa'da yer alan kimi kavramların yorumuna ilişkin olarak da vergilendirme yetkisinin sınırlarını tartışmaktadır. Bunlar kısaca, doğrudan (dolaysız) vergilerin taksimlerindirilmesi kuralı (burada doğrudan vergi ve dolaylı vergi kavramları da Federal Yüksek Mahkemenin yorumu ile şekillenmiştir), (direct taxes must be apportioned); dolaylı vergilerin ülke genelinde bütüncül biçimde ve tek tip olarak uygulanması kuralı (duties, imposts, and excises must be uniform); devlete gelir getirici faaliyetlere ilişkin düzenlemelerin (revenue

bu "vergilendirmenin keyfî bir amacın kılıfı olup olmadığını sorgulama" yaklaşımından da vazgeçtiği görülmektedir. Aşağıdaki bölümde bu husus incelenmiştir.

C. VERGİLENDİRMENİN ANLAMINDAN KAYNAKLANAN SINIRLAR: HARCAMALAR İÇİN GELİR ELDE ETMEK

Federal Yüksek Mahkeme, Kongrenin vergilendirme yetkisinin sınırlarını, onun anlamından yola çıkarak da tartışmıştır. Mahkemenin önüne gelen kimi davalarda vergilendirmenin -bireylerin kişisel tercihlerine ve özgürlüklerine bir müdahale teşkil edecek biçimde- caydırıcı bir eyleme dönüşüp dönüşmediği tartışılmıştır. Mahkeme, kimi davalarda vergilendirmenin amacından hareket ederek getirilen verginin kamu harcamaları için gelir elde etme amacını aşan ve insanların davranışlarını kontrol etme amacını taşıyan uyuşmazlıklarla ilgilenmiştir.

Mahkeme; 1922 yılındaki "Çocuk İşçiliği Vergisi Davası (Child Labor Tax Case)" olarak da bilinen Bailey v. Drexel Furniture Co. davasında[129], Kongrenin 1919 yılında kabul ettiği bir gelir yasası ile eyaletlere ayrılmış bir yetki alanı olan (Anayasa'nın 10. Değişikliği, 10th Amendment[130]) çocuk istihdamını düzenlemeye çalışarak anayasal yetkilerinin dışına çıkıp çıkmadığını, bir başka ifade ile vergilendirme yetkisinin kapsamını tartışmıştır. Bu davada Kongrenin düzenlediği gelir yasasında, on dört yaşından küçük çocukları çalıştıran şirketlerin yıllık kârlarının %10'u oranında bir miktarı devlete ödeyeceği düzenlenmiştir. İlgili yasanın kabul edildiği yıl, Drexel Mobilya Şirketinin çocuk işçi çalıştırmasına rağmen söz konusu ödemeyi yapmayarak yasayı ihlal ettiği tespit edilmiş ve şirkete 6.000 doların üstünde bir vergi borcu çıkartılmıştır. Mahkeme

raising), Kongrenin Temsilciler Meclisi kanadı tarafından yapılması kuralı; Anayasa'nın 16. Değişikliği'nde yer alan "gelirlerin vergilendirilmesinin", yalnızca bir kaynaktan elde edilmiş gelirlere uygulanacağı kuralı ve bu kuralı oluşturan "gelir", "bir kaynak" ve "elde etme" kavramlarının da yaklaşık yüz yıl boyunca Federal Yüksek Mahkeme tarafından çok sayıda karara konu olarak tartışılması; gerçek kişilerin süje olduğu vergilendirmelerle, tüzel kişilerin süje olduğu vergilendirmelerde farklı bir takım ilkelerin geçerli olmasıdır. Tüm bu açıklamalar ve tartışmalar hakkında bkz. Ball, M. N. (2020). s. 2 vd. Ayrıca bkz. Willis, S. (2022). "The Power to Tax", https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/article-i/clauses/751#:~:text=The%20U.S.%20taxing%20power%2C%20while,be%20fatal%20to%20a%20statute. (Erişim Tarihi: 10/11/2022). Dolaylı ve doğrudan vergi türleri hakkında Federal Yüksek Mahkeme içtihadının tartışması hakkında bkz. Nowak, J., Rotunda, R. D. (2010). s. 228-229.

129 Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/259/20/ (Erişim Tarihi: 18/11/2022)

130 "*Anayasa tarafından Birleşik Devletlere verilmeyen, veya Anayasa tarafından eyaletlere yasaklanmayan yetkiler, eyaletlere veya halka aittir*."

bu davada Kongrenin çıkarttığı vergi yasasının Kongrenin, eyaletlerin yetki alanına giren bir konuda düzenleme yaptığından bahisle Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu değerlendirmeyi yaparken, çocuk istihdamına ek vergi getiren yasanın "tesadüfi bir kısıtlama" öngörmekten çok, "yasaklayıcı ve kısıtlayıcı" bir etki ortaya çıkarttığını, bu şekilde yasaklayıcı bir etkinin de eyaletlerin kendi egemenlik alanlarına "vergi kılıfı altında" bir müdahale teşkil ettiğini ifade etmiştir[131]. Mahkeme, bu kararında vergilendirmenin gelir elde etme amacına ve vergi uygulaması ile ortaya çıkan caydırıcılığın tesadüfiliğine vurgu yapmaktadır. Buna ilaveten Mahkeme; yargı organının, yasama organının vergilendirme yetkisine anayasal sınırlar çizebileceğini kabul etmiştir[132].

> *"Vergi ve ceza arasındaki farkı tanımlamak bazen zordur ve yine de bunların tahsilat yöntemine atıfla bir ayrım yapmak önemlidir. Yasayı yürürlüğe koyan egemenin hem vergi hem de ceza uygulama yetkisine sahip olduğu durumlarda, gelir elde etme amacı ile salt düzenleme amacı arasındaki fark önemsiz olabilir; ancak bir egemen yalnızca vergi koymaya yetkiliyse ve buna karşılık düzenleme [insan yaşamını düzenleme] yetkisi bir başka egemene aitse bu fark önem kazanır. Vergiler, yasa koyucunun takdirine bağlı uygun birtakım özneler üzerinden gelir elde etmek amacıyla koyulur ve tesadüfi olarak bireylerin söz konusu eyleme devam etmelerini zorlaştırarak, bireyleri caydırıcı bir etki ortaya çıkartabilir. Tesadüfi sebeplerden dolayı bireylerin caydırılması vergilerin vergi olma karakterini etkilemez. Ancak, sözde verginin caydırıcı etkisi genişlerse, bu tesadüfi nitelik kaybolur ve vergisel düzenleme bir cezalandırma haline gelir. … Önümüzdeki kanunda, Kongre işveren ile çocuk işçi arasındaki sözleşmeyi açıkça geçersiz kılmamakta ve belirli yaştaki çocuk istihdamını doğrudan yasaklamamaktadır. Ancak yaptığı düzenleme ile pratikte ikinci sonucu (çocuk istihdamını yasaklama) elde etme niyetini ortaya koymaktadır[133]."*

Mahkeme daha sonradan 1937 ve 1953 tarihli iki kararında, Kongrenin düzenlemiş olduğu vergi yasalarında caydırıcılık ve cezalandırma amacı ön plana çıkmasına rağmen az da olsa "gelir getirme amacının" olduğundan bahisle Anayasa'ya aykırılık görmemiştir. Örneğin 1937

131 Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922), s. 37-38, (259 U. S. 37-38).

132 Dava ile ilgili ayrıca bkz. Nowak, J., Rotunda, R. D. (2010). s. 176-177.

133 Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922), s. 38, (259 U. S. 38).

tarihli Sonzinsky v. United States davasında[134], Kongre Ulusal Ateşli Silah Yasası'nda bir değişiklik yaparak, ateşli silah ticareti ile uğraşan her kişinin sicile kaydedilmesi ve yıllık 200 dolar bir vergi ödemesi gerektiğini; bu koşulları yerine getirmeyenlerin de hapis cezası dâhil cezalandırılacağını öngörmüştür. Bu davada Mahkeme, bir verginin gelir getirici etkinin yanında düzenleme etkisinin de olması, o vergiyi vergi olmaktan çıkartmayacağını belirterek 200 doların az da olsa gelir getirici bir etkisi olduğundan bahisle söz konusu yasayı Anayasa'ya uygun bulmuş ve Kongrenin yetkilerini aşmadığına hükmetmiştir. Kararda, "*Kongrenin eylem ve işlemlerinin amacını spekülatif bir biçimde ortaya çıkartmaya çalışmak (bir nevi niyet okumak), yargı organının yetkilerini aşmaktadır*." ifadesi dikkati çekmektedir[135]. Benzer şekilde 1953 tarihli United States v. Kahriger davasında[136], Kongrenin kumarın vergilendirilmesini öngören bir yasal değişiklik yapması sonucu yetkilerini aşıp aşmadığı tartışılmıştır. Yasa, kumar/bahis işi ile ilgilenenlerin sicile kaydolarak yıllık 50 dolar oranında bir vergi ödeyeceğini, aksi hâlde cezai işlem uygulanacağını öngörmektedir. Mahkeme, bu davada da söz konusu yasanın Kongrenin yetkilerini aşmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre bahis işinin vergilendirilmesinin düzenleyici bir etki ortaya çıkartması ve bunun Kongrenin doğrudan düzenleme yapabilme yetkilerini aşması, söz konusu vergiyi geçersiz kılmaz. Öte yandan bahis oynatmak isteyenlerin sicile kaydolmaları, vergilendirmenin doğasında olan gelir elde etme amacına da hizmet etmektedir. Bu davada aynı zamanda söz konusu yasa ile Anayasa'nın 5. Değişikliği'nde[137] düzenlenen "kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının" da ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Ancak Mahkeme, ilgili yasanın sicile kaydolma hükmüne dayanarak yasanın, bireyleri geçmişte gerçekleştirmiş oldukları eylemleri itiraf etmeye zorlamadığını ve ilgili yasanın, yalnızca geleceğe yönelik olarak "bahis işini icra etmek isteyen kişileri, bu işle ilgilenmek için bazı şartların yerine getirilmesinin gerekliliği konusunda bilgilendirdiğini" ifade ederek bu iddiayı da

---

134 Sonzinsky v. United States, 300 U.S. 506 (1937), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/506/#:~:text=U.S.%20Supreme%20Court&text=1.,Pp.(Erişim Tarihi: 18/11/2022)

135 Sonzinsky v. United States, 300 U.S. 506 (1937), s. 513-514; (300 U. S. 513-514). Kararın analizi için aynı yönde bkz. Cooter, R. D., Siegel, N. S. (2012). "Not the Power to Destroy: An Effects Theory of the Tax Power", *Virginia Law Review*, Vol. 98, s. 1225-1226.

136 United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/22/ (Erişim Tarihi: 18/11/2022)

137 "*… hiç kimse… herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacak…*"

geçerli bulmamıştır[138]. Karşı oyda ise Kongrenin vergilendirme yetkisini gelir elde etme amacı ile değil de düzenleme yapma amacı ile kullandığı her durumda, genel düzenleme yetkisi açıkça eyaletlere verildiği için anayasal sorunların ortaya çıkacağı belirtilmektedir[139].

Mahkemenin Kongrenin vergilendirme yetkisi ile ilgili en güncel içtihadı, "Sağlık Hizmetleri Davası (The Health care Case)" olarak adlandırılan 2012 tarihli National Federation of Independent Business v. Sebelius davasıdır[140]. Bu dava Amerikan kamuoyunda oldukça ses getirmiş ve toplam 26 eyalet Kongrenin düzenlemiş olduğu davaya konu olan yasanın birçok açıdan Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür[141]. Kongre, ABD'de sağlık sigortası olan vatandaş sayısını arttırmak ve sağlık harcamalarının maliyetini düşürmek amacıyla 2010 yılında Hasta Koruma ve Ulaşılabilir Sağlık Yasası adında (Patient Protection and Affordable Care Act) bir yasa kabul etmiştir[142]. Yasanın hükümlerinden konumuz açısından önemli olan düzenleme, her Amerikalının "gerekli asgari" oranda bir sağlık sigortasına sahip olmasını -belli istisnalarla- öngören maddesidir. Buna göre, istisna kapsamına girmeyen ve iş

138 United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953), s. 32-33; (345 U. S. 33).

139 United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953), s. 37-39; (345 U. S. 37, 38,39).

140 National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/519/ (Erişim Tarihi:18/11/2022)

141 Oldukça uzun olan kararda ABD hukukunda vergilerin türlerine ilişkin ve daha önceki yasalarla ilgili de tartışmalar yapılmaktadır. Biz burada konumuz açısından önemli olan vergilendirme ve cezalandırma kavramları üzerindeki tartışmalara yer vermeyi çalışmanın kapsamı açısından tercih etmek zorunda kaldık. Söz konusu karar başlı başına ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek kapasitededir. Bu dava, özellikle ABD'nin sağlık hizmetleri ve ABD anayasal düzeninde yer almayan sosyal devlet ilkesinin sağlık hakkı ile bağlantılı olarak ve sağlık kamu hizmetinin özelleştirilmesinin ortaya çıkartabileceği çeşitli sorunlar ile birlikte incelenerek ilginç bir araştırma konusu olabilir.

142 ABD'nin en problemli alanlarından birisi sağlık hizmetleri alanıdır. Sağlık hizmetleri tamamen özel sigorta ile karşılanmakta ve ABD başkanının dönem dönem çıkarttığı bazı programlarla da devlet tarafından sınırlı düzeyde sağlık hizmeti sunulmaktadır. ABD Anayasası'nda sağlık hakkı, eğitim hakkı gibi sosyal, ekonomik ve kültürel haklar doğrudan korunmamakta; hatta Federal Yüksek Mahkemenin devletin hakların korunması bakımından pozitif yükümlülükleri konusunda oldukça olumsuz olarak nitelenebilecek kararları bulunmaktadır. Örnek Federal Yüksek Mahkeme kararlarına göre, ABD polisi, kendi mesleki hakları dolayısıyla ne zaman ve hangi türden olaylara müdahale edeceklerini seçme yetkisine sahiptir ve polisin vatandaşları, diğer bireylere her daim koruma sağlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yaklaşım özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde emsal kararlardan birisi olan Opuz/Türkiye (2009) kararında, devletin insan haklarının yatay ilişkilerde de korunmasından sorumlu olduğu yaklaşımından oldukça farklıdır. ABD'nin bu açıdan "devletin amaç ve ödevleri" konusundaki temel felsefesi Türkiye ve Avrupa bölgesine oldukça yabancı ve kimi durumlarda da kabul edilemezdir. Örnek kararlar için bkz. DeShaney v. Winnebago Cty. DSS, 489 U.S. 189 (1989), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/189/ (Erişim Tarihi: 19/11/2022)

yerinin ya da hükûmetin herhangi bir programı kapsamında "gerekli asgari oranda" bir sağlık sigortasına sahip olmayan vatandaşlar, özel bir şirketten "gerekli asgari orana" tekabül edecek bir sağlık sigortası yaptırmak zorundadırlar. Yasaya göre 2014 yılının başında söz konusu yükümlülüğü yerine getirmeyenler, federal hükûmete bir tür "müteselsil sorumluluk ödemesi (shared responsibility payment)" adında ödeme yapmakla yükümlüdür. Bu "para cezası (penalty)", İç gelir Servisi'ne (Internal Revenue Service) bireysel vergilerle birlikte ödenecek ve "vergi cezaları" ile aynı yöntemle hesaplanacak ve toplanacaktır[143]. Bu davada Mahkeme, Kongrenin "müteselsil sorumluluk ödemesini" bir "ceza (penalty)" olarak adlandırmasını dikkate almayarak söz konusu düzenlemeyi, birey davranışları üzerindeki "mütevazi etkileri" dolayısıyla Anayasa'da Kongreye verilmiş vergilendirme yetkileri kapsamında bir "vergi" olarak değerlendirmiştir. Burada söz konusu olan aslında bireyin, yasanın öngördüğü biçimde bir sağlık sigortası yaptırması, yaptırmadığı takdirde de federal hükûmete bir para ödemesi gerekliliğidir[144]. Mahkeme, söz konusu ödemenin insanların "sağlık sigortası olmadan hayatlarına devam etmeleri" yönündeki şevklerini kırıcı bir etki ortaya çıkartacağını ancak onları bu şekilde davranmaktan da alıkoymayacağını belirtmiştir. Bir başka ifade ile bu ödeme her ne kadar bir ceza olarak adlandırılmaktaysa da aslında bir verginin özelliklerini göstermektedir. Şöyle ki, bu ödeme ile aynı zamanda gelir getirici bir etki de ortaya çıkmaktadır.

> *"Bunların hiçbiri, ödemenin bireysel davranışı etkilemeyi amaçlamadığı anlamına gelmez. Ödeme önemli ölçüde gelir sağlayacak olsa da açıkça sağlık sigortası kapsamını genişletmek için tasarlanmıştır. Ancak davranışı etkilemeye çalışan vergiler tarihimizde yeni bir şey değil. En eski federal vergilerimizden bazıları, yerli sanayinin büyümesini teşvik etmek için ithal malların satın alınmasını caydırmayı amaçladı. … vergilendirme yetkisi genellikle ve çok sık olarak, gelirden başka amaçlar için uygulanır. … Bugün, federal ve eyalet vergileri, yalnızca daha fazla para toplamak için değil, aynı zamanda insanları sigarayı bırakmaya teşvik etmek için sigara perakende fiyatının yarısından fazlasını oluşturabilir. Ve biz marihuana ve av tüfeği satışına ilişkin vergiler gibi açıkça düzenleyici*

143 Yasanın ilgili hükümleri kararın başlangıç kısmında yer almaktadır. Bkz. National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).

144 Siegel, N., Willis, S. J. (2022).

önlemleri de onayladık. … Gerçekten de her vergi bir ölçüde düzenleyicidir. Vergiler, vergilendirilmeyen diğer faaliyetlere kıyasla, vergilendirilen faaliyete bir dereceye kadar ekonomik bir engel teşkil eder. [Davaya konu olan yasal düzenlemenin], bireylerin sağlık sigortası satın alıp almama konusundaki kararlarını şekillendirmeye çalışması, vergilendirme yetkisinin Anayasa'ya uygun olarak kullanılmadığı anlamına gelmez[145].

Mahkeme bu kararı ile vergilerin yalnızca insan hayatlarını düzenleyici yönüne ya da gelir getirici yönüne atıf yapmamakta, daha işlevsel ve pratik hayattaki sonuçlarına göre bir değerlendirme yapmaktadır; bir başka ifade ile Mahkeme ödemenin muhtemel etkilerini değerlendirmektedir[146]. Bu doğrultuda yasanın öngördüğü söz konusu ödeme insanları o davranışı yapmaktan alıkoymayacaktır. Mahkeme, sadece "insan hayatına yön vermek ve insanların aksi halde yapacak oldukları bir davranışı yapmaktan alıkoyma" özelliğine tek başına önem vermemektedir. İlgili olaya göre vergilendirilen işin, grubun ya da ürünün insan yaşamındaki değeri ve anlamı, etkilenen insan sayısının fazlalığı gibi pratik hayattaki somut etkileri değerlendirilecektir. Ancak şayet Kongre yapmış olduğu bir düzenleme ile insanların büyük çoğunluğunu belirli bir davranışı yapmaktan alıkoyuyorsa, o zaman

---

145 Kararı yazan yargıç Robert'ın gerekçesi. Bkz. National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/519/ (Erişim Tarihi:18/11/2022)

146 Cooter, R. D., Siegel, N. S. (2012). s. 1236, 1239, 1247-1249.
Yazarlar Mahkemenin 2012 yılındaki kararını "etki teorisi (effects theory)" olarak adlandırmakta ve vergilendirme ile cezalandırma (özellikle para cezaları) arasında ayrım yapabilmek için yargısal birtakım ölçütler kullanılabileceğini ileri sürmektedirler. Buna göre, bir eyleme karşı ceza öngörmenin temel amacı, o eylemin bireyler tarafından yapılmasını engellemektir; aynı zamanda özellikle mali cezalar açısından çok düşük oranda da olsa bir gelir etme amacı söz konusu olabilir. Buna karşılık bir verginin ortaya çıkarttığı etki ve verginin amacı ise, belli bir eylemin bireyler tarafından yapılmasını azaltarak, söz konusu eylem üzerinden gelir elde etmektir. Bir başka ifade ile ceza, bir eylemi tamamen yasaklamak isterken, vergi bir eylemin yapılmasını azaltıcı etki doğurur ve temelde gelir elde etmek ister. Yazarlara göre:
"*Zorunlu ödemenin üç özelliği, bir davranışı engelleyen ya da bir davranışı azaltan tedbirler ortaya çıkartır. Bu özellikler bir ceza ile vergi arasındaki farkı ortaya koymak için ölçütler sağlar. Saf bir ceza; (1) eylemi gerçekleştiren kişiyi mahkûm eder; (2) ceza kişiye yasaklanan davranıştan elde ettiği olağan kazançtan daha fazlasını ödetir; (3) cezada, kişi kasıtlı veya tekrarlanan ihlallerinde artan oranda ödeme yapar. Bu nedenle, bir ceza, bir kişinin davranışını kınayarak ona açıkça maddi cebir uygular ve yinelenen ihlaller için de kişiyi nispeten yüksek oranlarda maddi olarak zorlar. Buna karşılık saf bir vergi ise; (1) bir kişinin vergilendirilmiş davranışta bulunmasına izin verir; (2) kişi, vergilendirilen davranıştan elde ettiği olağan kazançtan daha az bir meblağ ödemek zorundadır ve (3) kişinin kasıtlı ve tekrarlanan davranışı oranı arttırıcı etki göstermez. Bir vergi, kişinin vergilendirilen davranışta bulunmasına açıkça izin verir. … ve nispeten düşük oranlar kişiye vergilendirilen davranışta bulunması için makul bir finansal seçenek bırakır.*" Siegel, N. S. (2022). Etki teorisinin detaylı açıklaması için bkz. Cooter, R. D., Siegel, N. S. (2012). s. 1229-1231.

da Mahkeme, adı her ne olursa olsun söz konusu düzenlemeyi bir ceza olarak değerlendirecek ve ona göre karar verecektir. Bununla birlikte, öngörülen düzenlemelerin gelir getirme özelliği caydırma özelliğine göre daha ağır basıyorsa, söz konusu düzenleme insan davranışlarını belli bir oranda yönlendirse dahi bir vergi olarak değerlendirilecek ve Kongrenin -eğer vergilendirme ile ilgili diğer anayasal ilkelerle de uyumluysa- vergilendirme yetkisi dâhilinde Anayasa'ya uygunluk kararı verilecektir.

SONUÇ

Liberal devletlerde, devletin insan yaşamına müdahalesi "kötü ama zorunlu" olarak görülmektedir. Devlet vergilendirme yetkisi ile insanların yaşamına yön verebildiği gibi belli türden eylemlerini cezalandırıcı sonuç da doğurabilir. Vergilendirme yetkisi kimi zaman bireylerin temel hak ve özgürlüklerine de müdahale teşkil edebilir. Kuşkusuz vergilendirme yetkisi bir devletin anayasasında yer alan temel nitelikleri ile şekillenen ideoloji doğrultusunda ele alınmaktadır.

Liberal devlet anlayışında vergilendirme yetkisinin meşruiyeti toplumun güvenliğini sağlamak ve adalet hizmetlerini yerine getirmek için gerekli finansal kaynağı elde etme amacına dayanmaktadır. Nitekim ABD'nin ilk Konfederasyon döneminde, Konfederasyona üye devletlerden belli oranda para toplanmasının gerekçesi güvenlik harcamaları olmuştur. Hatta ABD, federal Anayasası hazırlanırken de üzerinde en çok tartışılan konulardan birisi devletin vergilendirme ve harcama yetkileridir. Mali konular egemenlik ile sıkı bir ilişki içinde olduğundan eyaletlerden para toplamak kolay olmamış, Anayasa'da Kongrenin vergilendirme yetkisi düzenlenirken birbirine zıt görüşler ortaya çıkmıştır. ABD Anayasası'nın hükümleri Kongrenin vergilendirme yetkileri konusunda oldukça soyut hükümler içerdiğinden söz konusu yetkilerin kapsamı konusunda asıl belirleyici olan Federal Yüksek Mahkemedir.

Federal Yüksek Mahkemenin kararları Mahkemenin üye profiline göre kimi zaman değişiklik göstermektedir. Bu nedenle ABD hukukunda Kongrenin vergilendirme yetkisinin kapsamına ve sınırlarına ilişkin belirli hukuki ilkeler oluşmamıştır. Bunun nedenlerinden bir diğeri de aslında devletin vergilendirme yetkisinin siyasi iktidar ve vatandaşlar arasında bir pazarlık aracı olarak değerlendirilmesidir. Kuramsal olarak klasik liberal devlet anlayışında vergi modern devletin örgütsel araçlarından

birisi olarak insanların mülkiyete ilişkin hak ve özgürlüklerine bir müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahalenin karşılığında da devlet insanlara güvenlik ve adalet hizmetlerini sağlamakla yükümlüdür. Devlet, gerekli hizmetleri yeterince sağlayamadığında toplumsal sözleşmenin diğer tarafı olan bireyler her zaman verdikleri meşru güç kullanma yetkisini geri alabilirler. Bu yaklaşımın etkileri ABD hukukunda oldukça belirgindir. Bu nedenle vergilendirme yetkisini sınırlama gerekçelerinden birisi insanların temel hak ve özgürlükleri olmuştur. Ancak vergilendirme yetkinin kaynağında harcamalar için gelir elde etme fikri de yer aldığından devletin ekonomik gücü ile vergilendirme yetkisi arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Bu nedenle Federal Yüksek Mahkemenin Kongrenin vergilendirme yetkisinin sınırları konusundaki içtihadı çelişkilidir.

Federal Yüksek Mahkemeye göre vergilendirme yetkisindeki temel amaç gelir elde etmek olmakla birlikte, vergilendirmenin "istenmeyen bir yan ürünü" olarak "insanları belli davranışları yapmaktan alıkoyabilme" gibi caydırıcı bir etkisi de bulunmaktadır. Ancak kısmen cezalandırmanın amacını andıran söz konusu etki, bir verginin vergi olarak nitelenmesini -hatta bazen ceza adı altında dahi olsa bile vergi olarak nitelenebilir- engellememektedir. Bu nedenle de Kongrenin vergilendirme yetkisi çoğu zaman oldukça geniş olabilmektedir[147].

147 Cooter, R. D., Siegel, N. S. (2012). s. 1225.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, Bihterin Vural, BULUT, Nihat (2021). *Genel Kamu Hukuku*, 17. B., İstanbul: Der Yayınları.

AKBAY, Muvaffak (1950). "Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1., s. 446-493.

AKIN, İlhan F. (1993). *Kamu Hukuku*, 7. B., İstanbul: Beta Yayınları.

BALL, Milan N. (2020). "The Federal Taxing Power: A Primer", *Congressional Research Service Report*, https://sgp.fas.org/crs/misc/R46551.pdf (Erişim Tarihi: 16.11.2022)

BARRY, Norman P. (2004). *Modern Siyaset*, 2. B., Ankara: Liberte Yayınları.

BOYD, Eugene (1997). "American Federalism, 1776 to 1997: Significant Events", https://usa.usembassy.de/etexts/gov/federal.htm (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

BRAUN, Rudolf (1975). Taxation, Sociopolitical Structure and State-Building: Great Britain and Brandenburg-Prussia, *The Formation of Nationstates in Western Europe*, (Editör: Charles Tilly), Princeton-New Jersey: Princeton University Press, s. 243-327.

COOTER, Robert D., SIEGEL, Neil S. (2010). "Collective Action Federalism: A General Theory of Article I, Section 8", *Stanford Law Review*, Vol. 63., s. 115-186.

COOTER, Robert D., SIEGEL, Neil S. (2012). "Not the Power to Destroy: An Effects Theory of the Tax Power", *Virginia Law Review*, Vol. 98., s. 1195-1253.

ÇEBİ, Sezgin Seymen (2016). "Anayasacılık ve Demokrasi", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4., S. 8., s. 131-156.

DURAKÇAY, Fulya Akgül (2014). "Uluslararası İlişkilerde Liberal Yaklaşımlar ve Güvenlik Anlayışı", içinde Çıtak, E. ve Şen O. (Der.), *Uluslararası İlişkilerde Güvenlik Teorik Değerlendirmeler*. İstanbul: Tarcan Matbaası.

ENGDAHL, David E. (1998). "Necessary and Proper Clause As an Intrinsic Restraint on Federal Lawmaking Power", *The Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 22., Issue:1., s. 107-122.

FREEMAN, Samuel (2013). "İlliberal Liberteryenler: Liberteryenizm Niçin Liberal Bir Görüş Değildir?", (Çev.: Atilla Yayla), içinde Yayla, A. (Der.), *Hangi Liberalizm?, 1. B.*, Ankara: Liberte Yayınları.

GOULD, Jonathan S. (2022). "Puzzles of Progressive Constitutionalism", *Harvard Law Review*, Vol. 135., s. 2053-2109.

GÖZE, Ayferi (2010). *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 6. B., İstanbul: Beta Yayınları.

GÖZE, Ayferi (2013). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 14. B., İstanbul: Beta.

GRIBNAU, Hans, HUGHES, Jane Frecknall (2021). "The Enlightenment and Influence of Social Contract Theory on Taxation", https://ssrn.com/abstract=3963285 (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

GÜMÜŞ, Tarık (2010). *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü*, 1. B., İstanbul: On İki Levha Yayınları.

GÜNAY, Enver (2015). *İktisadi Düşüncenin Evrimi ve Kapitalizmin Piyasa Tarihi*, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Seyhan Taş), https://acikbilim.yok.gov.tr/handle/20.500.12812/206338 (Erişim Tarihi: 20.11.2022)

GÜNER, Kerem Can, KARGI, Veli (2021). "Vergilendirme Yetkisinin Temel Hak ve Özgürlükleri İhlâli ve Yargı Yolu", *Maliye Çalışmaları Dergisi*, Sayı: 66, s. 77-106.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

HASEN, David M. (2007). "Liberalism and Ability Taxation", *Texas Law Review*, Vol. 85, Issue 5, s. 1057-1113.

HEYWOOD, Andrew (2013). *Siyasi İdeolojiler*, 5. B., (Çev.: Ahmet Kemal Bayram-Özgür Tüfekçi), Ankara: Liberte Yayınları.

IRELAND, David (2019). "What Marxist Tax Policies Actually Look Like", *Historical Materialism*, Vol. 27, Issue 2, s. 188-221.

JOHNSON, Calvin H. (2005). *Righteous Anger at The Wicked States: The Meaning of The Founders' Constitution*, Cambridge University Press.

KAUFMAN, Michael J., KAUFMAN, Sherelyn R. (2018). *Education Law, Policy, And Practice-Cases and Materials*, 4th Edition, New York: Wolters Kluwer.

KELSEN, Hans (2019). *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*, 2. Auflage, Robert Chr. Van Ooyen (Der.), Mohr Siebeck.

KİBAR, Sibel (2017). "Dört Bireyci Kuramın Toplumsal Adalet Sorununu Ele Alışlarındaki Temel Varsayımlarının Bir Eleştirisi", *Kaygı-Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, S. 28., s. 1-16.

LOCKE, John (2012). *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, 2. B. (Çev.: Fahri Bakırcı) Ankara: Ebabil Yayınevi.

LOMBARD, Benjamin (1992). "First Amendment Limits on the Use of Taxes to Subsidize Selectively the Media", *Cornell Law Review*, Vol. 78, Issue 1, s. 106-138.

MADISON, James (1788). "Federalist No. 41 General View of the Powers Conferred by the Constitution", https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-41-50 (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

MALEY, Terry (2011). *Democracy & the Political in Max Weber's Thought*, Toronto-Buffalo-London: University of Toronto Press.

NOWAK, John, ROTUNDA, Ronald D. (2010). *Constitutional Law*, United States of America: West Publishing.

ÖDEN, Merih (2003). *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.

PIERSON, Christopher (2014). *Modern Devlet*, 2. B., (Çev.: Neşet Kutluğ-Burcu Erdoğan), İstanbul: Chiviyazıları Yayınevi.

SCHUMPETER, Joseph (1918). *Die Krise des Steuerstaats*, Graz und Leipzig: Verlag Leuschner & Lubensky.

SERİM, Bülent (1994). "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27., S. 3., s. 13-23.

SIEGEL, Neil S. (2022), "The Power to Tax, Not to Destroy: An Effects Theory of the Taxing Clause", https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/article-i/clauses/751#:~:text=The%20U.S.%20taxing%20power%2C%20while,be%20fatal%20to%20a%20statute. (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

SIEGEL, Neil S., WILLIS, Steven J. Willis (2022). "Common Interpretation", https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/article-i/clauses/751#:~:text=The%20U.S.%20taxing%20power%2C%20while,be%20fatal%20to%20a%20statute. (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

TEKBAŞ, Abdullah (2009). *Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi*, 1. B., Ankara: Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları.

TILLY, Charles (2001). *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, 1. B. (Çev.: Kudret Emiroğlu), Ankara: İmge Kitapevi.

TÜRER, Celal (2003). "Amerikan Felsefesinin Özellikleri", *Kayseri Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 1., s. 111-118.

TÜRKELİ, Gözde (2020). "Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26., S. 2., s. 980-1005.

UYGUN, Esra, GERÇEK, Adnan (2017). "Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 7., S. 29., s. 167-191.

UYGUN, Oktay (2014). *Devlet Teorisi*, 1. B., İstanbul: On İki Levha Yayınları.

WILLIS, Steven J. (2022). "The Power to Tax", https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/article-i/clauses/751#:~:text=The%20U.S.%20taxing%20power%2C%20while,be%20fatal%20to%20a%20statute (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

YAYLA, Atilla (2000). *Liberal Bakışlar*, 2. B., Ankara: Liberte Yayınları.

İnternet Kaynakları

ABD Federal Yüksek Mahkeme Kararları Bilgi Bankası, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/ (Erişim Tarihi: 9/11.2022)

ABD Anayasası Türkçe Çevirisi, https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf (Erişim Tarihi: 11/11/2022)

ABD Senatosunun Resmî İnternet Sitesi https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec8 (Erişim Tarihi: 16/11/2022)

ABD Ulusal Arşivi, https://www.archives.gov/milestone-documents/articles-of-confederation (Erişim Tarihi: 11/11/2022)

ABD Kongre Kütüphanesi Çevrimiçi Arşiv, "Federalist Papers: Primary Documents in American History", https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-21-30 (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

ABD Kongre Kütüphanesi Çevrimiçi Arşiv, https://www.loc.gov/item/usrep072462/.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin Evrensel Periyodik İzleme sürecindeki ABD ile ilgili raporlar, https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/us-index (Erişim Tarihi: 17/11/2022)

Britannica Çevrimiçi Ansiklopedi, "Democratic-Republican Party", https://www.britannica.com/topic/Democratic-Republican-Party (Erişim Tarihi: 15/11/2022)

"U.S. Government and Politics in Principle and Practice", https://usgovtpoli.commons.gc.cuny.edu/chapter-five-federalism-american-style/ (Erişim Tarihi: 11/11/2022)

ABD Fedral Yüksek Mahkeme Kararlari Listesi

A. Magnano Co. v. Hamilton, 292 U.S. 40 (1934).

Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922).

Cammarano v. United States, 358 U.S. 498 (1959).

DeShaney v. Winnebago Cty. DSS, 489 U.S. 189 (1989)

Grosjean v. American Press Co., Inc., 297 U.S. 233 (1936).

Leathers v. Medlock, 499 U.S. 439 (1991).

License Tax Case (1866).

McCulloch v. Maryland (1819), 17 U.S. (4 Wheat.) 316.

Minneapolis Star v. Minnesota Comm'r, 460 U.S. 575 (1983).

National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).

Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex Rel. Knox, 277 U.S. 218 (1928).

Sonzinsky v. United States, 300 U.S. 506 (1937).

Speiser v. Randall, 357 U.S. 513 (1958).

United States v. Butler, 297 U.S. 1, (1936).

United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953).

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 171–211.

BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA GEREKÇELİ KARAR HAKKI: ANAYASA MAHKEMESİNİN TEMEL TESPİTLERİ VE İHLAL KARARLARININ SONUÇLARI

The Right to a Reasoned Decision in the Individual Application: Evaluations of the Constitutional Court and Consequences of the Violation Judgments

Dr. Öğr. Üyesi Bezar Eylem EKİNCİ*

ÖZ

Gerekçeli karar hakkı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 141. maddesinde "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır." şeklinde düzenlenmektedir. Herkesin, kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmesi gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı da Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarından hareketle gerekçeli karar hakkına ilişkin değerlendirmelerini ele almaktır. Öncelikle gerekçeli karar hakkına ilişkin temel düzenlemeler ve kavramlar incelenecektir. Ardından Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle, gerekçeli karar hakkı ele alınacaktır. Son olarak, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına ilişkin verdiği ihlal kararlarının sonuçları açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı, gerekçeli karar hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarının icrası

* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. E-posta: eylem.ekinci@emu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5507-730X.

Geliş Tarihi: 31/1/2022 ✦ Kabul Tarihi: 26/7/2022 *Araştırma Makalesi*

ABSTRACT

The right to a reasoned decision is one of the basic elements inherent in the right to a fair trial. Article 141 of the Constitution sets forth that "The decisions of all courts shall be written with a justification." Everybody is entitled to know the grounds of the court decisions issued in respect of them. This study aims to examine the right to a reasoned decision in the light of the individual application judgments of the Constitutional Court. Firstly, the basic regulations and concepts regarding the right to a reasoned decision will be examined. Then, the right to a reasoned decision will be analyzed in consideration of the Constitutional Court's judgments. Finally, the consequences of the Constitutional Court's judgments finding a violation of the right to a reasoned decision will be explained.

Keywords: Individual application, the Turkish Constitutional Court, right to a fair trial, right to a reasoned judgment, enforcement of the Constitutional Court's judgments.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda, mahkeme kararlarının gerekçeli olması konusuyla ilgili birçok başvurunun karara bağlandığı görülmektedir. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan gerekçeli karar hakkı, temelde savunma ya da kanun yollarına başvurma hakkı gibi birçok haktan yararlanılmasına olanak tanımaktadır. Bireysel başvuru yolunda, esaslı bir iddianın dikkate alınmaması, yeterli açıklama içermeyen ya da çelişkili gerekçeler, kanuna dayanmayan ilgisiz gerekçeler gibi birçok durum adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkı yönünden incelenebilmektedir. Çünkü insan haklarına yönelik güvencelerin soyut ya da teorik olarak değil uygulamada da etkili bir şekilde sağlanması gerekir. İddia ve savunmalara verilen cevapların dayanaksız olmaması, mantıklı ve tutarlı olması önemlidir[1].

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkı konusunda vermiş olduğu bireysel başvuru kararları ele alınacaktır. İlk olarak gerekçeli karar hakkının kapsamı ve Anayasa'daki düzenlenişi açıklanacaktır. Ardından Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarından hareketle gerekçeli karar hakkının amacı ve işlevi belirlenecek ve gerekçeli karar hakkı ile hakkaniyete uygun yargılanma hakkı arasındaki bağlantı değerlendirilecektir. Bu açıklamalardan sonra, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında gerekçeli karar hakkına yönelik temel tespitleri belirlenmeye çalışılacaktır. Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına yönelik bireysel başvuru kararları incelendiğinde bu kararların önemli bir kısmında bazı unsurların ön plana çıktığı ve tartışıldığı görülmektedir: bir gerekçenin ilgili olması, yeterli ve makul açıklamaya sahip olması yanında çelişki içermemesi gibi. Bu unsurların nasıl karşılandığı konusunun ise her davanın kendi özgün koşulları içinde incelendiğini eklemek gerekmektedir. Bu nedenle çalışmanın sınırları açısından Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkı yönünden inceleme yaptığı bireysel başvuru kararlarında öne çıkan bu temel belirlemelerinin sadece nasıl tanımlandığı ve kapsamı genel yönleriyle ele alınacaktır. Son olarak Anayasa Mahkemesinin, gerekçeli karar hakkı konusunda verdiği ihlal kararlarının sonuçları incelenecektir.

[1] bkz. *Sencer Başat ve diğerleri*, B. No: 2013/7800, 18/06/2014, § 36; *Ahmet Gökhan Rahtuvan*, B. No: 2014/4991, 20/6/2014, § 27; *Hasan Rahmi Özgenç*, B. No: 2013/2418, 16/12/2015, § 47; *Celal Çetin*, B. No: 2017/26301, 15/9/2020, § 41.

I. GEREKÇELİ KARAR HAKKI

Gerekçe, yargıcın hükmünü dayandırdığı nedenler olarak tanımlanmaktadır[2]. Yargıçların hukuk kuralını yorumlaması, yorum yöntemleri arasından bir tercihte bulunmasını gerektirir. İleri sürülen tüm iddialar değerlendirilirken, yargıcın bunlardan bir kısmına itibar edip bir kısmını reddetmesi söz konusu olacaktır. Nihai kararın kabul edilebilir olmasında yapılan yorumla, kabul ettikleri ya da reddettikleri iddiaları gerekçeler aracılığıyla ortaya koyarlar[3]. Bu bakımdan, gerekçelendirme ediminin, yargıcın varmış olduğu karara yönelik bir argümantasyon kurma çabası olarak değerlendirildiğini ifade edebiliriz[4]. Gerekçe, somut olgu ile hukuku birleştirirken, somut olaylara hukukun uygulanmasını sağlar[5]. Hukuki karar vermede ve gerekçelendirmede, hukuk kuralları yanında hukuk ilkelerinin de önemli bir rol oynadığını belirtmek gerekir. Bu anlamda örneğin, eşitlik ilkesi, makuliyet ve hakkaniyet ilkesi, iyi niyet gibi ilkeler hukukun veya hukukun belli bir alanının temelinde yatan asli ve başlangıç noktalarını teşkil eder[6] .

Anayasalarda güvencelenen hakların devletin tüm fonksiyonlarında korunması gerekmektedir. Bu bakımdan yargıda da bu hakların korunması ve yargılamanın bu temel haklara uygun biçimde yapılması önemlidir. Mahkemelerin yükümlülüğü, gerçek hukuki korumayı temin etmektir. Adil yargılanma hakkı da bu gerçek hukuki korumayı kapsamaktadır. Aksi bir durumda hukuk devletinde yargılama temin edilemez[7]. Hukuk devletinin yapısal gerekliliğini oluşturan gerekçelendirme yükümünün anayasal çerçevesine bakıldığında ilk olarak yargı yetkisinin meşruiyet ilkesi üzerinden temellendirildiğini belirtmek mümkündür. Meşruiyet ilkesi açısından bu yetkinin Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan "*Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması*" ilkesinden

---

2 bkz. Yılmaz, E. (2005). *Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Baskı, s. 414.

3 Zühal, A. S. (2016). *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Baskı, s. 34.

4 Kılıç, M. (2021). "Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 12, S. 47., s. 38.

5 Yenisey, F. (2021), Ceza Muhakemesinde Gerekçe, *Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması - Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi-*, 28 Nisan 2021, https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/8e09f0b7-9c1e-4b6b-ad44-04f5dc179e68-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-28.04.21-28.09.21.pdf (Erişim Tarihi: 13/12/2021), s. 141.

6 Eveline T. F. (2019). *Hukuki Argümantasyonun Temelleri, - Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma-*, Uzun, E. (Çev.), İstanbul: Pinhan Yayınları, 1. Basım, s. 31.

7 Pekcanıtez, H. (1997). "Medeni Yargıda Adil Yargılama", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2., Nisan, s. 37.

hareketle anayasal bir norma dönüştüğünü ifade edebiliriz[8]. Bu noktada gerekçeli karar hakkı konusunda anayasal düzenlemeye bakıldığında "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" başlıklı 141. maddesine göre *"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."* 141. maddenin gerekçesi ise şöyledir: *"(…) Genellikle mahkeme kararlarına karşı kanun yolu açıktır. İlgilinin bu kanun yoluna başvurabilmesi için hakkındaki kararın gerekçesini bilmesi ve kanun yolu merciinde savunmasını bu gerekçeye göre yapabilmesi, inceleme merciin incelenmesinde de gerekçenin göz önüne alınması için kararın gerekçeli yazılması lazımdır."*[9] Görüldüğü üzere Anayasa'nın 141. maddesiyle mahkemelere, kararlarını gerekçeli olarak yazma yükümlülüğü getirilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre mahkeme kararlarının gerekçeli olması yükümlülüğü Anayasa'da açıkça düzenlenmekle birlikte gerekçeli karar hakkı, adil ve hakkaniyete uygun yargılama yapılmasının da temel şartları arasında yer almaktadır[10]. Gerekçeli karar hakkının *adil yargılanma hakkının somut görünümlerinden biri*[11] olduğuna işaret eden Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiğinin açık olduğunu ifade etmektedir[12].

Mahkemelerin sadece esasa ilişkin nihai kararları değil, usûle ilişkin kararları da gerekçeli olmalıdır. Buna ek olarak, ara kararlar için de

---

8 Kılıç, M. (2021), s. 7.

9 Bakırcı, F. ve İba, Ş. (2017). *Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 492. 1961 Anayasası'nın 135. maddesinin son fıkrasında düzenlenen bu hükmün gerekçesine bakıldığında aslında gerekçe hakkına ilişkin sorunlara işaret edildiği görülmektedir: *"(…) bazı yargı mercilerinin kararlarının tamamen gerekçesiz çok zaman bir satırdan ibaret olması şeklindeki mahzurları önlemek maksadıyla maddenin son fıkrası sevk edilmiştir."* Bkz. Özer, A. (1996). *Gerekçeli 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara: Lazer Ofset Matbaa, s. 537-538. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34. maddesinin ilk fıkrasına göre *"Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. (…)"* 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, kararlarda bulunacak hususlar başlıklı 24. maddesinin (e) bendinde de *"Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi (…)"* belirtilir düzenlemesi yer almaktadır.

10 bkz. *Nurten Esen*, B. No: 2013/7970, 10/6/2015, § 38; *Nilgün Gökay ve Diğerleri*, B. No: 2014/3303, 12/1/2017, § 63; *Bayram Özkaptanoğlu*, B. No: 2013/1015, 8/4/2015, § 66; *Hüseyin Özdemir*, B. No: 2013/7455, 25/3/2015, § 73.

11 Bkz. *Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 25; *Ahmet Teyit Keşli (2)*, B. No: 2013/7496, 17/2/2016, § 68; *İsmet Yağcı*, B. No: 2013/6712, 26/6/2014, § 15; *Hüseyin Demirdizen*, B. No: 2014/11286, 21/9/2016, § 56.

12 Bkz. *Vedat Benli*, B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 30; *Lokman Sapan*, B. No: 2013/723, 21/11/2013, § 43.

gerekçelendirme söz konusudur. Bu kural sadece ilk derece mahkemeleri değil, üst mahkemeler için de geçerlidir[13]. Örneğin Anayasa Mahkemesi kararları da gerekçeli olmak zorundadır ve buna ek olarak Anayasa'nın 153. maddesinin birinci fıkrasına göre de "*iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz*" düzenlemesine yer vererek hem gerekçeli karar zorunluluğu hem de iptal kararlarının gerekçesinin yazılmadan açıklanamayacağı yasağını getirmektedir[14]. Gerekçeli karar, hem üst yargı organları tarafından denetlenebileceği hem de kamuoyunda değerlendirilerek güven oluşturabileceği için yargı bağımsızlığı açısından da önemli bir güvence olmaktadır[15].

Gerekçesi bilinmeyen bir karara karşı gidilecek kanun yolunun etkin kullanılması mümkün olmayacağı gibi bu kanun yolunda yapılacak incelemenin etkin olması da beklenemez[16]. Çünkü bir kararın yanlışlığını ortaya koyabilme ve çelişkisiz savunma yapabilme, tüm değerlendirmelerin, yargıların nedenlerini duraksamaya imkân vermeyecek şekilde açıklanmasına, gerekçelendirilmesine bağlıdır. Dolayısıyla gerekçesiz kararın savunma hakkının kullanımını sınırlandırdığını da vurgulamak gerekir. Sağlıklı gerekçeler, yüksek mahkemelerde denetimin kısa yoldan ve doğru yapılmasına önemli ölçüde yardımcı olur. Bu nedenle birçok ülkede temyiz denetiminin gerekçenin denetimiyle başladığını söylemek mümkündür[17]. Bu bakımdan, yargıcın keyfî hareket edip etmediği, kanuna ve hakkaniyete uygun karar verip vermediği konusunda bir sonuca varılabilmesi için tek araç kararın gerekçesidir. Gerekçesiz karar doğru olabilir ancak kararın doğruluğu konusunda gerekçe olmadan bir sonuca varılmasının olanaklı olmadığını ifade etmek gerekir[18].

Takdir hakkı yargıçlara hakkaniyete ulaşabilmesi için verilmiş bir yetkidir. Yargıç bu hakkı kullanırken somut olgulara dayanmak durumunda ve objektif olmak zorundadır. Bu açıdan yargıç, takdir yetkisini kullanırken de bunu gerekçelendirmek zorundadır[19]. Anayasa

---

13 Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., Hanağası, E. (2020). *Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, s. 155.

14 Bkz. Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları, 24. Baskı, s. 452.

15 Bkz. Alp, M. (2001), s. 435.

16 *Vesim Parlak*, § 34.

17 Aşçıoğlu, Ç. (2003). "Yargıda Gerekçe Sorunu", *TBB Dergisi*, S. 48., s. 112.

18 Karayalçın, Y. (1994). *Hukukda Öğretim – Kaynaklar – Metod Problem Çözme*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 4. Baskı, s. 116-117.

19 Bkz. Aşçıoğlu, Ç. (1992). "Yargı Kararlarında Gerekçe", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Ayrı Bası), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Ayrı Bası), s. 54-55.

Mahkemesine göre derece mahkemelerinin, uyuşmazlıkla ilgili vardığı sonuçlar kadar, sonuca varılmasında kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini de makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır[20].

Gerekçe, yargıcın tespit ettiği maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi üstlenmektedir. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır ve gerekçe sayesinde yargıç, verdiği hükmün doğru olup olmadığını bir başka ifadeyle kendini denetler . Bir hüküm ne kadar haklı olursa olsun eğer gerekçesiz verilmişse taraflar açısından ikna edici olmayacaktır[21]. Gerekçe, belirli bir kavramdan bilinçli bir şekilde anlam çıkarmayı ifade eder. Gerekçe, belirli bir önermenin ispatlanmasına ya da çürütülmesine yönelik veya bir tezin dayanak noktası olmak üzere ona karşı ileri sürülen bir akıl yürütmedir[22]. Belirtmek gerekir ki mahkemelerin saygınlığı, kararlarının -başta davanın tarafları olmak üzere- kamuoyunda kabul görmesine bağlıdır. Bu bakımdan gerekçeli karar, dava tarafları üzerinde davaların gereği gibi incelendiği kanısını uyandırarak onları tatmin eder ve mahkemelerin tarafsızlığı konusunda güven duygusu yaratarak saygınlığını arttırır[23].

Gerekçeli karar hakkının kökleri, bireyi keyfilikten koruyan ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) tarafından somutlaştırılan daha genel bir prensibe dayanmaktadır[24]. Mahkemelerin kararlarını gerekçeli vermesi kuralına, İHAS'ın 6. maddesinde açık olarak belirtilmese de hakkaniyete uygun yargılama ilkesi kapsamında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından tanındığını belirtmek gerekmektedir[25]. İHAS'ın bu maddesiyle, ulusal mahkemeler, kararlarını gerekçeli

20 *İbrahim Ataş*, B. No: 2013/1235, 13/06/2013 § 23. Ayrıca bkz. *Selim Berna Altay*, B. No: 2013/8397, 16/10/2014, § 28; *M. K.*, B. No: 2014/13023, 11/3/2015, § 37; *Erkan Akış ve Diğerleri*, B. No: 2013/6133, 13/4/2016, § 47; *Mehmet Zülfü Tekeş*, B. No: 2014/12158, 1/2/2017, § 22.

21 Bkz. Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (2014). *Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 25. Baskı, s. 454.

22 Yerdelen, E. (2015). Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, s. 55.

23 Ünal, Ş. (2001). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara: TBMM Basımevi, s. 188.

24 Vitkauskas, D., Dikov, G. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Cengiz, S. (Çev.), 2. Baskı, s. 109.

25 Bkz. İnceoğlu, S. (2008). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul: Beta Yayınları, 3. Bası, s. 322. Ayrıca bkz. Şeker, H. (2004). "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 10. Kitap, Haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, s. 17.

yazma yükümlülüğü altındadır[26]. İHAM'a göre ulusal mahkemelerin, kararlarını dayandırdıkları gerekçeleri yeterli açık bir şekilde belirtmeleri gerekmektedir. Bu, kişinin temyiz hakkından yararlanabilmesi için önemlidir[27]. Gerekçeli karar ayrıca taraflara kendilerinin dinlenildiklerini gösterme amacına da hizmet ederken; onların kararın sonucunu kabul etmelerine olanak tanımaktadır[28]. Eğer iç hukukta bir konu detaylı bir gerekçelendirme yapılmadan sonuçlandırılıyorsa hakkaniyete uygun yargılama açısından sorun oluşturabilecektir. Dolayısıyla mahkemelerce verilecek gerekçenin kararın neden o yönde verildiğinin anlaşılmasını sağlayacak ölçüde yeterli olması gerekir[29]. Gerek İHAM gerekse Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı kapsamı dışında kalan diğer hakların korunmasına yönelik kararlarında da gerekçenin ilgili ve yeterli olup olmadığını dikkate almaktadır. Özellikle ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı, toplanma hak ve özgürlükleri gibi birçok hak ve özgürlüğe yönelik müdahalelerde demokratik toplumda gereklilik şartının sağlanabilmesi için gerekçenin ilgili ve yeterli olması gerekmektedir[30].

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında incelediği birçok başvuruda, ilgili hükmü genel olarak İHAS'ın 6. maddesi ve İHAM içtihadına da yer vererek yorumlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, gerek İHAS'ın lafzi içeriğinde yer alan, gerekse İHAM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen gerekçeli karar hakkına Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer verildiğine işaret etmektedir[31]. Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın konuya ilişkin kararlarına da referans vererek derece mahkemelerinin "*kararlarını*

---

26 Bu konuda bkz. Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Sancaktar, O. (2002), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 274; Gözübüyük, Ş., Gölcüklü, F. (2016). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 11. Bası, s. 312.

27 *Hadjianastassiou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 33. Bu konuda bkz. Yılmaz Özel, N. (2016). *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, s. 353.

28 *Ramda/Fransa*, B. No: 78477/11, 9/4/2018, § 59.

29 Bkz. Yılmaz Özel, N. (2016), s. 356.

30 Yüzbaşıoğlu, N. (2021). "Gerekçeli Kararın Anayasal Boyutları", *Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması - Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi-*, 28 Nisan 2021, https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/8e09f0b7-9c1e-4b6b-ad44-04f5dc179e68-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-28.04.21-28.09.21.pdf (Erişim Tarihi: 13/12/2021), s. 36.

31 Bkz. *Aziz Turhan*, B. No: 2012/1269, 8/5/2014, § 51; *Yaşar Kuşu*, B. No: 2016/694, 22/1/2019, § 24.

hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme" yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir[32] .

Gerekçeli karar hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma arasındaki bağlantıya da kısaca değinmek gerekir. Gerekçe sunulması sayesinde adaletin dağıtılması, toplum tarafından denetlenebilir bir hâle de gelmektedir. Gerekçeli kararın diğer bir işlevi ise taraflara dinlendiklerini göstermektir[33]. Genel olarak ifade etmek gerekirse, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının üç pratik yararı olduğunu ifade edebiliriz: Keyfîliğin önlenmesi, tarafları tatmin etmesi ve karara karşı itiraz ya da temyiz edecek taraf için hukukî dayanak oluşturmasıdır[34].

İHAM "hakkaniyete uygun" bir yargılamanın genel ve nesnel bir tanımını vermemekte; daha çok, yapılan başvurularla yargılama faaliyetini bir bütün olarak incelemekte ve davanın adil bir biçimde görülüp görülmediğini araştırmaktadır. Dolayısıyla zamanla adil yargılanmanın da unsur ve gereklerini içeren bir liste oluşmuştur. Bunlar temelde 6. maddenin zımni gereklerini oluşturmaktadır[35]. İHAS'ın 6. maddesine daha yakından bakıldığında, ilk fıkrada genel kuralın düzenlendiği, adil yargılama kavramını oluşturan hak ve ilkelerin bir kısmının açık biçimde sayıldığını ve bunlardan birinin de *yargılamanın hakkaniyete uygun* yapılması olduğunu görmekteyiz[36] . Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında da Mahkeme, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğunun belirtildiğini ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmediğini eklemektedir. Anayasa Mahkemesine göre: *"(…) Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğu AİHM'in birçok kararında vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir[37]."*

---

32 Bkz. *Sencer Başat ve Diğerleri*, § 34.

33 İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi–4, Ankara, s. 192.

34 Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2019). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 18. Bası, s. 497.

35 bkz. Gözübüyük, Ş., Gölcüklü, F. (2016), s. 290.

36 İnceoğlu, S. (2018), s. 3.

37 *Abdullah Topçu*, B. No: 2014/8868, 19/4/2017, § 75; *Alexander Fietzek ve Diğerleri*, B. No: 2014/14223, 19/7/2017, § 23; *Canan Tosun*, B. No: 2014/8891, 10/5/2017, § 22; *Mehmet Gezginoğlu*, B. No: 2014/4679, 8/6/2017, § 13; *Gökhan Ayhan*, B. No: 2015/3041, 19/4/2018, § 21; *Faruk Büyük*, B. No: 2015/17044, 11/12/2018, § 33; *Çağlar Yeşildağ*, B. No: 2018/6904, 8/9/2021, § 22; *Günay Gül*, B. No: 2018/24514, 19/10/2021, § 17; *Ömer Demir*, B. No: 2019/37, 16/3/2022, § 42.

Kısaca, İHAS'ın 6. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "hakkaniyete uygun" deyiminin bu maddenin özünü oluşturduğunu ve dava olgusunun bütününü, tüm aşamaları kapsadığını belirtmek gerekmektedir[38]. Dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılamanın unsurlarından biri de gerekçeli karar hakkı olmaktadır.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI VE İŞLEVİ

Buraya kadar görüldüğü üzere, mahkeme kararlarında gerekçe, adil bir yargılamanın temelini oluşturmaktadır. Kararın verilme nedenlerini açıklama zorunluluğu bir yandan kararların keyfîliğini önlerken diğer yandan taraflar ve kamuoyu tarafından benimsenmesine de olanak tanımaktadır[39]. Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına yönelik bireysel başvuru kararları incelendiğinde adil yargılanma hakkı açısından İHAM kararlarına da ilgili durumlarda referans vererek, gerekçe yükümlülüğünün amacına ve işlevine yönelik bazı genel tespitler yaptığı görülmektedir. Bunlardan öne çıkanları şu şekilde özetlemek mümkündür:

- Kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlar[40].
- Tarafların temyiz hakkını kullanabilmelerini,[41] kanun yoluna etkili başvuru yapmalarını mümkün hâle getirmektedir[42].
- Tarafların, muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmelerini sağlar[43].

---

38 Bkz. Gözübüyük, Ş., Gölcüklü, F. (2016), s. 290.

39 Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2016), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınları, 9. Bası. 576-577.

40 bkz. *Sencer Başat ve diğerleri*, § 31; *Gökhan Ayhan*, B. No: 2015/3041, 19/4/2018, § 23; *Yaşar Kuşu*, § 26; *Yusuf Akkuş*, B. No: 2016/2600, 19/11/2019, § 26; *Feyzullah Gültekin*, B. No: 2014/13069, 21/2/2019, § 24; *Ümmügülsüm Salgar*, B. No: 2016/12847, 21/10/2021, § 65; *Necla Yaşar*, B. No: 2020/35444, 14/9/2021, § 36; *Oğuz Tatış ve Diğerleri*, B. No: 2013/4186, 15/10/2014, § 60.

41 bkz. *Sencer Başat ve diğerleri*, § 34; *Ahmet Gökhan Rahtuvan*, § 25; *Arzu Aydın Margi*, B. No: 2014/10007, 18/05/2016, § 62.

42 Bkz. *Vesim Parlak*, § 34; *Hatice Avcı ve diğerleri*, B. No: 2014/9788, 22/09/2016, § 63, *O. H.*, B. No: 2013/3156, 15/12/2015, § 44; *Bayram Keleş*, B. No: 2013/6163, 1/12/2015, § 90.

43 bkz. *Sencer Başat ve diğerleri*, § 34; *Ahmet Gökhan Rahtuvan*, § 25; *Yaşar Kuşu*, § 26; *Hasan Rahmi Özgenç*, § 45; *Kemal Turan*, B. No: 2018/18194, 25/2/2021, § 37.

- O davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyması, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı göstermesi bakımından önemlidir[44].
- Davanın taraflarının mahkeme kararının dayanağını öğrenerek mahkemelere ve genel olarak yargıya güven duymalarını sağlar[45].
- Demokratik bir toplumda, toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması bakımından gereklidir[46].

Anayasa Mahkemesine göre *"(…) kararın gerekçesi hakkında bilgi sahibi olunmaması, kanun yoluna müracaat imkânını da işlevsiz hale getirecektir. Bu nedenle mahkeme kararlarının dayanaklarının yeteri kadar açık bir biçimde gösterilmesi zorunludur."*[47] Aşağıda görüleceği üzere Anayasa Mahkemesine göre, mahkemelerin gerekçeli karar yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır[48]. Derece mahkemeleri, kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değilse de davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğunun gerekçeli karardan anlaşılması önemlidir[49] .

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN GEREKÇELİ KARAR HAKKINA YÖNELİK TEMEL TESPİTLERİ VE GELİŞTİRDİĞİ ÖLÇÜTLER

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurulara bakıldığında gerekçeli karar hakkı kapsamında birçok farklı ihlal iddiaları karşımıza çıkabilmektedir. İHAM kararlarında da belirtildiği üzere, gerekçe gösterme yükümlülüğünün kapsamı, kararın niteliğine göre değişmekte ve aynı zamanda dava konusu olayın koşulları dikkate

44 bkz. *Nurten Esen*, § 56; *Sahibe Çelik ve Necla Çelik*, B. No: 2013/4899, 20/01/2016, § 63.

45 bkz. *Vesim Parlak*, § 34; *Hatice Avcı ve diğerleri*, B. No: 2014/9788, 22/9/2016, § 63; Bayram Keleş, § 90; *Buğrahan Babacan*, B. No: 2013/9661, 9/9/2015, § 68; *Erkan Akış ve diğerleri*, § 49; *Osman Muzmul*, B. No: 2013/2736, 2/12/2015, § 46.

46 bkz. *Sencer Başat ve diğerleri*, § 34; *Ahmet Gökhan Rahtuvan*, § 25; *Gökhan Ayhan*, B. No: 2015/3041, 19/04/2018, § 23; *Yaşar Kuşu*, § 26.

47 bkz. *Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 66; *Ülkü Özgür*, B. No: 2013/2263, 26/6/2014, § 36; *F.Ö.*, B. No: 2013/5895, 19/11/2014, § 25; *Turgay Coşkun*, B. No: 2013/1286, 16/4/2015, § 26.

48 bkz. *Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56; *Volkan Doğdu*, B. No: 2016/4186, 12/9/2019, § 24.

49 *Volkan Doğdu*, B. No: 2016/4186, 12/9/2019, §§ 24, 25.

alınarak belirlenmektedir[50]. Anayasa Mahkemesi de gerekçeli karar hakkı yönünden inceleme yaparken görüleceği üzere davanın özgün koşullarını işaret etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkına yönelik başvuruları karara bağlarken bu kararların önemli bir kısmında belirtildiği üzere bazı unsurların ön plana çıktığını ve tartışıldığını görmekteyiz. Bunları şu şekilde belirlemek mümkündür:

- Gerekçe, konuyla ilgili olmalıdır.
- Gerekçe, yeterli açıklama içermelidir.
- Gerekçe, makul olmalıdır.
- Gerekçede, kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki iddia veya itirazlara ayrı ve açık yanıt verilmesi gerekir.
- Gerekçenin çelişkili olmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen her başvurunun *kendine özgü nitelik ve farklıları* da dikkate alınarak burada bu tespitlerin kapsamı ele alınacaktır[51]. Ayrıca bu sayılanların tahdidi olmadığını da eklemek gerekmektedir.

A. GEREKÇE KONUYLA İLGİLİ OLMALIDIR

Bir mahkeme kararında gerekçenin en başta dava konusu olayla ilgili olması gerekmektedir. Dolayısıyla gerekçenin dava konusuyla ilgili olmadığı yönündeki ihlal iddiasıyla yapılan başvuruları Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkı kapsamında ele alırken *dosyanın incelenmediği kuşkusuna sebep olacak şekilde* değerlendirilme olasılığına işaret etmektedir[52]. Bu tür bir durum, örneğin, gerekçede açık bir karışıklık olması hâlinde karşımıza çıkabilmektedir. Anayasa Mahkemesine yapılan bir başvuruda, başvurucunun kesilen idari para cezasının haksız olduğunu belirterek iptalini talep etmiş ancak sulh ceza hâkimliği başvuruyu reddetmiştir. İtiraz mercii de anılan talebi somut

---

50 *Higgens ve diğerleri/Fransa*, B. No: 134/1996/753/952, 19/2/1998, § 42.

51 Gerekçeli karar hakkı kapsamında, belli yargı alanlarına özgülenmiş çalışmalar için bkz. Şirin, T. (2021). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ekim, S. 48, Y. 12; Sunay, Z. A. (2016). *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Baskı; Yüzbaşıoğlu, N. (2021); Yenisey, F. (2021).

52 *Ekol Grup Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizm. LTD. ŞTİ.*, B. No: 2015/439, 8/2/2018, §§ 24-26.

olayla ilgisi olmayan "içeriğe erişimin engellenmesi kararı"na yönelik olarak değerlendirmiş ve itirazı reddetmiştir. Diğer bir ifadeyle kanun yolu incelemesi sırasında, ilk derece mahkemesinin anılan kararı yerine başka bir davaya yönelik olarak değerlendirme yapılmıştır. Görüldüğü üzere burada bir gerekçe vardır ancak davayla hiç ilgisi olmayan başka bir konuya gerekçede yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu durumda, *dosyanın incelenmediği kuşkusuna sebep olacak şekilde* değerlendirme yapıldığını belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[53]:

> *"Bu durumda kanun yolu incelemesi yapan mercinin yeniden yargılama yapan mahkemeyle aynı sonuca ulaşıp ulaşmadığı belli değildir. İtiraz mercii ret gerekçesinde neleri dikkate aldığını ya da almadığını gösteren ifadeleri özenle seçmemiş, dosyanın incelenmediği kuşkusuna sebep olacak şekilde bir değerlendirme yapmıştır."*

Anayasa Mahkemesine yapılan başka bir başvuruda ise yine benzer şekilde gerekçeli kararda, başvurucunun mahkûm edildiği suça ilişkin değerlendirme yerine dava konusuyla ilgili olmayan başka bir olaya yönelik açıklama yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu durumda ilk derece mahkemesi tarafından davanın esas sorunlarının incelenip incelenmediğinin belirli olmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre "*Derece mahkemesi mahkûmiyet gerekçesinde neleri dikkate aldığını ya da almadığını gösteren ilgili bir gerekçe göstermemiş ve kurulan hükmün dayanaklarını açıklamamıştır.*". Mahkeme burada gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[54].

Gerekçenin konuyla ilgili olmaması kapsamında verebileceğimiz bir başka örnekte ise başvurucu, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesinin haksız olduğunu belirterek karara itiraz etmiş ancak derece mahkemesi itirazı, dava konusu olayla hiç ilgisi olmayan başka bir hükümlüye ait talebe yönelik bir değerlendirmeyle reddetmiştir. Kısaca kanun yolu incelemesi sırasında yargılamanın yenilenmesine ait derece mahkemesinin kararı yerine başka bir karara ilişkin olarak değerlendirme yapılmıştır[55].

---

53 *Ekol Grup Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizm. LTD. ŞTİ.*, B. No: 2015/439, 8/2/2018, § 25. Ayrıca bkz. *Gökhan Ayhan*, B. No: 2015/3041, 19/4/2018, § 28.

54 *Feyzullah Gültekin*, B. No: 2014/13069, 21/2/2019, § 29.

55 *Gökhan Ayhan*, B. No: 2015/3041, 19/4/2018, § 27.

Görüldüğü üzere gerekçeli karar hakkı açısından ilk başta kararın dava konusu olayla olgusal yönden bir ilgisinin olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir mahkeme kararının gerekçesi, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, "*kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını*" ortaya koymaktadır. Dolayısıyla gerekçe, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı göstermektedir[56]. Bu tür bir ilgi, aşağıda açıklanacağı üzere gerekçenin makul olmasına yönelik esasa da zemin oluştururken aynı zamanda gerekçede *hukuksal bir ilginin* arandığını da göstermektedir. Bu bakımdan ilgili gerekçe koşulunun gerekçeli karar hakkı kapsamında tam anlamıyla karşılanabilmesi için gerekçede sadece dava konusu olayla olgusal yönden bir ilginin varlığı, bir başka ifadeyle dava konusu olayla gerekçe arasında olgusal bir bağlantı ya da bir alaka kurulması tek başına yeterli olmayacaktır. Gerekçede bu ilginin hukuken de kurulması gerekmektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesine göre, bir davada, tarafların hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmelerinin de gerekçede karşılanması önemlidir[57]. Mahkeme kararlarında, dava konusu olaya ilişkin olarak nelerin dikkate alındığının ya da alınmadığının gösterildiği bir gerekçe olmalı ve kurulan hükmün dayanaklarının açıklanması sadece olgusal yönden değil hukuken de yapılmalıdır.

Genel olarak ifade etmek gerekirse Anayasa Mahkemesi, ancak davayla ilgili olan bir gerekçeyi, gerekçeli karar hakkının diğer ölçütleri yönünden -örneğin yeterli ya da makul gerekçe olma açısından- değerlendirmesi söz konusu olabilir. Bu bakımdan dava konusu olay ile gerekçenin bir ilgisi yoksa bu gerekçenin yeterli ya da makul düzeyde açıklama içermesi koşullarını karşılaması beklenemez. Görüleceği üzere bir gerekçede, olay ve hüküm arasında bir ilgi kurulurken ve bu ilginin nedenleri ve hangi hukuksal düzenlemelere nasıl dayandırıldığı ortaya konulurken daha çok makul gerekçeyle, yine olay ve hüküm arasındaki açıklamalarda tatmin edici ya da kâfi düzeyde kurulan ilginin ise "yeterli gerekçe" koşuluyla bağlantısı söz konusudur. Dolayısıyla her biri farklı birer ölçüt olmakla birlikte özellikle "ilgili", "yeterli" ve "makul" gerekçenin birçok yönden birbirini tamamladığını belirtmek mümkündür. Anayasa Mahkemesinin ilgili gerekçe koşulunu genellikle

[56] *İbrahim Ataş*, § 24; *Nurten Esen*, § 56; *Emin Balta*, B. No: 2017/23739, 20/10/2021, § 38.

[57] *Sencer Başat ve diğerleri*, § 38; *Serhat Soysalan*, B. No: 2017/16903, 27/2/2020, § 29.

"ilgili ve yeterli" gerekçe olarak birlikte değerlendirdiği görülmektedir. Bu bakımdan ilgili gerekçeye ilişkin bu açıklamaların ardından "yeterli gerekçe" ölçütüyle devam etmek uygun olacaktır.

B. GEREKÇE YETERLİ AÇIKLAMA İÇERMELİDİR

Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkı incelemesi yaptığı birçok başvuruda -belirtildiği üzere- ilgili olma yanında gerekçenin yeterli düzeyde açıklamayı da içermesi yani "yeterli gerekçe" koşulunu da aramaktadır. Genel olarak bakıldığında bir mahkeme kararındaki gerekçenin yeterli bir açıklama içerip içermediği o kararın niteliğine göre değişecektir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleri gereği mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olmasının gerekliliğini belirtirken gerekçeli karar hakkının yargılamada ileri sürülen tüm iddialara ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamayacağını da eklemektedir. Bu noktada ise bir gerekçenin yeterli olup olmadığının nasıl belirleneceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Mahkemeye göre gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilecektir[58]. Anayasa Mahkemesi, yeterli gerekçe açısından derece mahkemelerinin taraflarca ileri sürülen tüm iddialara cevap verme zorunluluğu bulunmadığını, *"hükme esas teşkil eden gerekçelerin nelerden ibaret olduğunu"* ortaya koymasının yeterli olduğunu ifade etmektedir[59]. Anayasa Mahkemesine göre davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğunun gerekçeden anlaşılması önem taşımaktadır[60].

"Yeterli gerekçe" konusunda belirtebileceğimiz diğer bir husus, Anayasa Mahkemesine göre, eğer aynı maddi ve hukuki olgudan kaynaklanan uyuşmazlıklar söz konusu ise mahkemelerin birbirine zıt yorumlarının varlığı ve bunun taraflarca dile getirilmesi hâlinde yargı yerlerinin bu farklılığa yönelik yeterli gerekçe sunması gerekmektedir[61].

---

58 bkz. *Mehmet Yavuz,* B. No: 2013/2995, 20/2/2014, § 51; *Ahmet Belge,* B. No: 2014/2362, 26/10/2016, § 51; *Abdullah Topçu,* B. No: 2014/8868, 19/4/2017, § 77; *Aziz Yemen,* B. No: 2019/5918, 23/11/2021, § 59; *Dicle Seben,* B. No: 2014/4961, 2/2/2017, § 27; *Behice Çalışkan,* B. No: 2015/5723, 4/7/2018, § 30; *Harun Yalçın ve diğerleri,* B. No: 2014/15254, 17/11/2016, § 67; *Hüseyin Şahin,* B. No: 2014/10262, 21/2/2018, § 32; *Ramazan Şahin,* B. No: 2018/36718, 17/11/2021, § 27.

59 Bkz. *İbrahim Ataş*, § 25; *Ahmet Naim Sarı*, B. No: 2014/6079, 29/9/2016, § 32; *Çağdaş Mühendislik LTD. ŞTİ.*, B. No: 2013/3449, 22/1/2015, § 40; *AZ. M*, B. No: 2013/560, 16/4/2015, § 31; *Mehmet Temizel*, B. No: 2014/3044, 15/6/2016, § 24.

60 *Turgut Öztop*, B. No: 2016/6023, 10/10/2019, § 27; *Volkan Doğdu*, B. No: 2016/4186, 12/9/2019, § 24.

61 *Emin Balta*, §39.

Bir gerekçenin yeterli olup olmadığı noktasında İHAM kararlarına bakıldığında İHAM, mahkemelerin kararlarında dayandırdıkları gerekçeleri, yeterli şekilde belirtmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, gerekçe yükümlülüğünün kapsamı, kararların niteliğine göre değişiklik göstermektedir ve davanın koşulları ışığında belirlenmelidir. İHAS'ın 6. Maddesinin birinci fıkrasının mahkemeleri verdikleri kararlarına ilişkin gerekçeleri göstermekle yükümlü tutmasına rağmen bu durumun her konuda ayrıntılı cevap verilmesi şeklinde anlaşılmaması gerektiğini de eklemektedir[62].

Gerekçeli karar hakkı, belirtildiği üzere hem ilk derece mahkemeleri hem de temyiz yani kanun yollarında verilen kararlar için geçerlidir[63]. Temyiz mercilerince verilen kararlarda, gerekçeler kısa ve bazen sadece ilk derece mahkemesi kararına atıf şeklinde olabilmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine gerekçeli karar hakkı kapsamında yeterli gerekçe sunulmadığı yönünden yapılan başvuruların bir kısmının temyiz mercilerince verilen kararların gerekçesine ilişkin olduğu görülmektedir[64]. Temyiz aşamasında, gerekçenin yeterli bir açıklamaya sahip olması bakımından Anayasa Mahkemesi, itiraz veya temyiz merciinin, itiraz veya temyiz incelemesine konu mahkeme kararına ve bu karardaki gerekçelere katıldığı durumlarda buna ilişkin kararını ayrıntılı olarak gerekçelendirmemesini, kural olarak gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil etmediğini ifade etmektedir[65]. Anayasa Mahkemesi, kanun yolu mahkemelerince verilen kararlarda, gerekçe ayrıntılı değilse ilk derece

---

62 *Emel Boyraz v. Türkiye*, B. No: 61960/08, 2/3/2015, §74; *Van De Hurk/Hollanda*, B. No: 16034/90, 19/4/1994, § 61.

63 bkz. Harris, D.J., O.'Boyle, M., Bates, E.P., Buckley, C.M. (2013). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Karan, U., Bingöllü Kılcı, M. (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, Türkçe 1. Baskı, s. 271.

64 bkz. *A.H.*, B. No: 2015/15174, 12/6/2018, §§ 1, 20; *Aydın Alphan ve diğerleri*, B. No: 2014/12559, 5/12/2017, §§ 1, 20; *Metin Er ve Mustafa Er*, B. No: 2014/5563, 21/6/2017, §§ 1, 27; *Hüseyin Altundağ*, B. No: 2014/13123, 22/11/2017, §§ 1, 19; *Abdulaziz Özmen ve diğerleri*, B. No: 2014/4815, 6/7/2017, §§ 1, 19; *Derya Güneylioğlu*, B. No: 2014/6090, 17/5/2016, §§ 1, 32; *Doğcan İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2014/1759, 11/12/2018, §§ 1, 31.

65 *Lokman Sapan*, § 44. Başka bir örnek gösterebileceğimiz bir kararda Anayasa Mahkemesi, hukuk kuralları ile toplu iş sözleşmeleri yorumlanmak suretiyle davanın reddine karar verildiğini, Yargıtay tarafından da Mahkemece verilen kararın gerekçesine atıf yapılarak ve bu gerekçe kabul edilerek hükmün onandığını, bu bakımdan Mahkeme ve Yargıtay kararlarının gerekçesiz olduğundan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. bkz. *Yasemin Ekşi*, §§ 55, 58. Diğer bir örnek için bkz. "*(…) Mahkemece, sanık savunmalarına, fiziki takip tutanaklarına, ekspertiz raporlarına ve diğer delillere dayanılarak söz konusu karar verilmiştir.* (Bkz. § 12). *Yargıtay tarafından da Mahkemece verilen kararın gerekçesine atıf yapılarak ve bu gerekçeler aynen kabul edilerek hüküm onanmış ve temyiz istemi reddedilmiştir (bkz. § 13). Dolayısıyla Yargıtay kararının gerekçesiz olduğundan söz edilemez.*" *Feyzullah Erarslan*, B. No: 2014/7226, 4/11/2014, § 32.

mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelerin onama kararlarında kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanabileceğine işaret etmektedir[66]. Burada gözden kaçırılmaması gereken temel mesele, başvurucuların dile getirmesine rağmen, aşağıda açıklanacağı üzere ilk derece mahkemesinin tartışmadığı esaslı hususların temyiz başvurularında ele alınmaması durumunda gerekçeli karar hakkının ihlaline sebep olabileceğidir[67]. Bu noktada İHAM kararlarına bakıldığında üst yargılama aşamalarında yani kanun yollarında verilen gerekçelerin ayrıntılı olmasının gerekmediğine yönelik Komisyon kararları olmakla birlikte İHAM'ın daha sonraki kararlarıyla bu konuya açıklık getirdiği görülmektedir[68]. İHAM'a göre temyiz incelemesi yapan mahkemenin temyizde dile getirilen temel unsurları değerlendirdiğini göstererek ilk derece mahkemesinin gerekçesini onaylayabilir[69].

Genel olarak bakıldığında Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkı kapsamında "yeterli gerekçe" için davanın niteliğinin de dikkate alınarak hükme esas teşkil eden gerekçelerin açıklanması ve davanın esas sorunlarının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkı kapsamında aradığı diğer koşullardan biri de "makul gerekçe"dir.

---

66 bkz. *Ali Yanar*, B. No: 2013/5216, 14/4/2016, § 60; *Mustafa Kahraman*, B. No: 2014/2388, 4/11/2014, § 37; *Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga*, B. No: 2014/5909, 25/3/2015, § 49.

67 Örneğin Anayasa Mahkemesi, esasa etkili olan bir konu hakkında ilk derece mahkemesinin gerekçe göstermeden verdiği kararın temyiz merciince de bir gerekçe göstermeden onaylaması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir: *"(…) esasa etkili olduğu açık olan başvurucunun zamanaşımı defi iddiası konusunda İlk derece mahkemesinin bir gerekçe göstermeksizin esastan karar verdiği, Yargıtay Dairesinin de bu iddiaya karşılık bir gerekçe göstermeden kararı onadığı ve başvurucunun esasa etkili bahsedilen iddiasının derece mahkemelerince karşılanmadığı, sonuç olarak başvurucunun bahsedilen iddiasının neden reddedildiğinin açıklığa kavuşmadığı anlaşılmaktadır." Gaziler Enerji ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2013/1660, 15/10/2014, § 53. Bir başka başvuruda yine benzer şekilde Anayasa Mahkemesi ihlal kararı vermiştir: *"(…) Danıştay tarafından, (…) davacının, dava şartı olan ve davanın her aşamasında resen gözetilmesi gereken dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek, benzer konularda temyiz incelemesi sonucu verilen kararlar ile karşılaştırma yapılarak ve bu hususların tamamı tartışılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu konular değerlendirilmeksizin ve tartışılmaksızın onama kararı verilmesinin başvurucunun gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır." Mustafa Kahraman*, B. No: 2014/2388, 4/11/2014, § 53. Bu konuda ayrıca şu kararlara bakılabilir: *Faik Gümüş*, B. No: 2012/603, 20/02/2014, § 49; *Münür Ata*, B.N. 2014/4958, 22/01/2015, § 39; *İbrahim Ataş*, §§ 24-26; *Ali Yanar*, B. No: 2013/5216, 14/4/2016, § 60; *Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga*, B. No: 2014/5909, 25/3/2015, § 49.

68 bkz. İnceoğlu (2018), s. 195.

69 bkz. *Garcia Ruiz/İspanya*, B. No: 30544/96, 21/1/1999, § 26; *Helle/Finlandiya*, B. No: 157/1996/776/977, 19/1/1997, § 60. Bu konuda bkz. Harris, O'Boyle, Bates, Buckley (2013), s. 271-272; İnceoğlu (2018), s. 195; Bekri (2014), s. 211-212.

C. GEREKÇE MAKUL OLMALIDIR

Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkı konusunda inceleme yaptığı başvuruların önemli bir kısmında "ilgili gerekçe" ve "yeterli gerekçe" yanında belirtildiği üzere "makul gerekçe" kavramına da yer verdiği görülmektedir. Makul kelimesinin sözlük anlamına bakıldığında "*Uygun, akıllıca, akla yatkın kabul edilebilir.*" şeklinde açıklanmaktadır[70]. Yukarıda belirtildiği üzere, gerçekten de herhangi bir mahkeme kararının gerekçesinin akla yatkın ya da kabul edilebilir olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi makul gerekçeyi şu şekilde açıklamaktadır[71]:

> *"Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur."*

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi makul gerekçeyi olay ve olguların değerlendirilmesinde hüküm ile kurulan bağ yönünden açık, anlaşılır, kuşkuya yer bırakmayacak şekilde sonuca ulaştıran bir olay örgüsüne işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmelerinden hareketle yeterli gerekçede *"hükme esas teşkil eden gerekçelerin nelerden ibaret olduğu"* konusunun kapsandığı belirtilirken, makul gerekçede ise hükme esas teşkil eden bu gerekçelere nasıl ulaşıldığı ya da nelere dayandırıldığının açık ve kuşkuya yer bırakmayacak düzeyde ortaya konulmasını ifade ettiği sonucuna ulaşabiliriz. Bir başka ifadeyle sadece hükmün kurulmasının yeterli düzeyde açıklanmasını değil aynı zamanda o sonuca ulaştıran nedenlerin de kabul edilebilir bir şekilde, anlaşılır ve şüpheye düşürmeyecek açıklıkla gösterilmesidir.

---

70 bkz. Yılmaz, E. (2005), s. 767.

71 bkz. *İbrahim Ataş*, § 24. Ayrıca bkz. *Sencer Başat ve diğerleri*, § 38; *Salahattin Özek*, B. No: 2014/6978, 26/2/2015, § 31; *Buğrahan Babacan*, B. No: 2013/9661, 9/9/2015, § 66; *Hasan Şimşek*, B. No: 2013/1602, 19/11/2015, § 35; *Salih Söylemezoğlu*, B. No: 2013/3758, 06/01/2016, § 30; *Ünal Aslantürk*, B. No: 2013/1876, 8/9/2015, § 43; *Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga*, B. No: 2014/5909, 25/3/2015, § 48; *Kasım İlimoğlu*, B. No: 2013/8136, 25/2/2015, § 60; *Afitap Salman*, B. No: 2013/2105, 11/11/2015, § 27.

Anayasa Mahkemesine göre gerekçenin somut olay kapsamında, makul dayanakları olan bir bilgilendirmeyi sağlayacak ölçü ve özene sahip olması gerekmektedir.

Örneğin başvurucu; bir soruşturma kapsamında üç gün süreyle gözaltında tutulduğunu, soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararında isminin yer almadığını ancak hakkında iddianame de düzenlenmediğini belirtmiştir. Somut olayda başvurucu, hakkında sehven kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmemiş olduğunu ileri sürmektedir. Anayasa Mahkemesi, davanın esasının çözülebilmesi için başvurucunun hukuki durumunun açıkça tespit edilmesi gerektiğini, tazminat davasını inceleyen Mahkemenin, başvurucunun ileri sürdüğü ve davanın esasını ilgilendiren konuları açık bir şekilde tespit etmeden ve kararında tartışmadan *soyut ve genel ifadelerle* davayı reddettiğini ve Bölge Adliye Mahkemesinin de başvurucunun iddialarına makul bir gerekçe ile yanıt vermediği için gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[72].

Makul gerekçenin kapsamını açıklarken Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda[73] gözetilen hususlarda inceleme yapamayacağına yönelik ayrımı nasıl gerçekleştirdiğini de ele almak gerekmektedir. Anayasa'nın 148. maddesinin 4. fıkrasından hareketle, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar açısından bir inceleme yapması mümkün değildir: "*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*" 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 6. fıkrasına bakıldığında, Anayasa'daki bu düzenlemeye benzer şekilde bireysel başvurulara ilişkin incelemelerde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların değerlendirilmeyeceğine yönelik hüküm içermektedir.

Anayasa Mahkemesi kural olarak bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanmasının, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasının, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmamasının bireysel başvuru incelemesine konu olamayacağını belirtmektedir[74]. Bu

72 *A.A.*, §§ 100, 103.

73 Kanun yolları "*alt dereceli yargı mercilerinden verilmiş olan kararları inceletmek (denetlemek) için daha yüksek dereceli mahkemeye başvurulması*" şeklinde tanımlanabilir. bkz. Yılmaz, E. (2005), s. 632.

74 Bu konuda bkz. Yılmazoğlu, Y.E. (2017). Bireysel Başvuruda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriteri (Kanun Yolu/Temel Hakla İlgili Olmayan Sonuç Şikâyeti), Koç, M.İ. ve Kaplan, R. (Ed.), *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., s. 230-232.

noktada Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan *hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece* ya da *açıkça keyfilik içermedikçe* derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hataların bireysel başvuru kapsamında ele alınamayacağını ifade etmektedir. Konuya ilişkin kararlar incelendiğinde Anayasa Mahkemesinin ilgili düzenlemenin kapsamı bakımından net bir belirleme yaptığını belirtebiliriz: *"(…) derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz*[75]*."* Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, çok istisnai durumlarda temel hak ve özgürlüklerden biri ile doğrudan ilgili olmayan bir şikâyeti kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin yasak kapsamına girmeden inceleme yapmasının mümkün olduğuna işaret etmektedir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin "*derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirip getirmediğini ve açık bir keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsılıp sarsılmadığını incelemesi*"nin yargılamanın sonucunu değerlendirdiği anlamına gelmeyeceğine işaret etmektedir[76].

Gerekçeli karar hakkı özelinde konuya bakıldığında Anayasa Mahkemesi derece mahkemesinin gerekçelerinin hukuka uygun olup olmadığını denetleme görevi bulunmadığına ve ayrıca derece mahkemesi kararlarındaki hukuka aykırılıkları gidermenin de görevi olmadığına işaret etmektedir[77]. Anayasa Mahkemesi buradaki ayrımı yaparken -örneğin bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen- *yalnızca derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen* başvuruların açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ve yetkisi dâhilinde olmadığına işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre *"(…) bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması"*nın bireysel başvuru incelemesinde değerlendirilmeyeceğini vurgulamaktadır[78]. Örneğin bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, iş

[75] *Erdinç Engin*, B. No: 2012/695, 12/2/2013, § 22.

[76] bkz. *Ferhat Kara* [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020, § 149; *Mustafa Türkuz*, B. No: 2017/38496, 13/10/2020, § 54.

[77] bkz. *Halit Kabadağ*, B. No: 2019/3589, 23/11/2021, § 30; *Çetin Gül*, B. No: 2020/16856, 2/2/2022, § 39.

[78] *Cahit Tekin*, B. No: 2013/2744, 16/7/2014, § 81; *Mesude Yaşar*, B. No: 2013/2738, 16/7/2014, § 86; *Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, §§ 25, 26; *Faris Aslan*, B. No: 2014/1026, 20/5/2015, § 61.

hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi nedenlerin haklı ve geçerli fesih nedeni oluşturduğuna ilişkin derece mahkemelerinin yorum ve değerlendirmesinin mevzuata uygun olup olmadığını denetlemenin görevi olmadığını belirtmiştir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların mahkemelerce delillerin değerlendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanmasına yönelik olduğunu ve mahkeme kararlarında bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik oluşturan bir hususun da bulunmadığı belirterek ihlal iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır[79].

Bir gerekçenin "ilgili", "yeterli" ve "makul" olma ölçütlerine birlikte bakıldığında her biri aslında farklı olmakla birlikte iç içe geçebilen ve birbirini tamamlayan unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla gerekçeli karar hakkı yönünden bir gerekçenin belirttiğimiz bu unsurların tümünü karşılayacak bir içeriğe sahip olması gerekmektedir. Bu unsurlara ek olarak Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkına ilişkin değerlendirme yaparken kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikte, bir başka ifadeyle esaslı iddialar söz konusu olduğu takdirde bunların da gerekçede karşılanması gerektiğine birçok kararında yer verdiği görülmektedir[80]. Eğer kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikte iddia ya da itirazlar yapılmışsa Mahkeme bu iddia ya da itirazlara da ilgili, yeterli ve makul bir gerekçe ile yanıt vermek durumundadır. Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle gerekçeli karar hakkına ilişkin yapılan bir çalışmada bu konunun ayrı bir başlıkta açıklanması uygun olacaktır.

D. GEREKÇE KARARIN SONUCUNU DEĞİŞTİREBİLECEK NİTELİKTEKİ İDDİA VEYA İTİRAZLARA AYRI VE AÇIK YANIT VERMELİDİR

Davanın esas sorunlarının neler olabileceği konusu davanın koşullarına göre değişiklikler gösterebilmektedir. Ancak bir davanın niteliği dikkate alındığında sonuca etki edebilecek esaslı iddialar söz konusu olursa bunların gerekçede incelendiğinin anlaşılması gerekçeli karar hakkı açısından önemlidir. Bir gerekçenin yeterli açıklama

[79] *Bayram Şeker*, B. No: 2017/37823, 12/9/2018, § 25.

[80] bkz. *Volkan Doğdu*, § 29; *Sercan Çelik*, B. No: 2017/37350, 24/6/2020, § 41; *Yusuf Akkuş*, § 31; *Sinan Cihan Aksoy*, B. No: 2014/13062, 30/3/2016, § 31; *Serap Öz*, B. No: 2013/1394, 24/06/2015, § 51; *Mürsel Bayrak*, B. No: 2014/6419, 25/3/2015, § 30; *Levent Piriştina*, B. No: 2018/3154, 26/5/2021, § 54.

içerip içermediği konusunda davanın esas sorunlarının incelenmesi yanında eğer başvurucunun *ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddiası* varsa bunların da gerekçeli kararda karşılanması da gerekir. Bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, esaslı iddiaların dikkate alınarak incelenip incelenmediğinin karardan anlaşılamadığını ifade etmiştir. Mahkeme, itiraz merciinin ret gerekçesinde başvurucu tarafından ilk defa itiraz kanun yolunda ileri sürülen iddialarının hangilerini dikkate aldığı ya da almadığını gösteren ifadelerin özenle seçilmediğini eklemiştir. Bu bakımdan, davanın sonucuna etkili olabilecek iddiaları incelemediği kuşkusuna sebep olacak bir şekilde başvurucunun anılan esaslı iddiaları hakkında ayrı ve açık bir yanıt vermemesini gerekçeli karar hakkı ihlali olarak değerlendirmiştir[81] .

Başvurucuya idari para cezası verilirken eylem gerçekleştiğinde yeni kanun yürürlüktedir ancak gerekçe eski kanun üzerine kurulmuş ve başvurucu bu konunun değerlendirilmeden gerekçelendirme yapıldığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesine göre başvurucunun *ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olan*, yürürlükte olmayan ve aleyhine olan bir hükme istinaden gerçekleşmiş ve bu iddia ilk derece mahkemesi kararında tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Bu nedenle başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır[82]. Görüldüğü üzere eğer davanın niteliğine göre *"ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia"* söz konusu ise bunun karşılanması önemlidir[83].

Başka bir karara baktığımızda başvurucu, iş yerinin taşınması ve yeni birimde hizmetliye ihtiyaç olmaması nedeniyle iş akdinin sona erdirildiğini ancak fesih tarihinden sonra dört kişinin hizmetli olarak

---

81 *Necla Yaşar*, §§ 46, 47.

82 *İbrahim Akkan*, B. No: 2014/7146, 26/02/2015, §§ 30-34. Başka bir başvuruda da çalışma izni olmayan yabancı uyruklu kişiyi bakıcı olarak çalıştırdığı gerekçesiyle başvurucuya idare tarafından idari para cezası verilmiştir. Başvurucu ise yalnızca hastalığı sebebiyle annesinin bakım işlerini gördürüyor olmasının kanunda geçen işveren tanımına uymadığı iddiasının kararda değerlendirilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Ancak buna rağmen ilk derece mahkemesi, idari yaptırımın iptali isteminin reddine dair kararda bu konuya yönelik herhangi bir gerekçeye yer vermemiştir. Anayasa Mahkemesine göre burada, başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olan, kendisinin işveren olmadığı ve yalnızca hastalığı nedeniyle annesinin bakım işlerini gördürüyor olduğu iddiası, ilk derece mahkemesi kararında tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. bkz. *Serap Öz*, §§ 49-52.

83 bkz. *Mürsel Bayrak*, § 30; *Sinan Cihan Aksoy*, § 31; *Aziz Turhan*, § 57; *Ayla (Şenses) Kara*, B. No: 2013/7063, 5/11/2015, § 64; *Münür Ata*, B. No: 2014/4958, 22/01/2015, § 44.

işe alındığını, bu sebeple feshin geçerli bir nedene dayanmadığına ilişkin itirazlarının Mahkeme ve Yargıtay tarafından ilgili ve yeterli bir gerekçeyle cevaplandırılmadığını ileri sürmüştür. Resmî kurum yazıları ve elde edilen delillere göre fesih ve dava tarihinden sonraki süreçte davalı işverenin dört kişiyi hizmetli olarak işe aldığı ve fesih nedeninin geçersiz olduğuna yönelik esaslı iddiaların Mahkeme ve Yargıtay tarafından ilgili ve yeterli bir gerekçe ile karşılanmadığı değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi burada, başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren ve uyuşmazlığın çözümü için esaslı olan iddiaların gerekçede değerlendirilmediği sonucuna ulaşmıştır[84].

Başka bir başvuruda ise başvurucu, yetkili mercinin soruşturma izni verilmesi konusundaki kararını süresinde vermemesine yönelik iddiada bulunduğunu ancak bu iddiasının mahkeme kararında karşılanmadığını, dolayısıyla gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun soruşturma izninin mevzuatta belirtilen süreden sonra verildiğine ilişkin iddiasının karar sonucunu etkileyecek bir iddia olmadığının Danıştay içtihatlarında kabul edildiğini, bu nedenle Mahkemenin gerekçeli kararında bu iddiayı karşılamamış olmasının gerekçeli karar hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir[85].

Belirtmek gerekir ki ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren bir durumun varlığı davanın her aşamasında gerçekleşebilmektedir. Bu bakımdan sadece davanın ilk aşamalarında değil, istinaf veya temyiz incelemesi sırasında ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların yine bu mercilerce cevapsız bırakılmış olması gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olabilir[86]. Bazı durumlarda, davanın ilk aşamasında olmayan ancak istinaf veya temyiz aşamasına gelindiğinde davanın sonucuna etki edecek gelişmeler söz konusu olabilir ve bunlar ileri sürülebilir. Örneğin başvurucu ek istinaf dilekçesiyle suça iştirak kastının bulunmadığını, suçun yasal unsurları itibarıyla oluşmadığını, hükümden sonra yapılan inceleme neticesinde düzenlenen müfettişlik raporunda bu hususları destekleyen tespitlere yer verildiğini ileri sürmüştür. Bu bakımdan, raporun içeriği dikkate alındığında istinaf incelemesi yönünden davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte

84 *Musa Şahin,* B. No: 2014/12780, 2/2/2022, §§ 30-34.

85 *Levent Piriştina*, B. No: 2018/3154, 26/5/2021, §§ 51, 54.

86 *Çetin Gül,* B. No: 2020/16856, 2/2/2022, § 37; *Caner Kandırmaz,* B. No: 2013/3672, 30/12/2014, § 31.

olduğunu belirtmiştir . Ancak istinaf başvurusunun reddi kararında, bu raporun değerlendirildiğine ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. İlgili olay kapsamında Anayasa Mahkemesi ilk derecedeki yargılama sırasında mevcut olmayan, ilk defa istinaf kanun yolu aşamasında ortaya çıkan ve bu sebeple ayrı ve açık yanıt verilmesini gerektiren bir hususun varlığına rağmen davanın sonucuna etkili olabilecek nitelikteki rapor içeriğinde yer alan lehe tespitlerin karşılanmaması nedeniyle başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[87].

Örnek olarak gösterebileceğimiz bir başka kararda da başvurucu, cezai şartın geçerli sayılması durumunda çalıştığı süreye tekabül eden ceza tutarının kararlaştırılmış cezadan mahsup edilmesi gerektiğine ilişkin iddialarını dile getirmesine rağmen derece mahkemelerince bu hususta herhangi bir değerlendirme yapılmadan karar verildiğini belirtmiştir[88]. Oysa Yargıtayın benzer nitelikli davalara ilişkin verdiği kararlarda cezai şart miktarının belirlenmesinde işçinin çalıştığı ve çalışması gereken sürelerin oranlamasının ve indirim yapılmasının gerektiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu dava koşullarında, başvurucunun cezai şart miktarında oranlama yapılmasına ilişkin iddiasının *temelsiz olmayıp uyuşmazlığın sonucunu etkileyebilecek* nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla burada da başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren uyuşmazlığın çözümü için esaslı olan iddiaların değerlendirilmemesi nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[89].

Genel olarak bakıldığında Anayasa Mahkemesi, ilgili davanın koşullarında kararın sonucunu değiştirebilecek herhangi bir iddia ya da itiraza bir cevap verildiğinin, ayrı ve açık bir şekilde bu hususun değerlendirildiğinin gerekçeli karardan anlaşılması ve bu iddia ya da itirazlara ilgili, yeterli ve makul bir yanıt verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

---

87 bkz. *Çetin Gül,* §§ 44-47.

88 *Sercan Çelik,* § 26.

89 Sercan Çelik, §§ 40, 41. Kararın sonucunu değiştirebilecek ayrı ve açık yanıt verilmesini gerektiren başvurular bakımından Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkı yönünden vermiş olduğu ihlal kararlarından bazılarına şu başvurular örnek verilebilir: *Celal Asan,* B. No: 2014/15507, 27/12/2017, §§ 42, 43; *Nusret Yumrutaş,* B. No: 2013/6355, 19/11/2015, §§ 35, 36; *İbrahim Akkan,* B. No: 2014/7146, 26/2/2015, § 33.

E. MAHKEME KARARI ÇELİŞKİLİ OLAMAMALIDIR

Gerekçeli karar hakkı konusunda bazı durumlarda gerekçe çelişkili olabilir. Anayasa Mahkemesine göre mahkeme kararının çelişkili olduğu iddiası; kararın gerekçesinin doyurucu, ikna edici ve yeterli olmadığı şikâyeti olup adil yargılanma hakkının unsurlarından olan gerekçeli karar hakkı başlığı altında ele alınmalıdır[90]. Burada çelişkinin giderilmesi açısından yeterli bir gerekçe içermesinin koşulları yukarıda açıklanmıştı. Bir mahkeme kararının çelişkili olma durumu farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Örneğin bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, mahkemenin davanın kabulüne dair ilk kararında vardığı sonucun tam tersi bir sonuca varsayımla ulaşmasını ve bunu ikna edici şekilde gerekçelendirmemesini adil bir yargılama olmadığını gösterdiğine işaret etmektedir[91]. Elbette bir mahkemenin davanın kabulünde verdiği kararın tersi bir sonuca varması mümkündür. Ancak bu durumun ikna edici bir şekilde gerekçelendirilmesi ve bu şekilde çelişkinin giderilmesi gerekmektedir.

Bir başka kararda da başvurucu, Yargıtay kararında kullanılan "*Fesih haklı sebep boyutuna ulaşmamış ise de geçerli nedenle feshedildiğinin kabulü gerekir.*" ifadelerinin kendi içinde çelişkili olduğunu belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, kararda geçen ve çelişkili olduğu iddia edilen söz konusu ifadelerin farkları ortaya koyduğunu, başvurucunun davranışlarının haklı nedenle fesih oluşturacak ağırlıkta olmamasına rağmen geçerli fesih sebebinin oluştuğunu ve feshin geçerli olduğunu ifade etmek maksadıyla kullanıldığını ve bir çelişkinin olmadığını ifade etmiştir[92].

Genel olarak bakıldığında burada sayılan tüm bu unsurların bir bütünlük taşıdığını belirtmek gerekmektedir. Bunların nasıl karşılanmış olacağı ise yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi o davanın özgün koşullarına göre değerlendirilmektedir. Kısaca gerekçeli karar hakkı kapsamında birçok husus ele alınabilmekte ve adil yargılanma hakkının ihlali ile sonuçlanabilmektedir. Aşağıda, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği durumlarda bu kararlarının sonuçları ve icrası açıklanacaktır.

---

90 *Nesrin Kılıç*, B. No: 2013/772, 07/11/2013, § 31.

91 *İbrahim Şendil*, B. No: 2013/4495, 17/07/2014, § 57.

92 *Nesrin Kılıç*, §§ 29-35.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN GEREKÇELİ KARAR HAKKI İHLAL KARARLARININ SONUÇLARI VE İCRASI

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilk fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi, esas inceleme sonunda başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verecektir. Eğer ihlal kararı verirse ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilecektir. Burada yerindelik denetimi yapılamayacağı ve idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise tespit edilen ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklanması durumunda ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği düzenlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesiyle işaret edilen *yeniden yargılama* kavramının, ilgili usul kanunlarında düzenlenen *yargılamanın yenilenmesi* kurumundan belli yönlerden farklılık taşıdığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılamaya hükmettiği durumlarda da derece mahkemesi kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığı yeniden ele aldığını ve bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında bir farklılık bulunmadığına işaret etmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına karar verdiğinde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak *"(…) yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır."* Anayasa Mahkemesi, ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdirin derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakıldığını eklemektedir. Dolayısıyla derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür[93].

Bu noktada Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şeyin bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik

[93] *Mehmet Doğan*, § 59.

olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Anayasa Mahkemesine göre ihlal, derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde mahkemenin usule dair herhangi bir işlem yapmadan, doğrudan, mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekmektedir[94]. Keza 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi şöyledir: "*Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.*" Burada genel kuralın dosya üzerinden verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak ihlalin niteliği duruşma yapılmasını gerektiriyorsa Anayasa Mahkemesi duruşma açılmasına da karar verebilmektedir: *"(…) başvuruda tespit edilen ihlalin niteliği dikkate alındığında bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verilmesi dışında bir imkân kalmadığı değerlendirilmiştir."*[95]

Anayasa Mahkemesi, bazı ihlal kararlarının gereklerini dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek veya kararda ihlal nedenini gideren birtakım değişiklikler yaparak yerine getirilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. İhlal nedeni duruşma açılmasını gerektirmediğinde dahi yeniden yargılamanın dosya üzerinden ve gerekçeli kararın yeniden yazılması suretiyle yapılması hatta ihlal nedeni giderilmek kaydıyla aynı karar sonucuna ulaşılmasının mümkün olduğunu da eklemektedir. Ancak Mahkeme, sonucun değişmeyeceği şeklindeki bir ön kestirmeyle yeniden yargılamanın yapılmayacağının ileri sürülemeyeceğini vurgulamaktadır[96].

Bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı, davaya katılan devlet organlarını Anayasa Mahkemesinin kararına uyma ve bu kararların icrasının gerçekleştirilmesi konusunda yükümlü hâle getirmektedir. Burada icra ile söz konusu olan kararın gerçekleştirilmesine yarayacak

---

94 *Mehmet Doğan*, § 60.

95 *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019, § 74; *Ali Oğuz (2)*, B. No: 2019/2285, 15/3/2022, § 63.

96 *Ali Oğuz (2)*, B. No: 2019/2285, 15/3/2022, § 56.

araçların hazırlanması yoluyla kararın sonuçlarının düzenlenmesidir[97]. Anayasa Mahkemesinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla ilgili mercilere nasıl ve hangi araçlarla ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırabileceklerine yönelik bir hüküm verip vermediği konusuna baktığımızda kural olarak Anayasa Mahkemesi, ihlalin sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağı yönünde takdir yetkisini ilgili mercilere bırakmaktadır[98]. Bu şekilde ilgili merciinin de ihlal kararının niteliğinden hareketle ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik gerekenleri yapması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda ise Anayasa Mahkemesi *"somut olayın özelliklerini dikkate alarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağına dair ilkeleri"* belirleyebilmektedir[99]. Diğer bazı durumlarda ise Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin niteliğinden kaynaklı olarak ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasında ilgili mercilere sadece tek bir seçenek bıraktığı da görülmektedir. Bu tür bir durumda Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınması gereken tedbiri açıkça göstermektedir. Mahkeme bu tür durumların istisnai olduğunu da eklemektedir[100].

Anayasa Mahkemesi, bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verdiğinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kuralın mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, bir başka ifadeyle ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasının gerektiğine işaret etmektedir. Mahkemeye göre bunun gerçekleşebilmesi için de 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[101]. Elbette ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağı belirlenmelidir.

---

97 bkz. Kanadoğlu, K. (2020). Bireysel Başvuru Sonucu verilen Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası, (Ed. Ekinci, B.E.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Güncel Gelişmeler Sempozyumu Bildirileri (23-24 Mayıs 2019)* içinde, (223-244), Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınevi, s. 244.

98 *Savaş Çetinkaya*, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 67; *Ali Oğuz (2)*, B. No: 2019/2285, 15/3/2022, § 46; *Kadri Enis Berberoğlu (3)*, B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 94; *Şahin Alpay (3)*, B. No: 2018/10327, 3/12/2020, § 42.

99 *Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.* [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017, §§ 71, 72; *Kadri Enis Berberoğlu (3)*, § 95; *Şahin Alpay (3)*, § 42.

100 *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 82; *Şahin Alpay (3)*, § 42.

101 *Mehmet Doğan*, B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 55.

Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin konumuzu da oluşturan mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (6216 sayılı Kanun madde 50 (2) ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 79 (1) a)[102].

Anayasa Mahkemesi *gerekçeli karar hakkı yönünden ihlal kararı verdiğinde* genel olarak yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar varsa gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir[103]. Yeniden yargılama kararını Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının yeniden yargılama ile ortadan kaldırılması mümkün olduğu takdirde verebilecektir[104]. Yapılacak yeniden yargılama ise belirtildiği üzere bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir.

Gerekçeli karar hakkı ihlali yönünden verilen kararlarda, bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemesinin genel olarak ilgili mercilerce yeniden yargılama işlemlerini başlatmasına ve "*Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar*" vermesi yönünde sonuca ulaştığı görülmektedir[105]. Bazı durumlarda buna ek olarak -örneğin yukarıda da belirtilen unsurlardan biri olan- başvurucuya kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki bir iddia ya da itiraza ayrı ve açık bir yanıt verilmemesi nedeniyle ihlal gerçekleşmiş olabilir. Anayasa Mahkemesi, kararın bir örneğinin "*ayrı ve açık yanıt verilmesini gerektiren konularda yeniden yargılama yapılmak üzere*" şeklinde ilgili mahkemeye gönderilmesine de karar verebilmektedir[106].

---

102 *Mehmet Doğan*, §§ 57, 58.

103 bkz. *Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı*, B. No: 2015/964, 12/6/2018, § 78.

104 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 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 Yayınları, 1. Baskı, s. 184 vd.

105 bkz. *Fazilet Beyhan ve diğerleri*, B. No: 2019/35534, 3/3/2022, § 13. Benzer yöndeki diğer kararlara şu başvurular örnek verilebilir: *Ceylan Kızıl*, B. No: 2018/26776, 2/3/2022, § 64; *Kahir Bateyi Öztürün*, B. No: 2018/26771, 2/3/2022, § 64; *Ömer Demir*, B. No: 2019/37, 16/3/2022, § 65; *Mehmet Selim Demir*, B. No: 2019/13365, 24/3/2021, § 45; *Ahmet Ertan Çınar*, B. No: 2018/32978, 7/9/2021, § 43; *Yılmaz Çelik*, B. No: 2020/5280, 8/9/2021, § 28; *Emin Balta*, § 58.

106 bkz. *A.A.*, B. No: 2017/34502, 21/10/2021, § 113; *Mehmet Köz*, B. No: 2018/23430, 27/1/2021, § 43.

Anayasa Mahkemesine yapılan bir başvuruda, itiraz mercilerinin gerekçesiz olarak verilen tedbir kararlarına yapılan itirazları reddederken ilgili ve yeterli bir gerekçe göstermemeleri nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğuna karar verilmiştir. Aynı zamanda somut olay kapsamında ihlalin tespit edilmesinin başvurucunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı sonucuna ulaşmıştır . Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için gerekçeli karar hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya manevi tazminat ödenmesine karar verebilmektedir[107].

Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasının yeterli bir giderim sağlayacağı sonucuna ulaşırsa varsa tazminat talebinin reddine karar verebilmektedir[108]. Bazı durumlarda ise Mahkeme; ihlalin tespit edilmesinin başvurucunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağına, dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için gerekçeli karar hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya tazminat ödenmesine de karar verebilmektedir[109].

Gerekçeli karar hakkı kapsamında bazı durumlarda ihlalin giderilmesi amacıyla dosyanın ilgili Mahkeme tarafından yeniden ele alınmasında hukuki bir yarar kalmayabilir. Örneğin gerekçeli karar ihlali tedbir kararının süreli olması ve belirlenen sürenin sonunda hüküm ve sonuçlarının ortadan kalkması nedeniyle gerçekleşmiş olabilir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi, ihlalin giderilmesi amacıyla dosyanın tekrar ilgili Mahkeme tarafından ele alınmasında hukuki yarar bulunmadığı sonucuna ulaşabilmekte ve sadece bilgi edinilmesi açısından ihlal kararının ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verebilmektedir[110].

---

107 bkz. *M.Ş.N.*, §§ 41-43.

108 *Serhat Soysalan*, § 42.

109 *M.Ş.N.*, B. No: 2018/3789, 7/4/2021, § 43. Bu tür başvurularda Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığından ve ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya tazminatın ödenmesine karar verebilmektedir. bkz. *Emre Kaya*, B. No: 2018/743, 10/2/2021, 42; *Mustafa Atak*, B. No: 2018/27304, 24/2/2021, 40.

110 *Salih Söylemezoğlu*, § 45.

Gerekçeli karar hakkı ihlali sonucunda başvurucu temyiz hakkını, karar gerekçesini bilmeden yapmak zorunda kalabilir. Bu tür durumlarda başvurucuya temyiz yapma imkânı da verilebilmektedir. Örneğin, başvuru konusu bir olayda, başvurucunun sekiz günlük temyiz süresi içinde süre tutum dilekçesiyle yaptığı temyiz başvurusunun Yargıtayca ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararı başvurucuya tebliğ edilmeden onanmış, bu nedenle de başvurucu temyiz başvurusunu mahkemenin gerekçesini bilmeksizin yapmıştır. Yargıtay da başvurucunun temyiz itirazlarını almaksızın temyiz incelemesi yaptığı için gerekçeli karar hakkına uyumlu bir yargılama yapılmadığı ve gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi, başvurucuya ilk derece mahkemesi kararının gerekçesini bilerek ve bu gerekçeye karşı iddialarını sunacak şekilde temyiz başvurusu yapma imkânı verilmesinde hukuki yarar bulunduğundan 6216 sayılı Kanun'un (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurucuya temyiz başvurusu yapma imkânı verilmesi amacıyla dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verebilmektedir[111].

Anayasa Mahkemesinin, bir başvuruda ihlal tespiti ile yeniden yargılama yapılmasına karar verdiği; ancak bu kararının yerine getirilmemesi nedeniyle tekrar Anayasa Mahkemesine başvuru yapıldığı kararlar da karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen *"bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği"* anlamına gelmektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları incelemek de bireysel başvuruları incelemeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin görev alanına girmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılacak bu inceleme, olayların baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi şeklinde değil Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme olacaktır[112]. Bu tür durumlarda Anayasa Mahkemesi, daha önce verilen ihlal kararının gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle ikinci kez ihlal kararı verilmesiyle yalnızca ihlal tespiti yapılmasının ve yargılamanın yenilenmesine hükmedilmesinin başvurucuların mağduriyetinin giderilmesi bakımından yeterli olmayacağına ve

111 *Vesim Parlak*, §§ 41, 46.

112 *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 52.

başvurucuların manevi zararları karşılığında tazminat ödenmesine de karar verebilmektedir[113].

SONUÇ

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak karşımıza çıkan gerekçeli karar hakkı, savunma ya da kanun yollarına başvurma hakkı gibi diğer başka haklardan yararlanabilme imkânı tanımaktadır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında esaslı bir iddianın dikkate alınmaması, yeterli açıklama içermeyen ya da çelişkili gerekçeler, kanuna dayanmayan ilgisiz gerekçeler gibi birçok konu adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkı yönünden incelenebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkının kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlaması ve denetlemeyi amaçlaması, tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri ve kanun yoluna etkili başvuru yapmalarını mümkün hâle getirmesi bakımından önemine vurgu yapmaktadır. Bunlara ek olarak gerekçeli kararın demokratik bir toplumda, toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması bakımından gerekli olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre gerekçenin makul dayanakları olan bir bilgilendirmeyi sağlayacak ölçü ve özene sahip olması gerekmektedir. Gerekçeli kararda, davanın esas sorunlarının incelendiğinin anlaşılması önemlidir.

Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkı yönünden ihlal kararı verdiğinde genel olarak yeniden yargılama yapılmasında hukukî yarar varsa gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir. Burada elbette yeniden yargılama kararı, ihlalin ve sonuçlarının yeniden yargılama ile ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu durumlar açısından verilebilecektir. Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasıyla yeterli bir giderim sağlanabileceği sonucuna ulaşırsa ve tazminat talebi yapılmışsa bu tazminat talebinin reddine karar verebilmektedir. Bazı durumlarda ise eski hâle getirme kuralı çerçevesinde, ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararlar söz konusu olabilmektedir. Bu tür durumlar söz konusu olduğunda ise Anayasa Mahkemesi, bunu da değerlendirerek

[113] *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 75.

başvurucuya tazminat ödenmesine karar verebilmektedir. Yine bazı başvurular açısından Anayasa Mahkemesi tarafından, ihlal tespiti ile yeniden yargılama yapılmasına karar verildiği ancak bu kararının yerine getirilmemesi nedeniyle yeniden Anayasa Mahkemesine başvuru yapıldığı da görülmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi, daha önce verilen ihlalin devam ettiği anlamına gelmektedir. Bu tür başvurularda ise Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları incelemenin de yine kendi görev alanına girdiğini ifade etmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

ALP, Mustafa (2001). "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, ss. 425-441.

ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema, HANAĞASI, Emel (2020). *Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı.

AŞÇIOĞLU, Çetin (2003). "Yargıda Gerekçe Sorunu", *TBB Dergisi*, S. 48., ss. 109-116.

AŞÇIOĞLU, Çetin (1992). "Yargı Kararlarında Gerekçe", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Ayrı Bası), ss. 43-49.

BAKIRCI, Fahri ve İba, Şeref (2017). *Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası*, Ankara: Turhan Kitabevi.

BEKRİ, M. Nedim (2014). "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., ss. 203-228.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem (2016), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınları, 9. Bası.

EVELİNE T. Feteris (2019). *Hukuki Argümantasyonun Temelleri, - Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma-*, Çev. Uzun, E., İstanbul: Pinhan Yayınları, 1. Basım.

GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları, 24. Baskı.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2016). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 11. Bası.

HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES E. P., BUCKLEY, Carla (2013). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Karan, U., Bingöllü Kılcı, M. (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, Türkçe 1. Baskı.

İNCEOĞLU, Sibel (2008). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul: Beta Yayınları, 3. Bası.

İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi–4.

KANADOĞLU, Korkut (2020). Bireysel Başvuru Sonucu Verilen Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası, (Ed. Ekinci, B.E.), *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Güncel Gelişmeler Sempozyumu Bildirileri (23-24 Mayıs 2019)*, içinde, (223-244), Gazimağusa: Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınevi.

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 Yayınları, 1. Baskı.

KARAYALÇIN, Yaşar (1994). *Hukukda Öğretim – Kaynaklar – Metod Problem Çözme*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 4. Baskı.

KILIÇ, Muharrem (2021). "Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 12., S. 47., ss. 1-46.

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder (2014). *Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 25. Baskı.

ÖZER, Attila (1996). *Gerekçeli 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara: Lazer Ofset Matbaa.

PEKCANITEZ, Hakan (1997). "Medeni Yargıda Adil Yargılama", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2., Nisan, ss. 35-55.

ŞEKER, Hilmi (2004). "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 10. Kitap, Haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, ss. 14-42.

ŞİRİN, Tolga (2018). *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1*, Ankara.

ŞİRİN, Tolga (2021). Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ekim, S. 48., Y. 12., ss. 65-85.

TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2019). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 18. Bası.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayınları.

ÜNAL, Şeref (2001). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara: TBMM Basımevi.

VİTKAUSKAS, Dovydas, DİKOV, Grigoriy (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Çev. Cengiz, S., 2. Baskı.

YENİSEY, Feridun (2021). Ceza Muhakemesinde Gerekçe, *Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması - Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi-*, 28 Nisan 2021, https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/8e09f0b7-9c1e-4b6b-ad44-04f5dc179e68-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-28.04.21-28.09.21.pdf (Erişim Tarihi: 13/12/2021), ss. 141-145.

YERDELEN, Erdal (2015). Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı.

YILMAZ ÖZEL, Nurcan (2016). *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1 Baskı.

YILMAZ, Ejder (2005). *Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Baskı.

YILMAZOĞLU, Y.E. (2017). Bireysel Başvuruda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriteri (Kanun Yolu/Temel Hakla İlgili Olmayan Sonuç Şikâyeti), *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi,* içinde Koç, M.İ. ve Kaplan, R. (Ed.), (ss. 229-363). Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2021). "Gerekçeli Kararın Anayasal Boyutları", *Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması - Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi-*, 28 Nisan 2021, https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/8e09f0b7-9c1e-4b6b-ad44-04f5dc179e68-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-28.04.21-28.09.21.pdf (Erişim Tarihi: 13/12/2021), ss. 33-38.

ZÜHAL Aysun Sunay (2016). *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Baskı.

Kararlar

Anayasa Mahkemesi Kararları

A.A., B. No: 2017/34502, 21/10/2021.

A.H., B. No: 2015/15174, 12/6/2018.

Abdulaziz Özmen ve diğerleri, B. No: 2014/4815, 6/7/2017.

Abdullah Topçu, B. No: 2014/8868, 19/4/2017.

Afitap Salman, B. No: 2013/2105, 11/11/2015.

Ahmet Belge, B. No: 2014/2362, 26/10/2016.

Ahmet Ertan Çınar, B. No: 2018/32978, 7/9/2021.

Ahmet Gökhan Rahtuvan, B. No: 2014/4991, 20/06/2014.

Ahmet Naim Sarı, B. No: 2014/6079, 29/9/2016.

Ahmet Teyit Keşli (2), B. No: 2013/7496, 17/2/2016.

Alexander Fietzek ve diğerleri, B. No: 2014/14223, 19/7/2017.

Ali Oğuz (2), B. No: 2019/2285, 15/3/2022.

Ali Yanar, B. No: 2013/5216, 14/4/2016.

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

Arzu Aydın Margi, B. No: 2014/10007, 18/05/201.

Aydın Alphan ve diğerleri, B. No: 2014/12559, 5/12/2017.

Ayla (Şenses) Kara, B. No: 2013/7063, 5/11/2015.

AZ. M, B. No: 2013/560, 16/4/2015.

Aziz Turhan, B. No: 2012/1269, 08/05/2014.

Aziz Yemen, B. No: 2019/5918, 23/11/2021.

Bayram Ali Devecioğlu, B. No: 2017/39387, 15/9/202.

Bayram Keleş, B. No: 2013/6163, 1/12/2015.

Bayram Özkaptanoğlu, B. No: 2013/1015, 8/4/2015.

Bayram Şeker, B. No: 2017/37823, 12/9/2018.

Behice Çalışkan, B. No: 2015/5723, 4/7/2018.

Berrin Baran Eker, B. No: 2018/23568, 2/7/2020. *Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga*, B. No: 2014/5909, 25/3/2015.

Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017.

Buğrahan Babacan, B. No: 2013/9661, 9/9/2015.

Cahit Tekin, B. No: 2013/2744, 16/7/2014.

Canan Tosun, B. No: 2014/8891, 10/5/2017.

Caner Kandırmaz, B. No: 2013/3672, 30/12/2014.

Celal Asan, B. No: 2014/15507, 27/12/2017.

Celal Çetin, B. No: 2017/26301, 15/9/2020.

Ceylan Kızıl, B. No: 2018/26776, 2/3/2022.

Çağdaş Mühendislik LTD. ŞTİ., B. No: 2013/3449, 22/1/2015.

Çağlar Yeşildağ, B. No: 2018/6904, 8/9/2021.

Çetin Gül, B. No: 2020/16856, 2/2/2022.

Derya Güneylioğlu, B. No: 2014/6090, 17/5/2016.

Doğcan İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş., B. No: 2014/1759, 11/12/2018.

Ekol Grup Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizm. LTD. ŞTİ., B. No: 2015/439, 8/2/2018.

Emin Balta, B. No: 2017/23739, 20/10/2021.

Emre Kaya, B. No: 2018/743, 10/2/2021.

Erdinç Engin, B. No: 2012/695, 12/2/2013, § 22.

Erkan Akış ve diğerleri, B. No: 2013/6133, 13/4/2016.

Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı, B. No: 2015/964, 12/6/2018.

F.Ö., B. No: 2013/5895, 19/11/2014.

Faik Gümüş, B. No: 2012/603, 20/02/2014.

Faris Aslan, B. No: 2014/1026, 20/5/2015.

Faruk Büyük, B. No: 2015/17044, 11/12/2018.

Fazilet Beyhan ve diğerleri, B. No: 2019/35534, 3/3/2022.

Ferhat Kara [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020.

Feyzullah Erarslan, B. No: 2014/7226, 4/11/2014.

Feyzullah Gültekin, B. No: 2014/13069, 21/02/2019.

Gaziler Enerji ve Tic. A.Ş., B. No: 2013/1660, 15/10/2014.

Gökhan Ayhan, B. No: 2015/3041, 19/4/2018.

Günay Gül, B. No: 2018/24514, 19/10/2021.

Halit Kabadağ, B. No: 2019/3589, 23/11/2021.

Harun Yalçın ve diğerleri, B. No: 2014/15254, 17/11/2016.

Hasan Rahmi Özgenç, B. No: 2013/2418, 16/12/2015.

Hasan Şimşek, B. No: 2013/1602, 19/11/2015.

Hatice Avcı ve diğerleri, B. No: 2014/9788, 22/09/2016.

Hüseyin Altundağ, B. No: 2014/13123, 22/11/2017.

Hüseyin Demirdizen, B. No: 2014/11286, 21/9/2016.

Hüseyin Özdemir, B. No: 2013/7455, 25/3/2015.

Hüseyin Şahin, B. No: 2014/10262, 21/2/2018.

İbrahim Akkan, B. No: 2014/7146, 26/02/2015.

İbrahim Şendil, B. No: 2013/4495, 17/07/2014.

İsmet Yağcı, B. No: 2013/6712, 26/6/2014.

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

Kahir Bateyi Öztürün, B. No: 2018/26771, 2/3/2022.

Kasım İlimoğlu, B. No: 2013/8136, 25/2/2015.

Kemal Turan, B. No: 2018/18194, 25/2/2021.

Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B. No: 2013/711, 3/4/2014.

Levent Piriştina, B. No: 2018/3154, 26/5/2021.

Lokman Sapan, B. No: 2013/723, 21/11/2013.

M.Ş.N., B. No: 2018/3789, 7/4/202.

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

Mehmet Gezginoğlu, B. No: 2014/4679, 8/6/2017.

Mehmet Köz, B. No: 2018/23430, 27/1/2021.

Mehmet Selim Demir, B. No: 2019/13365, 24/3/2021.

Mehmet Temizel, B. No: 2014/3044, 15/6/2016.

Mehmet Yavuz, B. No: 2013/2995, 20/2/2014.

Mehmet Zülfü Tekeş, B. No: 2014/12158, 1/2/2017.

Mesude Yaşar, B. No: 2013/2738, 16/7/2014.

M. K., B. No: 2014/13023, 11/3/2015.

Metin Er ve Mustafa Er, B. No: 2014/5563, 21/6/2017.

Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi, B. No: 2013/1213, 4/12/2013.

Musa Şahin, B. No: 2014/12780, 2/2/2022.

Mustafa Atak, B. No: 2018/27304, 24/2/2021.

Mustafa Atak, B. No: 2018/27304, 24/2/2021.

Mustafa Kahraman, B. No: 2014/2388, 4/11/2014.

Mustafa Türkuz, B. No: 2017/38496, 13/10/2020.

Münür Ata, B. No: 2014/4958, 22/01/2015.

Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013.

Necla Yaşar, B. No: 2020/35444, 14/9/2021.

Nesrin Kılıç, B. No: 2013/772, 07/11/2013.

Nilgün Gökay, B. No: 2014/3303, 12/1/2017.

Nusret Yumrutaş, B. No: 2013/6355, 19/11/2015.

O. H., B. No: 2013/3156, 15/12/2015.

Oğuz Tatış ve diğerleri, B. No: 2013/4186, 15/10/2014.

Osman Geçer, B. No: 2013/1326, 17/07/2014.

Osman Muzmul, B. No: 2013/2736, 2/12/2015.

Ömer Demir, B. No: 2019/37, 16/3/2022.

Ramazan Şahin, B. No: 2018/36718, 17/11/2021.

Sahibe Çelik ve Necla Çelik, B. No: 2013/4899, 20/01/2016.

Salahattin Özek, B. No: 2014/6978, 26/2/2015.

Salih Söylemezoğlu, B. No: 2013/3758, 06/01/2016.

Savaş Çetinkaya, B. No: 2012/1303, 21/11/2013.

Selim Berna Altay, B. No: 2013/8397, 16/10/2014.

Sencer Başat ve diğerleri, B. No: 2013/7800, 18/06/2014.

Serap Öz, B. No: 2013/1394, 24/06/2015.

Sercan Çelik, B. No: 2017/37350, 24/6/2020.

Serhat Soysalan, B. No: 2017/16903, 27/2/2020.

Sinan Cihan Aksoy, B. No: 2014/13062, 30/3/2016.

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

Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014.

Turgay Coşkun, B. No: 2013/1286, 16/4/2015.

Turgut Öztop, B. No: 2016/6023, 10/10/2019.

Ülkü Özgür, B. No: 2013/2263, 26/6/2014.

Ümmügülsüm Salgar, B. No: 2016/12847, 21/10/2021.

Ünal Aslantürk, B. No: 2013/1876, 8/9/2015.

Vedat Benli, B. No: 2013/307, 16/5/2013.

Vesim Parlak, B. No: 2012/1034, 20/3/2014.

Volkan Doğdu, B. No: 2016/4186, 12/09/2019.

Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 04/12/2013.

Yaşar Kuşu, B. No: 2016/694, 22/1/2019.

Yılmaz Çelik, B. No: 2020/5280, 8/9/2021.

Yusuf Keskin ve Sefer Baysal, B. No: 2013/7806, 21/4/2016.

İHAM Kararları

Emel Boyraz/Türkiye, B. No: 61960/08, 2/3/2015.

Garcia Ruiz/İspanya, B. No: 30544/96, 21/1/1999.

Hadjianastassiou/Yunanistan, B. No: 12945/87, 16/12/1992.

Helle/Finlandiya, B. No: 157/1996/776/977, 19/1/1997.

Higgens ve diğerleri/Fransa, B. No: 134/1996/753/952, 19/2/1998.

Kutic/Hırvatistan, B. No: 48778/99, 1/3/2002.

Ramda/Fransa, B. No: 78477/11, 9/4/2018.

Van De Hurk/Hollanda, B. No: 16034/90, 19/4/1994.

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 213–261.

SOMUT NORM DENETİMİNDE ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİASININ CİDDİLİĞİ MESELESİ

Seriousness of the Alleged Unconstitutionality in the Process of Claim of Unconstitutionality

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Emrullah EGELİĞİ*

ÖZET

Somut norm denetimi usulüne başvurmak için mahkemenin davaya uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varması gerekmektedir. Ancak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu taraflarca ileri sürülürse bu durumda mahkeme itirazların ciddi olup olmadığını değerlendirmelidir. Yani iki ayrı durum için iki ayrı değerlendirme kriteri öngörülmüştür. Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddiliği, objektif ve subjektif boyutlara sahiptir. Objektif ciddilik aykırılık itirazının hukuken tartışılabilir olmasıdır. Subjektif ciddilik ise aykırılık itirazının iyi niyet kurallarına uygun olmasıdır. Her iki boyut birlikte aranmalıdır. Aksi halde kötü niyetle, davayı uzatmaya yönelik itirazlar gerçekleştirilebilir. Bu tarz kötü niyetli itirazların kabul edilmesinde bazı sakıncalar vardır. Somut norm denetimi, o mahkemede, ilgili hükmün uygulanacağı bütün davaları durdurucu etkiye sahiptir. Dolayısıyla bu davalar için makul sürede yargılanma hakkının ihlaline neden olabilir. Ciddi bulmama kararı, kanun yolunda denetlenebilir. Çalışmada, Yargıtayın ciddi bulmama kararlarının denetimini nasıl gerçekleştirdiği de incelenmiştir. Yargıtayın aykırılık kanısına varma ve aykırılık iddialarını ciddi bulma kriterleri arasında bir ayrım yapmadığı eğilimi olduğu sonucu öne çıkmıştır.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, egeligi@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2742-8456.

Geliş Tarihi: 21/1/2022 ✦ Kabul Tarihi: 12/4/2022 *Araştırma Makalesi*

Anahtar Kelimeler: Anayasa yargısı, somut norm denetimi, anayasa usul hukuku, bekletici sorun, aykırılık iddiasının ciddiliği.

ABSTRACT

In order to raise a claim of unconstitutionality, the relevant court must first consider that a provision of law to be applied to a case before it is unconstitutional. However, if the parties to the relevant case argue that a provision of law is unconstitutional, then the court must first consider the seriousness of the objections. In other words, two separate evaluation criteria should be applied for two different situations. The seriousness of the claim of unconstitutionality has objective and subjective dimensions. Objective seriousness means that the claim of unconstitutionality is legally arguable. Subjective seriousness, on the other hand, requires that the claim complies with the rules of *bona fides*. Both dimensions should be taken into consideration together. Otherwise, claims may be used in bad faith to prolong the case. There are some drawbacks in accepting such malicious claims. The claim of unconstitutionality has the effect of suspending all cases in that court in which the relevant provision will be applied. Therefore, this procedure may result in a violation of the right to a trial within a reasonable time for these cases. The decision finding the claim of unconstitutionality unserious may be appealed. In this study, the procedure how the Turkish Court of Cassation evaluates the lower courts' decisions finding the claim of unconstitutionality unserious is also addressed. It has been concluded that the Court of Cassation has a tendency not to make a distinction between the criteria for finding an unconstitutionality and finding the claims of unconstitutionality serious.

Keywords: Constitutional jurisdiction, constitutional procedural law, claim of unconstitutionality, prejudicial question, seriousness of the claim of unconstitutionality.

GİRİŞ

Somut norm denetimi, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinin demokratikleşmesi adına önemli bir usuldür. Bu yol sayesinde belirli siyasi aktörlerin inisiyatifine özgülenmiş soyut norm denetiminin aksine geniş kesimlerce kanunların Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülebilir[1]. Ancak bu usulün etkili olması aykırılık itirazını değerlendirecek olan mahkemelerin yaklaşımına ve özenine bağlıdır.

Bir mahkeme, önündeki davaya uygulayacağı bir hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varırsa ya da tarafların öne sürdüğü Anayasa'ya aykırılık itirazını ciddi bulursa ilgili hükmü Anayasa Mahkemesine sevk etme yükümlülüğündedir. Mahkemenin bizzat aykırılık tespit etmesi ile tarafların öne sürmesi hâlleri farklı süreçler öngörmektedir. Buna göre aykırılığın bizzat tespit edilmesi mahkemenin aykırılık kanısına varmış olmasını, taraflarca öne sürülmesi hâlinde de aykırılık iddiasının ciddi bulunması gerekir. Ancak aykırılık iddiasının ciddi olması kriteri ne Anayasa'nın 152. maddesinde ne de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un somut norm denetimine ilişkin 40. maddesinde ayrıntılı bir şekilde yer almıştır.

Aykırılık iddiasının ciddiliğinin niteliğiyle ilgili daha ayrıntılı bilgi edinmek için öğreti ve kanun yollarındaki içtihat yol gösterici olacaktır. Gerçi özellikle Türkiye'nin anayasa yargısıyla tanışmış olduğu 1960'ların ilk yıllarında konuyla ilgili eserler mevcuttur. Ancak bu eserlerden sonra konunun yeterince irdelenmemesi ve kanun yollarında konuya ilişkin bir cevap bulma olasılığı çalışmayı kaleme almamızdaki temel motivasyonu teşkil etmiştir. Özetle çalışma, aykırılık iddialarının ciddiliğinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin öğreti ve uygulamanın bulmuş olduğu bir yanıt olup olmadığını araştırmak ve bazı çözüm önerileri sunmayı amaçlamıştır.

Öncelikle somut norm denetiminin esaslarına değinilmekle yetinilecektir. Daha sonra aykırılık iddiasının ciddiliğinin subjektif ve objektif şartlardan hangisi ya da hangilerini taşıması gerektiği tartışılacaktır. Ciddi bulma konusu öğreti ve yargı kararları çerçevesinde irdelenecektir. Yargıtayın ciddilik unsurunu öğretiyle uyumlu bir şekilde

[1] Özbek, M. S. (2015). Tatbikattan Hareketle Somut Norm Denetiminin Etkinliği Üzerine Bir Etüd, içinde Çoban, A. R., Gülener, S., Sağlam, M., Ekinci, H. (Der.) *Haşim Kılıç'a Armağan*, Cilt I (s. 1694-1722). Ankara: Anayasa Mahkemesi, s. 1369.

mi uyguladığı, bunu uygularken Anayasa'ya uygunluk denetimine varan değerlendirmelere yer verip vermediği konusu araştırılacaktır. Son olarak çalışmanın kapsamı ve amacı doğrultusunda somut norm denetiminin bekletici sorun etkisi[2] ve aykırılık itirazını ciddi bulmama kararının denetiminde uygulanacak usul[3] konularına yer verilecektir.

I. GENEL OLARAK SOMUT NORM DENETİMİ

Bu çalışmaya ilgi gösteren okuyucular büyük olasılıkla ve oranda somut norm denetiminin temel esaslarının farkındadır. Yine de çalışmanın spesifik sorusunu daha iyi aktarabilmek için somut norm denetimine ilişkin bazı hususlara değinmekte fayda vardır.

Somut norm denetimi davaya bakmakta olan mahkemenin davada[4]

---

2 Bekletici sorun etkisine daha detaylı değinilecek olmasının sebebi, somut norm denetimine başvurulmasının özellikle makul sürede yargılanma hakkı üzerindeki olası etkilerine dikkat çekme amacı taşımaktadır. Böylece Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen hükümlerin Anayasal denetiminin sağlayacağı yararla, somut norm denetimi usulünün yargılamayı bekletici etkisi arasında bir denge gözetilmesi gerekliliği vurgulanacaktır.

3 Ciddi bulmama kararının denetlenmesinin daha detaylı incelenmesiyle de çalışma kapsamında yararlanacağımız yüksek yargı kararlarının konuyla bağlantısı ortaya konacaktır. Anayasa Mahkemesi kararlarına Mahkemenin anayasa.gov.tr uzantılı adresinden; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarına hudoc.com uzantılı adresinden; diğer kararlaraysa Lexpara ve Kazancı gibi veri tabanlarından ulaşılmıştır.

4 Bu noktada öne çıkan sorulardan birisi Anayasa'ya aykırılık itirazının davanın hangi aşamalarında yapılabileceği sorunudur. Bu soru da ön inceleme aşamasında Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmasının mümkün olup olmadığı alt sorusunda spesifikleşmektedir. Bazı bekletici sorunlar tahkikatın her aşamasında ileri sürülebilirken, bazı bekletici sorunlar tahkikat başlamadan önce ileri sürülmelidir. Dırenisa, E. (2021). *Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, İstanbul: On İki Levha, s. 292. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinde ön incelemenin kapsamı belirtilmiştir. Buna göre dava şartları ve ilk itirazların incelenmesi, uyuşmazlık konularının belirlenmesi, hazırlık işlemleri, delillerin toplanması için gereken işlemler, mümkün olan davalarda sulhe vey arabuluculuğa teşvik gibi unsurlar ön incelemenin kapsamını oluşturmaktadır. Bu işlemler yapılmaksızın davanın tahkikat safhasına geçilmesi mümkün değildir. Ermenek, İ. (2011). "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., s. 147. Yine 6100 sayılı Kanun'un 140. maddesine göre uyuşmazlık konusunun tespiti ön inceleme aşamasında yapılır. Uyuşmazlık konusunun tespiti aynı zamanda mahkemenin görevli veya yetkili olup olmadığını da belirler. Özetle, görev ve yetki, ön inceleme aşamasında incelenir. Buna bağlı olarak somut norm denetimi başvurusu, ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra yapılmalıdır. Keza uyuşmazlık noktalarının tespit edilerek, bu surette uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuk normlarının da açıklığa kavuşturulması sağlanır. Başka bir ifadeyle, uyuşmazlığı ve uyuşmazlık noktalarını tam olarak tespit etmeden, yapılacak hukukî nitelendirme kapsamında uygulanacak olan hukuk normlarını belirlemek mümkün değildir. Dolayısıyla sağlıklı yürütülmüş bir ön inceleme aşamasından sonra, somut uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuk normlarını belirleyen mahkeme, somut norm denetimi başvurusu talebinin, ilk olarak mevcut yargılama bakımından uygunluğunu ve yerindeliğini tayin edecek, sonrasında bu talebi ciddî gördüğü takdirde, ara kararı vererek, somut norm denetimi başvurusunda bulunacaktır. Bu gerekçelerle Anayasa'ya aykırılık itirazının ön inceleme aşamasında ciddi görülmesi usulden reddedilmesi gereken bir dava içerisinde ve/veya uygulanmayacak bir normun Anayasa Mahkemesine gönderilmesi riskini taşır.

uygulanacak kanun hükmünü[5] Anayasa'ya aykırı görmesi veya davanın taraflarından[6] (keza vekillerinden biri tarafından) ileri sürülen aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısı üzerine Anayasa Mahkemesine başvurmasıyla gerçekleştirilen Anayasa'ya uygunluk denetimidir[7]. Bu tanıma göre herhangi bir davaya bakmakta olan mahkemeler de o davada uygulanacak kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görür veya davanın taraflarından (keza vekillerinden biri tarafından) ileri sürülen aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, Anayasa Mahkemesine başvurabilirler[8].

Somut norm denetiminde aykırılık itirazının ön sorun olarak ilgili mahkemede çözülmesi, bu yolun yargısal yönünü, özellikle soyut norm denetiminde daha ön plana çıkarmaktadır[9]. Ancak Türk hukukunda somut norm denetimi, soyut norm denetiminin aksine kanun ve

---

5 Aykırılık itirazına konu olan hükmün davaya uygulanacak norm niteliğinde olması şartı aranmaktadır. Aksi durumlarda Anayasa Mahkemesi somut norm denetimine başvuran mahkemenin yetkisiz olduğuna karar vermektedir. AYM, E.2001/478, K.2004/38, 25/3/2004. Ayrıca ilgili kanun hükmünün davaya uygulanacak bir hüküm olması kadar Anayasa Mahkemesine sevk edilirken de spesifik olarak belirtilmesi gereklidir. Söz konusu hüküm belirtilmeksizin kanunun tamamıyla ilgili somut norm denetimi gerçekleştirmek kural olarak mümkün değildir. AYM, E.1987/34 K.1987/33, 3/12/1987; AYM, E.1993/30 K.1993/27, 7/9/1993. Benzer yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 4/10/2012 tarihli ve 2012/8539 sayılı kararı. Bu kuralın istisnası olarak, tüm kanun metninden hangi kuralın uygulanacağının spesifik olarak belirlenebileceği, kısa metinli kanunlar gösterilebilir.

6 Taraf sıfatını haiz olmayan kişiler -örneğin bilirkişi, tanık, mahkeme kâtibi gibi- bu yönde bir itiraz ileri süremeyecektir. Ancak tanık, dava nedeniyle kendisi ile ilgili uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığını mahkemeye sunabilir. Kıratlı, M. (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara: AÜSBF Yayınları-Sevinç Matbaası, s. 70. Kamu adına iddia makamını oluşturan Cumhuriyet Savcısının da davada taraf sıfatını haiz olduğundan bakılmakta olan bir davada mahkeme nezdinde Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunabilecektir. Hukuk davalarında asli müdahil davada taraf sıfatını haiz olduğundan bu konuda tam bir hakka sahiptir. Aydın'a göre, feri müdahil ise, taraf sıfatını haiz olmadığından bu konuda tam bir hakka sahip değilse de teknik olarak Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunabilir ancak mahkeme bu iddiayı ciddi bulmaz ise, hükmü ve bu konuyu temyiz edemez. Aydın, M. (2007). "Mahkemelerde Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddîliği", *AÜSBFD*, C. 62., S.3., s. 31. İhtiyari ve mecburi dava arkadaşları ise davada taraf sıfatına sahip olduklarından, bunlardan her biri Anayasa'ya aykırılık iddiasını ileri sürebilecektir. Kuru, B. (1991) *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul: Alfa Yayınları, s. 1143 aktaran Ömeroğlu, A. (2014). Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 60.

7 Kaboğlu, İ. Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul: Legal, s. 351-352; Teziç, E. (2015). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta, s. 245; Özbudun, E. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, s. 398; Gözler, K. (2017). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin, s. 428.

8 Bilge, N., Önen, E. (1978). *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 23; aktaran Ömeroğlu, A. (2014). s. 57.

9 Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)*, Ankara: Yetkin, s. 85.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil bakımından denetimini kapsamaz; yalnızca esas bakımından denetimine olanak tanır[10].

Somut norm denetimi öğretide itiraz yolu olarak da anılmaktadır. Bununla birlikte ilgili usulün *defi* şeklinde tanımlandığı da gözlemlenmektedir. Somut norm denetiminin defi mi yoksa itiraz mı olduğu sorusunun yanıtı, bu yola dair bazı ipuçları taşımaktadır. Öğretideki bir görüşe göre Anayasa'ya aykırılık iddiası, niteliği itibarıyla bir *defi* değil *itirazdır*. Çünkü bu denetim mekanizmasının harekete geçirilebilmesi için münhasıran taraflardan birinin aykırılık beyanında bulunması gerekli olmayıp bu durum kendiliğinden mahkemece de dikkate alınabilir[11]. Bazen *defi* kavramı kullanılıyor olsa da bu yolun kullanımının mahkemenin aykırılık iddiasını ciddi bulması şartına bağlı olması nedeniyle *itiraz yolu* terimi tercihi daha isabetli olacaktır[12].

Taraflarca yapılan Anayasa'ya aykırılık itirazı karşısında mahkemelerin itirazı ciddi bulup bulmadığına dair bir ara kararı vermesi gerekmektedir. Bu karar gerekçeli olmalıdır[13]. Anayasa'nın 152. maddesinde Anayasa'ya aykırılık itirazının reddedilmesi hâlinde bu iddianın "*temyiz merciinde*" esasla beraber ele alınacağı belirtilmektedir[14]. Ancak bu hüküm, aykırılık iddiasının her durumda Yargıtay aşamasında ele alınacağı anlamına gelmemektedir. Zira bazı kararlar itiraz ya da istinaf kanun[15] yollarında da kesinleşebilir. Bu gibi hâllerde aykırılık iddiasının ciddiliği bir üst kanun yolunda değerlendirilecektir. Yargıtay da anayasa koyucunun bu hükümle bir yargılamayı kesinleştiren en üst yargı yerini kastettiğini belirtmektedir[16]. Dolayısıyla aykırılık iddiasına konu olan hükmün temyiz kanun yolunda incelenebilmesi için karara karşı temyiz yolunun açık olması gerekmektedir[17]. Örneğin itiraz kanun yoluna

---

10 AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/3/2017, §§ 7-10.

11 Ömeroğlu, A. (2014). s. 57.

12 Değerli, Y. S. (2020). *Anayasa Yargısında Ön-Denetim*, Ankara: Adalet, s. 63.

13 Özbek, M. S. (2015). s. 1310. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23/6/2004 tarihli ve 2004/375 sayılı kararı.

14 1961 Anayasası da aykırılık iddiasının ciddiliğine ilişkin kararın esasla birlikte temyiz edileceği yönündedir. Soysal, M. (1997). *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, s. 256.

15 Konya Bölge Adliye Mahkemesinin 2. İdari Dava Dairesinin 26/4/2017 tarihli ve 2017/823 sayılı kararı.

16 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/05/2017 tarihli ve 2017/303 sayılı kararı.

17 Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 19/04/2016 tarihli ve 2016/8148 sayılı kararı. *"(…) İnfaz aşamasında 4771 sayılı Yasanın uygulanmasına ilişkin kararlar itiraza tabi olup, itiraz üzerine merciince inceleme yapılarak gerekli karar verildiğinden ve ayrıca 4771 sayılı Yasanın Anayasaya*

tabi bir karara karşı başvuru yolu olarak temyizin gösterilmesi, yasal başvuru yolunu değiştirmeyeceğinden Anayasa'ya aykırılık *itiraz kanun yolunda* değerlendirilecektir[18]. Bu durum istinaf kanun yoluna açık karar türleri için de geçerlidir. Temyiz edilebilen istinaf kararlarında ise yine son karar mercisi olarak Yargıtay, aykırılık iddiasının ciddiliğini değerlendirebilmektedir[19].

II. AYKIRILIK İDDİASININ CİDDİLİĞİ

Somut norm denetiminde aykırılık iddiasının ciddiliği konusuyla ilgili bir düzenleme olmasa da öğretide ciddilik kriterinden ne anlaşılması gerektiği tartışılmıştır[20]. Yargıtayın konuyla ilgili aydınlatıcı bir içtihadı

aykırılık iddiası üzerine verilen kararın da temyizi mümkün bulunmadığından hükümlünün temyiz talebinin CMUK.nun 317.maddesi uyarınca istem gibi REDDİNE, 2.6.2003 gününde oybirliği ile karar verildi." Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 2/6/2003 tarihli ve 2003/984 sayılı kararı.

18 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/05/2017 tarihli ve 2017/303 sayılı kararı.

19 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23/12/2020 tarihli ve 2020/6001 sayılı kararı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1/12/2020 tarihli ve 2020/5557 sayılı kararı.

20 "*Ciddi*" kelimesi Türkçeye Arapçadan girmiş bir kelimedir. Kelimenin Arapça, *canlılık, keskinlik* gibi bir anlamdan türediği düşünülmektedir. Türkçe Online Etimoloji Sözlüğü, https://www.etimolojiturkce.com, (Erişim Tarihi: 11/10/2021). Kelimenin İngilizce karşılıklarından olan "*serious*" kelimesinin etimolojik serüveni incelendiğindeyse "*ağırlık*" kavramının önce çıktığı görülmektedir. Online Etymologie Dictionary, https://www.etymonline.com, (Erişim Tarihi: 11/10/2021). Bu kavramlardan hareketle ciddilik kavramının içinde belirlilik, kesinlik ve belirli bir ağırlığa ulaşma şartlarının arandığı söylenebilir. Esasında "*ciddilik*" kavramı hukukun çeşitli dallarında da bir olgu ya da vakanın belirli bir ağırlığa ve kesinliğe ulaşması anlamlarında kullanılmaktadır. Örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadında gazetecinin bazı bilgi ve belgeleri teslim etmesi hâlinde haber kaynağının kimliğinin tehlike atılması açısından ciddi bir risk doğurması hâli bir istisna olarak zikredilmiştir. Bu ifade özelinde ciddi kelimesini, yakın ve somut anlamı taşıdığı söylenebilir. Sanoma Uitgevers/Hollanda (Büyük Daire), B. No: 38224/08, 14/9/2010, §§ 90-92; Esmer, M. (2020). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Medya Özgürlüğü: Kapsamı ve Sınırları", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., s. 777. Benzer şekilde İHAM'ın kötü muamele ve işkence tanımlamaları arasındaki farkta eylemlerin ciddi bir seviyeye ulaşması kriteri dikkat çekmektedir. Anayurt, Ö. (2008). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 1, 2, s. 432. Yargıtayın eski tarihli içtihadında ciddi kavramı zaman zaman inandırıcılık, ikna edicilik anlamlarında da kullanılmıştır. Örneğin babalıkla ilgili ciddi şüpheler, babalık karinesinin zayıflama nedeni olarak gösterilmiştir. Şatıroğlu, M. (1981). "Babalık Davasında Maddi ve Manevi Tazminat", *Yargıtay Dergisi*, C. 7., S. 4., s. 283. Ciddiliğin kararlılık anlamı da mevcuttur. Nitekim İHAM, Sözleşme'nin koruduğu dinsel görüşlerin belirli bir seviyede inandırıcılık ve ciddiliğe ulaşması olması gerektiğini belirtmektedir. Jakobski/Polonya, B. No: 18429/06, 7/12/2010, § 44; Kanadoğlu, K. (2013). "Laiklik ve Din Özgürlüğü", *TBB Dergisi*, S. 109., s. 360. Ciddi kelimesi zaman zaman, ağır, etkili veya yoğun anlamlarında da kullanılmaktadır. Nitekim Uluslararası Ceza Divanının oluşturulma amaçlarından birisi olarak ciddi suçların cezası kalmaması zikredilmiştir. Bayıllıoğlu, U. (2011). Korunan Grupların Sınırlılığı Bağlamında Soykırım Yasağını Geniş Tutan İddialar ve Eleştirisi, içinde Günday M. (Der.). *Zabunoğlu Armağanı* (s. 113-144), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 134. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinde "kamu düzeninin ciddi bir şekilde bozulmasına yol açacak toplumsal olaylar" ifadesi de ciddi kavramının belirli bir ağırlığa ulaşmış olma anlamında kullanıldığı bir başka örnek olarak gösterilebilir. Ancak bu noktada öğretide (suçun) ağırlığın(ın) her zaman ciddilik kavramını

olup olmadığını irdelemeden evvel öğretideki yaklaşımlar, ele alınacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki aykırılığın resen görülmesi ve taraflarca öne sürülmesi ciddilik hususunun uygulanması açısından farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu ayrım öğretide de kabul edilmiştir[21]. Çalışmada da bu ayrım gözetilecektir.

karşılamayacağı da belirtilmiştir. Yasama dokunulmazlıklarının sınırıyla ilgili olarak suçun ağırlığının yanı sıra soruşturma ya da kovuşturmanın seçimden önce başlaması gerektiği de belirtilmiştir. Arslan, M. (2021). "Yasama Dokunulmazlığı", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 21., s. 94. Bu ayrım vurgusundan hareketle ciddiliğin eylem ve amaç arasında bir uyum gerektirdiği söylenebilir. Daha doğrudan bir ifadeyle ciddilik samimiyet ve gerçeklik unsurlarını da içinde barındırmaktadır. Bu durum ilerleyen bölümlerde tartışılacak olan, davayı uzatma ya da savsama amacı taşıyan Anayasa'ya aykırılık itirazlarının ciddiliği tartışmalarını anımsatmaktadır. Bunun yanı sıra idari yargıda dava ehliyeti açısından menfaat ihlali kriterinde ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişki alt kriteri öne çıkmaktadır. Bağrıaçık, A. (2016). "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 2., s. 49. Öğretide idari yargıdaki ciddilik kriterinin kişisellik kriteriyle özdeşleştirildiği de gözlemlenmektedir. Gür, N.T. (2019). "İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna Dair Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21., S. 2., s. 694; Yolal, H. (2018). "Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Dava Ehliyeti", Marmara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 81.

21 Örneğin Azrak, mahkemenin aykırılığı resen tespitinde aykırılık kanısına varılması gerektiğini; taraflarca ileri sürülmesi hâlindeyse ciddi bulunması gerektiğini belirtmektedir. Azrak, Ü. (1962). "Türk Anayasa Mahkemesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 28., S. 3, 4, s. 697. Duran'a göre de aykırılığın resen dikkate alınması hâlinde mahkeme, Anayasa'ya aykırılık kanısına sahip olmalıdır ancak aykırılık taraflarca öne sürülürse mahkemenin görevi bir tür filtre mekanizmasını yerine getirip tartışmayı Anayasa Mahkemesine sevk etmektir. Duran, L. (1965). "İtiraz Yolu ile Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi", *IHFM*, C. 31., S. 1-4., s. 297. Kuru da taraflarca öne sürülen aykırılık iddialarında derece mahkemesinin aykırılık kanısında bulunmak zorunda olmadığını, aykırılık iddiasını ciddi bulmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. Kuru, B. (2001). s. 6312. Kuru daha önce aykırılığın resen tespitinde de taraflarca ileri sürülmesi hâlinde de derece mahkemesinin söz konusu hükmü Anayasa'ya aykırı görmesi gerektiği, aykırılık konusundaki tereddütünü Anayasa Mahkemesine gönderemeyeceği görüşündedir. Kuru, B. (1964). Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, s. 168, aktaran Aybay, R. (1968). "Anayasanın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddiliği Sorunu", *IUHFM*, C. 33., S. 3, 4, s.164. Hatta Duran, bu ayrımı vurgulamak için 1961 Anayasası döneminde geçerli olan derece mahkemesinin Anayasa'ya aykırı hükmü ihmal edebilme olanağını kullanır. Yazara göre mahkemenin tarafların aykırılık itirazlarını derleyip Anayasa Mahkemesine sunmak dışında ayrıntılı bir gerekçe hazırlaması bazı sakıncalar taşır. 1961 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesinin 3 ay içinde karar vermemesi durumunda mahkeme, aykırılık itirazını kendisi çözecektir. İşte bu ihtimale karşı, mahkemenin kendisini bağlamaması için tarafların aykırılık iddiasını ciddi bulduğu bilgisiyle yetinmesi daha iyidir. Ancak mahkemenin resen bir aykırılık görmesi hâlinde aykırılığın gerekçelendirilmesi gerekir. Duran, L. (1965). s. 297, 306. 1961 Anayasası'nın 151. maddesi Anayasa Mahkemesinin aykırılık iddiasıyla ilgili 3 ay içinde karar verememesi hâlinde "*Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümliyerek dâvayı yürütür.*" ifadesiyle davaya bakan mahkemeye ilgili hükmü ihmal etme olanağı tanımıştır. Bunun aksine 1982 Anayasası'nın 151. maddesi, Anayasa Mahkemesinin aykırılık iddiasını 5 ay içinde çözümlememesi hâlinde "*Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.*" ifadesiyle 1961 Anayasası'nın mahkemelere verdiği inisiyatifi tanımamıştır. Kaboğlu, İ.Ö. (1997). *Anayasa Yargısı*, 2. Baskı, İstanbul: İmge Kitabevi, s. 74.

Tartışmalı bir diğer husus da "ciddilik" kavramının niteliğiyle ilgilidir. Bazı yazarlara göre ciddilik yalnızca objektif boyutuyla ele alınmalıdır. Yani aykırılık iddiasının hukuken tartışılabilir olması yeterli kabul edilmelidir. Diğer bir grup yazara göre ise ciddilik birtakım subjektif koşulları da sağlamalıdır. Anayasa'ya aykırılık itirazı davayı savsama, uzatma gibi kötü niyetli kullanımlarda dikkate alınmamalıdır. Bu tartışmalar ekseninde her iki boyut irdelenecektir.

A. RESEN AYKIRILIK KANISINA VARILMASI VE AYKIRILIK İDDİASININ TARAFLARCA İLERİ SÜRÜLMESİ FARKI

Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddiliği hususu bazen davaya bakan mahkemenin resen Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmasıyla karıştırılmaktadır. Oysa ki davaya bakan mahkeme, itiraz konusu hükmü Anayasa'ya uygun görse bile tarafların aykırılık itirazını ciddi bularak meseleyi Anayasa Mahkemesine gönderebilir[22]. Öte yandan mahkemenin resen aykırılık kanısına varması hâlinde mahkeme, tarafların aksi yöndeki iddialarına rağmen konuyu Anayasa Mahkemesine sevk edebilir[23]. Bu iki ayrı mekanizma, kanun hükümlerinin şüphelerden arınmış bir şekilde toplum vicdanında huzurla uygulanması amacına hizmet etmektedir[24]. Bu amacın gerçekleştirilmesinde öne çıkan çözüm yeri ise Anayasa Mahkemesidir.

Anayasa'nın 152'nci maddesi mahkemeye, bakmakta olduğu davada uygulayacağı kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını araştırma görevini vermektedir[25]. Bu hüküm incelendiğinde mahkemenin kendiliğinden

---

22 Kıratlı, M. (1966). s. 68.

23 Duran, L. (1965). s. 296.

24 Kıratlı, M. (1966). s. 68, 69. Kıratlı, eserinde bu duruma örnek olarak Ankara Ağır Ceza Mahkemesinin kararlarını göstermiştir. Gerçekten de Mahkemenin kararı bu amacı teyit eder bir gerekçe içermektedir: "*Söz konusu edilen bu 38 sayılı kanunun 1. Maddesinin (B) bendinin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk derecesinin, demokrasimizin en baş dayanağı olan Anayasa Mahkemesince de kontrolü ile bu kanunun en küçük ne bir itiraz ve ne de herhangi bir aykırılık iddialarına yer vermeyecek kesinlikte bir uygulama üstünlüğüne ve sonuç olarak da yayımlandığı günden beri her çeşit basının maksada göre anlayış çerçevesindeki yaptıkları ayrı ve şaşırtıcı yayınlar karşısında güvensizliğe düşürülmüş olan umumi efkarın yatıştırılması ve sanıkların müdafaa haklarının da umumi ceza prensipleri içinde layık olduğu bir üstünlük değerine ulaştırılabilmesi için 44 sayılı kanunun 27. Maddesinin ikinci bendi gereğince sanık müdafiinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varılarak…*" AYM, E.1963/16, K.1963/83, 8/4/1966, Kıratlı, M. (1966). s. 69.

25 Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin, s. 169. Özünde davayı gören mahkemenin davaya uygulanacak kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususu konusunda kendisine yüklenen bu

somut norm denetimini işletmesi hâlinde kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varması ve bunu gerekçeleri birlikte yazması gerektiğinden mahkemenin sırf bir şüphe üzerine bir kural ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine başvuru yapamayacağı ortaya çıkmaktadır[26]. Aykırılığın resen dikkate alındığı durumlarda mahkemenin ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmış olması, bir kriter olarak öne çıkmaktadır[27].

Anayasa'ya aykırılığın taraflarca ileri sürülmesi hâlinde davaya bakan mahkemenin söz konusu itirazı ciddi bulması gerekmektedir. Aykırılık iddiasının ciddiliği somut olayın nesnel koşullarına göre değerlendirilecektir[28]. Mahkeme, aykırılık iddiasını ciddi bulduğu takdirde bu iddiayı Anayasa Mahkemesine sevk etmek zorundadır; bu işi bir başka kararı beklemek için ertelemesi mümkün değildir[29].

B. "CİDDİLİK" KAVRAMININ OBJEKTİF ve SUBJEKTİF BOYUTLARI

Öncelikle ciddilik kavramının objektif ve subjektif boyutları gibi bir ayrımın yeni olduğunu söylemek gerekir. Daha önce kaleme alınan eserlerde ciddilik kavramı genellikle objektif boyutuyla ele alınmıştır. Bu çalışmada ayrıca subjektif boyut olarak nitelendireceğimiz kısım ise daha çok aykırılık itirazında bulunan kişilerin iyi niyeti ekseninde tartışılmıştır. Çalışmada, konunun birbirini tamamlayıcı niteliğine dikkat çekmek ve bir bütün olarak anlaşılmasının daha yararlı olacağı inancıyla objektif ve subjektif ciddilik şeklinde kavramlaştırma yoluna gidilmiştir.

1. Objektif Ciddilik

Objektif ciddilik, Anayasa'ya aykırılık iddialarının hukuki tartışılabilirlik değeri olarak özetlenebilir. Bu yönüyle Anayasa'ya aykırı olma ya da olabilme kavramlarından farklı kabul edilmelidir. Gerçi öğretide ciddiliği, dava mahkemesinin ilgili hükmü Anayasa'ya aykırı görmesi şartına bağlayan bir görüş de mevcuttur[30]. Örneğin Armağan'a

görev, Anayasa'nın 138'inci maddesinin ilk fıkrasında dolaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu Anayasa hükmüne göre: "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*."

26 Özbudun E. (2019). s. 404.

27 Sır, O. (2011). *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Ankara: Adalet, s. 320.

28 Tanilli, S. (2000). *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul: Adam, s. 600.

29 Kıratlı, M. (1966). s. 72.

30 Armağan, S. (1967). Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi, İstanbul: İÜHF, s. 89.

göre "kanısına varma"; deyimi, Anayasa'ya aykırılık kanısını ifade etmektedir[31]. Özbudun da 1982 Anayasası'na göre çıkarılmış bulunan, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Anayasa'ya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi*" başlığını taşıyan 40'ıncı maddesinin ilk fıkrasında tamamen aynı ifadeyi kullanıldığına dikkat çekmektedir[32].

Öğretide büyük ölçüde uzlaşıldığı gözlemlenen görüş ise itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılmasına gerek olmadığı yönündedir. Buna göre aykırılık iddiasının ciddi bulunması, mahkemenin aykırılık iddiasıyla ilgili bir şüphe duymaya başlamasını veya anılan kural ile ilgili olarak kamuoyunda mevcut bir şüphenin varlığı anlamına gelmektedir[33]. Aliefendioğlu ve Aybay "*ciddilikten*" anlaşılması gerekenin aykırılık iddiasının, "*hukuksal yönden tartışılır durumda*" olması gerektiğini belirtmiştir[34]. Kanaatimizce "tartışılabilirlik" kavramının "aykırılık" kavramından ayrılması, Anayasa'nın 152. maddesinin öngördüğü iki ayrı durumu kapsaması açısından, yerindedir[35]. Buna rağmen "tartışılabilirlik"

---

31 a.g.e. s. 89.

32 Özbudun, E. (2019). s. 404.

33 Kıratlı, M. (1966). s. 35. Burada bahsedilen kamuoyu değeri, belirgin bir hukuki ölçüt olarak kabul edilemeyeceğinden mahkemenin yukarıda bahsedildiği üzere gerekçesini yazarken hukuki değerlendirmelere başvurması gerekecektir. Ülgen, Ö. (2013). *İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, İstanbul: Beta, s. 153.

34 Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 142; Aybay, R. (1962). "Anayasa'ya Aykırılık İtirazı", *Dünya Gazetesi*, 12/11/1962, aktaran Kıratlı, M. (1966). s. 69. Benzer yönde bkz. Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2015). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. bs., İstanbul: Beta, s. 526.

35 Meselenin Alman hukukundaki yansıması ise, öğretide, görece daha katı yorumlanmaktadır. Buna göre Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık konusunda ikna olmalıdır; yüzeysel şüpheler ya da tarafların ikna olması somut norm denetimine başvuru için yeterli değildir Detterbeck, S. (2021) "Art. 100: Vorlagen zu Verfassungsgerichten", içinde Sachs, M. (Der), *Grundgesetz Kommentar* (s. 1833-1840), München: C.H. Beck, s. 1837; Müller-Terpitz R. (2018). "Art. 100: Normenkontrolle" içinde Hans Hofmann, Henneke H. G., Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. (Der), *GG Kommentar zum Grundgesetz* (s. 2700-2717), Köln: Carl Heymanns Verlag,, s. 2708. Buna göre ilgili normun Anayasa'ya aykırılığı şüphesi aşılabilir düzeydeyse, Mahkeme bu yasayı uygulamak zorundadır. Benda, E., Klein, E. (2001). *Verfassungsprozeßrecht, Ein Lehr- und Handbuch*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, s. 348. Federal Almanya hukukunda, aykırı bulma kavramının, Türk hukukundaki ciddi bulma kavramından farklı olduğu Pekcanıtez tarafından da teyit edilmektedir. Yazara göre, taraflarda birinin aykırılık iddiası karşısında mahkemenin, aykırılık iddiasını resen çözümlemesi öngörülmektedir. Pekcanıtez, H. (1980). "Bekletici Mesele (Meselei Müstehire)", *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 258. Alman öğretisinde vurgulanan bir diğer görüş de Federal Anayasa Mahkemesi'nin, somut norm denetimi başvurusunda bulunan mahkemenin gerekçesiyle bağlı olmamasıdır. Her ne kadar aykırılık iddiasına konu olan kanunun yorumlanmasında, ilgili dava önemli olsa da Anayasa Mahkemesi, kanunun uygulamada nasıl yorumlandığını dikkate alırken yüksek yargı kararlarına da başvurmalıdır. Benda, Klein, s. 349, 350. Mahkeme aykırılık konusundaki yorumlarını ve gerekçelerini karara yansıtmak zorundadır. Meyer W. (2021). "Art. 100: Verfassungswidrigkeit von Gesetzen", içinde Kaemmerer, J. A., Kotzur, M., Von

kavramının ciddilik sorusunu tamamen aydınlatacak şablon kriterler sunmadığı hususu eklenmelidir.

Yine de bu kavramın farklı alanlardaki görünümleri, konu açısından yol gösterici olabilir. Örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı açısından "*tartışılabilir bir iddia*" kavramı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadında bir ölçüt hâlini almıştır. İHAM, kendisini sınırlandırmamak adına "*tartışılabilir bir iddia*" kavramını açıkça tanımlamaktan çekinmiştir[36]. Başvurunun özgün koşullarına göre bu kriteri uygulama şansını korumayı tercih etmiştir[37]. Mahkemenin çekingen tutumuna rağmen tartışılabilir bir iddia kavramının somut olayın özgün koşullarına göre değerlendirilecek, açıkça dayanaktan yoksun olmayan, sonradan ispat edilebilir bir iddia olması gerektiği söylenebilir[38]. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında bu kavramı, "*araştırılabilir, tartışılabilir, araştırmaya değer, makul şüphe uyandıran*" ifadesiyle tanımlamıştır[39].

O hâlde tartışılabilir olma kavramının aykırılıktan önce bir aşama olduğu söylenebilir. Örneğin aykırılık iddiasının çözümlenmesi, itiraz konusu hükmün yarattığı müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesini gerektirebilir. Buradaki değerlendirme somut davayla sınırlı kalma olasılığı taşımaktadır. Bu nedenle ciddilik kriteri gereği, tartışmanın ölçülülük safhasında bırakılıp Anayasa Mahkemesine sevk edilmesinde yarar vardır[40]. Bu doğrultuda bir kanun hükmünün Anayasa

Münch, İ., Kunig, P. (Der), *Grundgesetz-Kommentar* (s. 883-910). München: C.H. Beck, s. 902, 903.

36 Arai, Y. (2006). Right to An Effective Remedy Before A National Authority (Article 13), içinde van Dijk, P., van Hoof, F., van Rijn, A., Zwaak, L. (Der.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (ss. 997-1026), Antwerp-Oxford: Intersentia, s. 1001.

37 Esposito / İtalya, B. No: 34971/02, 05/04/2007, *Plattform "Ärzte Für Das Leben"/ Avusturya*, B. No: 10126/82, 21/6/1988, §§ 26, 27. Gerçi burada daha çok hak ve özgürlüklerin ihlali kapsamında "tartışılabilir iddia" kriterinden söz etmek mümkündür. İHAM, tartışılabilir bir iddia kavramını ihlalden farklı kullanmıştır. 13. maddenin ihlaline karar verirken bağlı olarak öne sürüldüğü hakkın ihlal edilmiş olması şartını değil o hakka dair tartışılabilir bir iddia olup olmadığına bakmıştır. Konuyla ilgili bkz. Egeliği, Ö. E. (2021). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha, s. 85-92.

38 Richter, D. (2006). Das Recht auf Wirksame Beschwerde, içinde Grote, R., Marauhn, T. (Der.). EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum Europäischen und Deutschen Grunrechtschutz (s. 1066-114), Tübingen: Mohr Siebeck, s. 1076.

39 *Abdullah Yaşa*, B. No: 2015/12486, 5/11/2020, § 60.

40 Yine de böyle bir durumda yerel mahkemenin bilirkişiye başvurması, ölçülülüğün ciddi bir mesele yaratıp yaratmadığı hususunda ilk bakışta fikir verecektir. Derece mahkemesinde bilirkişiye başvurulmasının bir diğer faydası da müdahalenin somut olay özelinde örneklendirilmesi olanağı tanımasıdır. Hatta aynı hükümle ilgili birden fazla somut norm denetiminin gerçekleştirilmesi olasılığında Anayasa Mahkemesinin elinde farklı senaryolarla ilgili veriler olacaktır.

Mahkemesine bireysel başvuruda, ihlale yol açtığının tespit edilmesinin, o hükmün aykırılığının tartışılabilirliğini artırdığı açıktır[41]. Öte yandan aykırılık iddiasına konu olan hüküm, bir başka Anayasa maddesinden kaynaklıysa[42] ya da bir başka madde ışığında Anayasa'ya uygun olduğu yönünde yorumlanabiliyorsa burada tartışmanın ilerletilmesine gerek yoktur[43]. Eklemek gerekir ki ciddi bulmanın aykırı bulma zorunluluğu

[41] Pekcanıtez, H. (2018). "Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi", *Anayasa Yargısı*, S. 35., s. 100.

[42] Örneğin bir dava esnasında spor tahkimi kararlarına karşı yargı yolunun kapalı tutulmasının Anayasa'nın 125. Maddesine (*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır (…)* aykırı olduğu öne sürülebilir. Ancak Anayasa'nın 59. maddesi incelendiğinde spor tahkimi kararlarına karşı yargı yolunun kapalı tutulmasının kaynağının Anayasa olduğu görülecektir. *(…) Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz)* Dolayısıyla böyle bir hükme ilişkin aykırılık itirazı Anayasa'nın 59. maddesinde yer alan açık sınırlandırmaya rağmen bir başka Anayasa maddesine dayanılarak ciddi bulunmayacaktır. Aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine taşınacak seviyede bir tartışılabilirliği yoktur.

[43] Bir başka örnek de sosyal haklara ilişkin olabilir. Bu haklar Anayasa'da "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı 2. bölüm 3. kısımda yoğunlaşmıştır. Bu kısımda yer alan bir hakka dayanılarak, bir hükmün yeterli bir sosyal ödenek sağlamamasının Anayasa'ya aykırı olduğu öne sürülebilir. Örneğin sosyal güvenlik ödemelerine (madde 60) ya da sanatçılara (madde 64) verilen desteğe ilişkin bir hüküm aykırılık itirazına konu edilebilir. Böyle bir itiraz karşısında mahkeme, öncelikle, itiraz konusunun, Anayasa'nın 13. maddesi (*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*) ışığında yorumlanacak bir tartışma içerip içermediğini tespit etmelidir. Böyle bir tartışma içermiyorsa, bakılması gereken bir diğer hüküm Anayasa'nın 65. maddesi (*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*) olacaktır. Şayet aykırılık itirazları bu maddenin yorumuyla çözümlenebilecek düzeyde bir karmaşıklıktan ibaretse iddia ciddi bulunmayacaktır. Ancak aykırılık iddiasına konu olan hüküm 65. maddeyle çözülemeyecek kadar karmaşıksa ya da başkaca hak ve özgürlüklerle de ilgiliyse, iddia tartışılabilirliğini koruyacaktır. Bu bağlamda 65. madde gibi sosyal hakları farklı bir tür rejime açık hâle getiren 104. maddeye de değinmek gerekir: *"(…) Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. (…)"* 104. maddenin ilga ettiği benzer yöndeki 91. madde de 65. maddeyle birlikte okunduğunda sosyal hakları daha zayıf bir konuma getirdiği yönünde eleştirilere konu olmuştur. Kaboğlu, İ.Ö. (2012). Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları, içinde Kaboğlu, İ.Ö. (Der.), *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)* (s. 15-34). İstanbul: Legal, s. 16. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, hakların sınırlandırılmasında yalnızca Anayasa'daki tasniften yararlanılmaması gerektiğidir. Örneğin grev hakkı, sosyal haklar bölümünde düzenlenmiş olmasına rağmen grev hakkının sınırlandırılmasında, devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü meşru bir amaç ya da sınırlama kriteri teşkil etmeyecektir. Şahbaz, İ. (2009). "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", *TBB Dergisi*, S. 86, s. 417. Buradaki örnekte yalnızca 65. maddeyle filtrelenebilecek taleplerle yetinildiğini söylemek gerekir. Keza Anayasa'nın bütüncül bir yorumundan aykırılık iddiasının tartışılabilir olduğu sonucu çıkartılabilir. Doğrusu klasik haklar ve sosyal haklar arasındaki çizginin çok da belirgin olmadığı söylenmelidir. Bunun sonucu olarak sosyal hakların diğer bazı hak ve özgürlükler üzerinden, bir nevi dolaylı olarak, korunduğu gözlemlenmektedir. Örneğin İHAM kararlarından bazı örneklerde konut hakkı, negatif boyutuyla özel hayata saygı hakkı kapsamında (Prokopovich/Rusya, B. No: 58255/00, 18/11/2004, Marzari v. Italy, B. No: 36448/97, 4/5/1999); sosyal güvenlik

taşımadığı gibi, ciddi bulmama da dolaylı olarak söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığının tespiti anlamına gelmemektedir[44].

Mahkeme, aykırılık iddiasının tartışılabilirliğini değerlendirirken davanın diğer tarafının beyanlarından da istifade edebilir. Diğer tarafın beyanları aykırılık iddiasına karşı Anayasa çerçevesinde basit bir açıklama sağlıyorsa, tartışmaları Anayasa Mahkemesine taşımaya gerek yoktur. Ancak diğer tarafın beyanları, tartışmaları çözümlemekten uzaksa, hatta bilakis derinleştiriyorsa, aykırılık iddiasının ciddi olduğu söylenebilir[45].

2. Subjektif Ciddilik

Buraya kadar ciddilik kriterinin objektif boyutuna ilişkin görüş ve tespitlere yer verdik. Peki ciddilik kriteri subjektif bir boyut da içermekte midir? Öğretide, ciddilik kriterinin, tartışılabilirlik alt kriteriyle birlikte davanın uzatılma ya da savsama amacına hizmet etmeme alt kriterini de kapsadığı ileri sürülmektedir[46]. Bu görüşteki yazarlardan Duran, derece mahkemesinin işlevini bir tür filtre mekanizmasına benzetmiştir; buna göre aykırılık iddiasının davayı geciktirme, savsaklama gibi adalet dışında amaçlara hizmet etmesi hâlinde dikkate alınmamasını sağlayacak olan derece mahkemesidir[47]. Yargıtay da Anayasa'ya aykırılık itirazının davayı uzatma ya da savsama amacına hizmet etmediği hâllerde ciddi sayılacağına ilişkin bir tespite yer vermiştir[48].

hakkı mülkiyet hakkı kapsamında (Stec vd./Birleşik Krallık (Büyük Daire), B. No: 65731/01, 6/7/2005, Carlin/Birleşik Krallık, B.No: 27537/95, 03/12/1997; çalışma hakkı, angarya yasağı kapsamında (Siliadin/Fransa, B. No: 73316/01, 26/10/2005) ya da özel hayata saygı kapsamında (Baracco/Fransa, B. No: 31684/05, 5/3/2009) değerlendirilmiştir. Bu örneklerin devamı ve daha kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Şirin, T. (2014). "Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Dersin (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildirgeler, Petrol-İş Yayını: 119, İstanbul, s. 348-355. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Atasayan, G. (2019). Sosyal Hakların Yargısallaştırılması, Galatasaray Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul, s. 332; Marguenaud, J.P. (2012). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu (Çev. Gülden Kurt), Kaboğlu, İ.Ö. (Der.) (s. 221-228) (2012). s. 225.

44 Kıratlı, M. (1966). s. 72.

45 Burada taraf kavramıyla kastedilenin, somut norm denetimi başvurusunun yapıldığı davadaki taraftan ibaret olduğu vurgulanmalıdır. Bu bağlamda somut norm denetimi usulünün kendisinde taraf kavramına ve çelişme ilkesine yönelik bir inceleme için bkz. Ülgen, Ö. (2014). "Anayasa'ya Uygunluk Denetiminde Çelişme İlkesi", *TBB Dergisi*, S. 111., s. 322.

46 Azrak, Ü. (1962). s. 70.

47 Duran, L. (1965). s. 297.

48 Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 28/11/1988 tarihli ve 15864/15796 sayılı kararı, aktaran Kuru, B. (2001). s. 6314.

Ancak bazı yazarlara göre ciddilik hususu tarafların niyetleriyle ilişkilendirilemez. Bir tarafın niyeti davayı uzatmak dahi olsa Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi olabilir. Bu durumda tarafın niyetine bakılmaksızın ciddi olan aykırılık iddiasının çözümlenmesi için Anayasa Mahkemesine gönderilmesi gerekir[49]. Karşıt görüşteki Bilgin, şu argümanları ileri sürmektedir[50]:

- Aykırılık iddiasında bulunan taraf kötü niyetli olsa da aykırılık iddiası ciddiyse onu öne süren taraftan bağımsız olarak değerlendirilmeli ve hüküm denetlenmelidir,
- Davayı uzatmaya yönelik amaç ya da iyi niyetin saptanması objektif ölçütlere göre mümkün değildir ve keyfî uygulamalara yol açabilir,
- Aykırılık iddiasını öne süren tarafın amacı her hâlükârda ilgili hükmün kendisine uygulanmasını engellemektir.

Bu argümanlar bağlamında bazı soruların yanıtlanması gerekmektedir. Öncelikle amacı ilgili hükmün kendisine uygulanmasından kaçınmak olan, davayı uzatma ya da savsama amacı taşıyan bir tarafın Anayasa'ya aykırılık iddiası somut norm denetiminin işleyiş amacına (yine de) hizmet edecek midir? Soru, mahkemenin resen aykırılık görmesi ve tarafların öne sürmesi hâlinde aykırılık iddiasını ciddi bulmasının farklı olgular olduğu kabulüyle yanıtlanmalıdır. Mahkemenin resen aykırılık kanısına varması belirli bir şarta bağlanmış değildir. Dolayısıyla mahkemenin davayı uzatmaya yönelik (daha doğrudan bir tabirle iyi niyetli olmayan) itiraz vesilesiyle olsa dahi aykırılık kanısına varması hâlinde somut norm denetimine başvurulabilir. Ancak mahkeme aykırılık kanısına varmamış ise iddiaların ciddi olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu olasılıkta, ciddiliğin denetimi objektif boyutu aşacak ve subjektif bir değerlendirme gerektirecektir. Zira ciddilik kavramı yukarıda da ayrıntılı bir şekilde dile getirildiği gibi belirli bir ağırlık, keskinlik ve kişisellik gerektirir[51]. Buna ek olarak Yargıtay içtihadında ciddilik denetiminin itirazın davayı savsama ya da uzatmaya yönelik olup olmadığını da kapsadığı ortaya konmuştur[52]. Öyleyse davayı uzatmaya, savsamaya yönelik bir aykırılık itirazının ciddi

[49] Bilgin, Ç. (1988). "Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu", *TBB Dergisi*, S. 3., s. 368.

[50] Bilgin, Ç. (1988). s. 366, 367.

[51] bkz. Çalışma içerisinde 20 No.lu dipnot.

[52] Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 28/11/1988 tarihli ve 15864/15796 sayılı kararı, aktaran Kuru, B. (2001). s. 6314.

bulunmaması esastır. Kaldı ki bir hukuk aracının, özgülendiği amaçtan farklı bir şekilde kullanılması onu işlevsizleştirdiği gibi 3. kişiler açısından hak ihlallerine de neden olabilecektir. Burada ortaya çıkabilecek en olası hak ihlali makul sürede yargılanma hakkına yönelik olabilecektir[53].

Konunun hassasiyeti ve öneminin anlaşılması için tek bir dosyayla ilgili bekletici sorun kararı verilmesinin değerlendirilmesinin yeterli olmayacağı belirtilmelidir. Somut norm denetimine bağlı olarak ilgili dava için bekletici sorun kararı verme konusunda mahkemenin takdir yetkisi yoktur[54]. Gerçi Anayasa'da somut norm denetimine başvuru dolayısıyla karar verilecek bekletici sorun 5 ay ile sınırlandırılmıştır[55]. Fakat bu sınırlandırmanın etkileri hesaplanırken sadece aykırılık itirazının yönlendirildiği dava dosyası dikkate alınmamalıdır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde tartışıldığı üzere, 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesi kapsamında, somut norm denetimine başvuran mahkemenin, görmekte olduğu ve itiraz konusu hükmün uygulanacağı diğer davalar için de bekletici sorun kararı verilmesi öngörülmüştür[56]. Her ne kadar bekletici sorun kararı, bazı işlemlerin devamına izin verse de kural olarak yargılamayı durdurur[57].

---

53 Makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Sürmeli / Almanya, B. No: 75529/01, 08/06/2006. Bununla birlikte uzun yargılamaların kendisi bir başka hak ya da özgürlüğün de ihlaline dönüşebilir. Örneğin ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklı bir yargılamanın uzun sürmesi caydırıcı etki doğurmakta ve ifade özgürlüğünün de ihlaline yol açabilmektedir. Dilipak/Türkiye, B. No: 29680/05, 15/9/2015, § 49-51. Veyahut çocukla kişisel ilişkinin kurulmasıyla ilgili bir davanın uzaması dolaylı olarak özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak yorumlanabilmektedir. Kuppinger/ Almanya, B. No: 62198/11, 15/1/2015, § 139-141.

54 Güngör, D., Okuyucu-Ergün, G. (2009). "Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zaman Aşımının Durmasına Etkisi", TBB Dergisi, S. 83, s. 70; Pekcanıtez, H. (2018). s. 100; Atalı, M., Ermenek, İ., Erdoğan, E. (2019). *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin, s. 449.

55 Esasında davayı bekletme zorunluluğu 5 ayla sınırlandırılmıştır. 5 aylık süre sonunda davanın bekletilmesi konusu mahkemenin takdirine bağlı görülmüştür. M.A.B., B. No: 2015/288, 19/11/2020, §. 47.

56 Konu çalışma içerisinde "Genel Olarak Somut Norm Denetimi" başlığı altında daha ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştı. Buna göre somut norm denetimine başvuran mahkemedeki dosyalar için bekletici sorun kararı verilmesi gerekliliği sonucu hatırlatılmalıdır. Bir mahkemede gerçekleştirilen somut norm denetimi kararının, diğer mahkemeler açısından tek başına bekletici sorun kararı vermek için yeterli olmayacağı görüşü de savunulmuştu. Ancak uygulamanın bu tespitle ne ölçüde uyumlu olduğu hususu ampirik bir çalışmanın konusunun geniş bir ampirik çalışmanın konusu olabileceği kabul edilmelidir. Yine de bu hâliyle de olsa aykırılık itirazının belirli bir derecede diğer davaların seyrine de sirayet edeceği açıktır. Dolayısıyla aykırılık itirazının, bekletici etkisi, dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkına etkisi tek bir dava özelinde değerlendirilmemelidir.

57 Örneğin bekletici sorun kararı, duruşma günü tayin edilmesine engel değildir. Mahkeme bekletici sorun kararına rağmen izin verilen bazı işlemleri sürdürerek yargılamanın makul bir süre içerisinde sonuçlanmasını sağlayacak tedbirler alabilir. Pekcanıtez, H. (1980). s. 274.

Sonuç olarak Anayasa'ya aykırılık itirazını ciddi bulmanın, yargılamayı durdurucu etkisi vardır; dolayısıyla adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürede yargılanma hakkına ilişkin sonuçlar doğurur.

Gerek İHAM gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında, bir yargılanmanın makul sürede yürütülüp yürütülmediğinin belirlenmesinde tarafların tutumu da dikkate alınmaktadır.[58] Bu açıdan, başvurucu dışındaki tarafların yargılamanın uzamasına yönelik hareketleri, kural olarak, kamu gücüne atfedilebilecek bir kusur olarak görülmemektedir[59]. Bu kusur bilakis tarafların kusuru olarak görülmekte ve yargılanmanın uzunluğunun değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. Buna rağmen tarafların tutumunun, her hâlükârda mahkemelerin makul sürede yargılama gerçekleştirme sorumluluğunu ortadan kaldırdığı söylenemez. Mahkemeler, davanın diğer tarafının, dava arkadaşının ya da müşterek sanıkların davaya uzatmaya yönelik tutumları karşısında da yargılamanın kabul edilebilir bir süratte ilerlemesini ve usul disiplinini sağlama yükümlülüğü içindedir[60].

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Türk hukukunda resen araştırma ilkesinin[61] geçerli olduğu usuller ve taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu usullerde fark olduğunu hatırlatmakla beraber tarafların makul bir tutum sergilemesi, davayı uzatmaktan kaçınması[62] ve kendisine

58 Rüzgaresen, C. (2014). "Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MIHBIR Özel Sayısı*, C. 4., S. 2., s. 179.

59 Örneğin *Lobarzewski* kararında İHAM, başvurucunun iddialarını genişletmek dâhil usuli haklarını kullanmakta serbest olduğunu ancak bu hakların kullanımından kaynaklanan gecikmelerin yargılamanın uzunluğunun değerlendirilmesinde dikkate alınmayacağını göz önünde bulundurması gerektiğini hatırlatmıştır. Kararda, bir başka davanın neticelenmesinin beklenmesinin bir gecikmeye yol açtığı ancak bu gecikme olmaksızın da makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Łobarzewski/ Polonya, B. No: 77757/01, 25/02/2004, §. 41; Savvidis, C. (2016). Court Delay and Human Rights Remedies: Enforcing the Right to a Fair Hearing Within a Reasonable Time, Oxon: Routledge, s. 26.

60 Pishchalnikov / Rusya, B. No: 7025/04, 24/09/2009, § 52; Savvidis (2016). s. 27. Benzer yönde Kusmierek/Polonya, B. No: 10675/02, 21/09/2004, §. 65.

61 Medeni yargılama hukuku açısından resen araştırma ilkesi, vakıa ve delillerin hâkim tarafından incelenmesi olarak tanımlanabilir. Tahiroğlu, F. (2021). Medeni Usûl Hukukunda Res'en Araştırma İlkesi, İstanbul: On İki Levha, s. 7. ilkenin kapsamının ceza hukuku ve medeni yargılama hukuku açısından farklı ele alınması gerektiği hatırlatılmalıdır.

62 Ceza hukuku açısından suç isnadı durumlarında farklı bir durumun olduğu vurgulanmalıdır. İHAM kararlarında da sanığın kamu makamlarıyla iş birliği yapmasının beklenmediği belirtilmiş ancak yine de bu durumun yargılamanın uzunluğunun değerlendirilmesinde nesnel bir ölçüt olarak kullanılmayacağı anlamına gelmediği eklenmiştir. Eckle/Almanya, B. No: 8130/78, 15/07/1982, §. 82, Monnet/Fransa, B. No: 13675/88, 29/10/1993, § 30-31, aktaran İnceoğlu, S. (2018) *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4*, Ankara: Avrupa Konseyi, s. 272.

tanınmış usuli hakları kullanırken dikkat ve özen göstermesi gerektiğini vurgulamıştır[63]. Mahkeme, bu tespitle birlikte tarafların davayı uzatmaya yönelik tutumları karşısında usuli araçlarla mücadele etme sorumluluğunu vurgulamıştır[64]. Bu sorumluluğun kaynaklarından birisi de Anayasa'nın 141. maddesinde yer alan "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*" ifadesidir. Buna ek olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesi de bu sorumluluğun kaynaklarından birisidir. Gerek bu düzenlemeler gerekse Anayasa Mahkemesinin anılan kararı, Yargıtay tarafından da izlenmiş; içtihadında yer bulmuştur[65].

---

63 Güher Ergun vd. B. No: 2012/13, 02/07/2013, § 43; Çelik, A. (2014). *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi,* Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 94. Esasında, genel olarak hakların özel olarak da usuli hakların kötüye kullanılması daha kapsamlı bir çalışmanın konusu olabilecek niteliktedir. Örneğin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesi, kötü niyetle ve haksız dava açmayı, 351. maddesi kötü niyetle istinaf yoluna başvurulmasını, 368. maddesi de kötü niyetle temyiz yoluna başvurulmasını para cezasına bağlamıştır. Doğrusu bu tarz para cezaları Anayasa Mahkemesi ve İHAM önüne de taşınmıştır. Bu tarz cezaların mahkemeye erişim hakkının ihlali olduğu öne sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu tarz cezaların fuzuli başvuruların, dolayısıyla iş yükünün, azaltılarak makul sürede yargılanma amacına hizmet ettiğini belirtmiştir. Para cezasının ölçülü olduğu sürece ihlal yaratmadığına hükmetmiştir. Mustafa Kemal Sungur, B. No: 2013/2507, 6/3/2014, § 39-42. İHAM da cezaların ölçülü olduğu ve hakkın özüne zarar vermediği sürece uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Kreuz/Polonya, B. No: 28249/95, 19/6/2001, § 60-67. Anayasa'ya aykırılık itirazı için böyle bir para cezası öngörülmemiştir. Yine de bu örnekler ve çalışma kapsamında değinilen diğer örnekler kötü niyetli aykırılık itirazlarının olabileceğini ve bunların tespit edilebileceğini göstermek için verilmiştir. Konunun karşılaştırmalı hukuktaki yansımaları için bkz. Taruffo, M. (Der.) (1999). Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness (International Assocation of Procedural Law), The Hague: Kluwer Law International B.V. Hırvatistan örneğinde usuli hakların kötüye kullanılmasına yönelik tedbirlerin usuli disiplinin bir gereği olarak yorumlanmıştır. Uzelac, A. (2004). Accelerating Civil Proceedings in Crotia–A History of Attemps to Improve the Efficieny of Civil Litigation, içinde Van Reehe, C. H. (Der.), *The Law's Delay: Essays on Undue Delay in Civil Litigation* (s. 283-314), Antwerpen: Intersentia, s. 303. Fransız hukukunda da istinaf kanun yolunun kötü niyetle kullanımının para cezası yaptırımına bağlanması, davaların sonuçlandırılmasının geciktirilmesine karşı bir önlem olarak yorumlanmaktadır. Konuralp, H. (2001). "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında Istinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)", *AÜHFD*, C. 50., S. 1., s. 38.

64 Güher Ergun vd, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 59; Haydar İzgi, B. No: 2012/673, 19/12/2013, § 41; Gündoğdu, S. B. (2021). *Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Yolu Üzerine Verdiği Usul Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 374.

65 Gerçi bu hususlar bir karşı oyda yer bulmuştur. Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 20. maddesinde öngörülenin aksine görevsizlik kararı kesinleştirilmemiş ve dava resen görevli mahkemeye gönderilmiştir. Özel dairenin bozma kararına rağmen yerel mahkemenin direnmesi üzerine mesele Hukuk Genel Kurulu (HGK) önüne taşınmıştır. HGK, görevsizlik kararının kesinleşmemiş olması ve davanın resen görevli mahkemeye gönderilmiş olması nedeniyle bozma kararı vermiştir. Karşı oy yazısında vurgulanan husus ise tarafların usuli hatalara karşı herhangi bir itirazda bulunmamış olması ve davanın resen araştırma ilkesine tabi olmasıdır. Karşı oyda yukarıda değindiğimiz kaynaklara ve Anayasa Mahkemesi kararına atıfta bulunulmuş, dava yürütülürken herhangi bir itirazın bulunmamış olması nedeniyle ve usul ekonomisi gereğince onama kararı verilmesi gerektiği savunulmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11/04/2019 tarihli ve 2019/453 sayılı kararı.

Burada çözüme kavuşturulması gereken bir başka soru belirmektedir. O da yargılamayı uzatmaya yönelik davranışların tespit edilip edilemeyeceğidir. Yargılamayı uzatmaya yönelik hareketler çeşitli şekillerde görünebilir. Bazı düzenlemelerin bu tür hareketleri yaptırıma bağladığı bile olmaktadır. Örneğin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 182. maddesinde[66] ıslahın yargılamayı uzatmaya yönelik olduğunun tespiti hâlinde para cezasına hükmedileceği öngörülmüştür[67]. Yine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 41. maddesinde hâkimin reddi talebinin davayı uzatma amacıyla ileri sürülmesi hâlinde bu talebin reddedileceği hükme bağlanmıştır[68]. Bu düzenlemelerde yer alan davayı uzatmaya yönelik saik de sınırlı sayıda belirtilen hâller ya da diğer objektif kriterlere bağlanmamıştır. Ancak yargı kararları ışığında somut olayın niteliğine göre mahkemece tespiti mümkün kavramlardır[69]. Görüleceği üzere hukuk, yargılamayı uzatmaya yönelik saik kavramına aşinadır ve uygulamada bunun tespitine yönelik gelişmeler yaşanmaktadır. Dolayısıyla bu saikin tespitinin güç olduğu yönündeki argümanın kabul edilmemesi gerekir. Kaldı ki yargılamayı uzatmaya yönelik saikin tespitinin mümkün olmadığı varsayımında, aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığının tespitinin hangi objektif kriterlere göre yapılacağı hususu yanıtlanması daha güç bir soru olarak karşımıza çıkacaktır. Kabul edilmelidir ki aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığının tespiti konusunda güvenilen mahkemeye, tarafın bu iddiasında iyi niyet taşıyıp taşımadığının tespitinde de güvenmek gerekir.

---

66 "*Islahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ıslahı dikkate almadan karar verir. Ayrıca hâkim, kötüniyetle ıslaha başvuranı, karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararlarını ödemeye ve beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm eder.*"

67 Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Akil, C. (2012). "Yargıtay Kararları Işığında Zamanaşımı Def'inin Islah Yolu ile İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 2., s. 10, 11.

68 "1*) Hâkimin reddi talebi, aşağıdaki hâllerde kabul edilmeyerek geri çevrilir: a) Ret talebi süresinde yapılmamışsa. b) Ret sebebi ve bu sebebe ilişkin inandırıcı delil veya emare gösterilmemişse. c) Ret talebinin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa. (2) Bu hâllerde ret talebi, toplu mahkemelerde reddedilen hâkimin müzakereye katılmasıyla; tek hâkimli mahkemelerde ise reddedilen hâkimin kendisi tarafından geri çevrilir. (3) İlk derece mahkemesinin bu kararlarına karşı istinaf yoluna, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin başkan ve üyeleri hakkındaki kararlarına karşı da temyiz yoluna ancak hükümle birlikte başvurulabilir.*"

69 Nitekim Yargıtay içtihadından bu yönde tespitlere rastlamak mümkündür. Örneğin bir kararda, hâkimin reddi isteminin davayı uzatmaya yönelik olduğu bu nedenle ret talebini görüşecek olan heyette ret talebinin yöneltildiği hâkimin de bulunması gerektiğinden hareketle bozma kararı verilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16/09/2013 tarihli ve 1780/7852 sayılı kararı; Akcan, R., Kaya, C. (2010). "Medeni ve İdari Yargıda Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi", *İUHFM*, C. 68., S. 1, 2, s. 185.

Tarafların davayı uzatmaya yönelik aykırılık itirazı, itirazda bulunan tarafın her hâlükârda ilgili normun kendisine uygulanmasından kaçınmasıyla da açıklanamaz. Hukuk düzeninin bu yönde bir yükümlülüğü yoktur. Öte yandan böyle bir argümanda, itirazda bulunmayan, diğer tarafın da ilgili normun uygulanmasında bir menfaati ve o yönde bir arzusu olduğu söylenecektir. İlgili normun uygulanmasında herhangi bir menfaati olmasa dahi davanın makul bir süre içerisinde görülmesi makul sürede yargılanma hakkının bir gereğidir. Makul sürede yargılanma hakkının korunması da yine Anayasa'nın ve taraf olunan uluslararası sözleşmelerin bir gereğidir[70].

Burada şu husus gözden kaçmamalıdır. Tarafların iyi niyetli olmaması hâlinde dahi somut norm denetimine başvurulmasını olanaklı kılan bir istisna vardır. O da mahkemenin aykırılık kanısına varmış olmasıdır. Çalışma kapsamında da yer yer vurgulandığı gibi aykırılık kanısında olmak ve aykırılık iddiasını ciddi bulmak farklı şeylerdir. O hâlde mahkemenin aykırılık kanısına varması taraflardan da onların iyi niyetli olup olmamasından da bağımsızdır. Hatta davanın tarafları dışında aktörlerin öne sürdüğü aykırılık itirazları da mahkemede aykırılık kanısı oluşturduğu takdirde somut norm denetimine başvurulabilir[71]. Dolayısıyla taraflarca ileri sürülecek aykırılık iddiasının ciddi bulunmasında tarafların iyi niyetli olup olmadığına bakılması somut norm denetiminin amacına aykırı düşmeyecektir. Bu noktada uygulayıcılar, kanunların anayasal denetimindeki kamu yararı ve adil yargılanma hakkı arasında bir denge kurmalıdır[72]. Burada beklenen, mucizevi bir şekilde mutlak bir denge

[70] Konuyla bağlantılı olarak İHAS'ın anayasallık bloğundaki konumuna ilişkin tartışmalar için bkz. Yüzbaşıoğlu, N. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Basımevi, s. 50-66.

[71] Örneğin bir davada tanık sadece kendi tanıklığıyla ilgili bir norma karşı aykırılık itirazında bulunabileceği belirtilmektedir. Ancak tanığın aykırılık iddiası mahkemenin söz konusu normun Anayasa'ya aykırılığına dair "dikkatini çekebilir". Bu dikkat çekme eyleminden sonra mahkeme Anayasa'ya aykırılık kanısına varırsa, somut norm denetimine başvurmak için herhangi bir engel yoktur. Fakat burada da tanığın aykırılığa dikkat çektiği normun davanın esasının çözümünü ilgilendiren bir hüküm olması şartı aranmaktadır. Esen, S. (1996). *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Yayınları, s. 95.

[72] Doğrusu burada "denge" sözcüğünün daha dikkatli ve az kullanılması adına bir açıklama ihtiyacı doğmuştur. Bu sözcük bulunduğu her önermeyi gizemli ve hatta bazen mistik kılmasına rağmen, içinden çıkılması zor her meselenin hızlıca sonuca bağlanması için cömertçe kullanılmamalıdır. Aksi hâlde bir sonuca varmaktan ziyade bir temenni paylaşmaya yarayacaktır. Muhtemeldir ki hukuk uygulayıcıları da kendilerinden her koşulda beklenen ve çok kolay eleştirilen bu "denge silsilesi"nden yorulmuştur. Gelgelelim "denge" sözcüğünü kullanmaksızın kendilerinin taşıdığı büyük sorumluluğa dair bir çıkarım sağlamak da olanaksıza yakındır. Adil yargılanma hakkı da aşamalı denge sınavlarından

kurmak değildir. Vurgulamak istediğimiz husus hâkimin tarafların her türlü usuli talebi doğrultusunda bir karar verme mecburiyeti hissetmemesi gerektiğidir[73]. Aksi hâlde bu taleplerin karşılanması adına yargılamaların uzaması ve adaletin gecikmesi riski doğabilir[74].

müteşekkildir. Öyle ki yargılama esnasında taraflar arasında bir denge gözetilmesi gerektiği gibi, adil yargılanma hakkı ilkeleri arasında dahi bir denge gerekir. Nitekim İHAS açısından da "adil bir karar verme" ve "makul sürede yargılama" arasında denge kurulması gerektiği vurgulanmaktadır. Buna bağlı olarak davaların birleştirilmesi, delillerin toplanması vs. gibi nedenlerle davaların bir ölçüde gecikmesinin makul sürede yargılanma hakkı açısından kabul edilebilir bulunacağı belirtilmiştir. Ewing / Birleşik Krallık, B. No: 11224/84, 7/10/1987, §. 151 aktaran İnceoğlu, S. (2018). s. 274. Bu ilkelerin bir arada gözetilmesi ciddi bir efor gerektirmektedir. Ne var ki bu güçlüğe rağmen bu ilkelerden herhangi birinin feda edilmesi söz konusu değildir.

73 Örneğin tanık dinletilmesi adil yargılanma hakkının gereklerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Altıparmak, C. (2006). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları" *TBB Dergisi*, S. 63., s. 264. Bu gerekliliik ceza davaları açısından daha belirgindir. Yine de Sözleşme kapsamında tanıkların dinlenmesine ilişkin her noksanlık, ihlal anlamına gelmemektedir. Tarafların tanıkları arasındaki farklı muamele, bir tarafın tanığına fazla ağırlık verilmesi sonucunu doğurmuyorsa, hüküm başkaca delillerle desteklenmişse, davanın sonucunu etkileyecek bir dezavantaj doğmuyorsa adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilebilmektedir. Anker/İsviçre, B. No: 17748/91, 23/10/1996, §. 38. Anayasa Mahkemesi de benzer yönde bir tutum sergilemektedir. Ramazan Ayhan, B. No: 2014/2704, 16/11/2016, § 32. Daha kapsamlı örnek ve değerlendirmeler için bkz. (Bu kararların da aktarıldığı) İnceoğlu, S. (2018). s. 120-123 ve 131-134. Bununla birlikte ulusal hukukta da davayı uzatmaya yönelik tanık dinletme taleplerine yönelik önlemler yer almaktadır. Örneğin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 241. maddesi, mahkemenin tanıkların bir kısmını dinlemekle yetinebilmesine izin vermektedir. Madde gerekçesinde, tanık dinleme talebi aracılığıyla davaların uzatılmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Karamercan, F. (2018). "Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 176. Gerekçede yer alan bu amaç Yargıtay içtihadına da yansımıştır. Mahkemenin (gerekçesinde yer vererek) tanık dinletilmesi talebinin davayı uzatma amacına yönelik olduğunu tespiti ve hâlihazırda dinlenen tanıkların dava için yeterli bulunması hâlinde diğer tanıkların dinlenmeyebileceği belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10/06/2015 tarihli ve 2015/1523 sayılı kararı. Bu kararda da belirtildiği gibi taraflardan herhangi birinin (kötü niyetle) davayı uzatmaya yönelik bir tavır içinde olduğu somut bir şekilde ortaya konmalıdır. İHAM yaklaşımının da bu yönde olduğu söylenebilir. Tatlıdil, S. (2019). "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı–Sürenin Aşılması ve Sonuçları", *TBB Dergisi*, S. 143., s. 21. Bu kararlar ışığında hâkimin makul sürede yargılanma hakkıyla bazı usuli araçların kullanımına yönelik tedbirleri arasındaki dengeyi gerekçeli olarak ortaya koyması gerekliliği ön plana çıkmaktadır.

74 Esasında bu konuyla ilgili tartışmaları zenginleştirmek adına "*hatalı denge (false balancing (İng.)*" kavramlarına da başvurulabilir. Yukarıda yargı kararlarından verilen örnekler de bir yönüyle bu kavramla ilişkilendirilebilir. Ancak kavram, hukuk alanından çok kitle iletişimi alanında öne çıkmıştır. Kitle iletişimi açısından hatalı denge, tarafsız bir tutum sergileme (ya da görüntüsü verme) niyetiyle, birbirinden farklı ölçüde kanıtlanmış vaka ve olgular arasında yersiz ve gereksiz bir eşitlik kurma olarak tanımlanabilir. Birks, J. (2019). Fact-Checking, Fake Balance, and Fake News: The Discourse and Practice of Verification in Political Communication, içinde Stuart Price (Der.), *Journalism, Power and Investigation: Global and Activist Perspectives* (ss. 245-264) Oxon: Routledge, s. 250. Hatalı denge, çoğu kez tarafsız bir bakış açısıyla karıştırımakta ya da tarafsız bir bakış açısı sağlamaya çalışılırken oluşmaktadır. Mathiesen, K., Fallis, D. (2008). Information Ethics and Library Profession, içinde Himma, K.E., Tavani, H.T. (Der.), *The Handbook of Information and Computer Ethics*

Ancak bu tespitler, ciddiliğin salt sübjektif kriterlerin sağlanmasından ibaret olduğu çıkarımına da izin vermemelidir. Azrak, ciddiliği iki alt kritere de yer vererek davanın sonucunu etkileyecek bir tartışma olması ve aykırılığın davayı uzatma gibi bir amaca hizmet etmemesi şeklinde tanımlamaktadır[75]. Özetleyecek olursak ciddilik kavramının objektif ve sübjektif iki boyutu olduğu söylenebilir. Objektif ciddilik, aykırılık itirazına konu olan hükmün Anayasa'ya aykırılığının hukuki olarak tartışılabilirliği olarak tanımlanabilir. Subjektif ciddilik de aykırılık itirazının davanın uzatılması gibi amaçlarla kötüye kullanılmamasıdır. Aykırılık itirazının ciddi bulunmasında, her iki boyut da gözetilmelidir.

C. YARGITAY KARARLARINDA ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİASININ "CİDDİLİĞİ"

Öncelikle belirtmek gerekir ki Yargıtayın konuyla ilgili yaklaşımının tespitini güçleştiren hususlardan birisi, Anayasa Mahkemesi kararlarında aykırılığın taraflarca öne sürülmesiyle Mahkeme tarafından resen tespit edilmesi arasındaki ayrımının fark edilmesini sağlayacak bir ibarenin yer almamasıdır. Bu ayrım nedeniyle Anayasa Mahkemesinin araştırma olanaklarından istifade edilirken Yargıtay tarafından gerçekleştirilen somut norm denetimi başvurularının, Yargıtayın ilgili dairesi tarafından resen mi gerçekleştirildiği yoksa derece mahkemesindeki itirazın ciddi bulunmasıyla mı gerçekleştirildiği de tespit edilememektedir. Öyle ki Anayasa Mahkemesinin henüz ilk dönemlerinde gerçekleştirilen bu tercih Duran tarafından da eleştirilmiştir. Yazar, daha önce bu yönde bir ayrım olduğunu belirtmiş ve bu ayrımın terk edilmesini eleştirmiştir[76].

Yargıtayın Anayasa'ya aykırılık itirazını değerlendirirken çok da detaylı ve geniş bir değerlendirme gerçekleştirdiğini söylemek güçtür[77]. Çoğu kez genel argümanlarla birlikte bu hususun bozma nedeni olmadığından ibaret bir çıkarımla yetinilmiştir. Bazı durumlardaysa aykırılık olduğu

(221-244). New Jersey: John Wiley & Sons, s. 229. Farklı nispetlerde geçerlilik taşıyan iki ayrı olgu arasında adil bir denge kurmak yerine eşit bir tutum sergilemek şeklinde de tanımlanabilecek olan "hatalı denge"nin, epistemik adaletsizliğe de neden olduğu ileri sürülmektedir. Rietdijk, N., Archer, A. (2021). Post-Truth, False Balance, and Virtuous Gatekeeping, içinde Snow, N.E., Vaccarezza, M.S. (Der.), *Virtues, Democracy, and Online Media: Ethical and Epistemic Issue* (112-130), New York: Routledge, s. 114.

75 Azrak, Ü. (1962). s. 697.

76 Duran, L. (1965). s. 297.

77 Örneğin bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 25/062015 tarihli 2015/4884 sayılı kararı ve 25/12/2015 tarihli 2015/4884 sayılı kararı. 7. Hukuk Dairesinin 23/01/2014 tarihli ve 2014/922 sayılı kararı. *"(…) Davacının Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddi görülmemesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir (…)"*, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 02/02/2006 tarihli 2006/852 sayılı kararı.

öne sürülen maddeler ve uluslararası sözleşmelerden yararlanıldığı gözlemlenmektedir[78]. Yargıtayın doğrudan ilgili hükmün "*Anayasa'ya aykırı olduğu*", "*uygulanması hâlinde telafisi güç zararlar doğuracağı*"[79] gibi ifadeler kullandığı da gözlemlenmektedir. Yargıtay, aykırılık itirazını değerlendirirken kendi içtihadından kaynaklanan uygulamalara da atıfta bulunabilmektedir. Bir örnekte, belirli bir deniz sahası içerisinde kurtarma faaliyetinin bir firmaya tekel hakkı olarak tesis edilmiş olması meselesini ele alınmıştır. Başka bir firmanın kurtarma faaliyetiyle ilgili tekel hakkı olmasına rağmen kurtarma faaliyetinde bulunan firma, tekel hakkının Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürmüştür. Yargıtay, "*yıllardır devam eden ve istikrar kazanan Yargıtay uygulamalarının*" dikkate alındığında Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddi olmadığını belirtmiştir[80].

Yargıtayın ciddi bulmama kararlarını değerlendirirken, genel olarak, bir tür anayasal denetimi geliştirme eğiliminde olduğu söylenebilir. Bu eğilimin varlığına ilişkin kanaat biraz da kullanılan dilden kaynaklanmaktadır. 6183 sayılı *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*'un "*amme alacaklarında rüçhan hakkı*" başlıklı 21. maddesinin hacizli malların satılmasının ardından kamu alacaklarının öncelikle tahsil edilmesini öngören 1.fıkrasının[81] Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası önce

---

78 "*(…) Anayasa'ya aykırılık iddiasının ileri sürülüş biçimi Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia ettiği 4722 sayılı Kanunun 10. maddesi ile Anayasanın ilgili maddeleri, dava ve temyiz dilekçesinde açıklanan Uluslararası sözleşmeler, davanın konusu, TMK.nun ilgili diğer hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanaatine varılmamıştır. Bu nedenle bu yöne ilişkin isteğin reddine karar verilerek açıklanıp işin esasının temyizen incelemesine geçildi…*" Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 26/04/2011 tarihli ve 2011/2501 sayılı kararı. Benzer yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 06/05/2008 tarihli ve 2008/1499 sayılı kararı. Bu kararlarda dikkat çeken olgu, Yargıtay'ın Anayasa'ya aykırılık itirazını adeta usuli bir mesele gibi görüp "*işin esası*" ifadesinin kullanılmasıdır. Yüksek Mahkemenin Anayasa'ya aykırılık meselesini usuli bir mesele olarak gördüğünü gösteren bir diğer örnekte de şu ifadeler yer almıştır: "*(…) Anayasanın 14. maddesi hükmü karşısında; TCK.nun 312. maddesinin hukuksal yapısındaki değişikliğin Anayasa'ya aykırılığı savı, Anayasanın 152. maddesi kapsamında değerlendirildiğinde; ciddi görülmediğinden, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru isteminin benimsenmemesine oybirliği ile karar verildikten sonra, Esasın incelenmesinde (…)*", Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 18/10/1996 tarihli ve 1996/12797 sayılı kararı. Bu yaklaşımı değiştiren bir karar örneğindeyse "ön sorun" nitelendirilmesi yapılmıştır. Ön sorun şeklindeki nitelendirme Anayasa'ya aykırılığın niteliği bakımından daha yerinde bir tercihtir. "*(…) Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesine, toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkını düzenleyen 53. maddelerine aykırı olduğu iddiası ön sorun olarak tartışılmış olup, Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi bulunmadığı Kurul çoğunluğunca kabul edilerek ön sorun aşılmıştır.*", Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04/05/2016 tarihli ve 2016/575 sayılı kararı.

79 AYM, E. 2015/105, K. 2016/133, 14/7/2016, gerekçe kısmı.

80 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19/9/2002 tarihli ve 2002/7862 sayılı kararı.

81 "*Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur. (Ek hüküm: 30/3/2006-5479/4 md.) Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için tatbik edilen hacizlerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 268 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmü uygulanmaz (…)*"

erece mahkemesine sonra Yargıtay önüne taşınmıştır. Derece mahkemesi bu itiraz karşısında ilgili hükmün neden Anayasa'ya uygun olduğunu karar gerekçesinde değerlendirmiştir. Yargıtay, bu gerekçeye kararda yer vermiş ve itirazın ciddi bulunmamasını, bozma sebebi olarak kabul etmemiştir[82].

Derece mahkemesinin kuruluşuyla ilgili bir aykırılık itirazını değerlendiren Yargıtay, bu itirazı, *"yargılamayı yapan mahkemenin olağan yargı yeri statüsünde ve doğal hâkim ilkesine uygun olduğu"* yönündeki tespitiyle beraber ciddi bulmadığını belirterek reddetmiştir[83]. Bu gerekçe de Yargıtayın ciddilik değerlendirmesinin, bir tür Anayasa'ya uygunluk değerlendirmesine dönüştüğünü göstermektedir. En azından Anayasa'ya uygun bulunan itiraz konusunun ciddi bulunmadığı söylenmekle yetinilebilirdi.

Yargıtay temyiz aşamasında ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazlarında görece daha detaylı değerlendirme yaptığı gözlemlenmektedir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda değişiklik yapan 6526 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesi kapatılan mahkemeler önündeki davaların CMK çerçevesinde yeni görevli mahkemelere sevkini; hâlihazırda Yargıtay önüne taşınmış davalarınsa mevcut dairelerce görülmesinin devamını öngören hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiştir. Yargıtay, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili içtihadına[84] da atıfta bulunarak görevli ve yetkili mahkemelerin belirlenmesinde kanun koyucuya tanınan takdir yetkisinden hareketle Anayasa'ya aykırılık itirazını ciddi bulmamıştır[85].

---

82 *"(…)Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, devlet hizmetlerinin Anayasa ve yasalarda tanımlanan şekilde yürütülebilmesi, Devlet organlarının toplumun tüm kesimlerine kanun önünde eşitlik ilkesi uyarınca ve hukuk devleti ilkeleri doğrultusunda hizmet sunabilmesi için hizmet alan tüm özel ve tüzel kişilerin vergi yükümlülüklerinin yerine getirilmek zorunda olması, vergi yükümlülüklerinin zamanında yerine getirilmemesi hâlinde devletin kamu hizmetlerinin devamlılığını sunabilmesi için 6183 sayılı Kanunun 21/1 maddesindeki düzenlemenin Devletin vergi alacağına öncelik ve ayrıcalık tanımasında* ***Anayasa'nın 2,10,12,13,35,36. maddelerine aykırılık sözkonusu olmadığı,*** *düzenlenen sıra cetvelinin İİK'nun 100. ve 6183 Sayılı Kanunun 21/1 maddelerine uygun olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir (…)"*Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 2/4/2012 tarihli ve K.2012/2547 sayılı kararı.

83 Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2/5/2016 tarihli 2016/2645 sayılı kararı. Benzer yönde bir başka örnek için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 9/10/2013 tarihli ve 2013/12351 sayılı kararı. Mahkemenin kuruluşuyla ilgili bir itirazın yönlendirildiği ancak detaylı bir değerlendirme yapılmayan bir örnek için Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 26/01/2007 tarihli 2007/270 sayılı kararı.

84 AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013.

85 Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 2/3/2016 tarihli ve 2016/2250 sayılı kararı. Yasamanın takdir yetkisi ifadesi Danıştay içtihadına da yansımıştır. Doğrusu bu yaklaşım kaçınılmaz olarak ihlal iddiasının ciddiliğinden ziyade ilgili hükmün Anayasa'ya uygunluğunun

Yargıtay'ın aykırılık iddiasını değerlendirirken kullandığı ölçütlerden birisi olarak "*fiili durumun hukukileştirilmesi*" ifadesine rastlanmaktadır. Ne var ki bu ölçüt, Anayasa Mahkemesinin perspektifinde Yargıtaydan farklı bir değerlendirme yapılmasını önlememiştir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 13/B-C maddesi, "*Kayıt sahibi yirmi yıl önce ölmüş veya gaipliğine hüküm verilmiş veyahut tapu sicilinden malikin kim olduğu anlaşılamamış ise, çekişmesiz ve aralıksız yirmi yıl müddetle malik sıfatıyla zilyet bulunan kimse adına tespit olunur.*" şeklindedir. Derece mahkemesi önünde, bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Yargıtay, bu hükmün *fiilî durumun hukukileştirilmesi* amacına hizmet ettiği gerekçesiyle aykırılık iddiasını değerlendirmeye almamıştır[86]. Bu kararda Yargıtayın bir değerlendirmesi dikkat çekmektedir. Yüksek Mahkeme, tarafların 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 13/B-C maddesinin itiraza konu edilmiş olmasına rağmen asıl değerlendirilmesi gereken hükmün 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 713/2. maddesinin[87] olduğunu belirtmiştir. Medeni Kanun'un 713/2. maddesi de benzer yönde bir hüküm ihtiva etmektedir. Yargıtay, bu hükümle ilgili aykırılık itirazını aynı gerekçeyle ciddi bulmamıştır[88]. Bu hükmün de kanun koyucunun fiili durumu hukukileştirme amacına hizmet ettiğini savunmuş ve Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Medeni Kanun'un bu hükmü, daha sonra Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından somut norm denetimine konu edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilgili maddedeki "*ölmüş ya da*" ifadesinin Anayasa'nın 2 ve 35. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir[89]. Bu kararın ardından 3/5/2012 tarihli ve 6302 sayılı *Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 13/B-C maddesinden de "*ölmüş ya da*" ifadesi kaldırılmıştır. Bu örnek, herhangi bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı konusunda Yargıtayın ve Anayasa Mahkemesinin farklı perspektiflere sahip olabileceğini göstermesi bakımından önemlidir. Bu nedenle, aykırılık iddiasının ciddiliğinin değerlendirilmesinin bir tür

---

değerlendirilmesine dönüşmektedir. Danıştay Onuncu Dairesinin 25/11/1998 tarihli ve 1998/6116 sayılı kararı.

86 Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 21/01/2008 tarihli 2008/200 sayılı kararı.

87 *"Aynı koşullar altında, maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce ölmüş ya da hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazın tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının zilyedi de, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir."*

88 Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 6/5/2018 tarihli ve 2008/2527 sayılı kararı.

89 AYM, E.2009/58, K.2011/52, 17/3/2011.

Anayasa'ya uygunluk denetimine dönüşmemesi gerekir. Kanunların Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa Mahkemesinin tekeli olduğu kadar uzmanlık alanı da olduğu gerçeği unutulmamalıdır.

Yargıtaydan Anayasa Mahkemesine taşınan aykırılık itirazları da "*ciddilik*" kriterinin uygulamada nasıl değerlendirildiğine dair ipuçları vermektedir. Bu kararlarda kullanılan ifadeler, ilgili hükümlerin Anayasa'ya aykırı bulunduğu izlenimi doğurmaktadır.

Daha önce hükme bağlanmış davalarda basit yargılama usulünün uygulanmamasını öngören dolayısıyla bu dosyalar için ceza indirimi sağlanmasını olanaksız kılan hükmün Anayasa'ya uygunluğu tartışılmıştır. Yargıtay bu hükmü, Anayasa Mahkemesine gönderirken, "*Anayasa'ya aykırılığı görülmekle*" ifadesini kullanmıştır[90]. Şüphesiz bu kullanım tercihinde Yargıtayın aykırılığı resen görmüş olması etkilidir.

1447 sayılı (mülga) Ticari işletme Rehni Kanunu'nun 12. maddesinde rehin konusu malın korunmasının ihlal edilmesi hâlinde hapis cezası öngörülmüştür. Ancak 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 16. maddesi adli para cezası öngörmüştür. Yeni yasanın ceza hukuku açısından lehe bir hüküm getirdiği açıktır. Ancak bu lehe hükmün uygulanması, 6750 sayılı kanunun geçici 1. maddesi tarafından engellenmiştir. Buna göre daha önce başlatılan davalar için hapis cezası uygulaması devam edecektir. Bu hükmün uygulanacağı bir uyuşmazlığı çözen Yargıtay, ilgili hükmü Anayasa'ya aykırı bulmuştur[91]. Yargıtay, bu tespitte de "*Anayasa'ya aykırı olduğu kanaati*" ifadesine yer vermiştir.

---

90 *"(…) Dairemizde görülmekte olan davada CMK'nin 251/3. maddesinin uygulanabileceği, ancak 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunla değişik CMK geçici madde 5/1-d'deki normun belirli bir tarihten önce hükme bağlanmış davalarda lehe kanun niteliğindeki basit yargılama usulünün uygulanmasını engellediği belirlenmiştir. Bu itibarla, açıkladığımız gerekçelerle, CMK geçici madde 5'in 1. fıkrasının (d) bendinin"1/1/2020 tarihi itibarıyla …hükme bağlanmış …dosyalarda … basit yargılama usulü uygulanmaz" (ibareleri yönünden), Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 38. maddesindeki suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve bunun alt ilkeleri olan lehe kanunun uygulanması ile belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatine ulaşılmakla; CMK geçici madde 5'in 1. fıkrasının (d) bendinin"1/1/2020 tarihi itibarıyla …hükme bağlanmış …dosyalarda … basit yargılama usulü uygulanmaz" ibareleri yönünden Anayasa'ya aykırılığı görülmekle somut norm denetimi yoluyla iptali için ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA (…)"* AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/1/2021, Gerekçe kısmı.

91 *" (…) Dairemizin önüne gelen somut uyuşmazlıkla ilgili olarak, sanık hakkında "lehe kanun" uygulamasının önünde engel teşkil eden ve davada uygulanacak kural niteliğinde olan 6750 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının, Anayasa'nın 2, 10 ve 38. maddelerinde yer alan "hukuk devleti ve eşitlik ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin temel esaslar" başlıklı maddelerine aykırı bir düzenleme olduğu kanaatine varılmakla, söz konusu 6750 SAYILI KANUN'UN GEÇİCİ 1. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İPTALİ İÇİN ANAYASA MAHKEMESİNE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA"*, AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/4/2019, gerekçe kısmı.

Bir başka temyiz başvurusunda, evlatlık ilişkisinin kaldırılması için dava açma süresini, ilişkinin kaldırılması nedeninin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her durumda 5 yıl ile sınırlandıran 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 319. maddesini ele alınmıştır. Yargıtay, 5 yıllık hak düşürücü sürenin ardından başka bir yolun mevcut olmamasının *Anayasa'ya aykırı olduğunu* belirtmiştir[92]. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 15/5/2008 günlü ve 5763 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişik 3. maddesi alt işveren–üst işveren ilişkisinde muvazaa olup olmadığı konusundaki müfettiş raporuna karşı iş mahkemesinde itiraz edilebileceğini ve bu raporun itirazla kesinleşeceğini öngörmektedir. Yargıtay, bu hükmün işçinin hak arama hürriyet, sosyal devlet ilkesi ve çalışma özgürlüğüne aykırı olduğu görüşünü paylaşmıştır. Bu nedenle resen aykırılık görerek Anayasa Mahkemesine başvurmuştur[93].

Yargıtayın Anayasa'ya aykırı bulduğu bir başka hüküm de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28/4. maddesinde yer alan "*Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi hâlinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabilir.*" şeklindeki hükümdür. Yargıtay bu hükmün, *kamu görevlilerinin işledikleri görev kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabileceğini* öngören Anayasa'nın 129. maddesine aykırı olduğunu öne sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise ilgili hükmün 129. maddeden ziyade Anayasa'nın "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*" hükmünü içeren 138. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini, dolayısıyla Anayasa'ya uygun olduğunu belirtmiştir[94].

Yargıtay, avukatlık ücreti takdirine ilişkin yeni kuralların henüz karara bağlanmamış işlerde de uygulanmasına olanak tanıyan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na 5043 sayılı Kanun ile eklenen geçici 21. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmiştir[95]. Yargıtay, kanunların geriye yürümemesini hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak kabul etmiştir ve bu kanaati Anayasa Mahkemesi tarafından da teyit edilmiştir.

---

92 AYM, E. 2012/35, K. 2012/203, 27/12/2012, gerekçe kısmı.

93 Anayasa Mahkemesi, ilgili hükmün işçilerin davaya katılmasına engel teşkil etmediği gibi gerekçelerle aykırılık itirazlarını reddetmiştir. AYM, E.2012/40, K.2012/158, 18/10/2012.

94 AYM, E. 2012/22, K. 2012/133, 27/9/2012.

95 AYM, E. 2005/128, K. 2008/54, 07/02/2008.

Görüleceği üzere Yargıtay, bazı aykırılık itirazlarında âdeta Anayasa Mahkemesi yerine geçerek iddiaların ciddiliğini tartışmak yerine bizzat ilgili hükmün Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiştir. Anayasa Mahkemesine sevk ettiği itirazlarda ise ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmekten çekinmemiştir. Sevk ettiği hükümlerden bazıları Anayasa'ya uygun görülürken bazılarıysa aykırı görülmüştür. Aykırı görülenlerden bazılarıysa -Yargıtayın gerekçesinde yer alan maddeler dışında- maddelere dayanılarak iptal edilmiştir. Fakat çalışma kapsamında tespit edildiği kadarıyla, aykırılık iddialarını ciddi bulmayıp bir tür Anayasa'ya uygunluk denetimi gerçekleştirdiği bazı hükümler daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından, başkaca mahkemelerin başvurusu üzerine iptal edilmiştir.

III. CİDDİ BULMA KARARININ BEKLETİCİ ETKİSİ

Anayasa'ya aykırılık itirazı davanın bekletilmesini zorunlu kılmaktadır[96]. Anayasa'ya aykırılık sorunu daha önce aynı mahkeme ya da başka bir mahkemece başka bir dava kapsamında Anayasa Mahkemesine sevk edilmiş olabilir. 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre[97] aynı mahkemede, aynı hüküm için hâlihazırda bir somut norm denetimi başvurusu yapılmışsa bu başvuru aynı mahkemedeki benzer nitelikteki diğer dosyalar için de bekletici sorun[98] yapılacaktır[99].

---

96 Bir diğer zorunlu bekletme nedeni de 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Kanun'un 18. maddesinde düzenlenmiştir.

97 Burada eklemek gerekir ki 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin kendisi bir somut norm denetimine konu olmuştur. İtirazda bulunan mahkeme, Anayasa'da böylesi bir sınırlandırma olmaksızın hâlihazırda bir başvuru yapılmış olmasının yeni bir başvuru için engel olmasını öngören hükmün, Anayasa'nın 152. maddesine aykırı olduğunu öne sürmüştür. Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu esastan reddetmiştir. Kararda Anayasa Mahkemesinin, aykırılık itirazına konu olan nedenlerle bağlı olmadığını dolayısıyla yeni bir itiraz başvurusunun somut norm denetiminin gereği gibi yapılmasına katkı sağlamayacağını belirtmiştir. Osman AliFeyyaz Paksüt'ün karşı oyunda ise somut norm denetiminin yapısı gereği yeni başvuruların yapılmasının tartışmaları derinleştireceği ileri sürülmüştür. AYM, E.2013/55 K.2013/67, 28/5/2013.

98 Anayasa'nın 152. maddesinde her ne kadar "*davanın geri bırakılacağı*" ifadesi kullanılmış olsa da bu ifadeden "bekletici sorun" kavramının anlaşılması gerekir. Aşık, İ. (2012). Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara: Seçkin, s. 60. Bu ifadelerin yanı sıra Anayasa Mahkemesi tarafından "*yargılamayı durdurma*" ifadesi de kullanılmıştır. Tikves, Ö. (1969). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması (Anayasa Mahkemesi Kanunu ile Birlikte), İstanbul: İstanbul Üniversitesi, s. 303.

99 AYM, E.2016/175, K.2016/175, 02/11/2016, AYM,E. 2016/175, K.2016/170, 2/11/2016, AYM, E.2016/185, K.2016/175, 23/11/2016, AYM, E.2016/203, K.2016/195, 28/12/2016, AYM, E.2017/58, K.2017/43, 1/3/2017, AYM, E. 2017/80, K. 2017/62, 01/03/2017. Bu yönde daha fazla örnek kararın derlendiği bir kaynak için bkz. Dikmen, P. Yağcı, B., Egeliği, Ö. E., vd. (2017). "Ekim 2016-Mart 2017 Tarihleri Arasında Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen Norm Denetimi Kararlarının Özet Bilançosu", Anayasa Hukuku Dergisi, C 6, S 11, s. 389.

Peki bir mahkemede öne sürülen aykırılık itirazının Anayasa Mahkemesine gönderilmesinin bekletici etkisi, diğer mahkemelerdeki benzer davalara da sirayet edecek midir? Bir diğer deyişle bir mahkeme, önündeki davaya uygulayacağı hükmün bir başka mahkemece Anayasa Mahkemesine gönderilmiş olduğu gerekçesiyle bekletici sorun kararı vermek zorunda mıdır?

6216 sayılı Kanun'un 41. Maddesinin ikinci fıkrası "itiraz yoluna başvuran mahkeme" ifadesiyle diğer mahkemeler için bekletici sorun kararı vermenin zorunlu olmadığı yorumunu olanaklı kılmaktadır. Bu hükümden hareketle bir mahkemede itiraz yoluna başvurulan hükümle ilgili olarak başka mahkemelerin bekletici sorun kararı vermek zorunluluğunun olmadığı söylenebilir.

Ancak bu tespit, başka mahkemelerin takdiri olarak bekletici sorun kararı verebilip verememesi sorusunu kesin olarak yanıtlamak için yeterli değildir[100]. Kanaatimizce bir başka mahkemece başvurulan somut norm denetiminin, diğer mahkemelerde de bekletici sorun olabileceği meselesi olumsuz yanıtlanmalıdır. Bu görüş daha önce öğretide Aşık tarafından da

2011 yılında yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Kanunu'nda bekletici etkinin sirayeti düzenlenmemişti. Bu nedenle başka bir davayla ilgili aykırılık itirazının diğer davalar için bekletici mesele olmadığı kabul edilmekteydi. "*Buna göre, yerel mahkemenin somut olayda uygulanması ihtimali bulunan hizmet tespiti davası için öngörülen hak düşürücü sürenin bir başka dosya nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurusunu direnme gerekçesi yapması isabetli bulunmamıştır. Aksinin kabulü hâlinde ise, yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin tekelinde olan yasaların Anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisinin yerel mahkemece kullanılması anlamına gelir ki, bu durum bir başka mahkemeye ait yetkinin gaspı sonucunu doğurur.*" Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14/10/2009 tarihli ve 2009/619 sayılı kararı. 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesi "Başvuruya Engel Durumlar" başlığı taşımaktadır. Bu açıdan ilgili hükmün sadece yeni bir itiraz başvurusu yapılmasına engel olma amacı mı taşıdığı yoksa hâlihazırda itirazda bulunmuş olan mahkemenin aynı hükmün uygulanacağı diğer davalar için de bekletici sorun kararı verme zorunluluğu mü öngördüğü tartışmaya açıktır. Bu sorunun Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla açıklığa kavuşturulduğu kabul edilebilir. "*İtiraz yoluna başvuran aynı Mahkeme tarafından, itiraz konusu 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinin uygulanacağı başka dava dosyası kapsamında yapılmış olan itiraz başvurusunun (E.2013/54 sayılı), bakılmakta olan dava dosyası için de bekletici mesele sayılması gerekirken, tekrar başvuruda bulunulduğu anlaşılmıştır.*" AYM, E.2013/55 K.2013/67, 28/5/2013. Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesini açıklarken "aynı mahkeme tarafından" "başka dava dosyası kapsamında yapılmış olan itiraz"ın "bakılmakta olan (diğer) dava dosyası" açısından da bekletici sorun yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle şimdilik en azından itirazı yapan mahkemedeki diğer davalar için bekletici sorun kararı verilmesi gerektiği söylenebilir.

100 Burada bekletici sorun kararı vermenin önemini ve hassasiyetini belirtmek gerekir. Her bekletici sorun kararının davanın sonuçlanma sürecini biraz daha geciktireceği açıktır. Bu bağlamda yersiz, davayı uzatmaya yönelik beyan ve talepler nedeniyle davayı görmeyi ertelemek, yargı görevini yerine getirmekten kaçınma olarak yorumlanmaktadır.

dile getirilmiştir. Aşık'ın görüşü özetle şu argümanlara dayanmaktadır: hukukumuzda somut norm denetimine başvuran mahkeme açısından bir hüküm olmasına rağmen diğer mahkemeler için bir hüküm yoktur, somut norm denetimi yoluna başvurmaksızın takdirî bekletici sorun kararı verilmesi hâlinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesiyle gerekçeli kararın yayınlanması arasındaki süreçte ilgi normun uygulanma sorunu karmaşık hâle gelir, Anayasa Mahkemesi karar verirken kanun koyucu gibi hareket edemediğinden takdiri bir bekletici sorun kararı verilmesinde yarar yoktur[101]. Bizim de katıldığımız bu argümanlara yenilerini eklemek mümkündür.

Bekletici sorun kararı vermenin zorunlu olmadığı hâllerde mahkemenin takdiri söz konusudur[102]. Zorunlu ya da takdiri olmasına bakılmaksızın bir hukuki sorunun bekletici sorun sayılması mahkemenin bu yönde bir karar vermiş olmasına bağlıdır[103]. Bu karar bir ara kararı niteliğinde olsa da gerekçeli olma zorunluluğundan soyutlanmış değildir. Nitekim Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası da mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olmasını öngörmüştür[104]. Yani bir başka mahkeme tarafından ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazının bekletici sorun olarak kabulü gerekçeli olarak ortaya konmalıdır. Peki salt bir başka mahkemede görülmekte olan bağlantısız bir davada Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuş olması yeterli bir gerekçe tesis edecek

---

101 Aşık son argümanında mukayeseli hukuktan yararlanmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 31. maddesi Anayasa Mahkemesi kararlarının bazı durumlarda kanun gücünde olmasına olanak tanımıştır. Buna karşın Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 153. maddesi "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak bicimde hüküm tesis edemez." İfadesiyle bu olanağı tanımamıştır. Aşık, İ. (2012). s. 64-65.

102 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/12/2018 tarihli ve 2019/721 sayılı kararı, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/12/2019 tarihli ve 2019/723 sayılı kararı. Ancak bu takdir, kanuni bir zorunluluktan kaynaklanmadığı için bir üst mercide denetlenmeye açıktır. Üst mercilerce bekletici sorun kararının yerinde olmadığına hükmedilebilecektir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 24/5/2016 tarihli ve 2016/8464 sayılı kararı. Pekcanıtez, H. (1980). s. 262. Nitekim yersiz bir bekletici sorun kararı verilmiş olması, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinde ifade edilen "hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması" kapsamında yorumlanabilir. Karademir, D. (2015). "Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, S. 119., s. 269.

103 Pekcanıtez, H. (1980). s. 272.

104 Görüleceği üzere Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, gerekçeli karar zorunluluğu konusunda bir istisnaya izin vermemektedir. Bunun aksine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekçeli karar hakkını adil yargılanma hakkı kapsamında görmesine rağmen, Anayasa'da belirtilen kadar mutlak bir şekilde gözetmemektedir. Alp, M. (2001). "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 437.

midir? Kanaatimizce bu soru olumsuz bir şekilde yanıtlanmalıdır. Aksi hâlde, herhangi bir Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuş olması, ilgili hükmü bütün bir hukuk mekanizması içerisinde uygulanamaz kılacaktır[105]. Bu durum Anayasa'ya uygunluk karinesine de aykırılık teşkil edecektir[106].

O hâlde gerekçenin mahkemenin o hükmün Anayasa'ya nasıl ve ne yönden aykırı olabileceğine ya da itirazların ciddi bulunabileceğine ilişkin değerlendirmeleri de içermesi gerekir. Dolayısıyla böyle bir ara kararı verilmesi, mahkemenin ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmış olduğunun ya da aykırılık iddialarını ciddi bulduğunun göstergesidir.

Yukarıdaki tespitlerle birleştiğinde 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi de soruyla ilgili bazı ipuçları içermektedir. 40. maddenin beşinci fıkrası, bekletici sorun kararı vermeyi aykırılık itirazının Anayasa Mahkemesine ulaşmasıyla başlatmıştır. Bir diğer deyişle bekletici mesele kararı vermenin şartı, bir somut norm denetimi başvurusu yapmaktır. Özetle bekletici sorun kararı verme takdirine yol açacak bir kanaatin kendisinin aynı zamanda somut norm denetimine başvuruyu gerektiren bir kanaat olduğu söylenmelidir. Bu durumda da mahkemenin yapması gereken yalnızca bekletici mesele kararı vermek değil ayrıca bir somut norm denetimi başvurusu yapmaktır[107].

---

105 Peşinen şu kayıt konulmalıdır. Burada tartışılan bir mahkemede öne sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazının, diğer mahkemelere sirayet eden bekletici bir etkisinin olup olmadığıdır. Buna dayanılarak salt bekletici sorun yönteminin işlevi yadsınamaz. Bilakis bekletici sorun kararı verilmesi, bazı hâllerde usul ekonomisi ilkesine hizmet edebilir. Böylece aynı vaka ve olguların farklı mahkemelerce tekrar tekrar değerlendirilmemesi sağlanır. Nitekim Yargıtay da benzer doğrultuda bir tutum sergilemektedir. Ör. manevi tazminata ilişkin bir hukuk davasında, davanın kaynağı hakaret suçunun konu edildiği ceza yargılamasının neticesinin beklenmesinde yarar vardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9/4/2014 tarihli ve 2014/490 sayılı kararı.

106 Anayasa'ya uygunluk karinesine göre bir kanun hükmü, Anayasa tarafından iptal edilene kadar Anayasa'ya uygun kabul edilir. Bunun sonucu olarak Anayasa Mahkemesi iptal ya da yürürlüğün durdurulması kararı verene dek hüküm uygulanmaya devam edecektir. Kutkan, O. (2019). "Anayasa Mahkemelerinin Norm Alanını Daraltması ve Genişletmesi", *D.E.Ü. Hukuk Fakultesi Dergisi*, *Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan Özel Sayısı*, C. 21., s. 2069.

107 Öğreti de bazı küçük farklılıklara rağmen bu hususta birleşmektedir. Erem ve Kıratlı'ya göre mahkemenin aykırılık iddiasını ciddi bulması hâlinde bir başka mahkemece hâlihazırda somut norm denetimine başvurulduğu gerekçesiyle karar vermekten çekilmesi mümkün değildir. Erem, F. (1962). "Ceza Hukuku Açısından Anayasa'ya Aykırılık İddiası", *Adalet Dergisi*, C. 53., S. 5-6., s. 461; Kıratlı, M. (1966). s. 72. Bilgin de mahkemenin, bir başka mahkemenin aykırılık tespitine bağlı olmadığını teyit etmekle beraber, diğer mahkemedeki kararın ciddilik unsurunun belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. Bilgin, Ç. (1988). s. 369. Burada aynı hükümle ilgili mükerrer başvuru yapmanın Anayasa

Sonuç olarak mahkeme ya mevcut hukuki duruma göre karar verecek ya da kendisi bir somut norm denetimi başvurusu gerçekleştirecektir. Mahkeme, somut norm denetimi yoluna başvurmaya karar verirse hâlihazırda başvuru yapmış olan mahkemenin gerekçesinden, o dosya kapsamındaki bilirkişi raporu[108] ve uzman görüşlerinden istifade edebilir.

Mahkemesinin iş yükünü arttıracağı öne sürülebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi aynı hükme karşı yapılan başvuruları birleştirme kararı verebilir. Böylece usul ekonomisi ilkesi gözetilebilecektir. Gerek, Ş., Aydın, A.R. (2006). İptal ve İtiraz Başvuruların Usulün Anayasal Denetime Etkisi, içinde Turhan, M. Tülen, H. (Der.), *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1* (s. 329-357). Ankara: Anayasa Mahkemesi, s. 339. Uygulamada aksi yönde yorumlanabilecek kararların da olduğunu ifade etmek gerekir. Örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin verdiği bir kararda, istinafa başvuran taraf, davaya uygulanacak hükme karşı Anayasa Mahkemesinde derdest başvurular olduğunu, dolayısıyla davanın bekletilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi, konuyu bir başka mahkemede başvurulan somut norm denetiminin bekletici mesele olarak kabul edilip edilmemesi yönünden incelememiş; mevcut somut norm denetimi başvuruları üzerinden hâlihazırda 5 ay geçmiş olması nedeniyle bekletici sorun kararı verilmemesinin hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Karar, bu hâliyle, belirttiğimiz görüşün aksi yönde yorumlandığı çıkarımına izin vermektedir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 21/3/2018 tarihli ve 2018/311 sayılı kararı.

108 Bu noktada şu soru öne çıkmaktadır: Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddiliğinin belirlenmesi için bilirkişiye başvurabilir mi? Bu sorunun yanıtlanması için iki alt soruya ayrılmasında yarar vardır. Öncelikle aykırılık iddiası, bazı teknik değerlendirmeleri gerektirebilir. Örneğin kanun vasıtasıyla gerçekleştirilen müdahalenin ölçülü olup olmadığı için piyasa koşulları, şirketin büyüklüğü, müdahalenin şirketin istikbalini ne ölçüde etkileyeceği hususu ya da kişinin vücut dokunulmazlığına müdahalenin tıp uzmanları tarafından değerlendirilmesi gibi… Bu gibi konularda bilirkişiye başvurulabileceği sorusu daha kolay bir şekilde olumlu yanıtlanabilir. Soru, bu konuda hukukçu bilirkişiye başvurulup başvurulamayacağı ekseninde güçleşmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi, "*Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.*" İfadesine yer vermekte, hemen ardından da "*Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.*" ifadesini eklemektedir. Buna göre kural olarak bir hükmün Anayasa'ya uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde bilirkişiye başvurulamaz. Yine de yukarıdaki düzenlemelere rağmen öğretide ve uygulamada hukukçu bilirkişiye başvurulduğu gözlemlenmektedir. Yılmaz, E. (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3., Ankara: Yetkin, s. 2748. Bu düzenlemeyle ilgili, öğretideki eleştiriler, hukukun gittikçe genişleyen ilgi alanı ve kapsamıyla birlikte bazı niş alanlarda hukukçu uzmanların görüşlerine de ihtiyaç duyulacağı yönündedir. Umar, B. (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin, s. 794. Sözü edilen ihtiyacın en görünür olduğu yerlerden birisi (aksi yönde bir örnek için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/02/1981 ve 1091/1092 sayılı kararı) yabancı hukukun tespitidir. Bu bağlamda her ne kadar kolayca yabancı hukuk kategorisinde zikredilemese de yabancı kaynaklara olan ihtiyaçtan dolayı Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşmelerin yorumlayıcısı konumundaki uluslararası organların kararları bilirkişiye başvurulacak bir konu olarak görülebilir. Deryal, Y. (2015). *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Adalet, s. 137. Burada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi örneği öne çıkmaktadır. Mahkemenin kararları İngilizce ve Fransızca yayımlanmaktadır. Kararların Türkçeye kazandırılması hususunda önemli çalışmalar yapılmaktadır. Buna ek olarak Türk hukuk öğretisinde konuyla ilgili literatür zenginleşmeye devam etmektedir. Ancak bu çalışmaların yeni kararlarla aynı hızda sonuçlandırıldığını söylemek güçtür. Ayrıca birikmiş içtihadın yorumlanması da başlı başına bir uzmanlık alanıdır. Yani insan hakları hukukunu, ulusal hukukun bir izdüşümü, benzer şekilde gelişen bir uzantısı olarak yorumlamak güçtür. Bu uzmanlık alanı insan hakları aktivistliğiyle ya da ulusal hukuktaki bir davayı uluslararası

Ancak bu olanak, mahkemenin o dava özelinde özgün bir değerlendirme yapması gerekliliğini ortadan kaldırmayacaktır. Diğer davadaki bulgu ve veriler, mevcut davadaki olaya uygulanabilirliği ölçüsünde dikkate alınmalıdır. Keza somut norm denetiminin amacı da kanunların uygulamada yol açabileceği Anayasa'ya aykırılık tartışmalarının çözümlenmesidir. Kabul etmek gerekir ki her dava kendi özgün koşullarını barındırmaktadır. Hâlihazırda o hükümle ilgili bir somut norm denetimi başvurusu mevcut olsa da sonradan yapılan başvurunun özgün koşulları, Anayasa Mahkemesine daha geniş bir perspektif sağlayacaktır.

IV. CİDDİ BULMAMA KARARININ DENETİMİNDE UYGULANACAK USUL

Anayasa Mahkemesinin itirazın ciddi olup olmadığı hususunda bir inceleme yapma yani dava mahkemesinin anılan takdir yetkisini denetlemesi söz konusu değildir[109]. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin mahkemenin takdirini incelemesi gerekli de değildir çünkü bu kanı zaten mahkeme yönünden Anayasa'ya uygunluk konusunda asgari şüpheyi ifade eder, bu noktada Anayasa Mahkemesinin görevi, mahkemenin şüphesini olumlu ya da olumsuz bir şekilde gidermektir[110].

Mahkemenin aykırılık iddialarını ciddi bulmama kararı davanın esasıyla birlikte, temyiz aşamasında denetlenmektedir. Esasa ilişkin bir temyiz başvurusu olmaksızın, aykırılık iddialarının ciddi bulunmamasına dair ara kararın tek başına temyiz edilmesi mümkün değildir[111]. Hatırlatmak gerekir ki Anayasa'da her ne kadar "temyiz" ifadesi kullanılmış olsa da burada kastedilen kanun yoludur[112]. Bu nedenle, aykırılık itirazını ciddi bulmama kararının itiraz ve/veya istinaf yollarında da denetlenebileceği

mercilere taşıyabilmeyle ikame edilemez. Özetle insan hakları hukukunun teknik ve yabancı karakteri bu konuda bilirkişiye başvurulmasını şimdilik makul kılmaktadır. Sonuç olarak aykırılık iddiasının ciddiliğinin değerlendirilmesinde teknik bir sorunun yanıtlanması önem arz ediyorsa bilirkişiye başvurulmasında yarar vardır. Öte yandan aykırılık iddiasının ciddiliğinin belirlenmesi için gerekli hukuki sorun, esas olarak hâkimin tecrübe ve hukuk bilgisiyle yanıtlanmalıdır. Sorunun yanıtlanması belirli bir düzeyde uzmanlık gerektiriyorsa da bilirkişiye başvurmada yarar vardır. Keza somut norm denetimi başvurusundaki tartışma ve argümanlar Anayasa Mahkemesinin perspektifini genişletecektir.

109 Özbudun, E. (2019). s. 404; Dinç, A. (2018). Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetiminde "Uygulanacak Olan Kural" Kavramı, Çankaya Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 37.

110 Kıratlı, M. (1966). s. 71.

111 Kuru, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt. VI, Altıncı Baskı, İstanbul: Demir Demir, s. 6312.

112 Yine de bu durum Anayasa'daki düzenlemenin eleştirilmesine neden olmuştur. Bilgin, Ç. (1988). s. 370.

söylenmelidir. Buna bağlı olarak esas kararın götürülemeyeceği bir kanun yolunda, ciddi bulmama kararı da incelenemeyecektir[113]. Aykırılığı resen tespit edip Anayasa Mahkemesine taşımak, kanun yolunun tüketilmesinden sonraki aşamalarda da gerçekleştirilebilir[114]. Örneğin Yargıtayın bozma kararına karşı derece mahkemesinin direnme kararı vermesinden sonra da Anayasa'ya aykırılık tespit edilebilir[115]. Nitekim Yargıtay, derece mahkemesinin direnmesinden sonra sigortalının işten ayrılma tarihine odaklanırken, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 62. maddesinde yer alan *"çalıştığı işten ayrıldıktan sonra"* hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varmıştır[116]. Davanın önceki aşamalarında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmamış olsa dahi, aykırılık resen tespit edilip Anayasa Mahkemesine taşınabilir[117].

Yargıtay, önüne getirilen davada Anayasa'ya aykırılık iddiasını öncelikli olarak çözme eğilimindedir[118]. Ciddi bulmama kararı, kanun

---

113 Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 143; Boyacıoğlu, A. (1962). "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def'i Yolu İle Denetlenmesi", *Adalet Dergisi*, Ankara, S. 7-8., aktaran Özçelik, S. (1982). *Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Umumi Esaslar*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 263.

114 Örneğin 1961 Anayasa'sı döneminde Yargıtay'ın bir bozma kararına, yerel mahkemenin direnmesi ve direnmenin davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay kendisi Anayasa'ya aykırılık tespitinde bulunmuştur. AYM, E.1978/38, K.1978/49, 2/11/1978.

115 Esasında 1961 Anayasası döneminin ilk yıllarında Yargıtayın derece mahkemesinin itirazın ciddiliğine ilişkin kararını bozma yetkisine sahip olup olmadığı tartışılmıştır. Keza o dönem için de aykırılık iddiasının ciddiliği, davanın esasıyla birlikte temyiz edilecektir. Ancak usul kanunlarında bozma nedenleri arasında Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddi bulunmaması zikredilmemiştir. Bu nedenle aykırılık iddiasının ciddiliğine ilişkin kararın esasla birlikte ya da bağımsız olarak bozulmasının mümkün olmadığı iddia edilmiştir. Ancak Kıratlı'nın da belirttiği gibi bu yönde bir yorum Anayasa hükmünü işlevsiz kılacaktır. Bu nedenle davanın esasına ilişkin bozma kararı verilmese de ciddiliğe ilişkin ara kararın bozulabileceği çıkarımında bulunulmuştur. Bozma kararı üzerine derece mahkemesi direnirse de Genel Kurul sadece aykırılık iddiasını görüşmek üzere toplanacaktır. Kıratlı, M. (1966). s. 72.

116 *"(…) 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. ve 153. maddelerinden hareketle ve tüm yukarıda açıklanan nedenlerle: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrası gereğince, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 62. maddesinde yer alan "çalıştığı işten ayrıldıktan sonra" düzenlemesinin Anayasa'nın 10., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle, Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralın Anayasaya aykırılığı nedeniyle, uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğurabileceği gözetilerek esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine 17.9.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."*, AYM, E.2019/104, K.2021/3, 14/1/2021, gerekçe kısmı.

117 Bu arada belirtmek gerekir ki derece mahkemesinde aykırılık itirazında bulunulmaması ve mahkemenin de resen aykırılık görmemesi tek başına bir bozma sebebi olarak yorumlanamaz. Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 169.

118 *"(…) Bu açıklamalar karşısında 3402 sayılı Kadastro Kanununun 13/B-C maddesinin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Davalılar vekilinin bu yöne ilişen Anayasaya aykırılık iddiasının oybirliğiyle reddine karar verilip işin esasının incelenmesine geçildi (…)"* Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 21/1/2008 tarihli ve 2008/200 sayılı kararı.

yolunda denetlenirken, yalnızca itirazın ciddiliğinden ibaret bir denetim gerçekleştirilmez. Mahkemenin ciddi bulmama kararını verirken, iddiaları yeterince değerlendirip değerlendirilmediği de göz önünde bulundurulur[119].

Aykırılık itirazını ciddi bulmama kararı değerlendirilirken, ilgili hükmün somut norm denetimine konu edilip edilemeyeceği de gözetilmektedir[120]. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin daha önce işin esasına girerek karar vermiş olduğu hâllerde, on yıl içerisinde yeniden Mahkemeye başvurulamayacağı hususu da dikkate alınmaktadır[121]. Yargıtay, bu gerekçeyle Anayasa'ya aykırılık itirazıyla ilgili karar verilmemiş olmasını bozma nedeni olarak görmemektedir[122]. Bu tarz kategorik kısıtlamaların söz konusu olduğu ve aykırılık itirazının mahkemece, olumlu ya da olumsuz olarak yanıtlanmadığı davalarda Yargıtay, kendisi bir değerlendirme yapmaktadır[123].

Temyiz incelemesi esnasında Anayasa'ya aykırılığın ciddi bulunmaması kararının aksi yönde bir karar vermesi hâlinde yapılacaklar tartışmalıdır. Bir görüşe göre Yargıtay, doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurabilecek; karşı görüşe göreyse derece mahkemesine sevk edecektir[124]. İkinci görüşe göre derece mahkemesi bozma kararına direnirse Genel Kurul meseleyi çözecektir. İkinci görüş genel olarak, somut norm denetiminde genel usul kurallarından ayrılmayı gerektirecek bir neden

---

119 Örneğin Yargıtayın kendi daire kararına ilişkin bir değerlendirmesinde dahi, itirazın ciddi olmadığı tespitinin yanı sıra, dairenin itirazın ciddiliğine yönelik değerlendirmelerinin yeterli olduğu belirtilmiştir. *"(…) Yargılama yapan Yargıtay 4. Ceza Dairesince uygulanacak hükümlerde aykırılık bulmamış, ileri sürülen aykırılık iddiasını da ciddi görmemiştir. İlgili Dairenin bu değerlendirmesi 2709 sayılı T.C. Anayasasının 152. maddesine de uygun olup, bu hususun ayrıca gerekçeli kararda değerlendirilmemesi de bir eksiklik oluşturmamaktadır."* Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/04/2011 tarihli ve 2011/41 sayılı kararı. Bu karar, daha kısa değerlendirmelerin gerçekleştirildiği kararlar dikkate alındığında, ciddiliğin ne derece değerlendirilmesi gerektiği konusundaki tartışmaları arttırmaktadır. Şüphesiz sorunun yanıtı niceliğe hapsolmuş şekilde değerlendirilemez. Fakat her hâlükârda itirazın ciddiliğinin değerlendirilmesinin, gerekçeli karar hakkıyla bağlantılı bir şart olduğu hususu gözden kaçmamalıdır. Özbek, M. S. (2015). s. 1714.

120 2587 sayılı yasanın geçici 2. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu itirazını ele alan Yargıtay, Anayasa'nın geçici 15. maddesinde yer alan *"Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı iddia edilemez."* ifadesine dayanarak aykırılık iddiasını değerlendirmemiştir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 19/04/1983 tarihli ve 1983/4043 sayılı kararı.

121 Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 25/9/2017 tarihli ve 2017/9542 sayılı kararı ile Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 30/12/2016 tarihli ve 2016/7734 sayılı kararı.

122 Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 15/11/2011 tarihli ve 2011/5888 sayılı kararı.

123 Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 26/04/2011 tarihli ve 2011/2501 sayılı kararı.

124 Bilgin, Ç. (1988). s. 370.

olmadığı savına dayanır. Kanaatimizce Yargıtayın aykırılık iddiasını ciddi bulması hâlinde meseleyi Anayasa Mahkemesine sevk etmesi gerekliliği Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. Usul kurallarının kaynağı yalnızca kanunlar değildir. Yargıtay, aykırılık meselesini derece mahkemesine göndermeden resen Anayasa Mahkemesine sevk edebilir. Aliefendioğlu da derece mahkemesinin kararını inceleyen üst derece mahkemesinin "*davaya bakan mahkeme*" sıfatıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini belirtmiş; buna ek olarak derece mahkemesinin de bozma kararına uyarak aynı başvuruyu yapabileceğini eklemiştir[125].

Nitekim Yagıtay da Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddi bulunmaması kararının kanun yolunda bozulması hâlinde ciddi bulma kararını denetleyen makamın Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini belirtmiştir. Bir örnekte, asliye ceza mahkemesinin aykırılık iddiasının ciddi bulunmaması kararı, bir başka asliye ceza mahkemesi tarafından denetlenmiştir. İtiraz makamı olan asliye ceza mahkemesi, aykırılık itirazının ciddi olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurmak üzere, dosyayı diğer asliye ceza mahkemesine geri göndermiştir. Yargıtay, "*itiraz mercii kendi önünde bulunan dava ve işlerle ilgili uygulayacağı bir hükmün Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulursa bizzat kendisinin başvuruda bulunması kanunun emredici hükmü olup bu konuda kararını incelediği mahkemeyi zorlamasına yasal imkan bulunmamaktadır.*" ifadesiyle konuyla ilgili kanun yararına bozma istemini kabul etmiştir[126].

Yargıtay uygulamasında da tercih edilen bu yöntem usul ekonomisi ilkesine uygundur. Bununla birlikte, her somut norm denetimi başvurusunun, mahkemenin görevi olduğu kadar kanunların Anayasa'ya uygunluğunu sağlamak adına bir talep yetkisi olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu gerçek ışığında, aykırılık iddiasını ciddi bulmayan bir mahkemenin, kendisinin katılmadığı bir iddia için gerekçe yazmaya zorlanması hukuki tartışmanın Anayasa Mahkemesine eksik taşınmasına yol açabilir. On yıl yasağı gibi kısıtlayıcı kurallar da dikkate alındığında her bir somut norm denetimi girişiminin mümkün olan en iyi şekilde gerekçelendirilmesi bu usulün amacına uygun olarak işletilmesinin önemli şartlarındandır.

125 Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 143.

126 Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 30/12/2016 tarihli ve 2016/7734 sayılı kararı.

SONUÇ

Mahkemelerin resen aykırılık kanısına varması ve taraflarca aykırılık itirazında bulunulması hâllerinde farklı kriterler kullanılmalıdır. Bu ayrım hem Anayasa'nın 152. maddesindeki ifadelerle hem de öğretideki görüşlerle sabittir. Şüphesiz mahkemelerin her türlü Anayasa'ya aykırılık itirazını ciddi bulma gibi bir yükümlülüğü olduğu söylenemez. Bilakis bu iddiaların filtrelenmemesi, bazı sakıncalar doğurabilir. Somut norm denetiminin bekletici sorun etkisi, sadece mevcut davanın değil, o mahkemede görülen diğer davaların da bekletilmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle aykırılık itirazının titizlikle incelenmesi önemlidir.

Buna bağlı olarak aykırılık iddialarının hem subjektif olarak hem de objektif olarak ciddi olması iki ayrı alt kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Objektif ciddilik, aykırılık iddialarının hukuken tartışılabilir bir değerde olması şeklinde özetlenebilir. Fakat objektif ciddilik tek başına yeterli kabul edilmemelidir. Aykırılık itirazının, davayı uzatma ya da savsama gibi bir amaç için de kullanılmaması gerekir. Yani objektif ve sübjektif ciddilik birlikte aranmalıdır. Bu kriterin birlikte gözetilmesi, usuli disiplinin sağlanması yükümlülüğünün içerisindedir. Usuli disiplin, davaların makul sürede sonuçlandırılması, dolayısıyla adil yargılanma hakkının yerine getirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

Bu açıdan aykırılık itirazlarının ciddiliğinin titiz bir şekilde incelenmesi, usuli disiplinin sağlanması bakımından yerindedir. Bu inceleme neticesinde birçok itirazın, Anayasa Mahkemesine sevk edilmemesi de kabul edilebilirdir. Keza ciddi bulma/bulmama kararı Anayasa Mahkemesinin denetim alanına girmemektedir. Bu konuda yetki, kanun yolundadır. Özünde, ciddi bulma ya da bulmama kararı, bir tür yetkiyi belirleme yetkisidir. Bu yetki bir kerteye kadar Anayasa'ya uygunluk değerlendirmesi de içerebilir. Ancak mahkemenin, bu değerlendirmeyi hangi kertede Anayasa Mahkemesine bırakacağı hususu da kendi sınırları içerisinde kalması açısından önemlidir. Keza bu sınırların aşılmasını, somut bir yaptırıma bağlayacak etkili bir mekanizmanın varlığından söz etmek güçtür. Bu sınırların kanun yolu ve Anayasa Mahkemesi arasında görünmez bir tür centilmenlik anlaşmasıyla korunduğu varsayılabilir. Aksi hâlde somut norm denetiminin kullanılması, teorik olarak tamamen engellenebilir.

Aykırılık itirazı karşısında iddiaların ciddiliğinin denetlenmesinde, mahkemenin resen aykırılık kanısına varma şartını araması da bu sınırın

aşılması riskini doğurur. Aykırılık iddialarının ciddi olması hâlinde, mahkemenin yetkisi, Anayasa Mahkemesinin bir sentez oluşturabilmesi için tez ve antitezleri derleyip somut norm denetimine başvurmaktan ibarettir. Uygulamada, ciddi bulmama kararının denetlenmesi esnasında kullanılan ifadeler ise Yargıtayın somut norm denetimine başvurmak için aykırılık kanısının oluşması şartını aradığı çıkarımına yol açmaktadır.

Ayrıca çalışma göstermiştir ki somut norm denetiminde aykırılık iddialarının ciddiliği konusunda Yargıtay kararları (ulaşılabilen kısmıyla) sınırlı bir perspektif sunmaktadır. Somut norm denetimi usulünde, ciddi bulma ya da bulmama kararının gerekçeli olması öğreti ve uygulamada vurgulanmaktadır. Buna rağmen yüksek yargı kararlarında yer verilen gerekçeler konuya ilişkin yeterli bilgi sağlamaya izin vermemektedir. Hatta bazen itirazların ciddi bulunmamasını açıklamak için tek cümleyle yetinilmiştir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AKCAN, Recep, KAYA, Cemil (2010). "Medeni ve İdari Yargıda Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi", *İUHFM*, C. 68., S. 1-2., ss. 171-196.

AKİL, Cenk (2012). Yargıtay Kararları Işığında Zamanaşımı Def'inin Islah Yolu ile İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 2., s. 1-15.

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

ALP, Mustafa (2001). "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, ss. 425-441.

ALTIPARMAK, Cüneyd (2006). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları, *TBB Dergisi*, S. 63., s. 244-270.

ANAYURT, Ömer (2008). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 1-2., s. 421-460.

ARAI, Yutaka (2006). Right to An Effective Remedy Before A National Authority (Article 13), içinde van Dijk, P., van Hoof, F., van Rijn, A., Zwaak, L. (Der.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerp-Oxford: Intersentia, ss. 997-1026.

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

ARSLAN, M. (2021). Yasama Dokunulmazlığı, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 21., ss. 71-103.

AŞIK, İbrahim (2012). *Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Ankara: Seçkin.

ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim, ERDOĞAN, Ersin (2019) *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin.

ATASAYAN, Gözde (2019). *Sosyal Hakların Yargısallaştırılması*, Galatasaray Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul.

AYBAY, Rona (1962). "Anayasa'ya Aykırılık İtirazı", *Dünya Gazetesi*, 12/11/1962.

AYBAY, Rona (1968). Anayasanın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddiliği Sorunu, *İÜHFM*, C. 33, S. 3-4., ss.155-176.

AYDIN, Mesut (2007). Mahkemelerde Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddîliği, *AÜSBFD*, C. 62, S. 3.

AZRAK, Ülkü (1962)." Türk Anayasa Mahkemesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 28., S. 3-4., ss. 649-700.

BAĞRIAÇIK, Ahmet (2016). Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 2, ss. 39-70.

BAYILLIOĞLU, Uğur (2011). Korunan Grupların Sınırlılığı Bağlamında Soykırım Yasağını Geniş Tutan İddialar ve Eleştirisi, içinde Günday M. (Der.), *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, ss. 113-144.

BENDA, Eernst, KLEIN, Eckart. (2001). Verfassungsprozeßrecht, Ein Lehr- und Handbuch, Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

BIRKS, Jens (2019). Fact-Checking, Fake Balance, and Fake News: The Discourse and Practice of Verification in Political Communication, içinde Stuart Price (Der.), *Journalism, Power and Investigation: Global and Activist Perspectives*, Oxon: Routledge, ss. 245-264.

BİLGE, Necip, ÖNEN, Ergun. (1978). *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara: Sevinç Matbaası.

BİLGİN, Çağlar (1988). "Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu", *TBB Dergisi*, S. 3., ss. 350-376.

BOYACIOĞLU, Ahmet (1962). Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def'i Yolu İle Denetlenmesi, *Adalet Dergisi*, Ankara, S. 7-8.

ÇELİK, Abdullah (2014). *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

DEĞERLİ, Yavuz Selim (2020). *Anayasa Yargısında Ön-Denetim*, Ankara: Adalet.

DERYAL, Yahya (2015). *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Adalet.

DETTERBECK, Steffen. (2021) "Art. 100: Vorlagen zu Verfassungsgerichten", içinde Sachs, M. (Der), *Grundgesetz Kommentar*, München: C.H. Beck, ss. 1833-1840.

DİKMEN, Pınar, YAĞCI, Betül, EGELİĞİ, Ömer E., vd. (2017). Ekim 2016-Mart 2017 Tarihleri Arasında Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen Norm Denetimi Kararlarının Özet Bilançosu, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6., S. 11., ss. 357-462.

DIRENİSA, Efe (2021). *Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, İstanbul: On İki Levha.

DİNÇ, Aslı (2018). Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetiminde "Uygulanacak Olan Kural" Kavramı, Çankaya Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

DURAN, Lütfi (1965). İtiraz Yolu ile Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi, *İHFM*, C. 31., S. 1-4., ss. 284-353.

EGELİĞİ, Ömer E. (2021). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha.

EREM, Faruk (1962). Ceza Hukuku Açısından Anayasa'ya Aykırılık İddiası, *Adalet Dergisi*, C 53, S 5-6, ss. 459-471.

ERMENEK, İbrahim (2011). "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 139-177.

ESEN, Selin (1996). *İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme*, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Yayınları.

ESMER, Murat (2020). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Medya Özgürlüğü: Kapsamı ve Sınırları, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2., ss. 761-877.

GEREK, Şahnaz, AYDIN, Ali Rıza (2006). İptal ve İtiraz Başvuruların Usulün Anayasal Denetime Etkisi, içinde Turhan, M. Tülen, H. (Der.), *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1*, Ankara: Anayasa Mahkemesi, ss. 329-357.

GÖZLER, Kemal (2017). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin.

GÜNDOĞDU, Süleyman Burak (2021). *Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Yolu Üzerine Verdiği Usul Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

GÜNGÖR, Devrim, OKUYUCU-ERGÜN, Güneş (2009). Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zaman Aşımının Durmasına Etkisi, *TBB Dergisi*, S 83, ss. 68-72.

GÜR, Necip Taha (2019). İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna Dair Düşünceler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21., S. 2., ss. 685-703.

İNCEOĞLU, Sibel (2018) *Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi–4*, Ankara: Avrupa Konseyi.

KABOĞLU, İbrahim Ö. (1997). *Anayasa Yargısı*, 2. Baskı, İstanbul: İmge Kitabevi.

KABOĞLU, İbrahim Ö. (2012). Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları, içinde Kaboğlu, İ.Ö. (Der.), *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)*, İstanbul: Legal, ss. 15-34.

KABOĞLU, İbrahim Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul: Legal.

KANADOĞLU, Korkut (2013). Laiklik ve Din Özgürlüğü, *TBB Dergisi*, S. 109., ss. 353-384.

KARADEMİR, Dilek (2015). Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, *TBB Dergisi*, S. 119, s. 241-276.

KARAMERCAN, Fatih (2018). Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, ss. 151-191.

KIRATLI, Metin (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara: AÜSBF Yayınları-Sevinç Matbaası.

KONURALP, Haluk (2001). Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında Istinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından), *AÜHFD*, C. 50., S. 1., ss. 25-39.

KURU, Baki (1964). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara.

KURU, Baki (1991). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul: Alfa Yayınları.

KURU, Baki (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt. VI, Altıncı Baskı, İstanbul: Demir Demir.

KUTKAN, Oğuzcan (2019). Anayasa Mahkemelerinin Norm Alanını Daraltması ve Genişletmesi, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan Özel Sayısı*, C. 21., ss. 2063-2096.

MARGUENAUD, Jean-Pierre (2012). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu (Çev. Gülden Kurt), Kaboğlu, İbrahim Ö. (Der.), *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)*, İstanbul: Legal, ss. 221-227.

MATHIESEN, Kay, FALLIS, Don (2008). Information Ethics and Library Profession, içinde Himma, K.E., Tavani, H.T. (Der.), *The Handbook of Information and Computer Ethics*, New Jersey: John Wiley & Sons, ss. 221-244.

MEYER, Wolfgang (2021). "Art. 100: Verfassungswidrigkeit von Gesetzen", içinde Kaemmerer, J. A., Kotzur, M., Von Münch, I., Kunig, P. (Der), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C.H. Beck, ss. 883-910.

MÜLLER-TERPİTZ, Ralf (2018). "Art. 100: Normenkontrolle" içinde Hans Hofmann, Henneke H. G., Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. (Der), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, Köln:Carl Heymanns Verlag,, ss. 2700-2717.

Online Etymologie Dictionary, https://www.etymonline.com, (Erişim Tarihi: 11/10/2021)

ÖMEROĞLU, Abdullah (2014). Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi.

ÖZBEK, Mustafa S. (2015). Tatbikattan Hareketle Somut Norm Denetiminin Etkinliği Üzerine Bir Etüd, içinde Çoban, A.R., Gülener, S., Sağlam, M., Ekinci, H. (Der.), *Haşim Kılıç'a Armağan*, Cilt I, Ankara: Anayasa Mahkemesi, ss. 1694-1722.

ÖZBUDUN, Ergun (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin.

ÖZÇELİK, Selçuk (1982). *Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Umumi Esaslar*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

PEKCANITEZ, Hakan (1980). Bekletici Mesele (Meselei Müstehire), *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1., S. 1., ss. 249-275.

PEKCANITEZ, Hakan (2018). Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi, *Anayasa Yargısı*, S. 35., ss. 73-104.

RICHTER, Dagmar (2006). Das Recht auf Wirksame Beschwerde, içinde Grote, R., Marauhn, T. (Der.), *EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum Europäischen und Deutschen Grunrechtschutz*, Tübingen: Mohr Siebeck, ss. 1066-1114.

RIETDIJK, Natascha, ARCHER, Alfred (2021). Post-Truth, False Balance, and Virtuous Gatekeeping, içinde Snow, N.E., Vaccarezza, M.S. (Der.). Virtues, Democracy, and Online Media: Ethical and Epistemic Issue, New York: Routledge, ss. 112-130.

RÜZGARESEN, Cumhur (2014). "Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, C. 4., S. 2., ss. 173-213.

SAVVIDIS, Caroline (2016). *Court Delay and Human Rights Remedies: Enforcing the Right to a Fair Hearing Within a Reasonable Time*, Oxon: Routledge.

SIR, Onur (2011). *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Ankara: Adalet.

SOYSAL, Mümtaz (1997). *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi.

ŞAHBAZ, İbrahim (2009). "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", *TBB Dergisi*, S. 86., ss. 405-427.

ŞATIROĞLU, Muammer (1981). "Babalık Davasında Maddi ve Manevi Tazminat", *Yargıtay Dergisi*, C. 7., S. 4., ss. 265-292.

ŞİRİN, Tolga (2014). "Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Dersin (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", *Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildirgeler*, Petrol-İş Yayını: 119, İstanbul, ss. 341-366.

TAHİROĞLU, Fatih (2021). *Medeni Usûl Hukukunda Res'en Araştırma İlkesi*, İstanbul: On İki Levha.

TANİLLİ, Server (2000). *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul: Adam.

TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2015). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. bs. İstanbul: Beta.

TARUFFO, Michelle (Der.) (1999). *Abuse of Procedural Rights:Comparative Standards of Procedural Fairness (International Assocation of Procedural Law)*, The Hague: Kluwer Law International B.V.

TATLIDİL, Sıla (2019). "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı – Sürenin Aşılması ve Sonuçları", *TBB Dergisi*, S. 143, ss. 9-49.

TEZİÇ, Erdoğan (2015). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta.

TİKVES, Özkan (1969). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması (Anayasa Mahkemesi Kanunu ile Birlikte)*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi.

TUNÇ, Hasan (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)*, Ankara: Yetkin.

Türkçe Online Etimoloji Sözlüğü, https://www.etimolojiturkce.com, (Erişim Tarihi: 11/10/2021.

UMAR, Bilge (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin.

UZELAC, Alan (2004). Accelerating Civil Proceedings in Crotia – A History of Attemps to Improve the Efficieny of Civil Litigation, içinde Van Reehe, C. H. (Der.), *The Law's Delay: Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, Antwerpen: Intersentia, ss. 283-314.

ÜLGEN, Özen (2013). *İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, İstanbul: Beta.

ÜLGEN, Özen (2014). Anayasa'ya Uygunluk Denetiminde Çelişme İlkesi, *TBB Dergisi*, S. 111, ss. 297-324.

YILMAZ, Ejder (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt 3, Ankara: Yetkin.

YOLAL, Halil (2018). Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Dava Ehliyeti, Marmara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 81.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Basımevi.

Kararlar

AYM Kararları

Abdullah Yaşa [Genel Kurul], B. No: 2015/12486, 5/11/2020.

Güher Ergun vd, B. No: 2012/13, 2/7/2013.

Güher Ergun vd., B. No: 2012/13, 2/7/2013.

Haydar İzgi, B. No: 2012/673, 19/12/2013.

M.A.B., B. No: 2015/288, 19/11/2020.

Mustafa Kemal Sungur, B. No: 2013/2507, 6/3/2014.

Ramazan Ayhan, B. No: 2014/2704, 16/11/2016.

AYM, E.1963/16, K.1963/83, 8/4/1966.

AYM, E.1978/38, K.1978/49, 2/11/1978.

AYM, E.1987/34 K.1987/33, 3/12/1987.

AYM, E.1993/30 K.1993/27, 7/9/1993.

AYM, E.2005/128, K.2008/54, 7/2/2008.

AYM, E.2009/58, K.2011/52, 17/3/2011.

AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013.

AYM, E.2012/22, K.2012/133, 27/9/2012.

AYM, E.2012/35, K.2012/203, 27/12/2012, gerekçe kısmı.

AYM, E.2012/40, K.2012/158, 18/10/2012.

AYM, E.2013/55 K.2013/67, 28/5/2013.

AYM, E.2013/55 K.2013/67, 28/5/2013.

AYM, E.2015/105, K.2016/133, 14/7/2016.

AYM, E.2016/175, K.2016/170, 2/11/2016.

AYM, E.2016/175, K.2016/175, 2/11/2016.

AYM, E.2016/185, K.2016/175, 23/11/2016.

AYM, E.2016/203, K.2016/195, 28/12/2016.

AYM, E.2017/58, K.2017/43, 1/3/2017.

AYM, E.2017/80, K.2017/62, 1/3/2017.

AYM, E.2019/104, K.2021/3, 14/1/2021.

AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/4/2019, gerekçe kısmı.

AYM, E.2020/81, K.2021/4, 14/1/2021, gerekçe kısmı.

İHAM Kararları

Anker/İsviçre, B. No: 17748/91, 23/10/1996.

Baracco/Fransa, B. No: 31684/05, 5/3/2009.

Carlin/Birleşik Krallık, B. No: 27537/95, 3/12/1997.

Dilipak/Türkiye, B. No: 29680/05, 15/9/2015.

Eckle/Almanya, B. No: 8130/78, 15/7/1982.

Esposito/İtalya, B. No: 34971/02, 5/4/2007.

Ewing/Birleşik Krallık, B. No: 11224/84, 7/10/1987.

Jakobski/Polonya, B. No: 18429/06, 7/12/2010.

Kreuz/Polonya, B. No: 28249/95, 19/6/2001.

Kuppinger/Almanya, B. No: 62198/11, 15/1/2015.

Kusmierek/Polonya, B. No: 10675/02, 21/9/2004.

Łobarzewski/Polonya, B. No: 77757/01, 25/2/2004.

Marzari v. Italy, B. No: 36448/97, 4/5/1999.

Monnet/Fransa, B. No: 13675/88, 29/10/1993.

Pishchalnikov/Rusya, B. No: 7025/04, 24/9/2009.

Plattform "Ärzte Für Das Leben"/ Avusturya, B. No: 10126/82, 21/6/1988.

Prokopovich/Rusya, B. No: 58255/00, 18/11/2004.

Sanoma Uitgevers/Hollanda [Büyük Daire], B. No: 38224/08, 14/9/2010.

Siliadin/Fransa, B. No: 73316/01, 26/10/2005.

Stec vd./Birleşik Krallık [Büyük Daire], B. No: 65731/01, 6/7/2005.

Sürmeli / Almanya, B. No: 75529/01, 08/06/2006.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 28/11/1988 tarihli ve 15864/15796 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 28/11/1988 tarihli ve 15864/15796 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16/9/2013 tarihli ve 1780/7852 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19/9/2002 tarihli ve 2002/7862 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23/12/2020 tarihli ve 2020/6001 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesnin 1/12/2020 tarihli ve 2020/5557 sayılı kararı.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2/5/2016 tarihli 2016/2645 sayılı kararı.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 30/12/2016 tarihli ve 2016/7734 sayılı kararı.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 30/12/2016 tarihli ve 2016/7734 sayılı kararı.

Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 19/4/2016 tarihli ve 2016/8148 sayılı kararı.

Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 25/9/2017 tarihli ve 2017/9542 sayılı kararı.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 24/5/2016 tarihli ve 2016/8464 sayılı kararı.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 2/2/2006 tarihli 2006/852 sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/2/1981 ve 1091/1092 sayılı kararı.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 2/4/2012 tarihli ve K. 2012/2547 sayılı kararı.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 25/6/2015 tarihli 2015/4884 sayılı kararı.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 25/12/2015 tarihli 2015/4884 sayılı kararı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 2/3/2016 tarihli ve 2016/2250 sayılı kararı.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 19/4/1983 tarihli ve 1983/4043 sayılı kararı.

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 26/1/2007 tarihli 2007/270 sayılı kararı.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 23/01/2014 tarihli ve 2014/922 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 18/10/1996 tarihli ve 1996/12797 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 6/5/2008 tarihli ve 2008/1499 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 6/5/2018 tarihli ve 2008/2527 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 15/11/2011 tarihli ve 2011/5888 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 21/1/2008 tarihli 2008/200 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 21/1/2008 tarihli ve 2008/200 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 26/4/2011 tarihli ve 2011/2501 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 26/4/2011 tarihli ve 2011/2501 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 2/6/2003 tarihli ve 2003/984 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 9/10/2013 tarihli 2013/12351 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/4/2011 tarihli ve 2011/41 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/12/2018 tarihli ve 2019/721 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/12/2019 tarihli ve 2019/723 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/5/2017 tarihli ve 2017/303 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/5/2017 tarihli ve 2017/303 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4/5/2016 tarihli ve 2016/575 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9/4/2014 tarihli ve 2014/490 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10/6/2015 tarihli ve 2015/1523 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11/4/2019 tarihli ve 2019/453 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14/10/2009 tarihli ve 2009/619 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23/6/2004 tarihli ve 2004/375 sayılı kararı.

Diğer Kararlar

Danıştay Onuncu Dairesinin 25/11/1998 tarihli ve 1998/6116 sayılı kararı.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 21/3/2018 tarihli ve 2018/311 sayılı kararı.

Konya Bölge Adliye Mahkemesinin 2. İdari Dava Dairesinin 26/4/2017 tarihli ve 2017/823 sayılı kararı.

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 263–309.

"SOMUT NORM DENETİMİNE BAŞVURU" İLE "UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDE MİLLETLERARASI ANTLAŞMA KURALININ ESAS ALINMASI" YÖNTEMLERİNİN YARGI MERCİLERİNCE UYGULANMA ÖNCELİĞİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Comparison in Terms of Priority of The Methods "Resorting to Contention of Unconstitutionality" and "Taking The Provision of International Treaty as a Basis in the Resolution of Disputes" By The Judicial Authorities

Dr. Yunus Emre YILMAZOĞLU*

ÖZ

Bir idari davada, idari yargı mercii tarafından uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak bir kanun kuralının hem Anayasa'ya hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) aykırı olduğu yönünde bir tespitte bulunulabilir. Bu hâlde temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunabilmesi açısından, davaya bakan idari yargı merciince "somut norm denetimi" ve "uyuşmazlığın çözümünde milletlerarası antlaşmanın esas alınması" yöntemlerinden hangisinin öncelikle uygulanması gerektiği bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmada öncelikle mülkiyet hakkının korunmasında Anayasa ve AİHS temelinde devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri incelenecek, daha sonra bu hukuk kaynaklarının idari davalarda doğrudan uygulamasında temel alınacak pozitif hukuk düzenlemelerine değinilecektir. Bu incelemelerden sonra bu çalışmanın konusu, Anayasa ve AİHS'e aykırılık taşıyan kuralın "bir maddi hakkın esas boyutunu ihlal edici nitelikte olması" ile "adil yargılanma hakkını ya da bir maddi hakkın usul boyutunu ihlal edici nitelikte olması" ayrımı temelinde ele alınacaktır. Daha sonra yargı kararıyla iadesine hükmedilen alacaklarda değer kaybının giderimi açısından Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulaması incelenecektir. Son olarak teori ve uygulamaya dönük bu temel esas alınarak yargı kararıyla iadesine

* Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kıdemli Tetkik Hâkimi

Geliş Tarihi: 29/6/2022 ✦ Kabul Tarihi: 19/9/2022 *Araştırma Makalesi*

hükmedilen vergilerde, davacının mülkiyet hakkını koruyabilecek nitelikteki giderim yöntemini konu alan ısrar kararına yöneltilen temyiz isteminin incelendiği Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Somut norm denetimi, milletlerarası antlaşma, faiz, mülkiyet hakkı, enflasyonist etki

ABSTRACT

In an administrative case, the administrative court may conclude that a legal provision applicable to the resolution of a dispute is contrary to both the Constitution and the European Convention on Human Rights (ECHR). In this sense, this study aims to discuss which of the two methods, which are "contention of unconstitutionality" and "taking the provision of an international treaty as a basis in the resolution of disputes", should be applied first by the incumbent judicial authority in order to ensure the effective protection of fundamental rights and freedoms.

In this study, first, the negative and positive obligations of the state arising from the Constitution and the ECHR will be examined in terms of the protection of the right to property; and then the positive legal regulations to be taken as a basis in the direct application of these legal resources in administrative cases will be addressed. After these examinations, the topic of the study will focus on the two aspects of the impugned provision that is in breach of both the Constitution and the ECHR, which are "violating the substantive aspect of a material right" and "violating the right to a fair trial or the procedural aspect of a material right". Afterwards, the practices of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECtHR) in terms of the redress of the depreciation of receivables ordered to be returned in accordance with a judicial decision will be examined. Finally, the decision of the Council of State Plenary of Tax Law Chambers whereby the appeal against the insistence decision on the method of redress capable of protecting the right to property of the plaintiff in cases of taxes that are refunded by a judicial decision will be evaluated on the basis of this theory and practice.

Keywords: Contention of unconstitutionality, international treaty, interest, right to property, the inflationary effect

GİRİŞ

Bir kanun kuralının hem Anayasa'ya hem usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşmaya aykırılık taşıması hâlinde uyuşmazlığı çözümlemekle görevli mahkemenin öncelikle Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca somut norm denetimi yoluna mı başvurması gerektiği yoksa kuralı ihmal ederek uyuşmazlığı milletlerarası antlaşma kuralına göre mi çözmesi gerektiği uygulamada göz ardı edilen konulardan biridir. Çalışmada bu konunun bir yargılama sürecinde verilen kararlar temelinde ele alınması planlanmaktadır.

İncelemenin konusunu oluşturan yargılamada, Bölge İdare Mahkemesi Vergi Dava Dairesi, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmiştir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu önünde ısrar kararının temyizen incelenmesi esnasında uyuşmazlık, tahsil edilen vergilerin yargı kararıyla iadesine hükmedilmesi hâlinde mülkiyet hakkına müdahale edilen kişinin bu tutardan yoksun kaldığı döneme ilişkin zararının hangi faiz türünün ödenmesi suretiyle telafi edileceği noktasındadır. Bir başka anlatımla tahsil edilen vergilerin yargı kararıyla iadesine hükmedilmesi hâlinde mülkiyet hakkının etkin bir biçimde korunabilmesi açısından verginin "tecil faizi" ile mi, "gecikme faizi" ile mi yoksa "enflasyon nedeniyle uğranılan değer kaybını giderecek oranda faiz" ile mi iadesi gerekmektedir?

Yargılama sürecinde dava dilekçesinde istemle aynı doğrultuda ilk derece aşamasında Ankara 5. Vergi Mahkemesi[1], verginin tahsilinden doğan zararın giderimi yönünden gecikme zammı oranında hesaplanacak faizin davacıya ödenmesine hükmetmiş; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesi[2] vergi mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu gerekçesiyle istinaf istemini reddetmiştir.

Anılan kararı temyiz istemi üzerine inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 213 sayılı Kanun'un 112. maddesinin, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine yeniden düzenlenen ve tecil faizi ödenmesini öngören (4) numaralı fıkrasının yargı kararı nedeniyle iadesine hükmedilen vergi tutarlarını da kapsadığı, Kanun'un bu açık hükmünün hukuk devletinde

---

1 Ankara 5. Vergi Mahkemesinin 20/2/2019 tarihli ve E.2018/1284, K.2019/166 sayılı kararı.

2 Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesinin 10/10/2019 tarihli ve E.2019/995, K.2019/1604 sayılı kararı.

adil dengenin korunması amacıyla ihmal edilemeyeceği gerekçesine dayanmıştır. Bozma kararında[3] ayrıca somut olaya ilişkin bir kanun hükmünün bulunması ve bu kanun hükmünde hâkime açık ya da zımni olarak takdir yetkisi tanınmaması hâlinde hâkimin hukuk yaratmasının ya da takdir yetkisi kullanmasının mümkün olmadığı, bu durumda hâkimin kanunu ihmal edemeyeceği, aksi tutumun keyfîliğe, ayrımcılığa ve hukuk düzeninin bozulmasına yol açacağı belirtilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi Vergi Dava Dairesinin ısrar kararında[4] ise anılan kuralın yargı kararı üzerine iadesi gereken vergiler yönünden açık bir düzenleme içermediği belirtilmiştir. Kararda, yargı kararıyla haksız yere vergi tahsil edildiğinin ortaya konulması hâlinde davacının mülkiyet hakkının korunabilmesi amacıyla, kendi alacaklarını gecikme faizi[5] oranında gecikme zammı[6] ile tahsil etme yetkisine sahip olan devlet ile birey arasında adil bir dengenin kurulabilmesi için birey lehine aynı oranda faize hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kararda bu yaklaşımın bir "boşluk doldurma" veya "hâkimin takdir yetkisini kullanması" niteliğinde olmadığı, bağlı olunan uluslararası sözleşmeler ve bunları yargılama yetkisine sahip yargı organlarının içtihatları karşısında Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesinin gereği olduğu vurgulanmıştır. Israr kararında AİHM'in çok sayıda kararına göndermede bulunulduğu gözlemlenmektedir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, ısrar kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararının dayandığı hukuksal nedenler ve

---

3 Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 24/6/2021 tarihli ve E.2020/753, K.2021/3923 sayılı kararı.

4 Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesinin 21/9/2021 tarihli ve E.2021/2559, K.2021/1821 sayılı kararı.

5 "Gecikme faizi… tahakkuku ve dolayısıyla ödenecek hâle gelmesi geciktirilen vergilere uygulanan ek bir mali yükümlülüktür." Sonsuzoğlu, E. (2001). *Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 72. Gecikme faizi ve gecikme zammının ceza niteliğini haiz olmadığı hakkında: Kumrulu, A. (1988). "Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40., S. 1-4., s. 239, 247. Bayar, İ. N. (2003). "Vergi Hukukunda Mükellef Aleyhine Uygulanan Gecikme Faizinin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 3, 4., s. 312.

6 "…gecikme zammı vadesinde ödenmeyen kamu alacaklarına uygulanan fer'i bir kamu alacağıdır… Gecikme zammı bağlı olduğu kamu alacağının üzerinden hesaplanan ek bir mali yükümlülüktür." Sonsuzoğlu, E. (2001). s. 22. "Gecikme zammı muaccel hâle gelmiş her çeşit kamu alacağına vade tarihini izleyen günden itibaren uygulandığı hâlde, gecikme faizi sadece re'sen, ikmalen ve idarece tarh edilen vergilerde uygulama alanı bulmaktadır; yani tarh edilmiş ve tahakkuk etmiş, ancak vadesinde ödenmemiş vergilere değil, hiç tarh edilmemiş veya eksik tarh edilmiş vergilere uygulanır." Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan N., Göker, C. (2019). *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 141.

gerekçeyle bozulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır[7].

Çalışmada, bu yargısal süreç ışığında yargı kararıyla iadesine hükmedilen vergiler yönünden bireylerin, mülkiyet hakkının korunabilmesi için söz konusu ekonomik değerden yoksun kaldıkları sürede doğan zararlarının gideriminin nasıl sağlanabileceği değerlendirilecektir. Ayrıca anılan yargısal süreçte yaşanan tartışmalar bağlamında bir kuralın hem Anayasa'ya hem AİHS ve uygulamasına aykırılık taşıdığının değerlendirilmesi hâlinde, idari yargı mercilerinin uyuşmazlığın çözümünde somut norm denetimi (Anayasa'nın 152. maddesi) ve kanun hükümlerine nazaran AİHS hükümlerinin esas alınması (Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi) yollarını uygulama önceliği ele alınacaktır.

I. MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI BAĞLAMINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. ANAYASA'DA ÖNGÖRÜLEN DEVLETİN NEGATİF VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı korunmuş, 13. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin maddede sayılan ölçütler dâhilinde (kanuna dayanma, anayasal meşru bir amacı gerçekleştirme ve ölçülü olma) müdahaleye konu olup sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bir başka anlatımla devlete sınırlandırılabilir nitelikteki temel hak ve hürriyetleri bu ölçütleri görmezden gelerek sınırlamama konusunda bir *negatif* yükümlülük yüklenmiştir.

Anayasa koyucu ayrıca Anayasa'nın 5. maddesinde, devlete kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan *siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri* kaldırma hususunda *pozitif* bir yükümlülük yüklemiştir.

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının "gerçekten ve etkili bir şekilde korunabilmesinin yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı" olmadığını ve "devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri de" bulunduğunu belirtmiştir[8]. Mahkeme mülkiyet

[7] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 23/3/2022 tarihli ve E. 2021/1571, K. 2022/319 sayılı kararı (Danıştay resmî web sitesi, Karar Arama bölümünde erişime açıktır (Erişim Tarihi: 5/6/2022)

[8] *Eyyüp Boynukara*, B. No: 2013/7842, 17/2/2016, §§ 39-41; *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi*, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 44.

hakkının korunmasında devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin bazı durumlarda birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığını ve uygulanacak ilkelerin benzeştiğini[9] belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi söz konusu pozitif yükümlülüklerin devletin koruyucu ve düzeltici önlemler almasını gerektirebildiğini belirttikten sonra bunların kapsamını şu şekilde belirlemiştir:

> "Koruyucu önlemler mülkiyete müdahale edilmesini önleyici; düzeltici önlemler ise müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici yasal, idari ve fiilî tedbirleri kapsamaktadır. Pozitif yükümlülükler mutlak olmayıp bunların ne tür koruyucu ve düzeltici edimleri kapsadığı ve bu edimlerin derecesi, her somut olayın kendi koşulları içinde belirlenebilir[10]."

Bu tespitlerden anayasal açıdan devletin mülkiyet hakkını Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olarak sınırlamakla yetinmemesi (öngörülebilir ve belirli olmayan şekli anlamda bir kanun hükmüne dayanmaksızın, meşru bir amaç gözetmeksizin ve ölçüsüz bir biçimde mülkün değerini düşürücü müdahalelerden kaçınması) aynı zamanda, gerektiğinde bireylerin mülkiyet hakkının kullanımının etkin bir biçimde korunabilmesi için (mülkün değerini koruyucu) çeşitli önleyici ve düzenleyici tedbirler alması gerektiği anlaşılmaktadır.

B. AİHS'TE ÖNGÖRÜLEN DEVLETİN NEGATİF VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

AİHS'e ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesinde ise mülkiyet hakkı güvence altına alınmış ve bu hakkın ancak hukuken öngörülen koşullara uygun olmak kaydıyla genel yararı gözeten meşru bir amaca dayanarak ve orantılı bir biçimde sınırlanabileceği belirtilmiş, taraf devletin mülkiyet hakkının korunmasındaki *negatif* yükümlülüğünün kapsamı belirlenmiştir. AİHM içtihatlarında kural, devletin pozitif yükümlülüklerini de içerir biçimde yorumlanmıştır[11].

---

9 *Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2014/17196, 25/10/2018, § 70.

10 *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi*, § 47.; *Vedat Oğuz*, B. No: 2018/35120, 15/9/2021, § 51.

11 *Kotov/Rusya* [BD], B. No: 54522/00, 3/4/2012, §§ 109-115.; *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 134.; *Broniowski/Polonya* [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 143; *Dzugayeva/Rusya*, B. No: 44971/04, 12/2/2013, § 26.

AİHM, devletin AİHS'e ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki "negatif ve pozitif yükümlülükleri" arasındaki sınırların "kesin" olarak belirlenemeyeceğini ancak uygulanabilir ilkelerin benzer olduğunu ifade etmektedir. Uyuşmazlık ister devletin pozitif yükümlülüğü açısından ister kamu otoritesinin meşruluğunun irdelenmesi gereken bir müdahalesi bakımından analiz edilsin, uygulanacak kriterler esasında farklı değildir. Her iki halde de toplum genel yararının gerekleri ile kişinin mülkiyet hakkının korunması gerekliliği arasında adil bir denge kurulmalıdır[12].

AİHS'e ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesinin asli amacı, kişileri mülklerinden barışçıl biçimde yararlanarak devletin haksız yere müdahalesine karşı korumaktır. Bununla birlikte AİHS'in 1. maddesi gereğince, her taraf devletin, kendi yargı alanındaki herkes için AİHS'te tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alması gerekmektedir. Bu genel nitelikteki görevin yerine getirilmesi, AİHS tarafından güvence altına alınan hakların etkili bir biçimde kullanılmasının sağlanmasından doğan *pozitif* yükümlülükleri gerektirebilir[13].

AİHM, AİHS'e ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesiyle koruma altına alınan mülkiyet hakkının gerçek ve etkili kullanımının sadece devletin müdahale etmeme ödevine bağlı olmadığını ifade etmektedir. Aynı zamanda özellikle başvurucunun mülkünden etkin bir biçimde yararlanması ile kamu otoritelerinden meşru olarak alınmasını beklediği önlemler arasında doğrudan bir bağlantının bulunduğu durumlarda mülkiyet hakkının gerçek ve etkili kullanımı devletin koruyucu pozitif önlemler almasını da gerektirmektedir[14].

İdari yargıç, uyuşmazlığı çözüme kavuştururken devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında adil dengeyi sağlayabilecek nitelikte, mülkün değerini koruyucu tedbirlerin alınıp alınmadığını inceleyecek ve bu yönde tedbirlerin alınmasına hükmedebilecektir.

---

12 *Sporrong and Lönnroth/İsveç* [GK], B. No: 7151/75, 7152/75, 23/9/1982, § 69; *Kotov/Rusya*, § 110.; *S.L. ve J.L./Hırvatistan*, B. No: 13712/11, 7/5/2015, § 59.

13 *Ališić ve diğerleri/Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Makedonya Cumhuriyeti* [BD], B. No: 60642/08, 16/7/2014, § 100.; Yılmazoğlu, Y. E. (2017). "Vergisel Müdahalelerde Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri-Hak Arama Hürriyeti İlişkisi", *Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu: 149. Yıl*, Danıştay Yayınları No: 93, s. 238.

14 *Kotov/Rusya*, § 109.; Yılmazoğlu, Y. E. (2017). s. 236.

II. ANAYASA VE AİHS'İN İDARİ DAVALARDA UYGULANMASI

Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *birinci cümlesi* uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar *kanun* hükmündedir. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası uyarınca da hâkimlerin *Anayasa'ya*, *kanuna* ve *hukuka* uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermesi gerekir.

Bu iki kuralın birlikte ele alınmasından idari davalarda hüküm tesis edilirken Anayasa yanında kanun hükümlerinin de dikkate alınması ve dolayısıyla bu hukuk kaynaklarının idari davalarda doğrudan uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır[15]. Bu noktada temel hak ve özgürlükleri korumanın öncelikle idari makamlar ve derece mahkemelerinin görevi olduğu da önemle hatırlatılmalıdır[16].

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (a) işaretli bendi, Anayasa'nın idari davalarda uygulanabilirliğine ilişkin bir başka pozitif hukuk düzenlemesidir. Anılan kuralda "*İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile* ***hukuka*** *aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları*" idari dava türleri arasında sayılmıştır.

Anılan kuralın bir benzerine daha önceki uygulamada 24/12/1964 tarihli 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 30. maddesinin 1/A bendinde yer verilmiştir. Bu kural uyarınca "*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep,*

---

15 Yaltı, B. (2007). "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/değer Kayıpları", *Vergi Dünyası*, S 310, s. 36.

16 *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16.; *Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim*, B. No: 2017/21882, 10/02/2021, § 49. Temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında idari ve yargısal makamların öncelikle sorumlu olması bireysel başvuru sisteminin temel felsefesini oluşturmaktadır. Yılmazoğlu, Y. E. (2021). *İdari Yargıda Hak Eksenli Dönüşüm - Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalarda Mülkiyet Hakkının Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 20. Bir bütünlük arz eden bireysel başvuru sisteminin, öngördüğü prensiplerin idari makamlar ve derece mahkemelerince de benimsenmesini gerekli kıldığı hakkında: Zühtü Arslan'ın "Anayasa Mahkemesi Üyesi Basri Bağcı'nın Andiçme Töreni Açılış Konuşması", 9/6/2020 https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-basri-bagci-nin-andicme-toreni-acilis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 21/7/2020) AİHM Başkanı Robert Spano da ikincillik ilkesi üzerinde yaptığı bir değerlendirmede ulusal mahkemelerin temel insan haklarının korunmasındaki rolüne değinmiştir. Bu konuda Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası insan hakları sözleşmelerinin bu konuda geçerli olmasının elbette büyük önem taşıdığını belirten Spano, Türk yargıçlarının bu temel anayasal hükme etkin bir şekilde hayat vermeye devam etmesinin çok önemli olduğunu ifade etmiştir. https://echr.coe.int/Documents/Speech_20200903_Spano_Justice_Academy_Ankara_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 5/9/2020).

konu ve maksat yönlerinden biri ile ***kanuna*** *aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılacak dâvalar"*ın Danıştayda çözümleneceği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi 521 sayılı Kanun'a nazaran idari yargı denetimi kapsamında referans alınacak norm blokunu genişletmiş ve idari işlemlerin *hukuka* uygunluğunun incelenmesi görevini idari yargıya vermiştir. "Hukuk" kavramının "kanun" kavramına kıyasla Anayasa ve usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaları da kapsayan daha geniş bir kavram olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle idari yargı mercii gerçekleştirdiği hukuka uygunluk denetimini "kanuna uygunlukla" sınırlamamalı[17], *kanun hükmünde* olan (AİHS ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş diğer milletlerarası antlaşmalar) ya da kanundan daha üstün konumda bulunan normların (Anayasa) sağladığı güvenceleri de hukuka uygunluk denetiminde gözetmelidir[18].

---

17 Doktrinde *Furtun* konuya şu şekilde yaklaşmaktadır:
"Özü kısaca hükûmetlerin halk temsilcilerinden oluşan parlamentolar tarafından çıkartılan, yasa adı ve niteliği taşıyan hukuk kuralları çerçevesinde icraatta bulunmaları ve icraatlarını yasalara uygun biçimde yapmaları olarak ifade edilebilecek olan yasallık ilkesi özgürlükçü batı demokrasilerinin önemli bir değeridir… Dar anlamda yasallık ilkesi, yasalar adil olmasa bile yargı organlarının yasa hükmünü göz ardı edip bunun yerine adalet gereklerine uygun düşen bir karar vermelerini engeller. Bu anlayış ise hukukun adaletten uzaklaşmasına ve meşruluğunu yitirmesine yol açar. Bu nedenle yasallık ilkesini geniş bir kapsamda hukuka uygunluk biçiminde anlamak gerekir." Furtun, İ. H. (2009). *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 139.
Yaltı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde sınırları çizilen hukuk uygunluk denetiminin AİHS'i de kapsadığını belirtmektedir. *Yaltı*, *Erkut*'a atıfla "*idare yargıcının etkin yargılama işlevinin doğrudan doğruya Kamu Kudreti ya da bizatihi yargıcın kendisi tarafından kısıtlanması*" anlamında kullanılan "*tutuk adalet anlayışı*"nı aşması ve vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda yargıcın idari işlemin kanunlara uygunluğunu denetlemekle yetinmemesi ve kanunların ötesine geçmeyen yargısal işlevden çıkması gerektiğini belirtmektedir. Yaltı, B. (2006). *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 36.; Erkut, C. (2004). *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul: Yenilik Basımevi, s. 32, 145. Buna göre vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda yargıç, AİHS ile çatışma hâlinde olan ve bireysel işlemin hukuki sebebini oluşturan vergi kanunu hükmünü ihmal ederek işlemi AİHS'e uygunluk taşımadığı gerekçesiyle iptal etmelidir. Yaltı, B. (2006), s. 35.

18 Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 97, 98. AİHS'in doğrudan etkili, mahkemeler önünde ileri sürülebilecek haklar yaratan uluslararası hukuk kuralları içermesi nedeniyle vergi yükümlüsünün hak talebinde bulunurken dayanabileceği bir hukuk kaynağı olduğu hakkında: Yaltı, B. (2007). s. 36. Yazar, AİHS'in idari yargıç tarafından "destek ölçü norm"dan öte "doğrudan ölçü norm" olarak uygulamada kullanılmasının Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının hukuken zorunlu sonucu olduğunu ifade etmekte ve AİHS'in idari yargıcın uyuşmazlıkların uygulanması ile idari yargıcın önündeki "yasa ekranını (ecran legislatif)" kaldıracağını ifade etmektedir. Yaltı, B. (2007). s. 38, 39; Azrak, A. Ü. (1992). "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 9., s. 323, 324 *Azrak*, idarenin kanuniliği ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde idari yargı mercilerinin uyuşmazlığı

Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinin idari davalarda uygulanması esnasında bu hükümlere kararlarıyla içerik kazandıran Anayasa Mahkemesi içtihatlarının; milletlerarası antlaşmaların idari davalarda uygulanması esnasında ise bunları yorumlama yetkisine sahip uluslararası kurum ve yargı organlarının tavsiye, çözüm, karar ve içtihatlarının dikkate alınması gerekmektedir[19]. Bu bağlamda AİHS'in Anayasa'da öngörülen usulde onaylanarak yürürlüğe konulması sebebiyle kanun hükmünde olduğu, onay aşaması tamamlanmış ek protokollerin de bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği ve AİHS'in idari davalarda uygulanması konusunda AİHS'i yargısal olarak yorumlama yetkisine sahip AİHM kararlarının da dikkate alınması gerektiği izahtan varestedir[20].

çözerken uygulayacakları kanun kuralının anayasa ve anayasa üstü olarak tanımladığı uluslararası hukuk normlarına aykırılığı nedeniyle kanun hükümlerinin aşılmasını ve kanun üstü normların uygulanmasını yasa ekranı hipotezinin aşılması olarak nitelemektedir. Yazar başta bu konuda çekingen davranan Türk idari yargısının zaman içinde bu yönde kararlar verdiğini ifade etmektedir. Azrak, A. Ü. (1992). s. 328, 329. Ayrıca Anayasa'ya uygun yorumu, kanun hükümlerinin anayasallık blokuna dâhil normlara uygun düşecek biçimde yorumlanması olarak tanımlayan yazar, bu yorum yönteminin normlar hiyerarşisi ve anayasanın üstünlüğü ilkelerinden kaynaklandığını belirtmektedir. Normlar hiyerarşisi, alt normun geçerlilik nedeni olan üst norma uygunluğunu, "anayasanın üstünlüğü ilkesi ise alt basamaktaki normların anayasaya aykırı biçimde" yorumlanmaması ve "anayasanın sınırları dışında" uygulanmamasını gerekli kılar. Yazar, Danıştayın da zaman zaman bu yorum yöntemine başvurduğunu örneklerle açıklamaktadır. Azrak, A. Ü. (1992). s. 332-339. *Arslan*'a göre AİHS'in 1. maddesinde Taraf devletlere Sözleşme'deki "hak ve özgürlükleri" "herkes için" güvence altına alma ve tanıma yükümlülüğünün yüklenmesi AİHS'in "iç hukukta başkaca bir düzenlemeye gerek olmadan ulusal mahkemeler önünde" "doğrudan uygulanabilir kurallar içerdiğini" göstermektedir. Arslan, Z. (2000). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17., s. 275.

19 Benzer görüş için bkz. Yaltı, B. (2007). s. 40.

20 Anayasa Mahkemesinin benzer bir uyuşmazlıkta verdiği ihlal kararını dikkate almak suretiyle derdest uyuşmazlıkta yeni bir hak ihlaline yol açmamak için usule ilişkin kazanılmış hakka bir istisna tanıyarak uyuşmazlığı sonuçlandıran bir karar için bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 19/1/2022 tarihli ve E.2020/853, K.2022/17 sayılı kararı:

"Yargılama sürecinde vergi mahkemesince uyuşmazlığın esasına ilişkin bir bozma kararına uyarak davayı reddetmesinin davalı idare lehine bir usule ilişkin kazanılmış hak oluşturduğu ve bu bağlamda ısrar kararında da ifade edildiği üzere temyiz incelemesinin ancak bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılması gerektiği ileri sürülebilirse de benzer bir uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesinin bir ihlal kararı verdiği ayrıca 2577 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan kurala temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla istisna getirilebileceğinin açık olduğu ve Kurulumuzun halihazırda istikrar bulmuş uygulamasının da bu yönde olduğu gözetildiğinde mevcut yargılamada salt bozma kararına uyulmuş olmasından hareketle usule ilişkin kazanılmış hakkın varlığından söz edilemeyeceği tartışmasızdır."

III. BİR KANUN HÜKMÜNÜN AYNI ANDA ANAYASA VE AİHS'E AYKIRILIĞININ SAPTANMASI HâLİNDE İDARİ DAVALARDA UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜME KAVUŞTURULMASI

Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca bir kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmayla aynı konuda farklı hükümler içermesi hâlinde uyuşmazlığın devletin uluslararası taahhüt ve yükümlülükleri bağlamında milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınarak çözümlenmesi gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların mahiyeti ve düzenleme biçimi itibarıyla uyuşmazlıklar özelinde spesifik normlar içermesi beklenemeyeceğinden *aynı konuda farklı hükümler içerme* durumunun tespitinde *kanun metni ve uygulaması* ile *antlaşma hükmünün içerdiği genel ilkelerin ve bunların uygulanması*nın bağdaşıp bağdaşmadığı temel alınmalıdır[21].

Bir kanun kuralı ve uygulanmasının *temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma* hükmüne de aykırılık oluşturabilmesi yanında *Anayasa*'nın temel hak ve özgürlüklerine ilişkin kurallarına aykırılık oluşturabilmesi mümkündür. Bu kapsamda somut norm denetimi (Anayasa'nın 152. maddesi) temel hak ve özgürlük ihlalinin *kanun kuralının lafzından kaynaklanması hâlinde* işletilmesi gereken ve Anayasa'ya aykırılık iddialarının çözüme kavuşturulması bakımından etkin bir başvuru yoludur. Ancak ihlal, *kuralın lafzından* değil de *kuralın idari yorumundan* kaynaklanıyorsa idari yargı merciinin bu idari yorumun somutlaştığı işlemi hukuka aykırı bularak iptal etmesi gerekir. Öte yandan ihlalin *yargısal yorumdan* kaynaklanması hâlinde ise yargı merciinin bu yorumu değiştirerek Anayasa'ya uygun bir yorum benimsemesi (Danıştay yönünden istinaf kararını bozması, istinaf yönünden vergi mahkemesi kararını kaldırarak yeniden karar vermesi) uygun olan çözüm yöntemidir.

Anayasa'ya aykırılığın kurala idare ve yargı mercilerince yorum yoluyla yüklenen anlamdan kaynaklandığı hâllerde somut norm denetimi, Anayasa'ya aykırılığın giderimi noktasında etkin bir çözüm üretemeyeceğinden bu hâlde yargı mercilerinin bu yolu tüketmemeleri beklenir. Nitekim uygulamada Anayasa Mahkemesinin bu gibi başvuruları yorumlu ret kararıyla sonuçlandırdığı müşahede

[21] Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 46.

edilmektedir[22,23]. Yargılama sürecinde kuralın idari ya da yargısal yorumundan kaynaklanan Anayasa'ya aykırılık giderilememişse Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ihlalin giderimi noktasında etkin bir çözüm sunabilir.

Bir *kanun kuralının lafzının* Anayasa'ya ve milletlerarası antlaşmaya aykırılığını tespit eden idari yargı merciinin öncelikle kuralı, Anayasa'nın

[22] Örneğin, kanuni süresinden sonra idarenin müeyyide içeren yazısına istinaden mükellef tarafından verilen düzeltme beyannamesine konulan ihtirazi kaydın dava açma hakkı vermeyeceği yolundaki yargı içtihatlarının dayanağını oluşturan 213 sayılı Kanun'un 378. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kuralın somut norm denetimi yoluyla iptali istemini reddetmiştir (AYM, E.2017/24, K.2017/112, 14/6/2017, §§ 20-23). Mahkemenin kararında "ihtirazi kaydın uygulamada ortaya çıkan ve düzeltme beyannamesi olarak adlandırılan beyannamelere konulup konulamayacağı; konulabilse dahi dava açma hakkını tanıyıp tanımayacağı esasında itiraz konusu kuralın değil kuralın istisnasının kanuni dayanağı olan 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasının yorumundan kaynaklanmaktadır." belirlemesinde bulunduğu görülmektedir (AYM, E.2017/24, K.2017/112, 14/6/2017, § 21). Bir başka anlatımla Mahkeme, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği yolundaki Anayasa'ya aykırılık iddiasının anılan 213 sayılı Kanun'un 378. maddesinin lafzından değil bu kuralın istisnası niteliğindeki 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan kuralın yorumundan kaynaklandığını saptamıştır. Ancak aynı uyuşmazlık ve ihlal iddiası bireysel başvuru yoluyla önüne taşındığında Mahkeme, mülkiyet hakkının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (*Arbay Petrol Gıda Turizm Taşımacılık Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ve Arbay Turizm Taşımacılık İthalat İhracat İnşaat ve Organizasyon Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2015/15100, 27/2/2019, §§ 66, 67). Bu sonuç Anayasa Mahkemesi kararları arasındaki bir çelişkiyi değil kanunun *lafzının* Anayasa'ya aykırı olması ile *kanunun yorum yoluyla uygulanması* neticesinde ortaya çıkan sonucun Anayasa'ya aykırı olmasının aynı anlama gelmemesinden kaynaklanmakta ve somut norm denetimi yoluyla bireysel başvuru incelemesindeki farkı ortaya koymaktadır. Bu konuda bir başka örnek de Anayasa Mahkemesinin Danıştay Onüçüncü Dairesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle değiştirilen 50. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebini sonuçlandırdığı karardır. Anayasa Mahkemesi, hiçbir istisna içermemesi nedeniyle kurala yöneltilen Anayasa'ya aykırılık itirazını, içtihattan doğan ve hukuk güvenliğini sağlama amacına yönelen kurala, uygulamada hukukun üstünlüğü ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla istisnalar tanınabileceği gerekçesiyle reddetmiştir (AYM, E.2019/115, K.2020/31, 12/6/2020, § 28).

[23] Anayasa Mahkemesinin yakın bir tarihte verdiği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazı düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin karar, Anayasa'ya uygunluk incelemesinde kuralın uygulamasının da gözetilmesi nedeniyle ayrıksı bir nitelik taşımaktadır (AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/07/2022, §§ 28-30). Anayasa Mahkemesi kuralın mahkemelerce uygulanma biçimini ve bu konuda verdiği bireysel başvuru kararlarını da dikkate almış ve kuralın "bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu" öngörmediğini belirtmiştir. Mahkeme, kuraldaki temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünden *lafzi* güvence eksikliğinin kuralın *uygulanmasında* da hak eksenli bir yaklaşımın benimsenmemesi nedeniyle Anayasa'ya aykırılığa yol açtığı ortaya koymuştur. Kararın ayrıntılı değerlendirmesi bu çalışmanın kapsam ve amacını aşacağından bu hususu belirtmekle yetinmek istiyoruz.

152. maddesi uyarınca somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne mi taşınması gerektiği yoksa Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *üçüncü cümlesi* uyarınca uyuşmazlığı antlaşma ve uygulanmasını esas alarak mı çözümlenmesi gerektiği Anayasa'da açıkça hükme bağlanmamıştır[24].

A. KURALIN BİR MADDİ HAKKIN ESAS BOYUTUNU İHLAL EDİCİ NİTELİKTE OLMASI

İhlalin kuralın yorumundan değil de lafzından kaynaklandığı ve norm denetimi sonucunda verilebilecek iptal kararının tüm uyuşmazlıkları kapsayıcı etkisi dikkate alındığında idari yargı merciinin öncelikle bu yola başvurması hukuken daha etkili bir yoldur. Mahkemenin somut norm denetimi başvurusunda bulunduğu ancak Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen beş aylık süre içinde kararını verip açıklamadığı takdirde idari yargı mercii uyuşmazlığı *yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırmak* zorundadır.

Bu koşulun gerçekleşmesi hâlinde Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen kural dar yorumlanarak idari yargı merciinin uyuşmazlığın çözümünde mutlaka lafzı itibarıyla hem Anayasa'ya hem AİHS'e aykırılık taşıdığını tespit ettiği kanun kuralını uygulaması gerektiğinin ileri sürülmesi temel hak ve özgürlüklerin korunması gerekliliğiyle bağdaşmaz. Çünkü bu durumda idari yargı merciinin elinde bir yanda Anayasa yanında aynı zamanda AİHS'e aykırılık taşıdığını (bu nedenle Anayasa Mahkemesine iptali için başvurduğu) tespit ettiği kanun kuralı, diğer yanda Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *birinci cümlesi* uyarınca *kanun hükmünde* olan aynı olaya uygulanabilecek nitelikteki AİHS hükmü ve buna ilişkin uygulamayı gösteren AİHM içtihatları bulunmaktadır. Bu hâlde kanun düzeyindeki söz konusu iki hukuk kuralını kıyaslaması gereken idari yargı merciinin uyuşmazlığı, Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *üçüncü cümlesi* uyarınca milletlerarası antlaşma hükmü (AİHS) ve bunun uygulamasını (AİHM içtihatlarını) esas alarak çözümlemesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır[25]. Bu yaklaşım tarzı insan haklarına dayalı

---

[24] AYM, E.2019/115, K.2020/31, 12/06/2020, § 19:
"Öte yandan Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak mümkün değildir."

[25] Aynı yönde bir görüş içeren ve konuyu idari yargı hâkimleri arasında yapılmış bir anket

hukuk devleti anlayışı[26] devletin pozitif yükümlülüklerine (Anayasa'nın 5. maddesi), milletlerarası antlaşmayı imzalayarak yürürlüğe koymakla verdiği uluslararası taahhüt ve yüklendiği uluslararası yükümlülüklere daha uygundur[27].

Bu yaklaşıma bir eleştiri de getirilebilir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin beş aylık süre içinde karar vermemesi hâlinde mahkemenin kanunu dikkate almaksızın milletlerarası antlaşma hükmüne göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturması fakat bu esnada Anayasa Mahkemesinin kanunu Anayasa'ya aykırı görmeyerek itiraz başvurusunu reddetmesi söz konusu olabilir. Bu durumda mahkeme Anayasa'ya aykırı olmayan kanun hükmünü ihmal ederek uygulamamış olacaktır. Bu durumun millî kanunu uygulamamak gibi sakıncalar doğurabileceği söylenebilirse de uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında esas alınan metnin de devletin imzalayarak yerine getirmeyi taahhüt ettiği uluslararası yükümlülükleri içeren temel hak

çalışmasını da esas alarak kapsamlı bir şekilde irdeleyen bir çalışma için bkz. Balcı, M. (2022). "Kanun Hükmünün Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ile Çatışması Hali", https://vergialgi.com/kanun-hukmunun-anayasa-ve-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-hukumleri-ile-catismasi-hali (Erişim Tarihi: 5/6/2022)

26 Anayasa'nın 2. maddesinde "*insan haklarına saygılı … hukuk Devleti*" anlayışı kabul edilmekle birlikte Anayasa'nın 14. maddesinde 4709 sayılı Kanun'la gerçekleşen değişiklikle daha üstün bir yaklaşımla "*insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyet*" esası benimsendiğinden bu kavramı kullandım.

27 *Balcı*, çalışması kapsamında idari yargı hâkimleri arasında yürüttüğü anket sonuçlarında çoğunluk görüşünün *"Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca kanun maddesinin iptal edilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yolunu tercih ederek başvuruda bulunmak ve beş ay içinde Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmemesi hâlinde milletlerarası antlaşma hükmü doğrultusunda değil de kanun hükmü doğrultusunda karar vermek"* yönünde olduğunu tespit etmiştir [Balcı, M. (2022)]. Milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanmasını yadsıyan bu anlayışın "***kanunları yok saymaya giden bir uygulamaya yönelme***" [Balcı, M. (2022).] veya farklı mahkemelerin farklı uygulamalara yol açma yönündeki endişelerine dayandığı söylenebilir. Ancak milletlerarası antlaşma hükümlerini imzalamakla devletin üstlendiği uluslararası taahhütler ve hatta AİHS uygulaması açısından AİHM'nin zorunlu yargılama yetkisinin kabul edilmiş olması nedeniyle devletin egemenlik alanında bulunan kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından AİHS'in uygulanmamasının yol açabileceği ihlal kararları ve bunun giderimi için hükmedilebilecek tedbirler dikkate alındığı alındığında birinci endişeye oldukça mesafeli yaklaşmak gerekir. AİHS uygulamasını belirleyen AİHM içtihatlarının tutarlılığı ve bunlara erişilebilirlik imkânlarının çoğalmış olması karşısında ikinci endişenin de yersiz olduğu ifade edilebilir. Her yargı mercii bu içtihatlara günümüzde kolaylıkla erişebilir ve bu çaba sonucunda her yargı mercii, farklı içtihatlarda bir temel hak ve özgürlüğün korunması açısından belirlenen ilkelerin aynı olduğunu görecektir. Bu aynılık ve içtihat tutarlılığının bunların yorumlanıp uygulamasında beklendiği kadar büyük farklılıklara yol açmayacağı, farklılığın olsa olsa AİHS hükümlerini uygulamamakta direnen yargı mercilerinin kararları ile bunlara uyumlu biçimde elindeki uyuşmazlıkları çözen yargı mercilerinin kararları arasında doğabileceği düşünülmektedir.

ve özgürlüklere ilişkin bir belge olduğu unutulmamalıdır[28]. Bu belge Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca *kanun hükmünde* olup yine Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca hâkimin vicdani kanaatini oluştururken başvuracağı hukuk kaynaklarından biridir. Ayrıca böyle bir durumda muhakkak kanunun uygulanması gerektiği düşünülüyorsa yargılama sürdüğü müddetçe milletlerarası antlaşma hükümlerine göre verilen kararın bu gerekçeyle bozulmasının mümkün olduğu da gözetilmelidir.

Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *üçüncü cümlesi*, hukuk uygulamasına hitap ettiğine göre burada asıl olan, uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesinde temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Bu nedenle anılan kuralda "esas alınır" ibaresiyle kastedilenin kanun kuralının bir yana bırakılması/ihmal edilmesi[29] yoluyla uyuşmazlığın daha fazla güvence içeren antlaşma hükümlerine göre çözümlenmesi olması gerekir. Ancak bu aşamada yargı merciinin kanun kuralı ya da antlaşma hükümlerinden hangisinin somut olayın koşulları altında ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında daha fazla güvence içerdiğini tespit etmede bir takdir yetkisinin bulunduğu da kuşkusuzdur. Ancak bu yetki objektif ve makul gerekçelere dayanılarak kullanılmalıdır[30].

Çatışmada "*her zaman* antlaşma hükmünün mü esas alınacağı" bu konudaki diğer bir sorun alanını teşkil etmektedir. "7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"un yasalaşma sürecinde sunulan teklifin genel gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır:

> *"…dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur…*

[28] Bu değerli eleştiri makaleyi değerlendiren kıymetli hakemlerden biri tarafından dile getirilmiş olup kör hakemlik uygulaması nedeniyle kendisine ismen atıfta bulunamamaktayım.

[29] Aynı yönde: Yeşilyurt, N. İ. (2014). "Danıştay Kararlarında Uluslararası Andlaşmaların Normatif Değeri", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 32, s. 19.

[30] Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 41.

Bu zorunluluktan hareketle, hazırlanan Kanun Teklifiyle, Anayasanın bazı maddelerinde değişiklik yapılması öngörülmektedir[31]*."*

Gerekçede kullanılan ifadeler o tarihte yürürlükte bulunan Anayasa ya da kanun hükümlerinin evrensel olarak ve Avrupa düzeyinde belirlenmiş standartların gerisinde kalabileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle demokratikleşme yolunda bu standartlara uyum sağlayabilmek amacıyla söz konusu değişikliğin yapılmasının öngörüldüğü ifade edilmektedir. Standart düşüklüğüne ilişkin bu kabul antlaşmalar ile kanunların "*aynı konuda farklı hükümler içermesi*" biçiminde tanımlanan çatışma alanında temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması noktasında antlaşmaların kanunlardan daha üstün bir korumayı içerdiğine işaret etmektedir[32].

Ne var ki böyle toptancı bir yaklaşım kabul edilebilir değildir. Anayasa'mızda AİHS ve eki protokoller ile tanınmayan başka temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmış olabileceği gibi kanunların temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından *asgari düzey* belirleyen Anayasa ya da AİHS'te yer alan kurallardan daha fazla güvence içermesi de mümkündür[33]. Bu nedenle antlaşma ile kanun arasındaki çatışmayı belirleyen ve antlaşmanın esas alınmasını öngören "*aynı konuda farklı hükümler içerme*" şartının *antlaşmanın kanunlardan daha fazla güvence içermesi* kaydıyla okunmasının anayasa koyucunun bu değişikliği gerçekleştirmekteki temel hak ve özgürlüklerin korunması amacına daha uygun düştüğü sonucuna ulaşılmaktadır[34].

---

31 Yılmazoğlu, Y. E. ve Perdecioğlu, İ. E. (2018). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1248.

32 Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 42.

33 Akıllıoğlu, T. (1989). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 44., S. 3., s. 165.; Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 42.

34 Aynı yönde: Gülmez, M. (2004). "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, s. 156.; Şahbaz, İ. (2004). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargısı Sistemindeki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, s. 213.; Başlar, K. (2004). "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, Özel Sayı, C. 24, S. 1-2., s. 313-314.; Yeşilyurt, N. İ. (2014). s. 19.; Pazarcı, H. (2004). "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, Özel Sayı, C. 24, S.1-2., s. 669.; Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 43, 44.

B. KURALIN ADİL YARGILANMA HAKKINI YA DA BİR MADDİ HAKKIN USUL BOYUTUNU İHLAL EDİCİ NİTELİKTE OLMASI

Bu durumda kişinin idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasını, idari yargı mercii önünde etkin bir biçimde ileri sürememe riski söz konusu olabileceğinden idari yargı merciinin somut norm denetimine başvurmadan önce Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *üçüncü cümlesi* uyarınca AİHS ve uygulamasını esas alarak kural nedeniyle ortaya çıkan usule ilişkin problemi bertaraf etmesi, daha sonra kuralı Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşıması gerektiği düşünülmektedir.

Örneğin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasına 19/1/2022 tarihli ve 7351 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen cümlede "*Vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda, dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemez.*" kuralına yer verilmiştir.

İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenebilir olması, tarh işlemine karşı açılan davalarda yürütmenin kendiliğinden durması, diğer vergilendirme işlemlerine karşı açılan davalarda kanunda öngörülen koşulların oluşması hâlinde yürütmenin durdurulmasına hükmedilmesi gibi hukuksal başvuru yolu ve araçlar vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda öncelikle mülkiyet hakkının idari yargılama mercilerince korunması gerekliliğinin bir tezahürüdür[35].

AİHM, *Intersplav/Ukrayna* kararına konu olayda, vergi iadelerinin -karara konu olaydaki koşullar göz ardı edilmemek kaydıyla- mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken bir menfaat oluşturabildiğini belirtmiştir[36]. Dolayısıyla 2577 sayılı Kanun'a eklenen kuralın mülkiyet

[35] a.g.e. s. 512.

[36] *Intersplav/Ukrayna* kararında Mahkeme, başvurucunun katma değer vergisi iadesini devletten alamamasına ilişkin müdahaleyi değerlendirmiştir. AİHM, yerel mevzuatın belirlediği ölçüt ve gereklilikleri yerine getirdikten sonra başvurucunun ticari faaliyetleri kapsamında ödemiş olduğu katma değer vergisinin iadesinin yanı sıra herhangi bir gecikme için tazminat ödenmesini de makul bir şekilde bekleyebileceğini gözlemlemektedir. Katma değer vergisi iadesi talebi her ne kadar yetkili makamların denetim ve itirazlarına tabi olsa da Katma Değer Vergisi Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre bir şirketin iadeye uygunluğunun teyidi için talebin bir ön adli incelemeye tabi tutulması gerekmemektedir. Dava dosyasındaki bilgilerden yetkili vergi mercilerinin başvurucuya ödenecek vergi iadesi miktarlarına itiraz etmedikleri ancak iade konusunda yetkisizliğe hatalı bir

hakkı kapsamında korunan bir değeri elde etmek için yapılan idari başvurunun reddi üzerine açılacak davada yürütmenin durdurulması kararı verilmesini ek bir şarta daha bağlamak suretiyle davacının mahkemeye erişim hakkı ile mülkiyet hakkının usul boyutuna müdahalede bulunduğu düşünülmektedir.

Mülkiyet hakkının korunmasını amaçlayan yargısal bir aracın kullanımına getirilen usul kısıtlamaları o hakkın korunması amacıyla mahkemeye erişmiş olmayı anlamsız kılabilecek bir mahiyet taşıyabilir. İdari işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, hukuka açıkça aykırılığı saptanmış bir işlemin doğurabileceği zararların idari işlemin icrailiği askıya alınmak suretiyle dava esastan karara bağlanmadan önce engellenmesi amacını taşımaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için bir başka şart öngörülmesi ve idari işlemin icrailiğinin askıya alınmasının zorlaştırılması, Anayasa'nın 36. maddesi ve AİHS'in 6. maddesi kapsamında korunan adil yargılanma hakkını ihlal edici niteliktedir.

Diğer yandan Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için *birlikte gerçekleşmesi aranan* şartlar sadece *idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması* ve *idari işlemin hukuka açıkça aykırı olması* ile sınırlanmış, bu şartlara ek bir şart getirilebileceği maddede öngörülmemiştir. Kuralın ihdas edilme nedeni olarak gösterilen *haksız iadelerin önüne geçmenin*[37] de Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan ve yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlanabileceği belirtilen hâllerin hiçbiriyle ilgisi kurulmamıştır. Bu nedenle iade talebinin reddine ilişkin idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılacak idari davada yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin teminat ödenmesi koşuluna bağlanması, bir yandan Anayasa'nın 125. maddesinin lafzında yer almayan bir şart öngörmek diğer yandan mahkemeye erişimi hakkını

biçimde dayanarak herhangi bir sebep olmaksızın iadeyi onaylamayı açıkça reddettikleri anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yetkili vergi mercileri, vergi iadesi gecikme tazminatının başvurucu tarafından yapılan hesaplamalarına mahkeme önünde birkaç defa itiraz etmiş olup itirazlarından sadece bir tanesi kabul edilmiştir. Ancak bu son nokta Mahkemenin katma değer vergisi iadesi işlemleriyle ilgili ulaştığı sonucu çürütmemektedir. Mahkeme, söz konusu kanuni menfaatin kesin içeriğinin ve kapsamının belirlenmesini gerekli görmese de yukarıda belirtilen faktörlerin başvurucunun Ukrayna kanunlarıyla kendisine tanınan ve (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesiyle korunan, mülkiyet ile ilgili bir menfaate sahip olduğunu gösterdiği konusunda tatmin olmuştur. *Intersplav/Ukrayna*, B. No: 803/02, 9/1/2007, §§ 31, 32. Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 143-145.

37 https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4058.pdf (Erişim Tarihi: 9/6/2022)

ölçüsüz bir biçimde sınırlandırmak suretiyle hem Anayasa'ya hem AİHS'e aykırılık taşımaktadır.

Bu durumu gözeten Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesi, 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasına 7351 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile eklenen kuralın AİHS'in 6. maddesi ile çatışma hâlinde bulunduğunu saptamış ve *somut norm denetimi yoluna başvurmaksızın* Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca anılan kuralın bu davada uygulama önceliği bulunmadığını tespit ederek davacının yürütmenin durdurulması isteminin teminat alınmaksızın kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır[38].

Bir hukuka aykırılık iddiasının yargı önünde etkin bir biçimde tartışılıp bu konuda bir maddi hakkın ihlal edilmesini önleyici bir tedbir alınmasını zorlaştıran bir kanun hükmünün bir milletlerarası antlaşma hükmü karşısında somut norm denetimi yolu işletilmeden önce ihmal edilmesine ilişkin bu yaklaşımın hukuka ve Anayasa'ya uygun olduğu belirtilmelidir.

Öte yandan anılan kural, bu esnada bir başka mahkeme olan Samsun Vergi Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla da Anayasa Mahkemesi önüne taşınmış; Anayasa Mahkemesi dört ay gibi kısa bir

---

[38] Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesinin 1/2/2022 tarihli ve E.2022/75 sayılı kararının ilgili bölümü şu şekildedir:

"Sonuç olarak; Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası davanın taraflarına "kişisel hak ve yükümlülüklerinin" karara bağlanması için etkili bir şekilde mahkemeye başvurma hakkı tanımakla birlikte, devlete de bu amaç için kullanılabilecek araçları seçme serbestisi vermektedir. Bir mahkemeye veya yargı yerine başvurma hakkına getirilen kısıtlamanın meşru amaç izlememesi veya kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen meşru amaç arasında amaca uygunluk yanında orantılılık ilişkisinin de bulunmaması halinde Sözleşmeye aykırılıkla birlikte iki kural arasında çatışma bulunduğu kabul edilmelidir.

Olayda; vergi kanunları gereğince iadesi talep edilen vergilerle ilgili olarak, iadesi talep edilen tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınmasını öngören yasa kuralı; kişilerin, açıkça hukuka aykırı bir işlemle getirisinden ve yararlanılmasından mahrum bırakıldıkları parasal tutara yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi suretiyle görece daha uzun sürecek dava sürecinin sonucu beklenilmeksizin erişmeleri önünde orantısız ve öngörülen amaca aykırı bir düzenleme içermekle, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında ile çatıştığı sonucuna varılmakla, Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası amir hükmü uyarınca 2577 sayılı Kanunun 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasına 7351 sayılı Kanunun 2. maddesi ile eklenen kuralına işbu davada uygulama önceliği bulunmadığından, davacının yürütmenin durdurulması isteminin teminat alınmaksızın kabul edilmesi gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle; davacının itirazının kabulü ile yürütmenin durdurulması isteminin reddine dair Ankara 6. Vergi Mahkemesi'nce verilen 23/12/2021 gün ve E:2021/1999 sayılı kararın kaldırılmasına, 2577 sayılı Yasanın 27. maddesinin 2. Fıkrasında belirtilen koşullar dava konusu olayda bir arada bulunduğundan teminat aranmaksızın yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne, 01/02/2022 gününde oybirliğiyle karar verildi."

süre içinde başvuruyu sonuçlandırarak kuralı iptal etmiştir[39]. Anayasa Mahkemesi, iptali istenen kuralla "yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için usule ilişkin bir sınırlama nedeni"nin düzenlendiğini belirtmiş ve bu noktada incelemeyi Anayasa'nın 125. maddesi yönünden yapmayı uygun görmüştür.

Anayasa Mahkemesi, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin mahkemece Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca "idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması" şartı yönünden bir değerlendirme yapılmasına bağlı olduğuna dikkat çekmiştir. İdari yargı merciinin bu şartın olayda gerçekleştiği yönünde kanaate varmasına rağmen iptal edilen kuralla davacının teminat ödeme şartının da öngörülmesinin vergi iadesini alamayan ve dava süresince iade tutarını elde edememesi hâlinde telafisi güç ve imkânsız zararla karşılaşacağı kanısına ulaşılan davacı yönünden Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen şartı etkisiz kılacağı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca kuralda, idari yargı merciine teminat alıp almama konusunda takdir yetkisi tanınmadığına ve "teminatı ödeme imkânı olmayan davacının adli yardımdan yararlanmasını mümkün kılan bir güvenceye" yer verilmediğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, "kuralın yürütmenin durdurulması kurumunun etkinliğini azalttığı ve bu kurumdan beklenen amacın gerçekleşmesini engellediği"nin açık olduğu sonucuna ulaşmış; kuralı, Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiş, ayrıca Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddeleri yönünden incelememiştir.

Bu başlık altında yapılan açıklamalar, kuralın adil yargılanma hakkı veya bir maddi hakkın usul boyutunu ihlal edici nitelikte olması hâline özgülendiğinden 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesine eklenen söz konusu kural hakkında Anayasa Mahkemesinin itiraz başvurusu üzerine ulaştığı sonucun bu başlık altında yapılan incelemelerle ilgisi olmadığı düşünülebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin kuralı yürütmenin durdurulması kararı verilmesi yönünden "usule ilişkin bir şart olarak" tavsif ettiği, ayrıca kuralı Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden incelemediğini de göz önünde bulundurmak gerekir. Anayasa Mahkemesinin yürütmenin durdurulması kurumunun

[39] AYM, E.2022/14, K.2022/70, 01/06/2022, §§ 14-16.

Anayasa'da açıkça düzenlenmesi nedeniyle böyle bir yöntem izlediğinde şüphe bulunmamaktadır. Nitekim Mahkemenin kuralın Anayasa'nın 36. maddesi ile ilgisinin görülmediği yönünde bir belirlemesi bulunmamaktadır. Kuralın yargılama usulüne ilişkin bir şart getirdiği ve yürütmenin durdurulması kurumunun ihdas edilme amacı gözetilerek adil yargılama hakkı yönünden bir incelemeye tabi tutulabileceği de açıktır.

IV. YARGI KARARINA DAYANAN İCRA EDİLEBİLİR ALACAKLARDA OLUŞAN DEĞER KAYBININ GİDERİMİ: FAİZ ÖDEMESİ

A. AİHM UYGULAMASI

AİHM, icra edilebilir nitelikteki alacakların mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken bir mülk oluşturduğunu belirtmektedir[40].

AİHM, *Eko-Elda Avee/Yunanistan* kararında kamu makamlarınca makul olmayan gecikmelerle iade edilmesi gereken vergi tutarının faiz ödenmeksizin iade edilmesini, alacağı değer kaybına uğratan bir neden olarak görmüş ve iadesi gereken verginin uzun bir süre boyunca kullanılamamasının başvurucunun finansal durumu yönünden oluşturduğu yükün *adil denge*yi bozduğu sonucuna ulaşmıştır[41].

---

40 Çok sayıda karar arasından *Pressos Compania Naviera S.A. ve diğerleri/Belçika*, B. No: 17849/91, 20/11/1995, § 31; Duman, Ö. (2020). Enflasyon Canavarı ile Mücadele: Mülkiyet Hakkı Bağlamında Vergi İdaresinden Olan Para Alacaklarının Ödenmesinde Yaşanan Değer Kaybı Sorunları, içinde Gemalmaz, H. B. ve Arslan Öncü, G. (Der.), *Vergi ve Temel Haklar İncelemeleri I Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Vergi Yargısına Etkisi*, (ss. 217-241). İstanbul: Beta Yayıncılık.

41 *Eko-Elda Avee/Yunanistan*, B. No: 10162/02, 9/3/2006, §§ 26-31:

"AİHM, *Eko-Elda AVEE/Yunanistan* kararında vergi idaresinin başvurucu şirket tarafından haksız ödenen verginin geç iadesi dolayısıyla şirkete faiz ödemeyi reddetmesi şeklindeki müdahale ile mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Devletin başvurucu şirkete geri ödemede yaşanan "gecikmeyi telafi etmek üzere faiz ödemeyi reddetmesi"nin Sözleşme'nin eki (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesiyle uyumlu olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu çerçevede, Mahkemenin yerleşik içtihadı uyarınca indirim konusu edilen tutarların geri ödemesi geciktiğinde idarece geç ödeme faizi (late-payment interest) ödenmesi gerekmektedir. AİHM, özellikle vergi ödemeleri hususunda, geri ödeme koşulları ilgili kişiye aşırı bir yük getirdiğinde veya bu kişinin mali güvenliğine ciddi bir tehdit oluşturduğunda tarh olunan vergi veya katkı paylarından doğan mali yükümlülüklerin Sözleşme'nin eki (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesini "ihlal edebileceğini" belirtmiştir. Mevcut davada, haksız yere ödenen vergi başvurucu tarafından yapılan geri ödeme talebinden beş yıl beş ay sonra geri ödenmiştir. Buna göre AİHM, vergi idaresinin söz konusu uzun süre dolayısıyla faiz ödemeyi reddetmesinin kamu yararının gereklilikleri ile başvurucu şirketin menfaati arasında kurulması gereken adil dengeyi bozduğu sonucuna ulaşmıştır." Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 377, 378 (Resmî özetten yararlanılmıştır. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-3454%22]} (Erişim Tarihi: 19/12/2020)

İnceleme konumuzu oluşturan ısrar kararında, AİHM kararının yukarıda

Buffalo S.r.l. in Liquidation/İtalya kararına konu olayda başvurucu vergi iadelerindeki gecikmeler nedeniyle bankalardan ve özel kişilerden finansman aramak ve devletin ödediğinden daha yüksek oranda bir faiz ödemek zorunda kalmıştır. AİHM, olayda iade ödemelerindeki gecikmelerin yarattığı belirsizliğe işaret etmiş ve iade tutarlarının tek başına bu zararı gidermeye yeterli olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme başvurucunun mülkiyetine yapılan müdahalenin "gecikmelerin mali etkisi", "sorunun çözümünü hızlandırmak için" etkili bir giderim yönteminin bulunmaması ve "iadelerin ne zaman ödeneceği konusundaki belirsizlik" ile birleştiğinde "genel kamu yararının gerekleri ile başvurucunun mülkiyetinden barışçıl biçimde yararlanma hakkının korunması zorunluluğu arasında bulunması gereken adil denge"yi bozduğuna ve dolayısıyla orantısız olduğuna hükmetmiştir[42].

B. ANAYASA MAHKEMESİ UYGULAMASI

Anayasa Mahkemesi de icra edilebilir alacaklardaki değer kayıplarının faiz ödenerek giderilmesi gerekliliğine işaret ederken AİHM kararlarından destek ölçü norm olarak faydalanmaktadır:

> "AİHM, istikrarlı olarak kamu makamlarınca yapılacak ödemelerin gecikmesini faiz ödemeleriyle ilişkilendirmektedir. AİHM'in çeşitli kararlarında, makul olmayan bir gecikme nedeniyle tazminatın değer kaybettiği durumlarda bu tazminatın yeterli olamayacağı belirtilmiştir (*Angelov/Bulgaristan*, B. No: 44076/98, 22/4/2004, § 39). Nitekim böyle başvurularda AİHM, esas itibarıyla kamu makamlarının geçen süre nedeniyle ödenmesi gereken tutardaki değer kayıplarını telafi etmek için gecikme faizi ödeyip ödemediğini dikkate almaktadır. Kısacası AİHM; mülkiyet hakkı kapsamında faiz ödemesini, esasen devletin borçlu olduğu tutar ile alacaklı tarafından nihai olarak alınan tutar arasındaki enflasyon nedeniyle oluşan değer kayıplarını giderme

koyulaştırılmış biçimde ifade edilen kısmı (late-payment interest) *gecikme faizi* olarak Türkçeye çevrilmiş ve davacıya gecikme faizi ödenmesi yönündeki gerekçeye dayanak yapılmıştır. Anılan ibarenin birebir çevirisi *geç ödeme faizi* olmakla birlikte bunun *gecikme faizi* olarak Türkçeye çevrilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ne var ki bu çeviri tercih edildiğinde bunun Türk hukukundaki gecikme faizine karşılık geleceği yönünde bir değerlendirme yapılmasına olanak bulunmadığı da ayrıca belirtilmelidir.

42 *Buffalo S.r.l. in Liquidation/İtalya*, B No:38746/97, 3/7/2003.; Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 395 (Çeviride AİHM'nin vergilendirmeyle ilgili içtihadını gösteren tematik notun bu kararla ilgili bölümünden (https://echr.coe.int/Documents/FS_Taxation_ENG.pdf) faydalanılmıştır (Erişim Tarihi: 19/12/2020)

> yükümlülüğüyle ilişkilendirmektedir (*Akkuş/Türkiye*, B. No: 19263/92, 9/7/1997, § 39)[43]."

Mahkeme, *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş.* kararında ise idarece vergi adıyla fazla ve yersiz tahsil edilen ve mahkeme kararıyla iadesine karar verilen bedellerin ödenmesinde 4458 sayılı Kanun'un 216. maddesi gereği faiz uygulanmamasını değerlendirmiştir. Başvurucunun ihtirazi kayıtla beyan ederek ödediği vergilerin iadesi istemiyle açtığı davalarda verilen kararlar lehine sonuçlanmıştır. Ancak başvurucuya anılan kanun hükmü nedeniyle iade sırasında faiz ödenmemiş; bu durum fazla veya yersiz tahsilatın yapıldığı tarih ile iade tarihi arasında geçen sürede enflasyona bağlı olarak mülkünün değerindeki aşınma nedeniyle başvurucunun mağduriyetine neden olmuştur. Bir tacir olan başvurucunun anılan meblağı ticari faaliyetlerinde kullanarak gelir elde etme imkânından bu süre zarfında mahrum kalmasının da söz konusu olumsuz etkiyi artırıcı nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Anılan kuralın daha sonra iptal edildiğini de gözeten Mahkeme, ulaşılmak istenen kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin bozulduğu sonucuna ulaşmıştır[44].

C. ÖDENECEK FAİZ AÇISINDAN AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ STANDARDI: ENFLASYON NEDENİYLE OLUŞAN DEĞER KAYBINI KARŞILAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Anayasa Mahkemesi, destek ölçü norm olarak başvurduğu AİHM'in alacağın faiz ödenmesi yoluyla değerinin korunması gerekliliğine işaret eden bu kararları yanında, ödenecek faiz açısından bir ölçüt belirlediği kararlarına da işaret etmektedir:

> "… Mahkemelerde geçen yargılama süresindeki enflasyon nedeniyle kamulaştırma bedelinin değer kaybı yönünden ise meydana gelen farkın tazminatın belirlenmesi yönteminden kaynaklandığı ve bu konuda kamusal makamların belirli bir takdir yetkisinin olduğu da gözetilip bu farkın başvurucular açısından aşırı bir yük getirip getirmediği incelenerek karar verilmektedir (*Aka/Türkiye*, B. No: 19639/92, 23/9/1998, §§ 41-51; *Güleç ve Armut/Türkiye* (k.k.), B. No: 25969/09, 16/11/2010)[45]."

---

43 *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2014/2267, 21/12/2017, § 39.

44 *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2013/28, 25/2/2015, §§ 50, 52.

45 *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 40.

> "Ayrıca AİHM; *Kat İnşaat Ticaret Kollektif Şirketi-İsmet Kamış ve Ortakları/Türkiye* ((k.k.), B. No: 74495/01, 31/1/2006) kararında, ilke olarak alacağın geç ödenmesinden doğan bir zararın varlığının ileri sürüldüğü durumlarda enflasyon oranı esas alınarak faiz ödenmesi suretiyle zararın giderilebileceğini kabul etmiştir. Aynı ilkeye, benzer şekilde ve bu karara atıfla daha önce değinilen *Naci Balkar (Baltutan)* ve *Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti./Türkiye* kararında da yer verilmiştir[46]."

Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru kararlarında icra edilebilir alacağa faiz yürütülmesi gerektiği yönünden AİHM ile aynı doğrultuda hareket etmekte, *enflasyon nedeniyle meydana gelen değer kaybı*nı ölçüt olarak benimsemektedir. Mahkeme, başkasının elinde kalması nedeniyle paranın sahibinin bu ekonomik değerden mahrum kaldığını ve enflasyonist ortamda alım gücünün enflasyon oranında düştüğünü ifade etmekte ve bu durumun kamu düzenini bozucu etkilerine dikkat çekmektedir[47]. Nihayet Mahkeme enflasyonun mülk üzerindeki etkisini de şu cümlelerle değerlendirmektedir:

> "Mülkiyet hakkı kapsamında alacağın geç ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeniyle paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır (AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011)[48]."

---

46 *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 43.

47 *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, §§ 70, 71.

48 *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 72.

"Anayasa Mahkemesi; kanun koyucunun bir hak olarak öngördüğü veya kamu borcu hâline gelmiş ödemelerin geç yapılması nedeniyle mağdur olunduğu iddiasıyla yapılan başvurularda, alacakta veya hakka konu bedelde meydana gelen değer aşınmalarının başvurucular üzerinde orantısız bir yük oluşturması hâlinde mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*; *Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2013/28, 25/2/2015). Anayasa Mahkemesi ayrıca, mahkemelerce hükmedilen tazminatın yargılamada geçen süre nedeniyle enflasyon karşısında değer kaybettiğinin tespit edildiği bir başvuruda da ölçülülük yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Abdulhalim Bozboğa*, B. No: 2013/6880, 23/3/2016). Bunun yanında sosyal güvenlik ödemeleri kapsamında mahkeme kararıyla hükmedilen emekli ikramiyesinin değer kaybına uğratılarak ödenmesinin başvurucuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklemesi nedeniyle de mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir (*Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017)." *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 73.

Bu doğrultuda Mahkeme alacağın varlığının yargı kararıyla tespit edilmiş olmasını tek başına yeterli görmemekte ve başvurucunun mağdur sıfatının ortadan kaldırılabilmesinin ihlalin hem zamanı hem de mağdurun bu hakla kullanamadığı süre dikkate alınarak telafi edilmesi gerektiğini söylemektedir[49]. Anayasa Mahkemesi bu doğrultuda Merkez Bankası verilerine göre enflasyonda meydana gelen artışı dikkate alarak alacağın enflasyon karşısında değer kaybına uğrayıp uğramadığını değerlendirmektedir[50].

D. DOKTRİNDE BİR GÖRÜŞ

İdare hukuku boyutuyla doktrinde de benzer bir yaklaşımın bulunduğu gözlemlenmektedir. Hukuk düzeninin varlık nedeni doğrultusunda, bireyin idare karşısında etkin bir hukuki korumaya sahip olmasının idarenin yol açtığı hak ihlallerinin giderilmesine bağlı olduğunu belirten Ünlüçay, "idarenin hukuki sorumluluğunun toplum hak ihlallerinden dolayı bozulan sosyal ve ekonomik dengenin" yeniden tesis edilmesini[51] gerektirdiğini belirtmekte ve hak ihlallerini gideremeyen yargı düzenlerinin hukukun üstünlüğünü sağlayamayacağını ifade etmektedir[52]. Yazar, idari yargıda taleple bağlılık kuralının istisnasız ve katı bir biçimde uygulanması[53] nedeniyle dava dilekçelerindeki talep sonucuyla sınırlı bir tazminat miktarı elde edebilen davacıların[54] *enflasyon olgusu nedeniyle tazminat miktarının gerçek değerini elde edemediklerine* dikkat çekmektedir. Yazar, Güran'ın *ultra petita* olarak bilinen istemle bağlı olma kuralının idari yargı tarafından terk edilmesi düşüncesine[55] de atıfla taleple bağlılık kuralının tam yargı davalarında sadece davanın konusu yönünden uygulanabileceğini, idari yargı mercilerinin 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki kural nedeniyle dava dilekçesinde zorunlu olarak gösterilen tazminat miktarıyla bağlı kalmadan karar

---

49 *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 74.

50 *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 78.

51 Esin, Y. (1973). *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., s. 14.

52 Ünlüçay, M. (1998). "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", *Danıştay Dergisi*, S. 94., s. 3.

53 a.g.e. s.7.

54 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (4) numaralı fıkrasına 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen ve tam yargı davalarında belirli koşullar altında dava dilekçesinde belirtilen miktarın ıslah edilebilmesini öngören kuralın, makalenin yayımlandığı tarihte henüz yürürlükte olmadığı gözetilmelidir.

55 Güran, S. (1980). "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası. s. 168.

tarihi itibarıyla belirlenen gerçek zararı tazmin etmeleri gerektiğini ve 2577 sayılı Kanun'da, içtihatla geliştirilebilecek bu uygulamaya bir engel bulunmadığını savunmaktadır[56].

Yukarıda Anayasa'nın ve AİHS'in idari davalarda doğrudan uygulanabilirliğini savunulan bölümde yapılan açıklamaların bu içtihada yeterli bir hukuki temel oluşturabileceği düşünülmektedir.

V. ISRAR KARARINA KONU OLAYIN DEĞERLENDİRİLMESİ[57]

Tüm bu açıklamalar ışığında yargı kararıyla iadesine hükmedilen alacaklar yönünden faiz ödenmesi gerektiği hususunda bir tartışma bulunmadığı söylenebilir[58]. Bununla birlikte ödenecek faizin hesabında 213 sayılı Kanun'un 112. maddesinin (4) numaralı fıkrasının[59] uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı noktasında, inceleme konumuzu oluşturan bozma kararı ile ısrar kararında farklı yaklaşımlar benimsendiği görülmektedir. Bu bağlamda bozma kararında anılan kuralda öngörülen *tecil faizi*nin, ısrar kararında ise *gecikme zammı oranında faiz*in ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. AYM ve AİHM kararlarında ise adil dengeyi bozmayacak ölçütün *alacağın enflasyon karşısında uğradığı değer kaybını telafi edecek bir miktarda faiz ödemesi* olarak belirlendiği görülmektedir.

Anayasa'nın ve AİHS'in idari davalarda uygulanabilirliğine ilişkin yukarıda anılan hukuksal nedenler ışığında bozma kararında benimsenen tecil faizi ile ısrar kararında benimsenen gecikme zammı oranında faizin enflasyon karşısında ortaya çıkan değer kaybını telafi etmeye yeterli olup olmadığının her olay bazında idari yargı mercii tarafından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmede *taleple bağlılık*

---

56 Ünlüçay, M. (1998). s. 3, 9, 10. Hukuka aykırı vergi tarh edilmesi idarenin mali sorumluluğunu gerektiren kusurlu bir davranış oluşturduğundan, mükellefin ödediği vergiyi enflasyon oranındaki değer kaybını karşılayacak tutarda faiziyle birlikte geri almasında tam yargı davasının bir dayanak teşkil edebileceği hakkında: Bayar, İ. N. (2003). s. 314-316

57 Bu bölümde Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 23/3/2022 tarihli ve E. 2021/1571, K. 2022/319 sayılı kararının "Tetkik Hakiminin Düşüncesi" bölümünde yer alan ve değerli meslektaşım Tuğçe İrem Akın'la birlikte hazırladığımız görüşten faydalandım.

58 Kumrulu, A. (1988). s. 249-250.

59 Kuralda şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"4. (Ek: 22/7/1998-4369/2 md.; İptal: Anayasa Mahkemesinin 10/2/2011 tarihli ve E.: 2008/58, K.: 2011/37 sayılı Kararı ile.; Yeniden Düzenleme: 31/5/2012-6322/14 md.) Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir."

ilkesi gereği dava dilekçesinde belirtilen talep sonucunun da göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.

Anayasa ve AİHS'te öngörülen bu ölçütün esas alınması, Anayasa'nın 5. maddesinde öngörülen devletin pozitif yükümlülüğünün (düzeltici/telafi edici önlem) ve uluslararası sözleşmeleri yürürlüğe koymakla devletin verdiği taahhüt ve üstlendiği yükümlülüklerin bir gereğidir.

Dokuzuncu Dairenin bozma ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesinin ısrar kararları arasındaki farklı yaklaşımlar 213 sayılı Kanun'un anılan hükmünün kapsamının yorumlanmasına ilişkindir.

Bozma kararı bu kuralda yer alan "diğer hâllerde" ifadesinin yargı kararı ile iadesine hükmedilen vergileri de kapsadığı ve dolayısıyla bunlar yönünden madde öngörülen süre için *tecil faizi* hesaplanması öngörülmektedir.

Israr kararında ise yargı kararı üzerine hükmedilen tutarların anılan kural kapsamında kalmadığı belirtilmekte ve devletin kendi alacaklarına uyguladığı faiz oranı karşısında hukuk devletinde adil bir dengenin sağlanabilmesi için AİHS uygulaması da dikkate alınarak *gecikme zammı oranında faiz* ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir[60].

Yargı kararıyla iadesine hükmedilen vergilerde ödenecek faiz açısından Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarında belirlenen ölçüt *enflasyon karşısında uğranılan değer kaybı*nı karşılayacak oranda faiz ödenmesidir[61].

---

[60] Aynı yönde: Üstün, Ü. S. (2013). "Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz Uygulanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105., s. 222, 225., Başaran Yavaşlar, F. (2007). "Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz", *Vergi Dünyası*, S. 316., s. 90; Öte yandan, ısrar kararında bir yandan eski tarihli Danıştay kararlarına atıfla 112. maddenin anılan hükmünün olayda uygulanma olanağının bulunmadığının belirtilmesinin, diğer yandan olayda uygulanma olanağı bulunmadığını söylenilen bu hükmün Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi kapsamında ihmal edilmesinin kendi içinde bir çelişki doğurduğunu düşünülmektedir. Çünkü Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi kapsamında kanun hükmü ihmal edilerek temel hak ve özgürlüğe ilişkin milletlerarası andlaşma kuralının esas alınması için öncelikle kanun hükmünün olayda uygulanma kabiliyetinin bulunduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.; *Ay* ise aksi yönde görüş bildirerek verginin geç tahakkuk ettirilmesi gecikme faizinin hesaplanmasına neden olduğundan geç tahakkukun cezalandırılması amacıyla gecikme faizinin tecil faizinden daha yüksek bir oranda belirlenmesinin hakkaniyete aykırı olmadığını savunmaktadır. Ay, H. (2011). "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı; "İade Edilen Vergiler Üzerinden Hesaplanan Faizin Hesaplanma Süresi Anayasa'ya Aykırıdır"", *Vergi Dünyası*, S. 358., s. 46.

[61] Nitekim 213 sayılı Kanun'a 4369 sayılı Kanun'la eklenen (ancak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen) kuralın gerekçesinde de benzer bir yaklaşım sergilenmiş ve değer

Devletin vergileme alanındaki politikalarını belirlerken ve bunları uygularken geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır[62]. Devletin vergilendirme alanında geniş takdir yetkisi kapsamında kendi alacakları için uygulayacağı faiz türünü, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde uygulanacak faiz türünden farklı ve daha yüksek oranda belirlemesi de bu yetki kapsamında kalmaktadır. Ancak bu yetki kullanımının somutlaştığı kuralın lafzının ya da uygulanmasının ölçüsüz sonuçlar doğurup doğurmadığı yargı organlarının (Anayasa Mahkemesi ve idari yargı mercilerinin) denetimine tabidir.

22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 213 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen (4) numaralı fıkrada yer alan kural ile fazla veya yersiz[63] olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde, "ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi hâli"nin gerçekleşmesi şartı aranmış, böylece faiz ödemesinde tahsilatın yapıldığı tarihten başka ve mülkiyet hakkına müdahale edilen birey

kaybının giderilmesinde enflasyonist etki bir gösterge kabul edilmiştir:

"Bu madde ile fazla ve yersiz tahsil edilen veya kanun gereği iadesi gereken vergilerin mükellefe red ve iadesinde mükellef hukukunun gözetilmesi, enflasyonist etkilerin mükellef alacağında yaratacağı aşınmanın giderilmesi ve idarenin haklı ve yasal iade işlemlerinde gereksiz zaman kaybının önlenebilmesi amacıyla düzenlemeler yapılmaktadır."

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c055/tbmm20055103ss0626.pdf (Plan ve Bütçe Komisyonunca Yapılan Değişiklikler Doğrultusunda Yeniden Düzenlenen Bazı Maddelerin Gerekçeleri, s. 164) (Erişim Tarihi: 26/6/2022) (vurgu bana aittir).

Kural, enflasyonist etkiyi gidermeyi amaçlamasına rağmen "kapsadığı zaman ve kavradığı iadeler bakımından olması gerekeni yansıtmamış, sistemde mevcut hukuka aykırılık ancak kısmen giderilebilmiş"tir. Yaltı, B. (2007), s. 21. Bozdoğan, M. N. (2012). "Mülkiyet Hakkına Haksız Bir Müdahale, İptali ve Yeni Hukuki Zemin: Fazla veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Süre Sorunu", *Maliye Dergisi*, S. 162, s. 222.

62 Aynı yönde: *Wolfhard Koop-Automaten Goldene 7 GmbH & Co. KG/Almanya* (k.k.), B. No: 38070/97, 30/3/1999:

"AİHM, bir Âkit Devletin, en azından vergileme alanındaki politikalarını belirlerken ve uygularken "geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu" dikkate alacağını, ayrıca "makul temelden yoksun olmadığı sürece" yasama organının değerlendirmesine saygı göstereceğini açıklamıştır."

63 Her iki kavramın da tahsilatın haksızlığına işaret ettiği yönündeki görüş için bkz. Üstün, Ü. S. (2013). s. 183. Yazar, ayrıca, "yersiz tahsil"in, "idarenin hukuka aykırı olarak tahsil ettiği durumları" ifade ettiğini, "fazla tahsil"in ise, "diğer tüm fazla tahsil hallerini" içerdiğini belirtmektedir. a.g.e., s. 214.; *Başaran Yavaşlar*, 213 sayılı Kanun'un 112. maddesinin (4 numaralı fıkrasının Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden önce yayımladığı makalesinde, yersiz tahsilat ile "verginin idarenin hukuka aykırı bir eylem ya da işlemiyle tahsil edilmiş olması"nı, fazla tahsilat ile de "idarenin hizmet kusuruna dayanmayan bir fazla vergi tahsili"nin kastedildiğini, sonuncu hâlde "esas itibariyle mükelleften kaynaklanan nedenlerle ya da kanundan kaynaklanan nedenlerle gerçekleşebilecek bir durum" olduğunu belirtmektedir. Başaran Yavaşlar, F. (2007). s. 94.; Benzer tanımlamalar için bkz. Ermumcu, O. (2010). "Yargı Kararıyla İptal Edilen Verginin İadesinde Faiz Uygulaması", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 51., s. 151.

aleyhine bir tarihin alınması öngörülmüştü. Kuralın Anayasa'ya aykırılığı iddiası Anayasa Mahkemesinin 10/2/2011 tarihli ve E.2008/58, K.2011/37 sayılı kararında incelenmiş ve kural Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

İptal kararı üzerine Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesine 31/5/2012 tarihli ve 6322 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkrada, fazla veya yersiz olarak tahsil edildiği tespit edilen vergilerin iadesinde ikili bir ayrım içinde faiz ödenmesi öngörülmüştür. Yeni düzenlemeye göre fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması hâlinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hâllerde ise verginin tahsili tarihi esas alınacak ve fazla veya yersiz tahsil edilen vergiler bu tarihlerden itibaren aynı dönemde 6183 sayılı Kanun'a göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiziyle birlikte mükellefe ret ve iade edilecektir[64]. Maddeye aynı Kanun'la eklenen (5) numaralı fıkrada ise "vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin" iade yöntemi ayrıca düzenlenmiştir.

Fazla veya yersiz tahsil edilen verginin[65] aslıyla birlikte tecil faizi

---

64 Yeni düzenleme ile "zaman kaybı ve değer kaybı konusunda, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararına uluslararası standartlara uygun/uyumlu bir düzenleme yapıldığı" ve yeni düzenlemenin "kamu yararı-bireysel yarar arasında dengenin sağlanmasında mükellef lehine atılan olumlu bir adım" olduğu hakkında: Bozdoğan, M. N. (2012), s. 234.

65 Bazı AİHM kararlarında hukuka aykırı tahsil edildiği ileri sürülen vergilerin iadesi taleplerinin mülk oluşturduğu yönünde değerlendirmede bulunulduğu görülmektedir: *S.A. Dangeville/Fransa* kararına konu olayda başvurucu sigorta şirketi, Avrupa Topluluğu direktifleri kapsamında muaf tutulması gereken ancak iç hukuk kuralları uyarınca ödemek zorunda kaldığı verginin iadesini talep etmektedir. AİHM, başvurucunun, 1 Ocak ilâ 30 Haziran 1978 tarihleri arasında kendisinden haksız yere tahsil edilen katma değer vergisinin iadesi için yaptığı her iki başvuruda da devlete karşı ileri sürülebilecek geçerli bir talebinin olduğunu tespit etmiştir. Bu mahiyetteki bir iddia *bir mal varlığı değeri* oluşturmaktadır ve bu nedenle mevcut davada bu doğrultuda uygulanabilecek olan 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk cümlesi anlamında bir "*mülk*" teşkil etmektedir. *S.A. Dangeville/Fransa*, B. No: 36677/97, 16/4/2002, § 48. Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 139-141.; *Buffalo S.r.l. in Liquidation/İtalya* kararında ise başvurucu, vergi iadelerinin geri ödenmesindeki gecikmelerden şikâyet etmektedir. AİHM, her halükârda, İtalyan yasalarına göre, idarenin, iade talebini oluşturan beyan kendisine ulaştıktan sonra, gelir vergisi iadesini kendiliğinden ödemek zorunda olduğunu belirtmektedir. İade için vade tarihi öngörülememekte olup idare, sadece ilgili kişiye, nakit olarak alacağı kesin tutar ortaya çıktığında iade tarihinin yaklaştığını iletmektedir. İlgili kişinin yanlış hesaplamalar nedeniyle hak sahibi olduğunu düşündüğü toplam miktar ile hak kazandığı iade miktarı arasında bir tutarsızlık olması ihtimal dâhilindedir. Bununla birlikte, AİHM, bu unsurun, iade için tüm bekleme süresi boyunca, başvurucunun şikâyet ettiği durumun, 1 no.lu Protokolün 1. maddesi kapsamına girmediği sonucuna varmasını gerektirmediğini; olayın koşulları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, başvurucuya bu hükümle korunan önemli bir menfaat sağlandığını düşünmektedir. Sonuç olarak, AİHM, başvurucunun beyanının vergi makamları tarafından alınmasından iadenin yapıldığı ana kadar, İtalyan kanunlarında tanınmış mülkiyete ilişkin bir menfaate sahip olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle, başvurucunun menfaati, 1 no.lu

ödeneceğini öngören yeni düzenlemenin gerekçesinden[66] de yersiz veya fazla tahsil edildiği tespit edilen verginin talep veya yargı kararı üzerine veya resen iadesine karar verilmiş olması, yani tahsilat nedeni, bunun ortaya çıkarılma usulü ve iade nedeni yönünden herhangi bir ayrıma gidilmediği, yeni düzenlemede ayrımın yalnızca faizin başlangıç tarihi yönünden yapıldığı anlaşılmaktadır[67]. Bu ayrımda da fazla ve yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu yasal bir ölçüt olarak benimsenmiş; fazla veya yersiz tahsilata mükellefin sebep olması hâlinde, mükellefin tahsil tarihi yerine düzeltmeye dair müracaat tarihinden başlayacak şekilde daha sınırlı bir giderim elde etmesi öngörülmüştür.

Bir başka anlatımla kanun koyucu, kuralda "*Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler*" ifadesiyle yargı kararıyla iadesi gereken vergileri de kapsayıcı genel bir tanım kullanmış ve tecil faizinin hesaplanma yöntemini hatanın kaynaklandığı hukuki duruma göre ikili bir ayrım içinde belirlemiştir.

Protokolün 1. maddesi anlamında "*mülk*" teşkil etmektedir. *Buffalo S.r.l. in Liquidation/İtalya*, B. No: 38746/97, 3/7/2003, §§ 27-29. Yılmazoğlu, Y. E. (2021). s. 141.

66 Kuralın gerekçesi şu şekildedir:
"Anayasa Mahkemesinin 14/5/2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 10/2/2011 tarihli ve E.: 2008/58, K.: 2011/37 sayılı Kararı ile Vergi Usul Kanununun 112 nci maddesinin (4) numaralı fıkrası, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ve mülkiyet hakkının ihlaline sebep olduğu gerekçeleriyle iptal edilmiş ve iptal hükmünün, kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında, mezkûr madde hükmünün, kamu kurumları ile kişiler arasında kamu idarelerinin kamu gücüne dayalı yetkilerini kullanırken hatalı işlemleri nedeni ile oluşan alacaklı-borçlu ilişkilerinin borçlu olan kamu kurumları lehine bozulmasına sebebiyet vermekte olduğu; verginin, Devletin vatandaşlardan kamu gücüne dayalı ve karşılıksız tahsil ettiği bedel olsa da idarece yapılmış olan vergi tahsilatının fazla veya yersiz olduğu tespit edildikten sonra bu tahsilatın, mükellefler için bir alacak haline geldiği; fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde, tahsilatın yapıldığı tarih yerine başvuru tarihinden üç ay sonra başlamak üzere işleyecek faizin ödenmesine ilişkin kuralın, kişinin belli bir dönem için faiz gelirinden mahrum kalması sonucunu doğurarak genel yarar ile kişi yararı arasındaki dengenin bozulmasına yol açtığı, bu durumun hukuk devletinde korunması gereken mülkiyet hakkının ihlaline neden olduğu şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.
Düzenlemeyle, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde, mükelleflere tahsil tarihinden itibaren hesaplanacak faizin ödenmesi sağlanmaktadır. Ancak, verginin fazla veya yersiz tahsil edilmesinin mükellefin beyanından kaynaklanması (örneğin hatalı beyanname verilmesi) hallerinde faiz, mükellefin hatanın düzeltilmesine dair müracaat tarihinden itibaren hesaplanacaktır.
Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilere ilişkin faiz ödenmesinde ise, 112 nci maddenin dördüncü fıkrası hükümleri müstakil bir fıkra olarak muhafaza edilmektedir." (https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=105448&pkanunnumarasi=6322) (Erişim Tarihi: 29/6/2022)

67 "Bu düzenleme ile iade edilecek vergilerin sadece hata kapsamında tahsil edilen vergiler olması şartı kaldırılmış olmaktadır. Hataen veya hata dışında herhangi bir sebeple fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde faiz uygulanacaktır." Üstün, Ü. S. (2013). s. 216.

Kuralda yer alan bu ayrıma göre hatanın mükelleften kaynaklanması hâlinde düzeltmeye müracaat tarihi faiz hesabında başlangıç tarihi olarak esas alınacaktır. Bu durumun sadece mükellefin yanlış bir vergi beyanında bulunması ve bunun düzeltilmesini istemesi hâline münhasır olduğu düşünülmektedir. Kuralda yer alan "diğer hâller"in ise kapsayıcı bir tanımını yapmak oldukça zordur. Ancak vergi tarhiyatına karşı dava açılması ancak bu arada tarhiyata konu tutarın ödenmesi, idarenin müeyyide içeren yazısı nedeniyle beyan üzerine tarh ve tahakkuk ettirilen verginin ödenmesi, hak edişten kesinti suretiyle verginin ödenmesi gibi durumlarda yargı kararıyla fazla veya yersiz olarak vergi tahsil edildiği ortaya konulursa bu hâllerde hatanın mükelleften kaynaklandığı savunulamayacaktır. Bu durumda tecil faizi ödenmesinde verginin tahsil tarihinin esas alınması gerekmektedir.

Vergi Usul Kanunu'nun geçici 29. maddesinde, 112. maddenin (4) numaralı fıkrasına eklenen yeni düzenlemenin yürürlüğü ile ilgili öngörülen kural dikkate alındığında, 15/6/2012 tarihinden sonra fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde uygulanacak faiz türü ve bunun hesaplanma yöntemi yönünden Kanun'da boşluk bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle 15/6/2012 tarihinden sonraki dönemde haksız olarak tahsil edilen dava konusu verginin bu fıkra uyarınca tecil faiziyle birlikte iade edilmesi, faizin hesaplanmasında ise fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanıp kaynaklamadığına göre belirlenecek faiz başlangıç tarihinin esas alınması gerekmektedir.

Israr kararının dayandığı gerekçe, Vergi Dava Dairesinin devletin kendi alacakları yönünden takip ve tahsil süresince uğradığı ekonomik kaybı telafi etmek için daha yüksek oranda faiz hesaplamasını öngörürken vergilendirme ilişkisinin diğer tarafı olan mükellefe fazla veya yersiz tahsilat nedeniyle iade edilecek vergiler yönünden daha düşük bir faiz oranı belirlenmesinin hukuk devletinde adil dengeyi bozucu nitelikte olduğu yolundaki kabul ve gerekçesine dayanmaktadır.

Bu yaklaşım 213 sayılı Kanun'un 112. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan normun lafzının Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde üstü kapalı bir belirleme içermektedir. Çünkü mükellefin devlet karşısında uğradığı zararın giderilmesi yönünden daha dezavantajlı bir konuma düşürülmesi ve daha sınırlı bir giderim elde etme olanağına sahip kılınması anılan normun lafız ve mahiyetinden kaynaklanmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere davada uygulayacağı kuralın lafzı itibarıyla Anayasa'ya aykırı olduğunu kanaatine ulaşan mahkemenin Anayasa Mahkemesince norm denetimi neticesinde verilebilecek iptal kararının derdest uyuşmazlıklar yönünden objektif etkisini dikkate alarak Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülen somut norm denetimi yolunu öncelikle tercih etmesi gerektiği düşünülmektedir. Somut olayda ise üstü kapalı bir biçimde normun Anayasa'ya aykırılık taşıdığı sonucuna ulaşan Vergi Dava Dairesinin Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülen somut norm denetimi yolu yerine Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesini uygulamayı tercih ettiği görülmektedir. Mahkeme bu yolla tecil faizi ödenmesini öngören 213 sayılı Kanun'un 112. maddesinin (4) numaralı fıkrası yerine uyuşmazlığın AİHS ve AİHM uygulamasına atıfta bulunarak mülkiyet hakkının korunması bağlamında devletin kendi alacaklarına uyguladığı faiz oranıyla aynı oranda faizin ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşmış ve bunun adil dengeyi sağlayıcı nitelikte olduğunu değerlendirmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *son cümlesi* uyarınca bir uyuşmazlığın kanun hükmü yerine aynı konudaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümleri (AİHS) esas alınarak çözüme kavuşturulması sadece ilgili uyuşmazlıkla sınırlı bir sonuç doğurmaktadır. Bu durumun hukuk aleminde doğuracağı etkinin somut norm denetimi sonucunda verilecek iptal kararına nazaran daha sınırlı kalacağında şüphe bulunmamaktadır.

İstikrar kazanmış bir yargısal yorumla, bir kanun hükmüne, milletlerarası antlaşmayla (AİHS) öngörülen ve devletin yargılama yetkisi altında bulunan kişilere uygulayacağı yönünde taahhütte bulunduğu güvencelere aykırı bir içerik kazandırılması söz konusu olabilir. Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *son cümlesi*ne, öncelikle bir yargı mercii, bu aykırı yargısal yorumun benimsenmediğini göstermek ve antlaşmada (AİHS) öngörülen güvenceleri uygulamak amacıyla başvurabilir.

Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *son cümlesi*nin uygulanabileceği bir başka durum da kuralın mahiyeti itibarıyla lafzen hem Anayasa'ya hem milletlerarası antlaşma (AİHS) hükmüne aykırılık taşıması durumunda ortaya çıkar. Bu durumda mahkemenin uyuşmazlıkta uygulayacağı kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu

kanaatine varması nedeniyle somut norm denetimi yoluna başvurması ancak Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 152. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen beş aylık süre içinde başvurunun karara bağlanmaması durumu gerçekleşebilir. Bu hâlde mahkemenin Anayasa'nın 152. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yürürlükteki kanun hükümlerine göre uyuşmazlığı sonuçlandırması gerekmektedir. Bununla birlikte kuralın uygulanmasının aynı zamanda AİHS'e de aykırı sonuçlar doğurması hâlinde Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *son cümlesi*nde yer alan kural uyarınca mahkemenin yine yürürlükte bulunan bir başka düzenleme olan ve Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *ilk cümlesi* uyarınca kanun hükmünde olan AİHS'i esas alarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturması temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunması açısından elzemdir.

Öte yandan Anayasa'nın 90. maddesinin aynı fıkrasında yer alan ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşma hükümlerinin kanun niteliğinde olduğunu belirleyen *ilk cümle*deki kuralın antlaşmaların idari davalarda uygulanmasını aynı fıkranın *son cümlesi*nde öngörüldüğü üzere bir kanun kuralıyla çelişme şartına bağlayan üçüncü cümlede yer alan kuralla kıyaslandığında temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından daha üstün bir güvence içerdiği de ayrıca belirtilmelidir[68]. *İlk cümle*deki düzenleme, bilhassa kanunların Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen ve hâkimlerin uyuşmazlığı çözüme kavuştururken vicdani kanaatlerini şekillendireceği hukuk normlarından birini oluşturduğunu belirleyen düzenlemeyle birlikte ele alındığında AİHS'in idari davalarda doğrudan ve bir çelişme şartına dayanmaksızın uygulanabilir olduğunu ortaya koymaktadır. Çelişme şartına dayanmadan uygulanabilir olma niteliği de kurala, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında daha üstün bir güvence arz edici mahiyet kazandırmaktadır.

---

68 *Yaltı* "sözleşme gereklerini karşılayacak nitelikte ve içerikte düzenlemeler içermeyen ulusal kurallar sözleşme ile 'çatışır'" belirlemesinde bulunmaktadır. Yaltı, B. (2007) s. 39. Bununla birlikte kanaatimizce kural yoksa çatışma ve hâliyle Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *son cümlesinin* uygulama alanı da yoktur. Bu hâlde hâkimin aynı fıkradaki *birinci cümleyi* esas alarak AİHS ve AİHM içtihatları bağlamında boşluğu doldurması gerekir. Bir kuralın varlığı hâlinde ise kural ile AİHS'te yer alan güvence ve buna AİHM içtihatlarıyla kazandırılan içerik dikkate alınmalı ve Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *birinci ve üçüncü cümleleri* uyarınca milletlerarası antlaşma esas alınarak uyuşmazlık çözüme kavuşturulmalıdır. AİHS'in idari davalarda uygulanması için Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki çatışma kuralından önce, aynı fıkranın birinci cümlesinde yer alan ve AİHS'in kanun niteliğinde olduğunu belirleyen kuralın Anayasa'nın 138. maddesiyle birlikte ele alınmasının daha uygun ve AİHS'e idari davalarda uygulanma kabiliyeti kazandırma açısından daha elverişli bir yaklaşım olduğu düşünülmektedir.

Bu analiz de esasa alınarak Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarında yargı kararı uyarınca icra edilebilir alacakların mülkiyet hakkı kapsamında güvence altına alındığı öncelikle vurgulanmalıdır. Yukarıda da ayrıntısına değinildiği üzere Anayasa Mahkemesi ve AİHM mülkiyet hakkının korunması bağlamında faiz ödenmesini, esasen devletin borçlu olduğu tutar ile alacaklı tarafından nihai olarak alınan tutar arasındaki *enflasyon nedeniyle oluşan değer kayıplarını giderme yükümlülüğü*yle ilişkilendirmekte fakat hukuka aykırı tahsil edilen vergilerin iadesinde kişilere ödenecek faizin türüne ilişkin açık bir belirleme yapmamaktadır. Nitekim bireysel başvuru mercilerinin yürüttükleri denetim gereği böyle bir belirleme yapmalarına da hukuken olanak bulunmamaktadır. Bireysel başvuru mercileri, yürürlükte olan hangi hukuk kuralının (faiz türünü belirleyen kanun hükümleri) davada uygulanması gerektiğine karar veremez[69], onlar sadece davada benimsenen yorumun (uygulanması gereken faiz türüne ilişkin yorum) bir temel hak ve özgürlüğün korunmasına ilişkin ölçütlerle uyum içinde olup olmadığını değerlendirebilir[70]. Yargı kararıyla iadesine hükmedilen vergiler yönünden mülkiyet hakkının korunması bağlamında her iki Mahkeme tarafından benimsenen kıstas ise *enflasyon nedeniyle oluşan değer kayıplarının faiz ödenerek karşılanması* gerekliliğidir. Dolayısıyla bu ölçütün aşağısında belirlenecek bir faiz oranı mülkiyet hakkını ihlal edebilecek niteliktedir.

Somut olayda istinaf mercii tarafından mülkiyet hakkının korunması temelinde, öncelikle haksız olarak tahsil edilen vergi aslıyla birlikte ödenmesine hükmedilecek tecil faizi tutarının, vergi olarak devlete ödenen tutarın değerinde enflasyon nedeniyle oluşan aşınmayı karşılamakta yeterli olup olmadığının araştırılması gerekirdi. Tecil faizi tutarının mülkiyet hakkının korunması bağlamında belirlenen enflasyon karşısındaki değer kaybını karşılamakta yeterli olduğu sonucuna

69 Anayasa Mahkemesi bu kural bağlamında "ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması"nı, "delillerin değerlendirilmesi"ni, "hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması"nı incelemediğini çoğu kararında belirtmiştir (*Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42; *Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81; *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018, § 102; *İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.* [GK], B. No: 2015/941, 25/10/2018, § 71; benzer yöndeki AİHM içtihadı için bkz. *Serkov/Ukrayna*, B. No: 39766/05, 7/7/2011, §§ 36-44).

70 Anayasa Mahkemesinin görevi "derece mahkemelerinin yorumlarının temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvenceler ile tutarlı sonuçlar sağlayıp sağlamadığını" denetlemektir (*Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş.*, B. No: 2015/12721, 18/4/2019, § 52).

ulaşılırsa Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca bu tutarın ödenmesine hükmedilmesi ile iktifa edilmeliydi. Bu tutarın yetersiz kaldığı ve bu durumun kişiye aşırı bir yük yüklediğinin tespit edilmesi hâlinde ise taleple bağlılık ilkesi[71] göz önünde bulundurulmak suretiyle davacının faiz talebi ikili bir ayrımla ele alınarak karşılanmalıydı. Bu bağlamda öncelikle Merkez Bankası verilerine göre enflasyon artış oranında hesaplanacak faizin tecil faizi ile karşılanabilen kısmının bu konudaki açık düzenleme niteliğindeki Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca ödenmesine hükmedilmeli, daha sonra tecil faizi ile telafi edilemeyen kısmının ise Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *birinci cümlesi* ile 138. maddesinin birinci fıkrası uyarınca vergi aslıyla birlikte ödenmesine hükmedilmesi mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin Anayasa ve AİHS hükümleri bağlamında daha uygun bir çözüm sunabilirdi[72].

Vergi Dava Dairesince kuralın hukuk devletinde adil dengeyi bozucu nitelikte olduğu yönünde, kuralın lafzından kaynaklanan bir Anayasa'ya aykırılık belirlemesinde bulunulduktan sonra Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali istenmeden Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *son cümlesi*ndeki yöntem izlenerek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının hukuka uygun düşmediği düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarında yargı kararıyla iadesine hükmedilen vergiler yönünden ödenecek faiz türünün gecikme zammı oranında hükmedilecek faiz olması gerektiği yönünde bir belirlemenin bulunmadığı ve bu hâlde anılan mercilerin mülkiyet hakkının korunmasında enflasyon karşısındaki değer kaybının giderilmesini kıstas aldığı gözetildiğinde bu tespit daha da belirginleşmektedir.

Israr kararı doğrultusunda "diğer hâller" ifadesinin yargı kararı üzerine iadesine hükmedilecek vergileri kapsamadığı sonucuna ulaşıldığı takdirde ne eksik düzenlemenin iptali istemiyle somut norm denetimi yolunun işletilmesinden[73] ne de Anayasa'nın 90. maddesinin

---

71 Bu ilke, idari yargının mevcut uygulamasından farklı olarak "IV. D" başlığı altında açıklanan görüş temelinde anlamlandırıldığında, kendisi tarafından talep edilen miktar ile bağlı kalınmaksızın davacının alacağının enflasyon nedeniyle uğradığı tüm değer kaybının giderilmesinin de mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

72 Benzer yaklaşım Ermumcu, O. (2010). s. 162, 163.

73 Örneğin AYM, E.1988/16, K.1988/29, 27/9/1988 kararında da yer verildiği üzere eşitlik ilkesini ilgilendiren bir sorunun olmaması kaydıyla Anayasa Mahkemesi eksik düzenlemenin iptali istemlerini değerlendirmemektedir:

"Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında açıkça belirtilmiş olduğu

beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca milletlerarası antlaşma hükmü karşısında ihmal edilebilecek bir kanundan bahsedilebileceği de ayrıca gözetilmelidir. Bu durumda yargı merciinin Anayasa ve AİHS ile belirlenen *enflasyon karşısında uğranılan değer kaybını giderme yükümlülüğü*nü dikkate alarak bir faize hükmetmesi gerekirdi.

Bazı ekonomik koşullar ve bu konudaki siyasi ve ekonomik tercihler altında gecikme zammı oranında belirlenecek faizin dahi enflasyon karşısındaki değer kaybını telafi edememesi söz konusu olabilir. Bu durum her somut olayın kendi ekonomik koşulları altında değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Anılan değerlendirme sonucunda Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca ödenecek tecil faizinin enflasyon karşısındaki değer kaybını gidermeye elverişli olmadığı tespit edildiği takdirde tecil faiziyle belirlenen tutarı aşan değer kaybının Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *birinci cümlesi* uyarınca AİHS idari davada doğrudan uygulanarak giderilmesine hükmedilmesi gerekmektedir.

Öte yandan bozma kararında yer verilen vergi uyuşmazlığından doğan idari davalarda hâkimin hukuk yaratma yetkisiyle ilgili yapılan açıklamalara da çekince ile yaklaşılmalıdır[74]. İdari davalarda Anayasa ve

---

üzere, Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılabilmesi, için bu konunun Yasa Koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Bu bakı[m]dan, eksik düzenleme nedeniyle veya mevcut bir kuralın uygulama alanını genişletmek amacıyla Anayasa'ya aykırılık iddiası öne sürülemez." Aynı yönde: AYM, E.1988/9, K.1988/28, 27/9/1988.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin yakın bir tarihte verdiği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazı düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin kararın da Mahkemenin, eksik düzenlemenin iptali istemlerine ilişkin mevcut yaklaşımına bir istisna teşkil ettiği söylenebilir (AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/07/2022, §§ 28-30). Mahkemeye göre kural, temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünden belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemekte (lafzi güvence eksikliği), bu durum kuralın *uygulanmasında* da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal rejime aykırılık oluşturmaktadır.

74 Doktrinde *Furtun*, mahkeme kararlarında belirli şartlar altında vergi kanunlarında ortaya çıkan boşlukların hukuk yaratmak suretiyle doldurulabileceğini savunmaktadır. Yazar, vergilerin kanuniliği ilkesinin amacının vergi hukukunda hâkimin kıyas yoluyla hukuk yaratmasını engellemek değil vergilendirmenin hukuk kuralları uyarınca bir düzen içinde yapılmasını sağlamak ve keyfîliği önlemek olduğunu belirtmektedir. Yazara göre hukuk yaratma yoluyla boşluğun doldurulması için öncelikle kanunda istem dışı ortaya çıkmış noksanlık durumunu ifade eden hukuk boşluğunun bulunması gerekir. Bu saptama kanun metni, kanunun anlam ve amacı göz önünde bulundurularak yapılır. Kanunun sistematik anlam ve amacı dikkate alındığında olayın kanunun düzenleme alanı dışında kalması gerektiği sonucuna ulaşılmıyorsa ortada istek dışı bir boşluktan söz edilir. Yazar, olaylar arasındaki benzerlik doğru bir biçimde tespit edildikten sonra kıyas yöntemiyle hukuk yaratılmasının kanunilik ilkesini ihlal etmeyeceğini, aksine kanunun uygulamasını pekiştirerek doğru biçimde uygulanmasını sağlayacağını ifade etmektedir. Furtun, İ. H. (2009). s. 148, 161, 162, 215, 225.

AİHS'in doğrudan uygulanmasının bir hukuk yaratma biçimi olmadığı, aksine yürürlükte olan hukukun (Anayasa ve AİHS) uygulanması suretiyle müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesinin hâkime Anayasa hükümleri ile yüklenmiş bir yükümlülük olduğu önemle belirtilmelidir.

VI. MAHKEME KARARININ İCRASI AŞAMASINDA UĞRANILAN DEĞER KAYBININ GİDERİLMESİ

İdari yargı merciince hükmedilecek faizin idarece hangi tarihten itibaren hesaplanmaya başlanacağı mahkeme kararında yer almakla birlikte bu hesaplamanın hangi tarihe kadar devam edeceğine yönelik olarak kararda bir belirlemeye yer verilmemiş olabilir.

213 sayılı Kanun'un 112. maddesinin (4) numaralı fıkrasında "*… diğer hallerde* ***verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için*** *aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir.*" kuralına yer verilmiştir.

İdarenin Kanun'da gösterilen yargı kararı üzerine düzenlenecek düzeltme fişinin mükellefe tebliğ tarihini esas alması ancak fiilen iadenin çok daha sonraki bir tarihte gerçekleşmesi durumunda da davacının alacağı tutarın değer kaybına uğraması söz konusu olabilir. Bu hususu gözeten kanun koyucu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (6) numaralı fıkrasında şu kuralı ihdas etmiştir:

> "(Değişik: 2/7/2012-6352/58 md.) Tazminat ve vergi davalarında idarece, **mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye** 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez."

Dolayısıyla 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca idarenin, mahkeme kararıyla ilgili "gecikmeksizin işlem tesis etme" yükümlülüğüne aykırı olarak icra süresini uzatması ihtimaline kanun koyucu kayıtsız kalmamış, kararın tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süre için tecil faizi ödenmesini öngörmüştür[75]. Bu iki kuralın

[75] 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca faiz ödenmesi gerektiren örnek durumlar için bkz. Ay, H. (2011). s. 48.

birlikte yorumlanmasından verginin mükellef tarafından idareye ödendiği tarihten kendisine iadenin gerçekleşeceği tarihe kadar alacağın tecil faizi ödenerek değerinin korunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bir başka anlatımla ***verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçecek süre***de ödenecek tecil faizi 213 sayılı Kanun'un anılan hükmü kapsamında koruma altındadır. 2577 sayılı Kanun'un öngördüğü faizin başlangıç tarihi ise mahkeme kararının tebliğ tarihidir. Bu tarihin 213 sayılı Kanun'un anılan hükmüyle öngörülen ve faizin hangi tarihe kadar hesaplanacağını belirleyen düzeltme fişinin mükellefe tebliğ tarihinden öncesine rastlayacaktır. Dolayısıyla bu iki hükmün koruduğu tarih aralıklarında bir çatışma olması ve çatışan alanın her iki düzenleme tarafından da korunması söz konusu olabilir. Her durumda 2577 sayılı Kanun'un anılan kuralı nedeniyle fiilî ödeme tarihine kadar tecil faizi hesaplanacaktır.

Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihatlarına atıfla icra sürecinde alacağın değer kaybı yönünden şu şekilde bir belirlemede bulunmuştur:

> "Devlet tarafından ödenecek bir bedelin enflasyon karşısındaki değer kayıplarında AİHM, ikili bir ayrıma gitmekte; mahkemelerce belirlenmiş bir para alacağının ödenmemesi hâlinde daha katı bir tutum sergileyerek %5'e kadar değer kayıplarını hesaplama faktörlerindeki değişkenlerle ilgili kabul etmektedir (*Arabacı/Türkiye* (k.k.), B. No: 65714/01, 7/3/2002). Çünkü ödemelerin geç yapılması, mahkeme kararlarının icra edilmesi ile ilgili bir sorun olarak görülmektedir[76]…"

213 sayılı Kanun'un 112. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin anılan kuralları gereğince verginin tahsil tarihinden iade tarihine kadar hesaplanacak tecil faizi tutarının enflasyon karşısındaki değer kaybını karşılamaması ve bu durumun mülkiyet hakkını ihlal ettiğinin bireysel başvuru mercileri önünde ileri sürülmesi hâlinde mülkiyet hakkının korunması yönünden alacağın değer kaybının %5'i aşıp aşmadığı değerlendirilecek, değer kaybının %5'ten büyük olduğu durumlarda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilecektir.

[76] *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.*, § 40; Duman, Ö. (2018). "Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 12., s. 431.

SONUÇ

Anayasa ve AİHS uyarınca temel hak ve özgürlüklerin korunmasında devletin negatif yükümlülükleri yanında pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil dengeyi gözetecek şekilde mülkün değerini koruyucu tedbirler alması, devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilebilir.

Temel hak ve hürriyetleri korumak öncelikle idari makamlar ve derece mahkemelerinin görevidir. İdari yargı mercileri, Anayasa ve AİHS hükümlerini idari davada doğrudan uygulayarak idarenin söz konusu negatif ve pozitif yükümlülüklere riayet edip etmediğini denetlemelidir.

Hukuka uygunluk denetimini hak eksenli yaklaşımla yeniden yorumlayan bu anlayış uyarınca idari yargı mercilerinin, idari işlemin dayanağı kanun hükmünün lafzının hem Anayasa hem AİHS hükümlerine (ve bunlarla içerik kazandıran içtihatlara) aykırılığını saptaması söz konusu olabilir. Bu durumda idari yargı mercilerinin, somut norm denetimi (Anayasa'nın 152. maddesi) veya uyuşmazlığın AİHS hükümleri esas alınarak sonuçlandırılması (Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi) yöntemlerinden hangisini tercih etmesi veya bunlardan hangisine öncelikle başvurması gerektiği yönünde anayasal bir belirleme bulunmamaktadır.

Mahkemeye erişimi engelleyen veya bir maddi hakkın usul boyutunu etkileyen bir müdahale bulunmadıkça idari yargıcın kanunun lafzından kaynaklanan Anayasa'ya aykırılığın giderimi için Anayasa Mahkemesinin iptal kararının objektif etkisini de dikkate alarak öncelikle somut norm denetimi yolunu tüketmesi gerektiği savunulabilir. Anayasa Mahkemesinin kararını beş ay içinde açıklamaması hâlinde ise idari yargı merciinin AİHS'e aykırılık taşıyan kanun hükmü ile Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının *ilk cümlesi* uyarınca kanun hükmünde olan AİHS'i karşılaştırması ve AİHS ile ilgili AİHM uygulamasının ihtilafa konu temel hak ve özgürlüğün korunmasında daha fazla güvence içerdiği sonucuna ulaşması hâlinde uyuşmazlığı, aynı fıkranın *son cümlesi* uyarınca söz konusu AİHS hükmü ve ilgili AİHM içtihatlarını esas alarak çözüme kavuşturması mümkündür.

Bu bağlamda idari yargı merciinin AİHS'e aykırılığın kanun hükmünün belirsiz ve öngörülemez olmasından kaynaklandığını saptaması hâlinde kanun hükmünün uygulaması niteliğindeki idari

işlemi sebep unsuru yönünden, aykırılığın kanun hükmünün AİHS'de öngörülen meşru bir amaca yönelmemesinden kaynaklanması hâlinde idari işlemi amaç unsuru yönünden, aykırılığın kanun hükmünün ölçülülük ilkesine aykırı bir düzenleme içermesi hâlinde ise idari işlemi konu unsuru yönünden hukuka aykırı bularak iptal etmesi gerekir.

İnceleme konusu olayda, ısrar kararında bölge idare mahkemesinin adil dengenin korunması bağlamında kanun hükmünü mülkiyet hakkını ihlal edici nitelikte bulmasına rağmen somut norm denetimi yoluna başvurmadan doğrudan AİHS uygulaması bağlamında uyuşmazlığı çözüme kavuşturduğu görülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararının objektif etkisi ve ilgili kanun hükmünün mahkemeye erişimi engelleyen bir düzenleme içermediği dikkate alındığında bu hâlde öncelikle somut norm denetimi yolunun tüketilmesi daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Öte yandan devletin vergilendirme alanındaki takdir yetkisinin genişliği, hukuka aykırı bir şekilde tahsil edilen vergilerin iadesinde ilgiliye ödenecek faiz türünün belirlenmesini de kapsamaktadır. Kanun koyucu, 213 sayılı Kanun'un 112. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, hukuka aykırı tahsilatın nedenine göre belirlediği faizin hesaplanmaya başlama tarihi uyarınca ilgiliye tecil faizi ödenmesini öngörmüştür. Bu düzenlemenin makul bir dayanaktan açıkça yoksun olduğu söylenemeyeceğinden kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı düşünülmektedir. Ne var ki idari yargı merciinin Anayasa ve AİHS kurallarını idari davada doğrudan uygulayarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturması gerekmektedir. Bu bağlamda idari yargı merciinin Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında, mülkün değerinin korunmasında enflasyon karşısındaki değer kaybının giderilmesinin bir ölçüt olarak benimsendiğini göz önünde bulundurması gerekir. İdari yargı merciinin, anılan ölçüt temelinde ilgiliye ödenecek tecil faizinin enflasyon nedeniyle doğan değer kaybını karşılamada yeterli giderim sağlamayacağı sonucuna ulaşması ve bunun kişi üzerinde adil dengeyi bozan bir yük oluşturduğunu tespit etmesi hâlinde Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi ve Anayasa'nın 138. maddesi hükümlerini idari davada doğrudan uygulayarak tecil faizini aşan oranda faize hükmetmesinin mülkün değerinin enflasyon karşısında korunması bağlamında yargı merciinin pozitif bir yükümlülüğü olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ERKUT, Celal (2004). *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul: Yenilik Basımevi.

ERMUMCU, Osman (2010). "Yargı Kararıyla İptal Edilen Verginin İadesinde Faiz Uygulaması", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 51., ss. 149-164.

ESİN, Yüksel (1973). *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti.

FURTUN, İdris Hakan (2009). *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖNCEL, Muallâ, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN, Nami, GÖKER, Cenker (2019). *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.

SONSUZOĞLU, Elif (2001). *Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

YALTI, Billur (2006). *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre ve PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (2018). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre (2021). *İdari Yargıda Hak Eksenli Dönüşüm - Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalarda Mülkiyet Hakkının Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Makaleler

AKILLIOĞLU, Tekin (1989). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 44., S. 3., ss. 155-173.

ARSLAN, Zühtü (2000). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17., ss. 274-293.

AY, Hakan (2011). "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı; "İade Edilen Vergiler Üzerinden Hesaplanan Faizin Hesaplanma Süresi Anayasa'ya Aykırıdır"", *Vergi Dünyası*, S. 358., ss. 42-51.

AZRAK, A. Ülkü (1992). "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 9., ss. 323-340.

BAŞLAR, Kemal (2004). "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, Özel Sayı, C. 24, S.1-2., ss. 279-336.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda (2007). "Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz", *Vergi Dünyası*, S. 316., ss. 84-101.

BAYAR, İbrahim Nihat (2003). "Vergi Hukukunda Mükellef Aleyhine Uygulanan Gecikme Faizinin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 3, 4., ss. 309-317.

BOZDOĞAN, Mine Nur (2012). "Mülkiyet Hakkına Haksız Bir Müdahale, İptali ve Yeni Hukuki Zemin: Fazla veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Süre Sorunu", *Maliye Dergisi*, S. 162, ss. 219-237.

Duman, Özgür (2018). "Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 12., ss. 401-462.

DUMAN, Özgür (2020). Enflasyon Canavarı ile Mücadele: Mülkiyet Hakkı Bağlamında Vergi İdaresinden Olan Para Alacaklarının Ödenmesinde Yaşanan Değer Kaybı Sorunları, içinde GEMALMAZ, H. Burak ve ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (Der.), *Vergi ve Temel Haklar İncelemeleri I Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Vergi Yargısına Etkisi*, (ss. 217-241). İstanbul: Beta Yayıncılık.

GÜLMEZ, Mesut (2004). "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54., ss. 147-161.

GÜRAN, Sait (1980). "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

KUMRULU, Ahmet (1988). "Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40., S. 1-4., ss. 237-250.

PAZARCI, Hüseyin (2004). "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, Özel Sayı, C. 24, S.1-2., ss. 651-674.

ŞAHBAZ, İbrahim (2004). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargısı Sistemindeki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54., ss. 178-216.

ÜNLÜÇAY, Mehmet (1998). "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", *Danıştay Dergisi*, S. 94., ss. 3-10.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman (2013). "Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz

Uygulanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105., ss. 171-228.

YALTI, Billur (2007). "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/değer Kayıpları", *Vergi Dünyası*, S. 310., ss. 21-40.

YEŞİLYURT, Nazile İrem (2014). "Danıştay Kararlarında Uluslararası Andlaşmaların Normatif Değeri", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 32., ss. 1-29.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre (2017). "Vergisel Müdahalelerde Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri - Hak Arama Hürriyeti İlişkisi", *Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu: 149. Yıl*, Danıştay Yayınları No: 93, ss. 232-291.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Norm denetimi

AYM, E.1988/9, K.1988/28, 27/9/1988.

AYM, E.1988/16, K.1988/29, 27/9/1988.

AYM, E.2017/24, K.2017/112, 14/6/2017.

AYM, E.2019/115, K.2020/31, 12/06/2020.

AYM, E.2022/14, K.2022/70, 01/06/2022.

AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/07/2022.

Bireysel Başvuru

Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26/3/2013.

Ahmet Sağlam, B. No: 2013/3351, 18/9/2013.

Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013.

Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş., B. No: 2013/28, 25/2/2015.

Eyyüp Boynukara, B. No: 2013/7842, 17/2/2016.

Abdulhalim Bozboğa, B. No: 2013/6880, 23/3/2016.

Mehmet Arif Madenci, B. No: 2014/13916, 12/1/2017.

Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi, B. No: 2014/8649, 15/2/2017.

Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017.

ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. [GK], B. No: 2014/2267, 21/12/2017.

Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018.

Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti. [GK], B. No: 2014/17196, 25/10/2018.

İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. [GK], B. No: 2015/941, 25/10/2018.

Arbay Petrol Gıda Turizm Taşımacılık Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ve Arbay Turizm Taşımacılık İthalat İhracat İnşaat ve Organizasyon Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. [GK], B. No: 2015/15100, 27/2/2019.

Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş., B. No: 2015/12721, 18/4/2019.

Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim, B. No: 2017/21882, 10/02/2021.

Vedat Oğuz, B. No: 2018/35120, 15/9/2021.

AİHM Kararları

Sporrong and Lönnroth/İsveç [GK], B. No: 7151/75, 7152/75, 23/9/1982.

Pressos Compania Naviera S.A. ve diğerleri/Belçika, B. No:17849/91, 20/11/1995.

Wolfhard Koop-Automaten Goldene 7 GmbH & Co. KG/Almanya (k.k.), B. No: 38070/97, 30/3/1999.

S.A. Dangeville/Fransa, B. No: 36677/97, 16/4/2002.

Buffalo S.r.l. in Liquidation/İtalya, B No:38746/97, 3/7/2003.

Öneryıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004.

Broniowski/Polonya [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004.

Eko-Elda Avee/Yunanistan, B. No:10162/02, 9/3/2006.

Intersplav/Ukrayna, B. No: 803/02, 9/1/2007.

Serkov/Ukrayna, B. No: 39766/05, 7/7/2011.

Kotov/Rusya [BD], B. No: 54522/00, 3/4/2012.

Dzugayeva/Rusya, B. No: 44971/04, 12/2/2013.

Ališić ve diğerleri/Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Makedonya Cumhuriyeti [BD], B. No: 60642/08, 16/7/2014.

S.L. ve J.L./Hırvatistan, B. No: 13712/11, 7/5/2015.

Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi Kararları

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 19/1/2022 tarihli ve E.2020/853, K.2022/17 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 23/3/2022 tarihli ve E.2021/1571, K.2022/319 sayılı kararı.

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 24/6/2021 tarihli ve E.2020/753, K.2021/3923 sayılı kararı.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesinin 1/2/2022 tarihli ve E.2022/75 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin kabulü yolundaki kararı.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesinin 21/9/2021 tarihli ve E.2021/2559, K.2021/1821 sayılı kararı.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesinin 10/10/2019 tarihli ve E.2019/995, K.2019/1604 sayılı kararı.

Ankara 5. Vergi Mahkemesinin 20/2/2019 tarihli ve E.2018/1284, K.2019/166 sayılı kararı.

Çevirimiçi kaynaklar

AİHM Başkanı Robert SPANO'nun Türkiye Adalet Akademisinde yaptığı konuşma https://echr.coe.int/Documents/Speech_20200903_Spano_Justice_Academy_Ankara_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 5/9/2020)

AİHM'nin *Eko-Elda AVEE/Yunanistan* kararına ilişkin resmî özet https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-3454%22]} (Erişim Tarihi: 19/12/2020)

Zühtü ARSLAN'ın "Anayasa Mahkemesi Üyesi Basri Bağcı'nın Andiçme Töreni Açılış Konuşması", 9/6/2020 https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-basri-bagci-nin-andicme-toreni-acilis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 21/7/2020)

BALCI, Mustafa (2022). "Kanun Hükmünün Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ile Çatışması Hali", https://vergialgi.com/kanun-hukmunun-anayasa-ve-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-hukumleri-ile-catismasi-hali (Erişim Tarihi: 5/6/2022)

https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4058.pdf .

https://echr.coe.int/Documents/FS_Taxation_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 19/12/2020)

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c055/tbmm20055103ss0626.pdf (Plan ve Bütçe Komisyonunca Yapılan Değişiklikler Doğrultusunda Yeniden Düzenlenen Bazı Maddelerin Gerekçeleri) (Erişim Tarihi: 26/6/2022)

https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=105448&pkanunnumarasi=6322 (Erişim Tarihi: 29/6/2022)

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 311–353.

OFANSİF MİZAH VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Offensive (Dark) Humour and Freedom of Expression

Arş. Gör. Burak ERDEM*

ÖZ

Din, dinî inanç, ırk ayrımcılığı ya da toplumsal cinsiyet eşitliği gibi kamusal açıdan önem arz eden konuları yahut cinsellik ve cinsel yönelim benzeri toplum tarafından üzerine konuşulmaya pek de cesaret edilemeyen "ciddi" meseleleri, gayriciddi ve alaycı bir dille ele alıyor oluşu, ofansif mizahın sıklıkla sert eleştirilerle karşılaşmasına neden olmaktadır. Bununla beraber ofansif mizahın iğneleyici ve ironik diline verilen tepkiler toplumsal eleştirilerle sınırlı kalmamakta, gerek ofansif mizah ögeleri gerek bunların süjeleri kimi durumlarda hukuk ve ceza davalarıyla da karşı karşıya kalmaktadır. İfade özgürlüğünün yalnızca hoşa giden, zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve fikirler için değil aynı zamanda toplumun belirli bir bölümünü rahatsız eden, inciten veya sarsan bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu düşünüldüğünde, ofansif mizah söylemlerinin de bu özgürlüğün sağladığı koruma alanından faydalanacağını söylemek pek tabii mümkündür. Bununla beraber tartışmalı konuların sivri ve keskin bir mizahi dille ele alınması, bazı durumlarda ofansif mizah ögelerinin nefret söylemi bağlamında değerlendirilebilmesine de olanak sağlamaktadır. Ofansif mizahın çeşitli ülkelerde yarattığı hukuki krizlere de ayrıntılı şekilde değinildiği bu çalışmada esasen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihatları doğrultusunda ofansif mizahın hukuki sınırları belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ofansif mizah, kara mizah, mizahın hukuki sınırları, ifade özgürlüğü, nefret söylemi.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, burakerdem@cankaya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4462-2648.

Geliş Tarihi: 11/2/2022 ✦ Kabul Tarihi: 9/5/2022 *Araştırma Makalesi*

ABSTRACT

The fact that it deals with issues of public importance such as religion, religious belief, racial discrimination, gender equality, or "serious" issues like sexuality and sexual orientation that the society does not dare to talk about, in a non-serious and sarcastic language often causes offensive humour to be subject to harsh criticism. However, reactions to the sarcastic and ironic language of offensive humour are not limited to social criticism, and both the elements of offensive humour and their subjects are sometimes faced with civil and criminal cases. Considering that freedom of expression affords protection not only for information or ideas that are favourably received, harmless or regarded as inoffensive, but also for those that offend, shock, or disturb any sector of the population, it is possible to conclude that offensive humour expressions will also benefit from the protection realm of this freedom. However, the use of rigid and sharp humorous language in controversial issues also leads the elements of offensive humour to be considered to constitute hate speech in some cases. In this study, the legal crises created by offensive humour in various countries are mentioned in detail, and the legal boundaries of offensive humour are tried to be set in line with the case-law of the European Court of Human Rights.

Keywords: Offensive humour, dark humour, legal limits of humour, freedom of expression, hate speech.

GİRİŞ

Açık görüşlülüğün ve hoşgörünün egemen olduğu demokratik bir toplumun en temel yapı taşlarından biri kuşkusuz ki ifade özgürlüğüdür. Zira herhangi bir baskı ya da zorbalığa maruz kalmaksızın düşüncelerin özgürce açıklanamadığı bir toplumda çok seslilikten ve çoğulculuktan söz edilebilmesi herhâlde pek de mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte diğer bütün hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğünün de birtakım sınırları bulunmakta ve belli bazı meşru gerekçelerle bu özgürlüğün kısıtlanabileceği kabul edilmektedir. Gerek Anayasamızda gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça ifade edildiği üzere kamu düzeninin sağlanması, başkalarının şöhret ve haklarının ya da özel ve ailevi yaşamının korunması gibi amaçlar, ifade özgürlüğünün hukuka uygun şekilde sınırlandırılmasında başvurulan temel gerekçeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözü edilen gerekçelerin mahiyeti göz önüne alındığında düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımının birçok hâlde başkalarının temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi sonucunu doğurduğunu ifade etmek mümkündür. Kapsamı itibarıyla yalnızca hoşa giden ya da lehe görülen bilgi ve fikirleri değil aynı zamanda kişileri ya da toplumun büyük bir bölümünü rahatsız eden, inciten ya da sarsan düşünceleri de koruma altına aldığı düşünüldüğünde ifade özgürlüğünün başta özel yaşama saygı hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü olmak üzere başkalarının hak ve özgürlükleriyle çatışmaya girme potansiyelinin bulunduğu söylenebilir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün kullanıldığı birçok durumda, söylemin doğrudan ya da dolaylı muhatabı kişilerin hak ve özgürlükleri ile ifade özgürlüğü arasında -hukuksal menfaatler de dikkate alınarak- bir dengeleme yapılması zaruret arz etmektedir.

Mizahi ifadeler söz konusu olduğunda ise bir kişinin rahatsız edici ifadeler sarf etme hakkıyla bir başkasının gücenmeme hakkı arasındaki dengenin ne şekilde kurulacağı bir hayli zorlaşmaktadır. Zira doğası gereği bünyesinde barındırdığı belirsizlik ve her yöne çekilebilen dili nedeniyle mizahi ifadelerin yapısının belirlenmesi epey zorlaşmakta, masumane şakalarla kişilere ya da topluma ciddi zararlar veren söylemler arasına çizgi çekmek, kimi durumlarda neredeyse imkânsız hale gelmektedir[1].

[1] Godioli, A. (2020). "Cartoon Controversies at the European Court of Human Rights: Towards

Mizahi ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin çatışması durumunda gündeme gelen hakların dengelenmesi güçlüğü, ofansif mizah ile bambaşka bir boyut kazanmaktadır. Konusunu genellikle üzerinde toplumsal uzlaşıya varılmış ve genel kabul görmüş meselelerin ya da kimi zaman toplumun üzerinde konuşmaya cesaret dahi edemediği hususların oluşturduğu ofansif mizah; din, ırk, mezhep, cinsiyet, cinsel yönelim vb. olguları ağır hicivsel bir dille ele almakta ve büyük kamusal tartışmaları alevlendirmektedir. Irksal ayrımcılığı, kutsal motifler ile dinî figürleri, homofobiyi, pedofili ve nekrofili gibi cinsel psikoseksüel rahatsızlıkları ve diğer bütün "ciddi" meseleleri gayriciddi ve laçka bir biçimde ele alıyor oluşu, dünyanın hemen her yerinde ofansif mizah aleyhine kitlesel tepkiler doğurmaktadır.

Gerçekten de ofansif mizahın gelişme gösterdiği 20. yüzyılın ikinci yarısından bu yana ofansif mizah ögeleri, ulaştıkları kitlenin genişliğine paralel şekilde ağır tepkilerle karşılaşmıştır. Bu durumun en iyi örneklerinden biri, 1979 senesinde İngiliz bir kara mizah grubu tarafından çekilen *"Monty Python: Life of Brian"* adlı sinema filmidir. *Brian* isimli sıradan bir kişinin yaşamının İsa'nın hayat öyküsüne benzetilerek parodisel şekilde ele alındığı ve Hristiyanlık dinine hakaret ettiği gerekçesiyle geçmişte kimi ülkelerde yasaklanmış film hakkındaki tartışmalar bugün hâlen etkisini sürdürmektedir[2]. Benzer şekilde, ünlü komedyen *Larry David*'in *Curb Your Enthusiasm* isimli televizyon dizisinin hemen her bölümü, farklı bir semavi din topluluğunun dine sövme suçlamasıyla karşı karşıya kalmaktadır[3]. Yine *Louis C.K.* takma adıyla bilinen stand up komedyeni *Louis Székely*'nin Tanrı, dinler, pedofili, nekrofili, zihinsel engelli insanlar, 11 Eylül patlaması, holokost gibi tartışılması güç meselelerle fütursuzca alay ettiği komedi şovları, her geçen gün yeni bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır[4].

Forensic Humor Studies", *Open Library of Humanities*, Vol. 6., No.1., p. 2.

2 Barber, N. (2019). "Life of Brian: The most blasphemous film ever?", 22/8/2019, BBC https://www.bbc.com/culture/article/20190822-life-of-brian-the-most-blasphemous-film-ever (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

3 Bu suçlamalardan en bilineni ve belki de en ciddisi Larry David'in tuvalette İsa'nın portresine yanlışlıkla idrarını sıçrattığı ve bu şekilde suratında bir gözyaşı oluşturduğu bölüm olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. "Larry David Blasted for 'Curb' Episode Where He Urinates on Jesus Painting", 28/10/2009, Fox News, https://www.foxnews.com/entertainment/larry-david-blasted-for-curb-episode-where-he-urinates-on-jesus-painting (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

4 Öyle ki Louis C.K. mizahi yaklaşımına aldığı ağır eleştirilerin de etkisiyle 2020 yılında piyasaya sürdüğü stand up şovu derlemelerine "*Sincerely Louis CK*" adını vermiştir. https://www.imdb.com/title/tt12087624 (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

Ofansif mizahın ülkemizdeki durumu ise ABD ya da Avrupa ülkelerinden pek de farklı değildir. Aslına bakılırsa ofansif mizahın ülkemiz açısından ancak yeni yeni ortaya çıkan ve gelişen bir mizah türü olduğunu söylemek mümkündür. Sosyal medyanın gelişimiyle birlikte genç stand up komedyenlerinin yakaladığı alışılmışın dışında mizah yapma fırsatı ve *Youtube* benzeri platformların mizahı geniş çevrelere ulaştırabilme imkânı, kanaatimizce Türkiye'de ofansif mizahın temellerinin atılabilmesinin başlıca nedenlerindendir. Bununla beraber bu olanakların ofansif mizah komedyenleri için hukuksal açıdan pek de parlak neticeler doğurduğu söylenemeyecektir. Nitekim 2020 yılında Mevlana ve Şems-i Tebrizi hakkında eş cinsellik konulu şakalar yapan komedyen *Emre Günsal* tutuklanmış[5], stand up şovunda Alevi vatandaşlarla ilgili şakalar yapan *Pınar Fidan* hakkında ise halkın bir kesimini sosyal sınıf, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağıladığı iddiasıyla ceza soruşturması başlatılmıştır[6]. Benzer şekilde, çektiği parodi mizah videolarıyla uyuşturucuya özendirme suçunu işlediğinden ötürü *Porçay* adlı Youtube kullanıcısına geçtiğimiz aylarda 4 yıl 2 ay hapis cezası verilmiştir[7].

Toplumda yaşayan azınlıklarca veya toplumun büyük çoğunluğunca kutsal görülen kişi, ritüel ya da motifleri alaylı bir dille eleştiren, bugün hâlen dünyanın birçok ülkesinde en önemli toplumsal sorunların başında gelen ırkçılık ya da etnik ayrımcılığı mizah malzemesi hâline getiren yahut ahlaki veya cinsel açıdan toplumlarda tabu haline gelmiş meseleleri şaka konusu yapan ofansif mizahın yine toplum tarafından ağır bir dille eleştirilmesini ve buna tepki gösterilmesini doğal karşılamak gerekir. Zira bu tür konularla ofansif mizah adı altında dalga geçilmesi, ifade özgürlüğü kapsamında meşru ve etik görülüyorsa, bunlara karşı kitleler tarafından verilen eleştiri, kınama ya da aşağılama gibi tepkiler de yine ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte çeşitli idari

5 "Komedyen Emre Günsal'a Atatürk ve Mevlana hakkındaki sözleri sebebiyle 3 yıl 5 ay hapis cezası", 28/01/2021, T24, https://t24.com.tr/haber/komedyen-emre-gunsal-a-ataturk-ve-mevlana-hakkindaki-sozleri-sebebiyle-3-yil-5-ay-hapis-cezasi,929623 (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

6 "Komedyen Pınar Fidan hakkında hapis cezası isteniyor", 4/12/2020, Gazete Duvar, https://www.gazeteduvar.com.tr/komedyen-pinar-fidan-hakkinda-hapis-cezasi-isteniyor-haber-1506356 (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

7 "Parodi video çeken Youtuber 'Porçay'a, 'uyuşturucuya özendirmek'ten 4 yıl 2 ay hapis cezası verildi", 19/2/2021, Gazete Duvar, https://www.gazeteduvar.com.tr/parodi-video-ceken-youtuber-porcaya-uyusturucuya-ozendirmekten-4-yil-2-ay-hapis-cezasi-verildi-haber-1513803 (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

müeyyideler, para cezaları veya hapis cezaları vasıtasıyla ofansif mizah ögelerine ve mizahi söylemlerde bulunan kimselere karşı devletlerce hukuki yaptırım uygulanması ise bambaşka bir konudur. Çünkü bu hâlde, ifade özgürlüğüne yönelik bir hukuki müdahale gündeme gelmekte ve bu müdahalenin Anayasa'ya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına, yani kısacası hukuka uygun olması gerekmektedir.

Esasen bu çalışmada da bu mesele üzerinde yoğunlaşılacak, ofansif mizah başta olmak üzere mizahi söylemlerin hukuki sınırları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve diğer yargı organlarının içtihatları ele alınarak irdelenecektir. Bu bağlamda öncelikle mizahi ögelerin hukuksal açıdan çıkardığı krizlere değinilecek, bu açıdan Türk Anayasa Mahkemesinin ve çeşitli devletlerin yüksek mahkemelerinin konuyla ilgili kararlarından kısaca bahsedilecektir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuyla ilgili içtihadı ayrıntılı şekilde ele alınacak, ifade özgürlüğüne ilişkin bu gri alan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında aydınlatılmaya çalışılacaktır. Lâkin buna geçmeden evvel mizahın sınırları meselesinin tarihsel gelişimine de değinmek maksadıyla sosyal bilimcilerin konuya ilişkin ortaya attığı mizaha ilişkin teorilerden kabaca söz edilecektir.

I. MİZAHIN SINIRLARI VE SOSYOLOJİK ETKİLERİ BAKIMINDAN MİZAH TEORİLERİ

Mizahın sınırları meselesi, yalnızca modern çağa ilişkin bir tartışma konusu olmayıp bu hususa geçmişten günümüze neredeyse bütün toplumlarda kafa yorulmuştur. Eski dönemlerde kimi düşünürlerce bilhassa aşağılayıcı tarzda mizah, egoist kimselerin kibrinin dışavurumu olarak değerlendirilmiş ve kötücül bir eylem olarak nitelendirilmiştir[8]. Öyle ki Antik Yunan'ın şöhretli filozoflarından *Platon*, komediden ve gülme eyleminden duyulan hazzın kaynağının başkalarını küçümseme ve kendini beğenme duygusu olduğunu ileri sürerek ahlaki açıdan kötülükle ilişkilendirdiği mizahtan erdemli insanların uzak durması gerektiğine işaret etmiştir[9]. Platon'a benzer şekilde *Thomas Hobbes* da küçük düşürücü mizahı kötü niyetle eşdeğer tutmuş, *Leviathan* adlı ünlü

[8] Macaitė, A. M. (2017). *Finding Humour In Human Rights*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholieke Universiteit Leuven), s. 5; Little, L. E. (2009). "Regulating Funny: Humor and the Law", *Cornell Law Review*, Vol. 94., No.5., p. 1245.

[9] Plato (1975). *Philebus* (Çev. Gosling, J. C. B.), Oxford University Press, s. 47-51.

eserinde başkalarının kusurlarıyla alay edilmesinin korkaklığın bir işareti olduğunu belirterek akıllı kimselerin bundan kaçınması gerektiğini ifade etmiştir[10]. Örneklerden de anlaşılacağı üzere eski dönemlerde mizaha ilişkin tartışmalar genellikle aşağılayıcı biçimde mizahla sınırlı kalmış ve teorik bir boyut kazanamamıştır.

Mizaha ilişkin kuramsal tartışmaların kökeni daha ziyade 20. yüzyılın başlarına dayanmaktadır. 1900'lü yıllardan itibaren ortaya atılan çeşitli teorilerle, mizahın amaç ve işlevleri nazari bir çerçeveye oturtulmaya çalışılmıştır[11]. Bunlardan en bilinenleri üstünlük teorisi, uyumsuzluk (aykırılık) teorisi ve rahatlama teorisidir.

Başkalarının talihsizliklerinin gülünçlüğünü temele alan üstünlük teorisine (*superiority theory*) göre, herhangi bir mizah ögesini gören ya da işiten kişiler, olayın kahramanının başından geçen bahtsızlıkların kendi başlarına gelmeyeceğinden emin olurlar ve şanssızlığa uğrayan kişiyi bir bakıma aşağılayarak kendi üstünlüklerinden kıvanç duyarlar[12]. Bu nedenle, üstünlük ve kendini beğenme duygusu yaratmak yahut hâlihazırda var olan bu duyguyu sürdürmek amacıyla mizah, kimi durumlarda bir zorbalık aracı olarak kullanılabilir. Benzer şekilde göçmenler, azınlıklar, kadınlar, yoksullar ya da koyu dindarlar başta olmak üzere sosyolojik açıdan dezavantajlı gruplara mensup kişilere karşı gerçekleştirilen şakalarda olduğu gibi mizah; ırkçı, cinsiyetçi ya da basmakalıp düşüncelerin "şaka örtüsü" altında sunulmalarına da imkân sağlayabilir[13]. Bu bakımdan mizahın insan hakları bağlamında, hem ifade özgürlüğünün özel bir görünümü hem de başkalarının hak ve özgürlüklerini çeşitli yönlerden ihlal ederek kamu düzenini sarsan bir etmen olarak ikili bir rol üstlendiği ileri sürülebilir[14].

Üstünlük teorisinin aksine uyumsuzluk teorisi (*incongruity theory*), konuyu duygusal bir zemine oturtmaktan ziyade bilişsel açıdan

---

10 Hobbes, T. (2007). *Leviathan* (Çev. Lim, S.), 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, s. 51-52.

11 Macaitė, A. M. (2017). s. 6.

12 Popovic, H. (2018). " 'Good Comedy' and the Limits of Humour", *Journal Sociologija*, Vol. 60, No. 3, p. 598.

13 Little, L. E. (2009). s. 1255-1256; Billig, M. (2005). "Comic Racism and Violence", in Lockyer, S.-Pickering, M. (Ed.), *Beyond a Joke: The Limits of Humour*, Palgrave Macmillan, p. 33; Howitt, D.- Owusu-Bempah, K. (2005). "Race and Ethnicity in Popular Humour", in Lockyer, S.-Pickering, M. (Ed.), *Beyond a Joke: The Limits of Humour*, Palgrave Macmillan, p. 48-49; Weawer, S. (2011). *The Rhetoric of Racist Humour: US, UK and Global Race Joking*, Routledge, p. 17.

14 Macaitė, A. M. (2017). s. 6.

ele almakta ve mizahı kötücül anlamlarından uzaklaştırmaktadır. Kurama göre günlük yaşamdaki olağan beklentiler ile maddi dünyada gerçekleşen absürt durum arasındaki uyumsuzluk mizahı yaratmaktadır. Bu bakımdan mizah kaynağını olması gereken ile gerçekte var olan arasında doğan anlamsız karşıtlıkta bulmaktadır. Beklenmedik kazalar, şaşırtıcı tepkiler ya da spontane kelime oyunları bu tür zıtlıklara örnek olarak gösterilebilir[15].

Muz kabuğuna basarak düşen insan örneği, üstünlük teorisi ile uyumsuzluk teorisi arasındaki farkı açıklamak için son derece elverişlidir. Üstünlük teorisi uyarınca, yürürken muz kabuğuna basıp yere düşen bir kimseye gülünmesinin nedeni düştüğü kötü durumdan ötürü onu bir nevi aşağılamak iken uyumsuzluk teorisine göre ise durumdaki temel komedi unsuru, olağan yürüme eylemi ile ani düşme eylemi arasındaki olgusal bağdaşmazlıktır.

Rahatlama teorisine (*relief/release theory*) göre ise gülme eylemi; gerginlik ve stres gibi durumların ya da bastırılmış zevk, güdü ya da düşüncelerin bir dışa vurumudur. Bu bakımdan mizah, rahatlamanın ve stresten kurtulmanın bir aracı olarak değerlendirilebilir. Teorinin başlıca savunucularından ünlü psikanalist *Freud*'a göre tıpkı rüyalar gibi mizah da bilhassa tabusal konularda kişilerin içsel sansürünün değişik görünümlerle dışa vurumuna hizmet etmektedir. Dolayısıyla, mizah kimi hâllerde bastırılmış ırkçılığın, cinsiyetçiliğin ya da homofobinin bir yansıması olarak kabul edilebilir[16].

Rahatlama teorisine hizmet eden şakalara kısmen, üstünlük teorisi bağlamındaki şakalara ise neredeyse tamamen negatif anlamlar yüklüyor olsalar da günümüz sosyal bilimcileri ekseriyetle bireye ve topluma sunduğu önemli katkılardan ötürü uyumsuzluk teorisi eksenli mizaha büyük değer ve önem atfetmektedir. Zira mizah; korku, öfke ya da mutsuzluk gibi duygularla karşı karşıya kalan kişilerin olaya alternatif perspektiflerden bakmalarına olanak sağlayarak insanların bu tarz kötü durumların üstesinden gelmesine katkı sağlamaktadır. Trajik durumlarla alay eden komedyenlerin, kötü durumu reddetmek ve onu eğlenceli bir hâle evirmek için son derece motive şekilde verdikleri çabayla mizah,

15 Macaitė, A. M. (2017). s. 14-15; Popovic, H. (2018). s. 598; Little, L. E. (2009). s. 1246-1248; Weawer, S. (2011). s. 18.

16 Macaitė, A. M. (2017). s. 16-17; Little, L. E. (2009). s. 1249-1250; Weawer, S. (2011). s. 27.

deyim yerindeyse şiddetli olumsuz duygularla başa çıkmanın en güçlü araçlarından biri hâline gelmektedir[17].

II. MİZAH EKSENLİ HUKUKİ KRİZLER

Mizahın kullanımıyla mücadeleye girişilen menfi duygu ve düşünceler yalnızca kişilerin ailevi ve sosyal ilişkilerinden ya da diğer özel yaşam alanlarından kaynaklanmamaktadır. Modern dünyada politikanın, kişilerin özel hayatına ne denli sirayet ettiği göz önünde bulundurulduğunda mizah birçok durumda, siyasi ifade özgürlüğünün bir tezahürünü teşkil etmekte ve politik düzlemde konu edildiği davalarla gerek ulusal gerek uluslararası hukuk sisteminin bir konusu hâline gelmektedir.

İçinde bulunduğumuz coğrafyada, Tanzimat döneminden günümüze çıkarılan siyasi mizah dergilerinin iktidarla olan çatışması ve çizimlerinden ötürü sayısız karikatüristin yargılandığı davalar, bu durumun en iyi örneğidir. Henüz ilk sayısında "*Hükümetin ve halkın sorunlarına değinilecek, ülkemize yabancı olan şeylerle alay edilip, küçük görülecektir.*" ifadelerine yer veren ve "*Gölge etme başka ihsan istemem!*" mottosuyla yola çıkan, 1870 tarihli bağımsız *Diyojen* dergisinin yayın hayatına başladıktan yalnızca üç sene sonra kapatılmasıyla başlayan süreçte bugüne değin sayısız dergi ve karikatürist ceza yargılamasına taraf olmuştur[18]. Örneğin Aziz Nesin, Rıfat Ilgaz ve Sabahattin Ali gibi ünlü yazarlarca1940'lı yıllarda çıkarılan sosyalist eğilimli politik mizah dergisi *Marko Paşa* aleyhine o kadar fazla dava açılmıştır ki dergi zaman zaman "*Toplatılmadığı zamanlar çıkar*." ya da "*Yazarları hapishanede olmadığı zamanlar çıkar*." gibi ibarelerle basılmak durumunda kalmıştır. 1970'li yılların sonuna gelindiğinde *Gırgır* dergisiyle yaşadığı hukuki ihtilaflardan ötürü mizahı kime ineceği belli olmayan bir yumruğa benzeten Süleyman Demirel'in sözleri, mizahın hukukla yakın ilişkisini ortaya koyar niteliktedir. Mizah ve hukukun dostanelikten uzak samimiyeti 80'li yıllardan itibaren daha da artmış, 12 Eylül sonrası dönemde *Leman, Limon, Fırt, Öküz* gibi birçok dergi ve bunların çizerleri, siyasi eleştirileri gerekçesiyle ağır para ve hapis

[17] Little, L. E. (2009). s. 1252-1253; Sturges, P. (2010). "Comedy as Freedom of Expression", *Journal of Documentation*, Vol. 66, No. 2, p. 282.

[18] Nesin, A. (1985). "Namık Kemâl'in Diyojen'de İmzasız Çıkan Siyasal Gülmece Yazıları", *Tarih ve Toplum*, S. 19, Temmuz 1985, s. 25-26; Özocak, G. (2011). "Türkiye'de Siyasi İktidarın Mizahla İmtihanı: İfade Özgürlüğü ve Karikatür", *TBB Dergisi*, S. 94., s. 266-267.

cezalarıyla karşı karşıya kalmıştır[19]. Siyasi mizahın iktidarla ve hukukla imtihanı milenyum çağında da devam etmiş, başta dönemin başbakanı Recep Tayyip Erdoğan ve çeşitli bakanlar olmak üzere dönemin politik figürlerini konu alan birçok karikatür 2000'li yıllarda ceza davalarına konu olmuştur[20].

Bununla beraber mizahın politikayla olan ilişkisini, siyasetçilere yönelik eleştirel mizahi söylemlerle sınırlı biçimde anlamamak gerekir. Dinî inanç ve ibadetler, toplumda yaşayan etnik ırklar ve bunlar arasındaki sosyokültürel farklılıklar, millî ve kutsal değerler yahut cinsellikle ilgili tabular veya cinsel sapkınlıklar, gündelik yaşamın birer konusu olduklarından üzerlerinde sıklıkla toplumsal tartışmaların döndüğü kavram ve olgulardır. Bahse konu meseleler hakkında yaşanan yoğun ve ateşli ihtilaflar, ofansif mizah ögelerinin de işin içine katılmasıyla daha da hararetlenmekte ve mizahi söylemler kaçınılmaz şekilde sosyal ve siyasi krizlerin doğumuna sebebiyet vermektedir. Bunlardan en bilineni, tartışmasız "Danimarka Karikatür Krizi"dir.

Danimarka'da yayın yapan *Jyllands-Posten* isimli, aşırı sağ eğilimleriyle dikkat çeken bir gazetenin 2005 senesinde yayımladığı, İslam peygamberi Hz. Muhammed'i terörizmle ilişkilendiren karikatürler, bilhassa Müslüman coğrafyasında büyük eleştirilere konu olmuş ve "*Danimarka Karikatür Krizi*" olarak adlandırılan evrensel bir krize vücut vermiştir. Kimi çevrelerce İslam dini ile peygamberini kadın düşmanlığıyla itham ettiği ve Müslümanları potansiyel birer terörist olarak yaftaladığı iddia edilen bu karikatürler ayrıca İslam dininde peygamberin fiziki tasvirinin katı surette yasaklandığı gerekçesiyle birer dine hakaret (*blasphemy*) eylemi olarak nitelendirilmiştir[21].

Çıkan uluslararası krize Birleşmiş Milletler kayıtsız kalamamış ve olayı soruşturmaları için iki ayrı raportör görevlendirmiştir. Uzmanlık alanı ırkçılık, ırk ayrımcılığı, yabancı düşmanlığı (zenofobi) ve bunlara bağlı hoşgörüsüzlük eylemlerinin çağdaş biçimleri olan raportör *D.*

---

19 Özocak, G. (2011). s. 269-280.

20 Örnek davalar için bkz. Özocak, G. (2011). s. 287-290; Şahin, Z. B. (2019). "Karikatür ve İfade Özgürlüğü", *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 9, C. 10, S. 17, s. 2226-2232.

21 Macaitė, A. M. (2017). 22-23; Weawer, S. (2011). s. 175-176; Bleich, E. (2021). "Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in the Europe an Legal Context", in Khory, K. R. (Ed.) *Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century*, Palgrave Macmillan, p. 113-114; Pillay, K. (2010). "The Cartoon Wars: Free Speech or Hate Speech", *The South African Law Journal*, Vol. 127., No. 3., s. 464-465.

Diène, İslamofobik ve ırkçı tavrından ötürü gazeteyi kınamış; medya organlarının, toplumların çoğulcu ve çok kültürlü demokratik yapısını göz önünde bulundurarak hareket etmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Raportöre göre ister mizah ister başka bir kisve altında ırkçılık ve yabancı düşmanlığı teşkil eden söylemler, hiçbir koşulda ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanmamalıdır[22]. Buna karşın din ve vicdan özgürlüğü üzerinde uzmanlaşan bir diğer raportör *Asma Jahangir*'e göre ise dinlerin ve dinî inançların bu denli katı biçimde korunması, hoşgörüsüzlük atmosferi yaratarak bir yandan halk nazarında korkuya yol açabilecekken öte yandan toplumlarda bu sert korumaya karşı çok daha ağır bir ters tepki de doğabilecektir[23].

Öte yandan belirtilmelidir ki yapılan başvurular sonucu savcılık tarafından gazete hakkında dine hakaret ya da dinî inançlarla aleni şekilde alay etmek, aşağılamak ve halkın bir bölümünü ırk, dinî inanç, etnik köken ya da cinsiyetinden ötürü aşağılama suçlarından ötürü inceleme başlatılmışsa da yapılan inceleme sonucu eylemlerin suç teşkil etmediği gerekçesiyle Bölge Savcısı tarafından ceza soruşturması başlatılmamıştır. Karikatürlerin kamu yararına ilişkin bir tartışmayı konu ediyor oluşu ve kamu yararını esas alan tartışmalarda basın yayın organlarının ifade özgürlüğüne son derece geniş bir alan tanınması, Bölge Savcısının bu tutumunun başlıca sebeplerindendir[24]. Bunun üzerine bazı Müslüman organizasyonlar, Bölge Savcısının bu kararına karşı itiraz yoluna gitmiş, itiraz üzerine yaptığı değerlendirmede Başsavcı; Danimarka hukukunda dine hakaret ya da dinî değerlerle alay etme suçunun yalnızca dinlere karşı gerçekleştirilen çok ağır ve ciddi eylemlerde gündeme gelebileceğini, kimi kişi ya da gruplarca hakaret olarak algılanmışsa da söz konusu karikatürlerin temelde eleştiri mahiyeti taşıdığını, karikatürlerde İslam dini doktrinlerinin veya ibadetlerinin küçümsenmesi, aşağılaması, hor görülmesi yahut bunlarla alay edilmesinin söz konusu olmadığını belirterek itirazı reddetmiştir[25] [26].

---

22 Macaitė, A. M. (2017). s. 24.

23 a.g.e. s. 25.

24 Din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin Birleşmiş Milletler Özel Raportörü Asma Jahangir ile ırkçılığın, ırk ayrımcılığının, yabancı düşmanlığının ve bunlara ilişkin hoşgörüsüzlüğün çağdaş formlarına ilişkin Birleşmiş Milletler Özel Raportörü Doudou Diène'nin 24.11.2005 tarihli mektuplarına Danimarka Hükümetince 23/1/2006 tarihince verilen yanıt, Ek 1, s. 1-2.

25 Başsavcının açıklamalarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. *Ben El Mahi ve diğerleri/Danimarka* (Kabul Edilebilirlik Kararı), B. No. 5853/06, 11/12/2006.

26 Danimarka Karikatür Krizi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9, 10, 14 ve 17. maddeleri bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınmak istenmişse de olaya ilişkin hak ihlali başvurusu, Danimarka dışı devletlerde yerleşik gerçek ve tüzel kişilerce

Danimarka Karikatür Krizi, ülkenin en yüksek tirajlı gazetelerinden biri olan *Sunday Times*'ın ilgili karikatürleri yayımlama fikri üzerine Güney Afrika Yüksek Mahkemesinin bir tedbir kararına[27] da konu olmuştur. Gazetenin karikatürleri basım niyetinden haberdar olan Müslüman bir cemiyet, karikatürleri yayımlamayacağına dair gazeteden talep ettiği taahhüdün reddedilmesi üzerine Yüksek Mahkemeye başvurarak İslam dini ve mensuplarına hakaret edildiğini iddia ettiği karikatürlerin yayımlamasının önüne geçmeye çalışmıştır[28].

Önüne gelen başvuruda Yüksek Mahkeme, her ne kadar basın yayın organlarına tanınan haber verme özgürlüğünün demokrasinin gelişimi için kritik öneme sahip olduğundan bahsetmişse de medyanın cesur, dürüst ve sorumluluklarının bilincinde hareket etmesinin anayasal bir ödev olduğunun altını çizmiştir. Benzer şekilde ifade özgürlüğünün diğer anayasal ilke ve değerlerden üstün olmadığını belirten Yüksek Mahkeme, bu özgürlüğün sınırının başta insan onuru ve eşitlik olmak üzere diğer anayasal prensipler göz önünde bulundurarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Güney Afrika Anayasası'nın temelinde yer alan insan onuru kavramıyla yalnız bireylerin değil aynı zamanda çeşitli toplulukların, cemiyetlerin ya da dinî grupların itibarlarının da korunduğunu dile getiren Yüksek Mahkeme, karikatürlerin eleştiri sınırlarını aşarak aşağılayıcı ve onur kırıcı bir nitelik kazandığını ifade etmiştir. Son olarak, tarihsel süreç boyunca Güney Afrika toplumunun sürekli olarak ırksal ve dinsel açıdan bölünmelere maruz kaldığı gerçeğini vurgulayan Yüksek Mahkeme, eşitsizlik ve ayrımcılığın sürdürülmesine imkân tanıyarak ulusal birliğin gerçekleştirilmesi amacına olumsuz etkide bulunacak karikatürlerin yayımlanmaması yönünde görüş bildirmiştir[29].

Benzer şekilde bahse konu karikatürlerin Fransız siyasi mizah dergilerinden *Charlie Hebdo*'da yayımlanması üzerine ilgili uyuşmazlıklar Fransız yargısı içtihatlarına da konu olmuştur. Kendisini katı şekilde din

yapıldığından AİHM, yargı yetkisi kapsamına girmediğinden bahisle söz konusu başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ben El Mahi ve diğerleri/Danimarka.

27 Güney Afrika Yüksek Mahkemesi (Witwatersrand Yerel Bölgesi, Johannesburg), Dava No. 1127/06, 3/2/2006. http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPHC/2006/12.pdf (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

28 Pillay, K. (2010). s. 466.

29 Güney Afrika Yüksek Mahkemesi (Witwatersrand Yerel Bölgesi, Johannesburg), Dava No. 1127/06, 3/2/2006, s. 4-9.

ve ırkçılık karşıtı olarak tanımlayan ve geçmişten bugüne ekseriyetle yaptığı ağır provokatif yayınlar dolayısıyla gerek ulusal gerek evrensel çapta ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin tartışmaları alevlendiren[30] Charlie Hebdo'nun İslam peygamberi hakkında yayımladığı karikatürler ve kullandığı ifadeler, yaptığı hukuki incelemede Paris Temyiz Mahkemesi tarafından da saldırgan bulunmuştur. Bununla birlikte Mahkemeye göre söz konusu karikatürler her ne kadar ofansif nitelik taşısalar da Müslüman topluluklara yönelik bir hakaret içermemektedir. Karikatürlerin doğrudan İslam dinine hakaret etme kastıyla da yayımlanmadığını belirten Mahkeme, somut olayda derginin eylemlerinin ifade hürriyetinin sınırları dâhilinde olduğuna kanaat getirmiştir[31].

Fransız yargı organlarının benzer yönde bir içtihadına, İsa'yı konu alan bir karikatürün yayımlanmasının Hristiyanlık dinine mensup kişilere alenen hakaret teşkil edip etmediğinin incelendiği bir Fransız Yargıtayı kararında da rastlamak mümkündür. Dava konusu olay, *Papa II. Jean Paul* ve birçok kardinalin prezervatif karşıtı tutumuna tepki göstermek ve genel sağlığa ilişkin toplumsal bir tartışmayı gündeme getirmek maksadıyla, *Libération* gazetesinin İsa'yı prezervatif kullanırken tasvir ettiği ve "*Kesinlikle O da prezervatif kullanırdı!*" ibarelerine yer verdiği bir karikatüre ilişkindir. Söz konusu kararında Fransız Yargıtayı, ilgili çizimin dinsel hassasiyetleri nedeniyle Katolikleri incitebilecek potansiyelde olduğunu kabul etse de toplum sağlığına ilişkin kardinaller arasındaki bir tartışmayı ele aldığı ve böylece bilhassa Afrika kıtasındaki HIV salgınına dikkat çektiği gerekçesiyle karikatürün ifade özgürlüğünün sınırlarını aşmadığına hükmetmiştir[32]. Benzer biçimde, Leonardo da Vinci'nin ünlü *Son Akşam Yemeği* tablosunun çıplak figürlerle yeniden resmedilmiş bir posteri[33] veya AIDS farkındalık yürüyüşünde kullanılan bir melek, bir rahibe ve iki prezervatif görseliyle birlikte "*Aziz Prezervatif, bizleri koru!*" sloganının yer aldığı broşürler[34] Fransız Yargıtayınca, bir

30 Macaitė, A. M. (2017). s. 51.

31 Paris Temyiz Mahkemesi (Cour D'Appel de Paris) 11. Dairesi, Dosya No. 07/02873, 12/3/2008. (http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/CA_Paris_12_mars_2008.pdf) (Erişim Tarihi: 03/02/2022)

32 Fransız Yargıtayı (Cour de Cassation), No. 06-84.710, 2/5/2007. (https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017830068) (Erişim Tarihi: 03/02/2022)

33 Fransız Yargıtayı (Cour de Cassation), No.05-15.822, 05-16.001, 14/11/2006. (https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007055276) (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

34 Fransız Yargıtayı (Cour de Cassation), No. 05-81.932, 14/2/2006. (https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069481) (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

dinin mensuplarını doğrudan hedef almadıkları gerekçesiyle ifade özgürlüğünün koruma alanı kapsamında görülmüştür[35].

Yukarıda söz edilen kararlardan hareketle, ofansif mizah ögelerini konu alan davalarda Fransız yargı organlarının dine yönelik ifadeler ve din mensuplarına yönelik ifadeler olarak ikili bir ayrıma gittiğini ifade etmek mümkündür. Buna göre belirli kişi ya da grupları hedef almaktan ziyade dinî inanç, sembol, ritüel ya da otoriteleri konu alan mizahi ögeler söz konusu olduğunda ifade özgürlüğüne sağlanan koruma alanı daha geniş tutulmaktadır. Zira bu gibi hallerde hiciv sanatı, toplumsal yarara ilişkin tartışmalı hususları aydınlatma ve bunlara eleştirel bir bakış açısı sunma olanağı yaratmaktadır. Buna karşın iç hukukta yer alan, halkın bir bölümünü bir dine veya inanca mensubiyeti nedeniyle aşağılama suçunun da varlığından bahisle din mensuplarına yönelik eleştirel mizahi ifadeler gündeme geldiğinde ifade özgürlüğünün kişilere sağladığı koruma alanı daralmaktadır[36]. Bir başka deyişle, Fransız hukukunda yer verilen nefret söylemleriyle bağlantılı hakaret suçları dinleri değil o dine inanan kişilerin haklarını koruma amacı gütmektedir[37]. Bu duruma Fransız Yüksek Mahkemesinin ilerleyen yıllarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuyla ilgili önemli bir içtihadına da konu olacak komedyen *Dieudonné* hakkında verdiği bir kararda da rastlamak mümkündür.

Dieudonné'nin bir Fransız gazetesine yarı mizahi yarı ciddi dille verdiği röportajdaki ifadeleri nedeniyle yargılandığı bir ceza davasında Fransız Yargıtayı, komedyenin ifadelerinin düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlarını aştığına kanaat getirmiştir. Somut olayda gazetecinin sorduğu, genç Araplar arasında yükselen antisemitizmin ve ırkçılığın nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin soruya ünlü komedyen, "*Irkçılık, İbrahim (peygamber) tarafından icat edildi… Seçilmiş insanlar ırkçılığın başlangıcıdır… Yahudiler… birer dolandırıcıdır*." benzeri cevaplar vermiştir. Bunun üzerine komedyen hakkında bir ceza yargılaması başlatılmış, yargılamanın temyiz safhasında Fransız Yargıtayı, komedyenin beyanlarının toplumu ilgilendiren bir tartışma hakkında görüş beyan etmekten ziyade aynı köken ve kültürü paylaşan belli bir

35 Detaylı bilgi için bkz. Viennot, C. (2015). "The Muhammad caricatures as seen by the French courts", (Çev: Chaize, I.), *Les Cahiers de la Justice*, Vol. 2., No. 2., s. 5-6.

36 Macaitė, A. M. (2017). s. 54.

37 Viennot, C. (2015). s. 6.

grubu incitmeyi ve yaralamayı amaçladığını belirtmiş ve Dieudonné'ye verilen cezayı hukuka uygun bulmuştur. Zira Mahkemeye göre, bir dinin ya da inancın eleştirilmesi yerine o dine veya inanca mensup kişilerin aşağılandığı veya hakarete uğradığı ifadeler demokratik bir toplumda koruma görmeyecektir[38].

Fransız Yargıtayının bir dinin mensuplarını doğrudan konu almayan ve onları aşağılama maksadı gütmeyen mizahi söylemlere daha geniş bir özgürlük alanı tanınması gerektiği yönündeki içtihadının bir benzerine Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir kararında da rastlamak mümkündür. Anayasa Mahkemesi *Ufuk Çalışkan* başvurusunda[39] "*@tanrıcc*" isimli bir *Twitter* kullanıcısının mizahi gönderilerini internet sitelerinde yayımlamalarından ötürü bir gazetenin internet sorumlularına verilen cezanın hukuka uygunluğunu incelemiştir. Dava konusu olayda kendisini Zeus olarak tanıtan ilgili kullanıcı, Tanrı'yı birinci tekil şahıs açısından konuşturarak mizahi ve hicivsel bir dille ülkemizdeki sosyal ve siyasi hayata ilişkin eleştirel yorumlar ileri sürmüş ve bunu yaparken Türkiye'yi cennet ve cehennem gibi dinî kavramlarla kıyaslama yolunu seçmiştir. Bahse konu gönderilerin *Birgün* gazetesinde yayımlanması üzerine gazete ile sorumluları hakkında cezai soruşturma ve kovuşturma başlatılmış; Asliye Ceza Mahkemesi, bütün semavi dinlerde en yüce değer olarak kabul gören Tanrı'nın ve semavi dinlerle ilgili diğer birçok kavramın mizah adı altında, aşağılayıcı bir üslupla ele alınmasının hoşgörünün egemen olduğu demokratik bir toplumda kabul göremeyeceğini ifade etmiştir. Bu nitelikteki yorumların toplumda yaşayan Müslümanlar, Hristiyanlar ve Museviler başta olmak üzere semavi din mensuplarının küçük düşürülmesi ve hor görülmesi sonucuna yol açtığını belirten ilk derece mahkemesi, gönderiler hakkında birçok vatandaş tarafından gönderilen ihbar mektuplarının sayısına da dikkat çekerek sorumluları halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılama suçundan ötürü cezalandırmıştır[40].

Yaptığı değerlendirmesinde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik şartını taşıdığına ve başkalarının hakları -somut olayda dinî inançları- ile kamu düzeninin korunması meşru amaçlarına hizmet ettiği

38 Fransız Yargıtayı (Cour de Cassation) Genel Kurul, No. 06-81.785, 16/2/2007. (https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017634942) (Erişim Tarihi: 3/2/2022)

39 *Ufuk Çalışkan*, B. No: 2015/1570, 7/3/2019.

40 *Ufuk Çalışkan*, §§ 11-13.

kanısına varan[41] Anayasa Mahkemesi, olaya ilişkin esas değerlendirmesini demokratik toplumda gereklilik ölçütü üzerinden gerçekleştirmiştir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi öncelikle, hakaret ve aşağılama teşkil ettiği öne sürülen ifadelerin bağlamından koparılmadan incelenmesi gerektiğini belirterek söz konusu gönderilerin temelde siyasi iktidarı hedef aldığını ve hâlihazırda mevcut siyasi düzenden duyulan rahatsızlığı dile getirmeyi amaçladığını ifade etmiştir. "Tanrı" takma adı kullanılarak ülkemizdeki sosyal yapının ve siyasal durumun eleştirel bir dille ele alındığı bu ifadeler esasen, dinî olgu ve motifleri değil devlet yönetimini hedef tutmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine göre, ilgili gönderiler bu yönüyle toplumsal bir tartışmaya katkı sağlar niteliktedir[42].

İkinci olarak Anayasa Mahkemesi, semavi dinlerde geçerli inanç ve inanışlara aykırı biçimde, Tanrı'nın somut bir varlık olarak tasvir edildiği yahut cennet ve cehennem gibi semavi dinlerin müşterek değerlerinin küçümseyici ifadelerle ele alındığı gerekçeleriyle söz konusu ifadeleri aşağılayıcı ve hakaretamiz olarak nitelendiren ilk derece mahkemesi kararına katılmaya olanak bulunmadığını belirtmiştir. Zira her ne kadar ilk bakışta semavi din mensubu kişiler bakımından rahatsız edici görünebilecekse de söz konusu gönderiler, bu kimseleri doğrudan ve temelsiz biçimde hedef alan, yaralayan yahut bu kişilere saldırmayı amaçlayan ifadeler olarak değerlendirilemeyecektir[43].

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, savcılığa gönderilen ihbar mektuplarının fazlalığı gerekçe gösterilerek dava konusu ifadelerin kamu düzenini bozmaya elverişli olduğu yönünde ilk derece mahkemesi tarafından yapılan temellendirmeyi yetersiz görmüş[44]; yapılan yargılama sonucu başvuran aleyhine verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ne tür bir zorunlu ihtiyaçtan kaynaklandığının açık biçimde ifade edilmediğini belirtmiştir. Nihayet, başvurucunun beş yıllık süre boyunca denetimli serbestlik tedbiri altına alındığına vurgu yapan Mahkeme, bu süre zarfında cezanın infaz edilmesi riskinin varlığını hatırlatmış; yaptırıma maruz kalma endişesinin, başvurucu üzerinde caydırıcı bir etki yaratacağına ve başvuranın bu nedenle gelecekte basın

41 *Ufuk Çalışkan*, §§ 31-44.
42 *Ufuk Çalışkan*, §§ 53-55.
43 *Ufuk Çalışkan*, §§ 54-55.
44 Benzer yönde bkz. *Sekmadienis LTD./Litvanya*, B. No. 69317/14, 30/1/2018, § 81.

faaliyetlerini yapmaktan imtina etme tehlikesinin bulunduğuna kanaat getirmiştir. Açıklanan gerekçelerle başvurana verilen cezayı ölçüsüz bulan Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde karara varmıştır[45].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadına geçmeden önce Kanada Yüksek Mahkemesinin günümüze oldukça yakın bir tarihte verdiği ve kara mizahın hukuki sınırlarının nefret söylemi bağlamında yorumlandığı *Ward v. Quebec* kararına[46] da değinmekte yarar vardır. Söz konusu dava temelde, Kanada'nın ünlü komedyenlerinden *Mike Ward*'un sanatsal ifade özgürlüğü ile doğuştan birtakım genetik deformasyonları bulunan çocuk şarkıcı *Jérémy Gabriel'*in insan onuruna saygı hakkının çatışmasını konu edinmektedir. Somut olayda Mike Ward, gerçekleştirdiği bir stand up gösterisinde zenginlikleri, nüfuzları ya da zayıflıkları nedeniyle aralarında Gabriel'in de bulunduğu birçok kişiyle sanat camiasında alay edilemediğinden bahsetmiş ve bu kişileri "kutsal inekler" olarak tanımlamıştır. Gerek gösterinin devamında gerek gösteri sonrası çektiği birçok video vasıtasıyla Gabriel ile alay etmeyi sürdüren komedyen, hakkında yaptığı ofansif şakalarla Gabriel'in fiziksel görünümü hakkında aşağılayıcı yorumlar yapmaktan da kaçınmamıştır[47]. Bunun üzerine Gabriel'in ailesi Quebec İnsan Hakları Komisyonuna şikâyette bulunmuş ve şikâyet sonucu açılan davada Bay Ward yüklü bir tazminat ödemeye mahkûm olmuştur.

Yaptığı incelemenin bir bölümü ilk derece mahkemelerinin konu yönünden yetkisine ilişkin usul hukukuna dair birtakım meselelerle ilgili olsa da Kanada Yüksek Mahkemesi, davada ifade özgürlüğünün sınırları ile ayrımcılık yasağı ve nefret söylemine ilişkin bazı önemli tespitlerde de bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, gerçekleştirdiği denetime ifade özgürlüğünün komedyenlere sıradan vatandaşlardan daha geniş bir serbesti alanı tanımadığının tespitiyle başlamış[48], komedyenin şovunda kullandığı ağır hicivsel dil ve şakanın hedef aldığı kişinin engelli bir çocuk olmasından ötürü ise ardından nefret söylemine dair birtakım değerlendirmeler yapmak durumunda kalmıştır. Bu açıdan Yüksek

45 *Ufuk Çalışkan*, §§ 55-58.

46 Kanada Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Canada), *Ward v. Quebec*, 2021 SCC 43, 29/10/2021.

47 Kanada Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Canada), *Ward v. Quebec*, §§ 8-15.

48 Kanada Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Canada), Ward v. Quebec, § 64.

Mahkemeye göre bir söylem ancak ifadenin dile getirildiği bağlam ve koşulların farkında olan makul bir üçüncü kişi tarafından bir kişi ya da gruba yönelik, yasaklanmış bir ayrımcılık zemini temelinde nefret veya karalama teşkil ettiği düşünüldüğü yahut nesnel kriterler dâhilinde bu potansiyeli haiz görüldüğü durumlarda nefret söylemi bağlamında değerlendirilebilecektir. Bir başka deyişle, ayrımcılığa dayalı nefret söyleminin varlığı, söyleme maruz kalan kişilerin yaşadığı duygusal zarar değil ifadenin olası objektif etki ve sonuçları dikkate alınarak belirlenmelidir[49].

Yüksek Mahkemeye göre Bay Ward'un yaptığı yüz kızartıcı şakaların tiksindirici ya da uygunsuz olarak nitelendirilebilmesine herhangi bir engel yoktur. Kaldı ki somut olayda birçok şaka Yüksek Mahkeme'ye göre de bu niteliktedir. Bununla birlikte bu durum, toplumda yaşayan üçüncü kişilerin Gabriel'i karalamasına, aşağılamasına yahut ondan nefret etmesine zemin oluşturmamaktadır. Zira söz konusu şakalar, özellikle bu tür şakaları duymak için para ödeyen izleyici kitlesini hedef alan bir kara mizah şovunda dile getirilmiş ve ilgili programda Bay Ward, Gabriel dışında belli birtakım gerekçelerle toplumda dalga geçilemediğini iddia ettiği diğer birçok kişiyle de yine ağır şekilde alay etmiştir. Kısacası Bay Ward'un yaptığı şakalar gerek objektif üçüncü bir kişi tarafından engelli kişilere yönelik bir nefret söylemi şeklinde değerlendirilemeyeceğinden gerek de toplumda yaşayan diğer kişileri, engelli bireylere karşı ayrımcılık yapmaya ya da onlardan nefret etmeye itmeyeceğinden Bay Ward'un söylemlerinin ayrımcılık yasağı ve nefret söylemi biçiminde değerlendirilmesine Mahkemece olanak bulunmamaktadır[50].

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA OFANSİF MİZAH

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN TEMEL İÇTİHADI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde belirtildiği üzere "*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar…Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve*

[49] Kanada Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Canada), Ward v. Quebec, §§ 75-86.

[50] Kanada Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Canada), *Ward v. Quebec*, §§ 104-110.

demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde gerçek/tüzel, vatandaş/yabancı gibi ayrımlara girilmeksizin herkes tarafından kullanılması öngörülen ifade özgürlüğü ile kural olarak her türlü ifadenin koruma altına alındığı kabul edilmektedir. Öyle ki ifade özgürlüğünün düzenlendiği ulusal ya da uluslararası metinlerde de bu özgürlüğe yönelik içeriksel bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bu bakımdan ifade hürriyeti, "değerli/değersiz", "topluma yararlı/yararsız" gibi tartışmalara bağlı kalınmaksızın sosyal, kültürel, siyasi, ticari, sanatsal, akademik, dinî vb. akla gelebilecek herhangi bir konuya ilişkin her türden ifadeyi kapsamakta ve koruma altına almaktadır[51].

Bütün söylem türleri kural olarak ifade özgürlüğünün koruması altındaysa da diğer bütün temel hak ve özgürlükler gibi ifade özgürlüğünün de bir norm alanı mevcuttur. Bu sebeple belli bazı söylem ve eylemler, haklı birtakım gerekçelerle ifade özgürlüğünün kapsamında görülmemekte ve hatta bu nitelikte fiillerin engellenmesi ifade hürriyetinin olumlu şekilde sınırlandırılması biçiminde yorumlanmaktadır. Şiddeti öven yahut teşvik eden ifadeler ile genelde ırk veya din ayrımcılığına dayalı nefret söylemi, doktrince ifade özgürlüğünün sağladığı koruma alanından hiçbir surette faydalanmaması gerektiği iddia edilen fiillerin başlıcalarıdır[52].

Şiddet kullanımını destekleyen yahut nefret söylemi teşkil eden söylemlerin ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamaması temelde, doğaları gereği bu söylemlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen, hoşgörünün ve eşitliğin egemen olduğu, çoğulcu demokratik toplum yapısıyla bağdaşmaması hatta taban tabana zıt olmasından ileri gelmektedir. Bu nedenle demokratik bir toplumda ırksal, dinsel ya da cinsiyete dayalı ayrımcılık yaratan, hoşgörüsüzlük

51 Karan, U. (2018). *İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2*, s. 6; Bychawska-Siniarska, D. (2017). *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, s. 12.

52 Karan, U. (2018). s. 6-7; Bychawska-Siniarska, D. (2017). s. 12.

yayan, nefret körükleyen veya bunları meşrulaştıran bütün ifade biçimlerinin hukuki yaptırıma tâbi tutulması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından ilkesel bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır[53].

İfade özgürlüğüyle bağlantılı sayısız davada sıklıkla kullanılmasına karşın nefret söyleminin evrensel çapta uzlaşıya varılmış bir tanımı ise bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf birçok devletin iç hukukunda nefret söylemine denk gelen ifadeleri yasaklayan hukuki düzenlemeler mevcut bulunsa da bunlar, kapsam yönünden ufak tefek farklılıklar göstermektedir. Yine de içerik bakımından genel bir tanımlaması yapılmak istenirse, nefret söyleminin din, ırk, etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim vb. farklılıklar kaynaklı nefret ve düşmanlık başta olmak üzere, yabancı düşmanlığı, azınlık ile göçmenlere yönelik saldırgan ulusalcılık, dinsel hoşgörüsüzlük, ayrımcılık gibi nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, destekleyen yahut meşrulaştıran her türden ifade biçimini kapsadığını ifade etmek mümkündür[54].

Konuya ilişkin gözden kaçırılmaması gereken başlıca husus, nefret söylemi ve buna bağlı sınırlamaların, belli azınlıkları yahut toplumun büyük çoğunluğunu şoke eden, inciten ya da sarsan bilgi ya da düşüncelerin susturulması amacı taşımadığıdır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sayısız kararında ifade edildiği üzere, bu tür söylemler de kuşkusuz ifade özgürlüğünün kapsamındadır. Dolayısıyla bu nitelikte ifadelerin nefret söylemi kapsamında ele alınarak ifade özgürlüğünün sağladığı koruma alanı dışında bırakılması hukuka aykırı olacaktır. Yine bu açıdan, ifade özgürlüğünün bir görünümü olan sert eleştiriler ile nefret içerikli ifadeler arasındaki sınırın doğru biçimde tayin edilmesi de Sözleşme açısından varlığını sürdüren bir diğer zorunluluktur[55].

Ofansif mizah bağlamında ifade özgürlüğünün ele alındığı davalarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin temelde iki farklı yol izlemesi mümkündür. Bunlardan ilki, mizahi söylemin yukarıda bahsedildiği tarzda bir şiddet çağrısı veya nefret söylemi olarak nitelendirilmesi ve ifade özgürlüğünün sağladığı koruma alanından bütünüyle dışlanmasıdır. Bu gibi durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

53 Weber, A. (2009). *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing, s. 2.

54 Weber, A. (2009). s. 3-4; Benzer yönde bir tanım için bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 1997 tarihli, R(97)-20 sayılı tavsiye kararı.

55 Karan, U. (2018). s. 26.

uyuşmazlık konusu ifadeyi, ifade özgürlüğünün düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi bakımından ele almayarak esas değerlendirmesini "hakları kötüye kullanma" başlıklı 17. madde yönünden gerçekleştirme yoluna gitmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinde "*Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.*" şeklinde düzenlenen yasağın varlığından hareketle Strazburg Mahkemesi, ifadelerin nefret söylemi veya şiddet çağrısı teşkil ettiğine kanaat getirdiği hâllerde, yapılan başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermekte ve davanın esasına ilişkin değerlendirme yapmaktan kaçınmaktadır[56].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinin lafzından rahatlıkla anlaşılacağı üzere, hakları kötüye kullanma yasağı yalnızca devletler için öngörülmüş bir hüküm olmayıp aynı zamanda toplumda yaşayan kişi ya da gruplara da hitap etmektedir. Keza ifade özgürlüğüyle ilgili davalar söz konusu olduğunda da daha ziyade kişi veya toplulukların eylem ve faaliyetleri gündeme gelmekte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temelinde yer alan değerleri hedef tutan ifade açıklamaları, 17. maddenin varlığı sayesinde Sözleşme'nin koruma kapsamı dışına çıkarılabilmektedir[57]. Lâkin belirtmekte fayda vardır ki 17. maddenin uygulanması durumunda söylem ya da fiiller 10. maddenin sağladığı himaye alanından bütünüyle çıkarıldığından Mahkemece bu yola ancak istisnai hallerde başvurulmaktadır.

İkinci ve olağan seçenek ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin böyle bir yola girmeyerek denetimini ifade özgürlüğünün koruma altına alındığı 10. madde çerçevesinde gerçekleştirmesidir. Bu hâlde, mizahi söylem ve eylemlere yönelen müdahalelerin hukuka uygunluğu, 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan kaideler[58] esas alınarak

[56] Kuş, Ş. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi*, Oniki Levha, s. 48.

[57] Weber, A. (2009). s. 23.

[58] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 10/2: "*Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin* [ifade, kanaat, haber ve görüş alma özgürlükleri] *kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.*"

denetlenmektedir. Bu bakımdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, öğretide üç aşamalı test (*the three-part test*) şeklinde adlandırılan bir denetim gerçekleştirmekte, üç ölçütten herhangi birine aykırılık tespit ettiği durumlarda ise müdahalenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu sonucuna varmaktadır.

Üç aşamalı test bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğü üzerinde sonuç doğuran müdahalelere ilişkin denetimini ilk olarak hukuken öngörülme kıstası üzerinden gerçekleştirmektedir. Kamusal bir güç tarafından ifade özgürlüğüne yöneltilen müdahalenin ulaşılabilir, öngörülebilir, açık ve kesin bir hukuk normuna dayandığına kanaat getirdiği durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müdahalenin 2. fıkrada yer verilen meşru amaçlara uygun olup olmadığını incelemektedir. Ofansif mizahla ilgili davalar söz konusu olduğunda taraf devletlerin genellikle başkalarının haklarının korunması, kamu düzeninin sağlanması ya da ahlakın korunması meşru amaçlarıyla ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler gerçekleştirdiği gözlemlenmektedir. Ancak belirtmekte fayda vardır ki ifade özgürlüğüne ilişkin sayısız davada hukuken öngörülme ve meşru amaçlara uygunluk kıstasları ihlale yol açmışsa da bu kriterler, ofansif mizahı ilgilendiren davalarda çok fazla gündeme gelmemekte; Strazburg Mahkemesi, esas değerlendirmesini demokratik toplumda gereklilik ve buna bağlı olarak ölçülülük kıstası üzerinden gerçekleştirmektedir.

Anlaşılacağı üzere, demokratik toplumda gereklilik ölçütü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince uygulanan üç aşamalı denetimin nihai aşamasını oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu aşamada, taraf devletlerce gerçekleştirilen müdahalenin hoşgörü, açık görüşlülük ve çok seslilik ilkeleri etrafında şekillenen bir demokratik toplum tasviriyle ne derece bağdaştığını irdelemektedir. İfadenin içeriği, muhatabı, ifadeyi dile getiren kişinin nitelikleri ile ifade açıklamasında kullanılan araç ve yöntem başta olmak üzere birçok faktör, demokratik toplumda gereklilik incelemesinde göz önünde bulundurulmaktadır. Benzer biçimde, ifade açıklamasında bulunan kişilere yönelik gerçekleştirilen idari ya da cezai yaptırımların ağırlığı ve bu kimseler üzerinde doğuracağı muhtemel etki ve neticeler de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince dikkate alınmakta; müdahalenin ölçülülük ilkesine uygunluğu, hukuka uygunluk denetiminin esaslı bir unsurunu teşkil etmektedir.

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA OFANSİF MİZAHIN SINIRLARI

1. Genel Mizahi Ögeler Bakımından

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mizahi ifadeleri sanatsal ifadenin bir alt dalı olarak ele almakta ve ifade özgürlüğüne ilişkin *Handyside* kararında[59] belirlediği temel kriterlerin mizahi ifadelerin konu olduğu davalarda da uygulama alanı bulacağını her şeyden evvel ifade etmektedir. Bu bakımdan, mizahi ifadelere ve hicve ilişkin birçok davada ifade edildiği üzere "*Demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birini oluşturan ifade özgürlüğü, demokratik toplumun ve bu toplumu meydana getiren bireylerin gelişiminin esas koşullarındandır. İfade özgürlüğü yalnızca lehe olan, zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve fikirler için geçerli olmayıp aynı zamanda devleti veya toplumun belli bir bölümünü rahatsız eden, inciten yahut sarsan bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz koşullarından olan hoşgörü, çoğulculuk ve açık görüşlülük bunu gerektirmektedir*[60]*.*" Bu ilkeler doğrultusunda, toplumun belirli bir bölümünü incitmeye, sarsmaya, rahatsız etmeye ve hatta kimi zaman öfkelendirmeye oldukça elverişli ofansif mizah ögelerinin de hoşgörünün ve açık görüşlülüğün egemen olduğu demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün sağladığı koruma alanından yararlanacağını peşinen dile getirmek mümkündür.

Kimi din adamı ve politikacıların cinsel ilişkiye girer şekilde karikatürize edilerek resmedildiği bir tablonun sergilenmesinin yasaklanmasının konu edildiği *Vereinigung Bildender Künstler* kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hiciv sanatının esas olduğu davalarda izleyeceği temel içtihadını ortaya koymuştur. Buna göre, "*Sanatsal bir ifade türü ve bir sosyal yorum biçimi olan hiciv, tabiatı gereği, gerçeğin abartılması ve çarpıtılmasına yöneldiğinden, doğal olarak kişileri kışkırtmayı ve tahrik etmeyi amaçlar. Dolayısıyla, bir sanatçının hiciv hakkına yönelen müdahaleler özel bir dikkat ve titizlikle incelenmelidir*"[61].

---

59 *Handyside*/Birleşik Krallık, B. No. 5493/72, 07/12/1976, § 49.

60 *Sousa Goucha*/Portekiz, B. No. 70434/12, 22/3/2016, § 43; *Alves da Silva*/Portekiz, B. No. 41665/07, 20/10/2009, § 22; *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson*/Fransa, B. No. 26935/05, 5/3/2009, § 54; *Aguilera Jimenez ve diğerleri*/İspanya, B. No. 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06, 28964/06, 8/12/2009, § 22; *Palomo Sánchez ve diğerleri*/İspanya, B. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, 12/9/2011, § 53; *Kuliś and Różycki*/Polonya, B. No. 27209/03, 06/10/2009, § 28; *Sekmadienis LTD*/Litvanya, § 70.

61 *Vereinigung Bildender Künstler*/Avusturya, B. No. 68354/01, 25/01/2007, § 33; Benzer yöndeki karar için bkz. *Sousa Goucha*/*Portekiz*, § 50; Alves da Silva/Portekiz, § 27.

Mizahi ögelerin konu edildiği davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uyguladığı temel kıstaslardan ilki, ele alınan konunun kamusal tartışmaya sağladığı yararla doğrudan ilgilidir. Bu doğrultuda, gerçekleşen bir karnavalda politikacıların eleştirilmesi[62], trafik kazası geçiren bir sporcu hakkında halkın bakış açısını da ele alan mizahi yazılar yazılması[63], genel okuyucu kitlesi küçük çocuklar olan bir dergide bir cips reklamı aleyhine karikatür yayımlanması[64] ya da sigara yasağı hakkındaki bir yönetmeliğin eleştirilmesi amacıyla cinsel ilişkiye giren sigaraların karikatürize edilmesi[65] gibi durumlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince toplumsal tartışmaların varlığı için önem taşıyan ve kamuoyunun bilgilendirilmesine fırsat tanıyan konular olarak nitelendirilmiştir. Kamusal yararı hedef tutan ifade açıklamalarına müdahale edilmesi, birçok durumda kişiler açısından caydırıcı etki de doğuracağından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu gibi durumlarda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması noktasında devletlere tanınan takdir marjının dar yorumlanması icap etmektedir[66].

Strazburg Mahkemesi buna karşın genel toplumsal faydaya katkısı görece az olan mizahi açıklamalar söz konusu olduğunda ise ifade özgürlüğüne daha dar bir koruma alanı tanımaktadır[67]. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir televizyon programında bir magazin figürü hakkında yapılan ofansif şakaları[68] ya da bir ticari şirketin reklam kampanyasında dinî figür ve simgeleri alaycı bir dille ele almasını[69] konu eden davalarda bu gerçeği açıkça dile getirmiştir. Benzer şekilde, cinsel yaşam ve ailevi ilişkiler gibi kişilerin özel yaşamlarına dair hususlarla alay edilmesi de kamusal tartışma ortamına herhangi bir katkı sağlamayacağından bu nitelikte ifadelere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince hoşgörüyle yaklaşılması ve çoğulcu demokratik toplum düzeninin sürdürülmesi için tolerans gösterilmesi lâzım gelmemektedir[70].

Mizahi söylem ya da fiillerin kim tarafından dile getirildiği yahut gerçekleştirildiği hususu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin mizahi

62 *Alves da Silva*/Portekiz, § 28.
63 *Nikowitz and Verlagsgruppe News GMBH*/Avusturya, B. No. 5266/03, 22/02/2007, § 25.
64 *Kuliś and Różycki*/Polonya, §§ 36-37.
65 *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson*/Fransa, § 55.
66 *Alves da Silva*/Portekiz, § 29.
67 *Godioli, A.* (2020). s. 16.
68 *Sousa Goucha*/Portekiz, § 51.
69 *Sekmadienis LTD.*/Litvanya, § 76.
70 *Marina/Romanya*, B. No. 50469/14, 26/05/2020, § 75.

ifadelerin hukuka uygunluğuna dair gerçekleştirdiği denetimde büyük önem arz etmektedir. Bu açıdan, çoğulcu demokratik düzenin sürdürülmesi bakımından oldukça ehemmiyetli bir görev üstlenen ve bir nevi "bekçi köpeği" işlevi gören basın yayın organlarınca[71] dile getirilen mizahi söylemlere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından özel bir koruma alanı sağlandığı gözlemlenmektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, kamu yararını ilgilendiren konularda bilgi ve fikir verme görevini yerine getirirken, basının somut olayları belli bir dereceye kadar abartma, ölçüsüz açıklamalar yapma ve hatta kimi hâllerde provokasyona başvurma olasılığı bulunmaktadır. Strazburg Mahkemesi bu doğrultuda, çocukların çok sevdiği *Reksio* adlı bir çizgi film karakterinin katil olduğunu söyleyerek çocuklara yönelik duyarsız ve anlayışsız reklam kampanyaları yürüttüğünü iddia ettiği[72] bir cips şirketi aleyhine karikatürler yayımlayan, hedef kitlesi küçük çocuklar olan bir derginin eylemlerinin basın özgürlüğü sınırlarını aşmadığına kanaat getirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bahse konu davada cipslere ithafen Reksio karakterince söylenmişçesine, "*Merak etmeyin çocuklar, bu pisliği/b*ku yeseydim ben de katil olurdum!*" ifadelerine yer veren derginin amacının şirketin ürünlerini karalamak değil, reklamlarında çocukların yaşı ve savunmasızlığını dikkate almayarak büyük bir duyarsızlık ve anlayışsızlık örneği sergileyen şirkete tepki göstermek olduğunu belirtmiş ve derginin söz konusu karikatür dolayısıyla tazminata mahkûm edilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır[73].

Basın özgürlüğüne verdiği özel önem sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sıradan kişilere kıyasla basın yayın organı mensuplarına daha geniş bir ifade özgürlüğü alanı tanıması, birtakım ödev ve yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, bu kimselere tanınan geniş koruma alanı ancak basın özgürlüğünün başta iyiniyet ve güvenilirlik olmak üzere basın yayın etik ilkelerine uygun şekilde kullanıldığı ve genel toplumsal yararı ilgilendiren durumlarda gündeme gelebilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu bağlamda yer yer mizahi içeriği de haiz bir radyo programında, magazinsel ya da politik herhangi bir yönü bulunmayan, sıradan bir vatandaşın cinsel

71 Karan, U. (2018). s. 47.

72 *Kuliś and Różycki/Polonya*, §§ 7-8.

73 *Kuliś and Różycki/Polonya*, §§ 38-40.

hayatıyla ve ailevi ilişkileriyle aleni biçimde dalga geçilmesinin ödev ve yükümlülüklere aykırılık taşıyacağına kanaat getirmiştir. Dava konusu olayda radyo programcıları, yalnızca hakkında radyoya rastgele gönderilen bir mektuptan edindikleri bilgilere dayanarak başvurana yönelik ağır ithamlarda bulunmuş ve bunu yaparken başvuranın ismini yakın çevresince tanınabilecek kadar açık şekilde, defalarca dile getirmiştir. Ek olarak, başvuranın ailevi ve cinsel yaşamına dair "*Bütün erkeklerle yattın ve şimdi de doğurduğun p*ç için çeyiz istiyorsun!*", "*Babanız vefat ettikten sonra cenazesine ve dini törenine katılamadınız ancak şimdi para istiyorsunuz, seni gidi şeytanın canavarı!*" gibi oldukça ağır söylemlerde bulunan radyo programcılarının bu tutumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre başvuranın özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmuştur[74].

Dilimize "makullük ölçütü" olarak çevrilebilecek bir kıstas uyarınca, mizahi bir söylemin ifade özgürlüğünün sınırları içerisinde kalıp kalmadığı, ifadenin yöneldiği kişi ya da grupların bu ifadeden alınma veya gücenme haklarının olup olmadığıyla doğrudan ilişkilidir. Görüşün savunucularına göre yalnızca yapılan bir şakadan objektif, makul ve ortalama bir kimsenin alınabileceği ya da gücenebileceğinin söylenebildiği durumlarla sınırlı olarak mizahi söylemlerin ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığı aksi koşullarda ise mizahi ifadelerin düşünceyi açıklama özgürlüğünün sağladığı koruma alanından yararlanacağı kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere bu kıstas, mizahi ifadelerin hukuki sınırlarının belirlenmesinde alınganlık ve gücenme gibi duygusal olgulara dayanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki sözü edilen alınma ya da gücenme durumuyla basite indirgenebilecek bir duygu değişimi, memnuniyetsizlik ya da hoşa gitmeme keyfiyeti değil bunlardan çok daha ağır bir ahlaki şok, öfke ya da tiksinti hâli ifade edilmektedir[75]. Zira aksi yönde bir yorum, kişileri rahatsız eden ya da inciten söylemlerin de ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu açıkça dile getiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihadına aykırı nitelik taşıyacağından hukuka aykırı olacaktır.

Yukarıda sözü edilen makullük kriterinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından harfi harfine benimsendiği rahatlıkla

[74] *Marina/Romanya*, §§ 85-87.

[75] Macaitė, A. M. (2017). s. 11.

söylenemeyecek olsa da başta *Sousa Goucha* kararı[76] olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kimi kararlarında benzeri ölçütlere yer verdiğini ifade etmek mümkündür. Adı geçen başvuruda dava konusu olay, gece yarısı yayımlanan bir talk show programında eşcinselliği herkesçe bilenen, ülkenin en meşhur erkek sunucularından biri hakkında yapılan ofansif bir şakayla alakalıdır. Talk show sırasında yapılan mizahi bilgi yarışmasında konuklara dört şık verilerek Portekiz'in en iyi kadın sunucusunun kim olduğu sorulmuş, sonrasında ise doğru yanıtın eşcinsel erkek sunucu olduğu söylenmiştir. Bunun üzerine erkek sunucu, yapılan şakadan ötürü itibarının zedelendiği iddiasıyla ilgili kişiler hakkında suç duyurusunda bulunmuş ancak ulusal yargı mercileri sanıkların cezalandırılmasına gerek olmadığı kanaatine varmıştır. Somut olayda sanıkların hakaret kastıyla hareket etmediklerini savunan yerel makamlar, toplum nazarındaki tanınırlığından ötürü erkek sunucunun bu tür şakalara katlanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bunun yanı sıra, kendi sunduğu televizyon programlarında kullandığı kadınsı kıyafetleri ve efemine hareketleriyle erkek sunucunun kadın cinsiyetine atfedilen davranışları kamuoyunca bilindiğinden her ne kadar gece yarısı şovunda dile getirilen ifadeler kötü niyetli olarak değerlendirilebilse de ulusal mercilere göre bu ifadeler cezalandırma için gereken sınıra ulaşmamıştır[77].

İç hukuk yollarından dilediği sonucu alamayan erkek sunucu, sanıkların cezalandırılmaması sebebiyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği iddiası ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı değerlendirmede öncelikle aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığından bu tür davalarda başvuranın özel yaşama saygı hakkı ile ifade özgürlüğünü korumaya yönelik kamu yararı arasında bir denge kurulması zaruretinin varlığına dikkat çekmiştir[78]. Ulusal yargı mercilerinin sanıkların niyeti ve başvuranın ünü hakkında yaptığı değerlendirmelerini önemle vurgulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın kişisel özellikleri ve davranışları hakkında yapılan şakanın makul ve objektif bir kimse tarafından hakaret yerine basit bir şaka olarak algılanacağını belirtmiştir. Benzer şekilde, söz konusu şaka ciddi bir ortam veya bağlam

[76] *Sousa Goucha/Portekiz*, B. No. 70434/12, 22/03/2016.
[77] *Sousa Goucha*/Portekiz, §§ 14-15.
[78] *Sousa Goucha*/Portekiz, §§ 42-43.

yerine genel tarzı eğlenceli, lakayıt ve gayriciddî olan bir televizyon programında dile getirilmiştir. Bütün bu açıklamalar ışığında, ulusal mercilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi standartlarına uygun biçimde karar verdiğini belirten Strazburg Mahkemesi, başvuranın özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir[79].

Yukarıda bahsedilen kararda kullanılan makul ve objektif izleyici -veya duruma göre dinleyici/okuyucu- kıstasına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kimi kararlarında da rastlamak mümkündür. Öyle ki 2007 yılında verdiği *Nikowitz and Verlagsgruppe News GMBH*[80] kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplumda gereklilik ölçütüne ilişkin değerlendirmesini neredeyse sadece bu ölçüt üzerinden gerçekleştirmiştir. Dünyaca ünlü Avusturyalı kayak sporcusu *Hermann Maier*'in geçirdiği ağır trafik kazasını mizahi ve ironik bir dille konu alan bir dergi, yayımladığı makalenin bir bölümünde Maier'in ezeli rakiplerinden *Stephan Eberharter* tarafından söylenmişçesine "*Harika, işte nihayet bir şeyler kazanacağım. Umarım çürük köpek koltuk değnekleriyle bir kez daha kayar da diğer bacağını da kırar!*" ifadelerine yer vermiştir. Bunun üzerine, kişilik haklarına saldırıldığı iddiasıyla Bay Eberharter tarafından açılan tazminat davasında görevli yerel mahkeme, her ne kadar derginin genel okuyucu profili entelektüel ve anlayışlı kişilerden oluşsa da ifadelerin gerçekte Bay Eberharter tarafından söylenmediğinin makaleyi üstünkörü okuyan birçok kişi tarafından anlaşılamayacağını ifade etmiş ve dergi sorumluları aleyhine parasal tazminata hükmetmiştir. Dergi sorumluları aleyhlerine hükmedilen tazminatı gerekçe göstererek ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur[81].

Strazburg Mahkemesi önündeki yargılamada başvuranlar, ilgili metnin gerçekte Bay Eberharter tarafından söylenmediğinin hemen hemen tüm okuyucularca rahatlıkla anlaşılabileceğini iddia etmiştir. Zira uzun bir süre boyunca dergide yayımladıkları ironik ve hicivsel yazılar nedeniyle başvuranların genel mizahi tavrı neredeyse bütün okuyucular tarafından bilinmekteydi. Üstüne üstlük bahse konu makaledeki tek hicivsel yazı Bay Eberharter ile alakalı olanlar da değildi. Makalede kaza sonrası Tanrı ile Bay Maier arasında geçen bir diyalogdan da

79 *Sousa Goucha*/Portekiz, §§ 48-56.

80 *Nikowitz and Verlagsgruppe News GMBH*/Avusturya, B. No. 5266/03, 22/02/2007.

81 *Nikowitz and Verlagsgruppe News GMBH*/Avusturya, §§ 5-10.

bahsediliyor ve hatta Avusturya devlet kanalı muhabirinin Bay Maier'in pansuman sonrası değiştirilen bandajıyla yaptığı kurgusal bir röportaja dâhi yazıda yer veriliyordu. Hâl böyleyken ulusal mercilerin metne hiç odaklanmamış ve son derece hızlı şekilde metni okuyan bir okuyucu kitlesi tasavvur ederek tazminata hükmetmeleri, başvuruculara göre hukuka uygun görülemeyecektir[82].

Yaptığı değerlendirmede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de benzeri sonuçlara ulaşmış, mizahi ve hicivsel yönü bu denli açık bir makalenin anlaşılabilirliğinin dikkatsiz bir okuyucu profili esas alınarak değerlendirilmesinin hatalı bir yaklaşım olduğuna kanaat getirmiştir. Zira makul düzeyde bir okuyucu profili, yazının içeriğini ve mizahi bağlamını kolaylıkla anlayabileceğinden ilgili makale en fazla Bay Eberharter'in karakterine ilişkin eleştirel bir şaka olarak değerlendirilebilecektir. Açıklanan gerekçelerle yerel makamların değerlendirmelerini hatalı bulan Mahkeme, dergi sorumlularına uygulanan yaptırımların demokratik toplumda gerekli görülemeyeceğine kanaat getirmiştir[83].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin mizahi söylemlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle bağdaşırlığını denetlediği davalarda kullandığı ölçütlerden bir diğeri ise ifadelerin maddi dünyaya ne şekilde aktarıldığıdır. Daha açık bir anlatımla, mizahi ögenin dış dünyaya spontane bir şekilde söylenilen sözlerle mi yahut içeriği ve muhtemel neticeleri üzerine düşünmeye fırsat veren, makul bir süre içerisinde hazırlanan yazı veya görsellerle mi nakledildiği hususu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin hukuki tahlilinde ele aldığı bir başka önemli kıstastır. Esasen bu kriter, mizahi söylemleri konu alan davalara özgü olmayıp Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğüyle ilgili birçok davada bu ölçütü kullandığı gözlemlenmektedir.

Buna göre, sözlü şekilde dile getirilen ifadeler söz konusu olduğunda, sözcüklerin ağızdan dikkatsizce ve hızlıca çıkabileceği kabul edilerek ifade özgürlüğüne sağlanan koruma alanı artırılmaktadır. Zira sözlü biçimde ağızdan çıkan ifadeler, kişileri bu ifadeleri geri çekme, düzeltme veya biçimlendirme fırsatından alıkoymaktadır. Buna karşın yazılı ya da görsel içerikleri konu alan davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; ifadelerin içerik, bağlam, kapsam ve olası sonuçlarının büyük oranda farkında olan kişilerin, fiillerinin hukuki sonuçlarına katlanmaları

82 *Nikowitz and Verlagsgruppe News GMBH*/Avusturya, §§ 16-17.

83 *Nikowitz and Verlagsgruppe News GMBH*/Avusturya, §§ 24-28.

gerektiğini düşündüğünden özgürlük lehine sağladığı korumayı daraltmaktadır[84]. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yukarıdaki gerekçelerle, çalıştıkları şirketin ilan panosuna insan kaynakları müdürünü hedef alan, hakaret içerikli bir karikatür asan işçilerin hizmet sözleşmelerinin feshedilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık taşımadığına kanaat getirmiştir[85].

Son olarak değinmek gerekir ki dile getirdikleri mizahi söylemlerle ifade özgürlüklerini kullanan kişilere uygulanan müdahale, tedbir ya da yaptırımların ölçülülük ilkesine aykırı olup olmadığı hususu da demokratik toplumda gereklilik kriterine dair değerlendirmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince incelemeye tâbi tutulmaktadır. Somut olayda gerçekleştirilen müdahale ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasındaki dengenin gözetildiği orantılılık ilkesine uygunluğun, mizahi ifadelerin konu edildiği birçok davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kullanıldığı gözlemlenmektedir[86]. Bu açıdan Strazburg Mahkemesi, ölçülülüğe ilişkin hukuki denetiminde cezai yaptırımlara özel bir ihtimam göstermekte ve ömürleri boyunca kişilerin sicil kayıtlarında yer alacak olmalarından ötürü ağırlıkları ne olursa olsun ceza yaptırımlarına taraf devletlerce en son çare olarak başvurulması gerektiğinin önemle altını çizmektedir[87].

Ek olarak belirtilmelidir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ölçülülük ilkesine ilişkin denetimini gerçekleştirirken başvuranın kimliğini ve kullanılan ifadelerin kamu yararına olan etkisini de ön planda tutmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu bağlamda bir politikacıyı eleştiren sıradan bir vatandaşa verilen cüzi miktarda para cezasını orantısız bulurken[88], halk sağlığının korunmasında sigarayla mücadelenin önemini de göz önüne alarak çizdiği bir karikatürle sigarayla ilgili bir yönetmeliği eleştiren oldukça yüksek tirajlı bir derginin ödediği ağır tazminat miktarının ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına kanaat getirmiştir[89].

---

84 Örneğin bkz. *Fuentes Bobo/İspanya*, B. No. 39293/98, 29/05/2000, § 46; *Nilsen and Johnsen/Norveç*, B. No. B. No. 23118/93, 25/11/1999, § 48; *Raichinov/Bulgaristan*, B. No. 47579/99, 20/07/2006, § 51; *De Diego Nafria/İspanya*, B. No. 46833/99, 14/03/2002, § 41.

85 *Aguilera Jimenez ve diğerleri*/İspanya, §§ 34-35.

86 *Bkz. Aguilera Jimenez ve diğerleri*/İspanya, § 36; *Palomo Sánchez ve diğerleri*/İspanya, § 77; *Kuliś and Różycki*/Polonya, § 40.

87 *Raichinov/Bulgaristan*, §§ 50-51.

88 *Alves da Silva/Portekiz*, §§ 30-31.

89 *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson/Fransa*, §§ 62-63.

2. Şiddet ve Nefret Söylemi Kapsamında Değerlendirilebilecek İfadeler Bakımından

Yukarıda bahsedildiği üzere, ofansif mizaha ilişkin söylemler söz konusu olduğunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin izleyebileceği bir diğer yol ise ofansif söylemlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi yerine 17. maddesi bağlamında ele alınması ve bu şekilde ifade özgürlüğünün sağladığı koruma alanından bütünüyle dışlanmasıdır. Lâkin belirtildiği gibi bu tarz bir tavır takındığı durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını temel alan başvuruları esas hakkında inceleme dahi yapmaksızın reddettiğinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince bu yola ancak oldukça istisnai hâllerde başvurulmaktadır.

Varlık amacı kabaca, özgürlükçü ve çoğulcu bir demokrasi modelini esas alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ilkelerin bizzat Sözleşme'nin sağladığı özgürlük alanı kötüye kullanılmak suretiyle yok edilmesinin önüne geçilmesi olarak ifade edilebilecek 17. madde ile ayrımcılığı, ötekileştirmeyi ve damgalamayı hedefleyen nefret söylemi sıfatını haiz ifadelerin hukuksal koruma dışında bırakılması amaçlanmaktadır[90]. Bu bakımdan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yapılış safhasında totaliter rejimlerce temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesine engel olunması ihtiyacıyla sınırlı olarak kullanılan 17. madde, günümüzde nefret söylemleri, şiddeti öven ya da teşvik eden ifadeler, yabancı düşmanlığı, ırk ayrımcılığı, İslamofobi ve antisemitizm, terörizm, holokost inkârı vb. birçok konuyu kapsayacak biçimde geniş yorumlanmaktadır[91].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına bakıldığında, hakların kötüye kullanılmasını engelleme amacı güden 17. maddenin insanlığa karşı işlenen suçların inkârının[92], etnik ırk ayrımcılığına dayalı siyasi söylem ve politikaların[93] ya da bir dine mensup kişilere yönelik ağır itham ve isnatlarda bulunulmasının[94] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle bağdaşmadığının tespit edildiği birçok davada kullanıldığı

[90] Weber, A. (2009). s. 23; Kuş, Ş. (2021). s. 7-8.

[91] Kuş, Ş. (2021). s. 47.

[92] *Garaudy/Fransa* (Kabul Edilebilirlik Kararı), B. No. 65831/01, 24/6/2003.

[93] *Glimmerveen and Hagenbeek/Hollanda* (kabul edilebilirlik kararı), B. No. 8348/78, 8406/78, 11/10/1979.

[94] *Norwood/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik kararı), B. No. 23131/03, 16/11/2004.

görülmektedir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, nefret söyleminin varlığı için mutlak surette bariz bir nefret söylemi ya da belirli bir suç veya şiddet eylemi çağrısı yapılmış olmasına ihtiyaç duyulmadığının da kararlarında altını çizmektedir. Öyle ki toplumun belirli bir kesiminin aşağılanması, karalanması yahut ırkları ya da dinî inançları sebebiyle azınlıkta kalan kimselerle alay edilmesi gibi durumlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından nefret söylemi kapsamında değerlendirilebilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu tutumunun temel gerekçesi ise basmakalıp değer yargılarına dayanan ve kültürel, etnik veya dinî nefreti körükleyen ifadelerin, demokratik toplumlarda toplumsal barış üzerinde yarattığı ciddi olumsuz etkidir[95].

Mizah aynı zamanda sosyal bir olgu da olduğundan doktrinde isabetli şekilde belirtildiği üzere mizahi ögeler salt biçimsel açıdan ele alınmamalı, ofansif şakaların kimler tarafından hangi bağlam içerisinde yapıldığı da nefret söyleminin varlığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan kimilerine göre nasıl ki bir *Ku Klux Klan* üyesi tarafından dile getirilen "*zenci*" sözcüğü, genç siyahi erkeklerin birbirlerine hitap ederken kullandıkları "*zenci*" kelimesiyle eşdeğer değilse bir *Neo-Nazi* tarafından yapılan Yahudi şakası da Yahudilerin kendi arasında yaptığı Yahudi şakalarıyla bir tutulmamalıdır. Benzer şekilde, bu görüşü savunanlara göre kimi durumlarda heteroseksüel bir kişi tarafından yapılan eşcinsel şakası, eşcinsel kimseler tarafından homofobi ile itham edilirken aynı şaka homoseksüel biri tarafından yapıldığı takdirde sorun teşkil etmeyebilmektedir[96]. Dolayısıyla bilhassa ofansif mizah söz konusu olduğunda, ifadenin dile getirildiği sosyolojik ya da ideolojik bağlamın, mizahi ögenin ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanıp yararlanmayacağının belirlenmesinde hayati önem taşıdığını söylemek mümkündür.

Gerçekten de her ofansif şaka, hedef alınan kişi grubunu aşağılama ya da o grupla ilgili basmakalıp olumsuz değer yargılarını dile getirme amacı gütmemektedir. Öyle ki bazı ofansif şakalar, şaka konusu gruba bir eleştiri getirmekten ziyade toplum nazarında söz konusu grup aleyhine hâlihazırda var olan stereotipleri ifade etmeyi amaçlamaktadır. Başta avukatlar olmak üzere kimi meslek gruplarıyla ilgili yapılan şakalar - örneğin "*-Okyanusun dibinde bir kayaya zincirlenmiş 1000 avukata ne denir?*

95 *Feret/Belçika*, B. No. 15615/07, 16/07/2009, § 73.

96 Billig, M. (2005). s. 31-32; Karşıt görüş için bkz. Howitt, D.- Owusu-Bempah, K. (2005). s. 62.

-*İyi bir başlangıç*!" - ilgili meslek grubuna olumsuz bir nitelik atfetmekten çok, orantısız ve olağan dışı bir örnek olaya başvurarak, mesleğin toplum gözündeki itibarına eleştirel bir bakış açısı getirmeyi hedeflemektedir[97]. Görüldüğü üzere yalnızca şekli açıdan değerlendirildiğinde birer şiddet çağrısı olarak nitelendirilebilecek bu tür ifadelerin abartılı ve realiteden uzak içeriği göz önünde bulundurulduğunda böyle bir anlamdan oldukça uzak olduğunu belirtmek mümkündür. Yine bu tür şakalar, ilgili meslek grubu mensupları tarafından uygunsuz ya da rahatsız edici görülebilecekse de bu uygunsuzluğun şakaya nefret söylemi sıfatını kazandırması herhalde mümkün olmayacaktır.

Yukarıda sözü geçen, avukatları konu edinen şakanın öznesinde yapılacak ufak bir değişiklikle nefret söylemi haline evrilmesi, ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde mizahi ögelerin dile getirildiği bağlamın ne denli önem arz ettiğini gözler önüne sermektedir. Bahse konu şakada, "okyanusun dibindeki bir kayaya zincirlenecek" kişilerin avukatlar yerine siyahiler olması durumunda bağlam değişecek ve ofansif şaka, nefret söylemi açısından tartışılabilir hâle gelecektir. Siyahi insanların yıllar boyu köleliğin zincirini kırma yönündeki uğraşları ve maalesef günümüzde dâhi dünyanın birçok noktasında siyahilere karşı gerçekleştirilen yoğun şiddet hareketlerinin varlığı, kuşkusuz bu durumun başlıca sebeplerindendir[98].

Öğretide kimi yazarlar, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere yargı organlarınca ırkçı şakaların nefret söylemi kapsamında ele almasına karşı çıkmakta ve bu tür ifadelerin bünyesinde aşağılama ve damgalama olgusu taşıdığı iddialarını reddetmektedir. Bununla birlikte ırkçı şakaların yalnızca birer şakadan ibaret oldukları görüşü, genellikle şaka amaçlı söylenen sözcüklerin gerçekten ırkçı olamayacağı gibi basit bir varsayıma dayanmaktadır. Görüşün savunucularına göre ciddiye alınması gereken yegâne konu gerçek ırkçılık olup ırkçı şaka yapan kişiler çoğu zaman, şaka konusu etnik grubun şakalarda tasvir edilen stereotiplere sahip olduklarına gerçekten inanmamaktadır. Bu bağlamda örneğin Yahudi şakalarında kullanılan parayla ilgili basmakalıp ifadeler antisemitik olmamakta zira antisemitist kimseler düşmanlıklarını dile getirmek için basit bir şakadan çok daha başka araçlar kullanmaktadır. Bir başka söyleyişle; ırkçı şakalar özünde sadece birer şaka, gerçek ırkçılar

97 Billig, M. (2005). s. 33.

98 Benzer yönde bkz. Billig, M. (2005). s. 34; Howitt, D.- Owusu-Bempah, K. (2005). s. 56-57.

ise "ırkçılık mesailerini" şaka yapmaya ayıramayacak kadar ırkçılıkla meşgul kimselerdir[99].

Buna karşın öğretide kimi yazarlar ise ırkçılık övgüsü taşımasalar dahi ırkçı stereotipler içeren şakaların zararsız olduğu fikrini reddetmekte, sıklıkla bu tür şakaların yapılmasının halkın zihnindeki etnik gruplara yönelik kalıplaşmış değer yargılarının sürdürülmesine imkân sağlayacağını ve bu nedenle önyargı ile ırkçılığın sürdürülmesine olanak tanıyacağını ifade etmektedir[100].

Irk ve inanç ayrımcılığına dayalı ofansif mizah ögelerinin nefret söylemi bağlamında ele alındığı yargı kararlarından belki de en önemlisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2015 yılında verdiği *M'bala M'bala* kararıdır[101]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararda, gerçekleştirdiği bir stand up gösterisinde dile getirdiği ifadeler ve ortaya koyduğu davranışlar nedeniyle adli para cezasına çarptırılan ünlü komedyen *Dieudonné*'nin durumunu incelemiştir. Avrupa parlamentosu seçimlerinde "Avrupa-Filistin listesi" ve "Anti-Siyonist liste"den aday olmak gibi siyasi eylemleriyle de tanınan Dieudonné, 2008 yılında gerçekleştirdiği bir stand up şovunda, sahneye soykırım inkârcılığıyla meşhur eski bir akademisyen olan *Robert Faurisson*'u çağırmış ve onunla bir dizi sohbette bulunmuştur. Sohbet esnasında gösterileri aleyhine aldığı "*İkinci Dünya Savaşından bu yana en büyük Yahudi karşıtı miting*" gibi eleştirilerden de bahseden komedyen, "*quenelle*" adını verdiği gösterisinin çıtasını daha da yukarı çıkarması gerektiğine işaret ederek[102] gösterinin sonlarına doğru toplama kampına gönderilmiş bir Yahudi gibi giyinen ve elinde üç dallı bir şamdan tutan başka bir oyuncu arkadaşı vasıtasıyla, gaz odalarının varlığını ve Yahudi soykırımını sorgulayışını ödüllendirmek amacıyla Faurisson'a "*eşine az rastlanırlık ve arsızlık ödülü* (*prize for unfrequentability and insolence*)" vermiştir. Yaşanan olaylar üzerine Dieudonné hakkında bir ceza soruşturması başlatılmış ve komedyen etnik sınıf, ırk ve dinî inanç farklılığına dayanarak halkın bir kesimini alenen aşağıladığından bahisle adli para cezasına çarptırılmıştır[103]. Bunun

99 Billig, M. (2005). s. 29-30.

100 Billig, M. (2005). s. 30; Howitt, D.- Owusu-Bempah, K. (2005). s. 62.

101 *M'bala M'bala/Fransa* (kabul edilebilirlik kararı), B. No. 25239/13, 20/10/2015.

102 Dieudonné burada kinayeli bir söylemde bulunmuş ve kullandığı ifade -orijinal dilinde "*pour leur glisser une quenelle*"- ile aynı zamanda antisemitist bir manayı da haiz ve kendisiyle özdeşleşen "*quenelle*" selamını kastetmiştir.

103 *M'bala M'bala/Fransa*, §§ 9-13.

üzerine komedyen Dieudonné, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı değerlendirmede her şeyden önce ifade özgürlüğünün demokratik toplumların temel yapıtaşlarından biri olduğu içtihadını önemle vurgulamış; doğası gereği gerçeğin abartılması ya da çarpıtılmasının esas olduğu, sanatsal bir ifade biçimi olan hicvin kışkırtıcı ve tahrik edici yönünün doğal karşılanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre bir sanatçının hicivsel ve alaycı ifadelerinin ifade özgürlüğünün koruma kapsamı dışında kalıp kalmadığı hususu, her olayın somut koşulları dikkate alınarak titizlikle incelenmelidir[104]. Bununla beraber Strazburg Mahkemesi hicvi konu alan davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinde düzenlenen hakları kötüye kullanma yasağının da gündeme gelebileceğini belirterek, İslamofobik ve antisemitist ifadeler gibi Sözleşme'nin temel değerlerini hedef alan nefret söylemlerinin ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanamayacağını hatırlatmıştır[105].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre başvurucunun gösteri sırasındaki açıklamaları ve gerçekleştirdiği ödül töreninin Yahudi aleyhtarı içeriği sebebiyle Yahudi kökenli ya da inançlı kimseler bakımından rahatsızlık yaratacağı kuşkusuzdur. Benzer şekilde, başvuranın gösterilerine kendisiyle özdeşleşen ve Yahudi karşıtı sayılabilecek bir tür selama atıfta bulunarak "*quenelle*" adını vermesi de gösterilerin eleştirel hedef kitlesinin kimler olduğunu gözler önüne sermektedir[106]. Bununla beraber Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bahse konu ifadelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunup korunmayacağına ilişkin esas denetimini söylemlerin içeriğinden ziyade başvuranın niyet ve amacı üzerinden gerçekleştirme yoluna gitmiştir. Konuk akademisyenin gösteride dile getirdiği, gayet ciddi ve mizahi dilden uzak ifadelere başvuran tarafından en ufak bir müdahalede dahi bulunulmaması, başvuranın gösteri esnasında kimi zaman yaptığı küçük kelime oyunlarıyla izleyiciyi soykırım gerçeğini savunanların aslında siyonist güdülerle hareket ettiklerini düşünmeye teşvik etmesi yahut toplama kampındaki mültecilerin kıyafetlerine yönelik başvuranın

[104] *M'bala M'bala/Fransa*, § 31.
[105] *M'bala M'bala/Fransa*, §§ 32-33.
[106] *M'bala M'bala/Fransa*, §§ 34-35.

"*ışık kaftanı (garment of light)*"[107] nitelendirmesi olguları, başvuranın ve dolayısıyla gösterinin aşağılayıcı ve saldırgan tavrını ortaya koyar niteliktedir[108]. Dahası, uzun yıllardır gerçekleştirdiği siyasi eylem ve faaliyetler dolayısıyla başvuranın sıradan bir komedyenden öte, politik bir sıfat taşıdığı aşikâr olup aşırı sağcı Ulusal Cephe Partisi lideri ile birlikte gerçekleştirdiği siyasi ittifak, bunun iyi bir örneğidir[109].

Nihayet gösteri sırasında zaman zaman izleyicilerden gelen "*Evet, Faurisson haklıdır!*" gibi yanıtlardan ötürü gösterinin mizahi bir şovdan ziyade siyasal bir mitinge evrildiğinin altını çizen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dile getirilen ifadeleri nefret söylemi bağlamında değerlendirme yoluna gitmiş; içeriği yönünden ne denli hicivsel ögeler taşırsa taşısın, adalet ve toplumsal barış gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel değerleriyle taban tabana çelişen bir ideolojinin dışavurumunun ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır[110]. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, çoğulcu bir demokratik toplumun devamlılığı için kin ve düşmanlığın bariz şekilde belli olduğu ifadeler kadar sanatsal üretim arkasına sığınan nefret söylemlerinin engellenmesi de büyük önem arz etmektedir[111].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; ırkçı, antisemitik ya da İslamofobik söylemler gibi nefret söylemlerinin bulunmadığı yahut terör ve şiddet eylemlerinin doğrudan ve kesin biçimde onaylanmadığı mizahi ögeler söz konusu olduğunda ise dava konusu ifadeleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi kapsamında ele alarak ifade özgürlüğünün koruma kapsamı dışında bırakmak yerine esas incelemesini 10. madde bağlamında gerçekleştirme yoluna gitmektedir. Öyle ki Fransa'nın Bask bölgesinde haftalık olarak yayımlanan bir politik mizah dergisinde çizdiği siyasi karikatürden ötürü cezalandırılan bir karikatüristin aldığı cezanın hukuka uygunluğunun incelendiği *Leroy* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çizerin sahip olduğu basın özgürlüğünün de önemine vurgu yaparak bu tutumu sergilemiştir[112].

---

107 Musevilik için kutsal bir motif olan "ışık kaftanı" Zebur'un Tanrı'ya övgü düzülen bir bölümünde yer almaktadır. "*Ya Rab Tanrım, ne ulusun! / Görkem ve yücelik kuşanmışsın. / Bir kaftana bürünür gibi ışığa bürünmüşsün.*" Zebur: Bölüm 104.

108 *M'bala M'bala/Fransa*, § 36.

109 *M'bala M'bala/Fransa*, § 37.

110 *M'bala M'bala/Fransa*, §§ 38-39.

111 *M'bala M'bala/Fransa*, § 40.

112 *Leroy/Fransa*, B. No. 36109/03, 02/10/2008, § 27.

Dava konusu olayda başvuran, 11 Eylül olaylarından yalnızca iki gün sonra *Ekaitza* isimli bir yerel dergide, gerçekleşen terör olaylarını konu alan bir karikatür yayımlamıştır. Karikatürde Dünya Ticaret Merkezi'ne çarpan iki uçak resmedilmiş ve karikatürün altına o günlerde revaçta olan bir televizyon reklamına da atıfta bulunularak *"Biz bunu hep hayal ettik... Hamas bunu yaptı."* yazısı eklenmiştir. Bunun üzerine yetkili makamlarca dergi ve derginin sorumlu yazı işleri müdürü hakkında soruşturma başlatılmış ve yargılama sonucu sorumlular cüzi sayılabilecek bir para cezasıyla cezalandırılmıştır[113].

Yetkili makamlarca, kamu düzeninin korunması ve kamu güvenliğinin sağlanması meşru amaçları doğrultusunda gerçekleştirilen müdahalenin kanunla öngörülme şartını da sağladığı kanısına varan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konuya ilişkin esas denetimini demokratik toplumda gereklilik unsuru yönünden gerçekleştirmiştir. Strazburg Mahkemesi bütün bu denetimi gerçekleştirirken karikatür ve hiciv sanatının tabiatı gereği kışkırtıcı bir dile sahip olduğu gerçeğini de göz önünde bulunduracağının peşinen altını çizmiştir. Ek olarak çağdaş demokrasilerin etkili biçimde sürdürülmesinde basın organlarının oynadığı önemli rol ve basın yayın çalışanlarının haiz oldukları ödev ve sorumluluklar da yine hukuku tahlilinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından dikkate alınan bir diğer unsurdur[114].

Bütün bu veriler ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilgili karikatürün her ne kadar yaşanan evrensel çapta bir kaosu ele aldığı ve bundan ötürü kamu yararını ilgilendiren bir meseleye ilişkin olduğunu ifade etse de kullanılan dil (*"biz" hayal ettik*) göz önüne alındığında başvuranın iddialarının aksine[115] söz konusu çizimin Amerika Birleşik Devletleri'nin ve uyguladığı emperyalist politikanın eleştirilmesinden ibaret olmadığını; bu politikanın şiddet yoluna başvurularak ortadan kaldırılması gerektiği fikrinin övüldüğü ve desteklendiğini ifade etmiştir. Benzer şekilde, sayısız sivilin maruz kaldığı bir terör eylemini

113 *Leroy/Fransa*, §§ 6-11.

114 *Leroy/Fransa*, §§ 39-40.

115 Başvuran, aldığı eleştirilerin ağırlığı üzerine, derginin bir sonraki sayısında yaptığı açıklamalarda, "*ABD'de gerçekleşen saldırı sonucu bazı sembollerin çöküşünü dile getirmek istediğini ancak bunu yaparken mağdurların acısını hesaba katmadan, düşüncesizce hareket ettiğini, dolayısıyla kurbanların çektiği acıları yüreğinde hissettiğini; bununla birlikte Amerika Birleşik Devletleri'nin de yıllar boyu Irak'ta benzer ölümlerden sorumlu olduğunu ve bu nedenle karikatürün aslında ABD'nin uyguladığı, emperyalist dış politikayı hedef aldığını*" ifade etmiştir. *Leroy/Fransa*, § 10.

onaylayıcı tarzda yorumlayan ve olayın mağdurlarının haysiyetine zarar verme potansiyeli taşıyan ilgili karikatürün, menfur olayın gerçekleşme tarihinden yalnızca iki gün sonra, Bask bölgesi gibi politik açıdan hassas bir bölgede yayımlanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre aynı zamanda gazeteci sıfatı da taşıyan karikatüristin sorumluluklarının bilincinde hareket etmediğinin bir göstergesi olarak yorumlanmalıdır. Son olarak içeriğinde siyasi ve militan ifadeler taşıyan mizahi ögelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde belirtilen sınırlamalardan muaf olmadığını önemle hatırlatan Mahkeme, ortalama ağırlıktaki adli para cezasını da dikkate alarak, başvurana verilen cezayı orantılı ve hukuka uygun bulmuştur[116].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aralarında çok da uzun bir zaman dilimi olmayan, benzer nitelikteki iki olayda farklı tutumlar sergilemesinin konu hakkında bir içtihat değişikliği biçiminde yorumlanması pek tabii mümkündür. Keza öğretide de kimilerince bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 17. maddeye başvurulabilecekken bundan kaçındığı bir durum olarak ifade edilmiştir[117]. Lâkin kanaatimizce bu keyfiyet, içtihada yönelik bir değişiklikten ziyade sonraki açıklamalarına da dayalı olarak başvuranların amaç ve niyetine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaptığı tespit ve değerlendirmelere ilişkindir. Nitekim *M'bala M'bala* davasında başvurucu Dieudonné, hakkında başlatılan ceza soruşturması sırasında yetkili makamlara yaptığı açıklamalarda, gösterisine çağırdığı akademisyenin holokost inkârına ilişkin tavrından haberdar olmasa da "şeytani" ünü hakkında bilgi sahibi olduğunu belirtmiştir. Bunun yanı sıra, Musevi dininde kutsal kabul edilen şamdan ve toplama kampı mahkûmu kıyafeti gibi gösteride kullandığı nesnelerin modaya son derece uygun olduğundan bahsetmiş, asıl pişmanlığının ise yeterince komik bir gösteri ortaya koyamamış olmak olduğunu dile getirmiştir[118].

Buna karşın öteki davada Bay Leroy, hakkında ceza soruşturması başlatıldıktan hemen sonra, yine basın yayın yoluyla yaptığı açıklamalarında ağır siyasi eleştirilerinden ve Amerikan emperyalizmine karşı sert duruşundan taviz vermese de 11 Eylül saldırısının kurbanları ve onların aileleri için duyduğu hüzün ve acıyı yüreğinde hissettiğini ifade

116 *Leroy/Fransa*, §§ 41-47.

117 Kuş, Ş. (2021). s. 61.

118 *M'bala M'bala/Fransa* (kabul edilebilirlik kararı), § 12.

etmiştir. Ayrıca asıl amacının anlaşılamamasından ötürü karikatürün "*açıklanmayı gerektirecek kadar kötü bir çizim*" olduğunu belirten başvuran, çizimin doğuracağı neticeleri öngöremediğini ve düşüncesizce hareket ettiğini kabul etmiştir[119]. İşte başvuranların tavırlarına ilişkin iki dava arasında mevcut bulunan bu bariz fark, kanımızca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin benzer iki olayda farklı tutumlar izlemesini zorunlu kılmıştır. Bu yüzden Mahkeme, Leroy başvurusunda, okuyucu kitlesince asıl maksadı anlaşılamayan başvuranın eylemlerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi bağlamında ele almayı uygun görmüş; bunun aksine ortaya koyduğu ayrımcı ve damgalayıcı davranışlardan ötürü, diğer davada başvuranın söylemlerinin hiçbir durumda ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanamayacağının altını çizmiştir.

SONUÇ

Sanatsal ifade özgürlüğünün özel bir görünümünü teşkil eden mizahi söylemler, doğası gereği gerçeğin abartılması ya da çarpıtılmasının esas olduğu hiciv sanatının kışkırtıcı ve tahrik edici içeriğiyle harmanlandığında büyük toplumsal tartışmalar doğurmakta yahut hâlihazırda var olan bu tür tartışmaları güçlü biçimde alevlendirmektedir. Çağdaş demokrasilerde yalnızca lehe görülen ve hoşa giden ifadelerin değil aynı zamanda toplumun bir kısmını ya da büyük bir bölümünü inciten, tahrik eden ya da öfkelendiren söylemlerin de ifade özgürlüğünün koruması altında olduğu göz önüne alındığında, ofansif mizah söylemlerinin hukuki sınırlarının çizilmesi, çoğulcu demokratik toplum düzenin devamlılığı açısından büyük önem taşımaktadır.

Ofansif mizahi ögeler söz konusu olduğunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadının ulusal mercilerce dikkate alınması bir hayli ehemmiyet arz etmektedir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin mizahi ifadelere ilişkin sayısız davada kullandığı mizahi ifadenin konusunun toplumsal yarara sağladığı katkı, mizahi söylemi dile getiren öznenin kimlik ve nitelikleri, ifadenin dış dünyaya ne şekilde aktarıldığı yahut makul bir okuyucu ve dinleyicinin mizahı ifadeden ne tür çıkarımlar yapabileceği gibi kıstaslar, ofansif mizahın hukuka uygunluğunun denetlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Benzer şekilde, kişilere uygulanan hukuki müdahalenin ölçülülük ilkesine

[119] Leroy/Fransa, § 10.

uygunluğu da ifade özgürlüğünün meşru biçimde sınırlandırılabilmesi için yine ulusal mercilerce dikkate alınması gereken bir diğer unsurdur.

Çağdaş demokratik toplum yapısıyla ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin temel değerleriyle hiçbir koşulda bağdaşmayan, hatta birçok halde bu değerlerle taban tabana zıt karakterdeki ifadelerin, ofansif mizah kisvesi altında sunulmasına ise taraf devletlerce müsamaha gösterilmemelidir. Bir dinin, inancın ya da felsefi görüşün alaycı şekilde eleştirilmesinden ziyade bir dinin mensubu kişilerin, belirli bir etnik kimliğin veya ırkın hedef tutularak bu kişilere ağır şekilde hakaret edilmesi durumlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin nefret söylemine dair içtihadı dikkate alınmalı ve bu tür söylemler ifade özgürlüğünün sağladığı koruma alanından dışlanmalıdır. Bununla birlikte, nefret söyleminin varlığının belirlenmesinde mizahi ifadelerinin içeriği ve hedef kitlesi kadar ifadeleri dile getiren kişilerin tutum ve gayeleri de hesaba katılmalı; ofansif mizah ögeleri ve bunların süjeleri istisnasız her durumda, en azından hukukçular tarafından ağır linç kampanyalarına hedef gösterilmemelidir.

KAYNAKÇA

BILLIG, Michael (2005). "Comic Racism and Violence", in Lockyer, S. - Pickering, M. (Ed.), *Beyond a Joke: The Limits of Humour*, Palgrave Macmillan, pp. 25-44.

BLEICH, Erik (2021). "Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in the European Legal Context", in Khory, K. R. (Ed.) *Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century*, Palgrave Macmillan, pp. 113-128.

BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika (2017). *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe.

GODIOLI, Alberto (2020). "Cartoon Controversies at the European Court of Human Rights: Towards Forensic Humor Studies", *Open Library of Humanities*, Vol. 6., No.1., pp. 1-34.

HOBBES, Thomas (2007). *Leviathan* (Çev. Lim, Semih), 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları.

HOWITT, Dennis - OWUSU-BEMPAH, Kwame (2005). "Race and Ethnicity in Popular Humour", in Lockyer, S. - Pickering, M. (Ed.), *Beyond a Joke: The Limits of Humour*, Palgrave Macmillan, pp. 45-62.

KARAN, Ulaş (2018). *İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2*.

KUŞ, Şeyma (2021). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi*, Oniki Levha.

LITTLE, Laura E. (2009). "Regulating Funny: Humor and the Law", *Cornell Law Review*, Vol. 94., No. 5., pp. 1235-1292.

MACAITĖ, Aistė Marija (2017). *Finding Humour In Human Rights* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholieke Universiteit Leuven).

NESİN, Aziz (1985). "Namık Kemâl'in Diyojen'de İmzasız Çıkan Siyasal Gülmece Yazıları", *Tarih ve Toplum*, S. 19., ss. 25-26.

ÖZOCAK, Gürkan (2011). "Türkiye'de Siyasi İktidarın Mizahla İmtihanı: İfade Özgürlüğü ve Karikatür", *TBB Dergisi*, S. 94., ss. 259-294.

PILLAY, Karmini (2010). "The Cartoon Wars: Free Speech or Hate Speech", *The South African Law Journal*, Vol. 127., No. 3., pp. 463-489.

PLATO (1975). *Philebus* (Çev. Gosling, J. C. B.), Oxford University Press.

POPOVIC, Helena (2018). "'Good Comedy' and the Limits of Humour",

Journal Sociologija, Vol. 60, No. 3, pp. 595-613.

STURGES, Paul, (2010). "Comedy as Freedom of Expression", *Journal of Documentation*, Vol. 66., No. 2., pp. 279-293.

ŞAHİN, Zeynep Burcu (2019). "Karikatür ve İfade Özgürlüğü", *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, C. 10., S. 17., ss. 2208-2244.

VIENNOT, Camille (2015). "The Muhammad caricatures as seen by the French courts", (Çev: Chaize, Isabelle), *Les Cahiers de la Justice*, Vol. 2., No. 2., pp. 265-282.

WEAVER, Simon (2011). *The Rhetoric of Racist Humour: US, UK and Global Race Joking*, Routledge.

WEBER, Anne (2009). *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Aguilera Jimenez ve diğerleri/İspanya, B. No. 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06, 28964/06, 8/12/2009.

Alves da Silva/Portekiz, B. No. 41665/07, 20/10/2009.

Ben El Mahi ve diğerleri/Danimarka (kabul edilebilirlik kararı), B. No. 5853/06, 11/12/2006.

De Diego Nafria/İspanya, B. No. 46833/99, 14/3/2002.

Feret/Belçika, B. No. 15615/07, 16/7/2009.

Fuentes Bobo/İspanya, B. No. 39293/98, 29/5/2000.

Garaudy/Fransa (kabul edilebilirlik kararı), B. No. 65831/01, 24/6/2003.

Glimmerveen and Hagenbeek/Hollanda (kabul edilebilirlik kararı), B. No. 8348/78, 8406/78, 11/10/1979.

Handyside/Birleşik Krallık, B. No. 5493/72, 7/12/1976.

Kuliś and Różycki/Polonya, B. No. 27209/03, 6/10/2009.

Leroy/Fransa, B. No. 36109/03, 2/10/2008.

Marina/Romanya, B. No. 50469/14, 26/05/2020.

M'bala M'bala/Fransa (kabul edilebilirlik kararı), B. No. 25239/13, 20/10/2015.

Nikowitz and Verlagsgruppe News GMBH/Avusturya, B. No. 5266/03, 22/2/2007.

Nilsen and Johnsen/Norveç, B. No. B. No. 23118/93, 25/11/1999.

Norwood/Birleşik Krallık (kabul edilebilirlik kararı), B. No. 23131/03, 16/11/2004.

Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya, B. No. 28955/06, 28957/06, 28959/6, 28964/06, 12/9/2011.

Raichinov/Bulgaristan, B. No. 47579/99, 20/7/2006.

Sekmadienis LTD./Litvanya, B. No. 69317/14, 30/1/2018.

Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson/Fransa, B. No. 26935/05, 5/3/2009.

Sousa Goucha/Portekiz, B. No. 70434/12, 22/3/2016.

Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, B. No. 68354/01, 25/1/2007.

Diğer Kararlar

AYM, *Ufuk Çalışkan*, B. No: 2015/1570, 7/3/2019.

Fransız Yargıtayı (Cour de Cassation) Genel Kurul, No. 06-81.785, 16/2/2007.

Fransız Yargıtayı (Cour de Cassation), No. 05-81.932, 14/2/2006.

Fransız Yargıtayı (Cour de Cassation), No. 06-84.710, 2/5/2007.

Fransız Yargıtayı (Cour de Cassation), No.05-15.822, 05-16.001, 14/11/2006.

Güney Afrika Yüksek Mahkemesi (Witwatersrand Yerel Bölgesi, Johannesburg), Dava No. 1127/06, 3/2/2006.

Kanada Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Canada), *Ward v. Quebec*, 2021 SCC 43, 29/10/2021.

Paris Temyiz Mahkemesi (Cour D'Appel de Paris) 11. Dairesi, Dosya No. 07/02873, 12/3/2008.

İnternet Kaynakları

http://www.guglielmi.fr

http://www.saflii.org

https://www.bbc.com

https://www.foxnews.com

https://www.gazeteduvar.com.tr

https://www.imdb.com

https://www.legifrance.gouv.fr

https://www.t24.com.tr

Anayasa Yargısı, Cilt: 39, Sayı: 2, (2022), ss. 355–393.

BİREYSEL BAŞVURUDA ANAYASAL VE KİŞİSEL ÖNEM KRİTERİ VE ANAYASA MAHKEMESİNİN İŞ YÜKÜ SORUNU BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

The Criterion of Constitutional and Personal Significance in Individual Application and Its Examination in terms of the Case-load of the Constitutional Court

Arş. Gör. İsmail DEMİRCİ*

ÖZ

Anayasa Mahkemesinin (AYM) gittikçe artan iş yükü, mahkemenin etkin ve verimli çalışması bakımından endişelerin oluşmasına yol açmıştır. AYM istatistikleri incelendiğinde bireysel başvuruların iş yükünün artışında ciddi etkisinin olduğu görülmektedir. Nitekim güncel verilere göre derdest bireysel başvuru sayısı 121.977'dir. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir rol üstlenen bireysel başvuru yolunun etkinliğini yitirmesini önlemek için iş yükü sorununun çözümüne yönelik yasal reformlar yapılması gerekmektedir. Bu çalışmada, kabul edilebilirlik kriterlerinden olan anayasal ve kişisel önem koşulu, iş yükü sorunu ekseninde tartışılmakta ve alternatif çözüm önerileri değerlendirilmektedir. Çalışmada, iş yükü sorunu istatistiksel veriler aracılığıyla analiz edilmiş, anayasal ve kişisel önem kriteri Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk kapsamında incelenerek AYM'nin yaklaşımı ortaya konmuş ve anayasal ve kişisel önem kriteri, iş yükü sorunu bağlamında incelenerek alternatif çözüm önerileri tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesinin iş yükü, bireysel başvuru, anayasal önem, kişisel önem, de minimis.

* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, demirciismail@gantep.edu.tr-ORCID: 0000-0003-4293-8323

Geliş Tarihi: 26/10/2022 ✦ Kabul Tarihi:8/11/2022 *Araştırma Makalesi*

ABSTRACT

The increasing case-load of the Constitutional Court has led to concerns about its effective and efficient functioning. In consideration of the statistics, it is seen that individual applications have a serious effect on the increase in the case-load. As a matter of fact, according to current data, the number of pending individual applications is 121.977. In order to prevent the individual application remedy, which plays an important role in the protection of fundamental rights and freedoms, from being no longer an effective venue, legal reforms should be made to solve the case-load problem. In this study, the criterion of constitutional and personal significance, which is among the acceptability criteria, is discussed on the axis of the case-load problem, and alternative solutions are discussed. In the study, the case-load problem is analysed through statistical data, the criterion of constitutional and personal significance is examined within the scope of Turkish Law and comparative law, and the Constitutional Court's approach is elucidated, and alternative solutions are discussed by examining the criterion of constitutional and personal significance in the context of the case-load problem.

Keywords: Caseload of the Constitutional Court, individual application, constitutional significance, personal significance, *de minimis*.

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin tanınmasının yanı sıra bu hak ve özgürlükleri etkili bir şekilde koruyacak başvuru yollarının da oluşturulması gerekmektedir. Şüphesiz bu etkili korumayı sağlayacak en önemli yol anayasa yargısı kurumudur[1]. Anayasa yargısı kapsamında ise bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından özel bir yere sahiptir[2]. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali hâlinde olağan hukuk yollarını tükettikten sonra başvurabilecekleri yargısal bir makamın olması, hukuk devletinin somut bir görünümünü oluşturmaktadır[3]. 12 Eylül 2010 tarihli halk oylamasıyla onaylanan 07/05/2010 tarihli ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'yla bireysel başvuru yolunun hukuk sistemimize girmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından bir dönüm noktası olmuştur.

Temel hak ve özgürlüklerin güvencesinde bireysel başvuru yolunun öngörülmesi kadar AYM'nin bireysel başvuruları etkili bir şekilde karara bağlayabileceği çalışma koşullarına sahip olması da gerekmektedir. Zira AYM'nin iş yükü sorunu, başvuruların etkin çözümü bakımından endişeler yaratmaktadır. Güncel istatistiklere göre derdest bireysel başvuru sayısı 121.977'dir[4]. Bireysel başvuru yolunun etkinliğini yitirmesini önlemek için başvuru sayısını mahkemenin çalışma koşullarıyla uyumlu hâle getirecek reformların yapılması gerekmektedir[5].

---

1 Atar, Y. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 153.

2 Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 26. Baskı, Bursa: Ekin Yay., s. 143; Eren, A. (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 556; Anayasa yargısı şemsiyesi altında diğer hukuki yolların temel işlevi anayasal düzenin korunması iken, bireysel başvuru yolu, temel hak ve hürriyetlerin korunmasını önceleyerek anayasa hukukunun gelişmesine katkı sağlamakta ve gerek bireyler gerek devlet organları bakımından eğitici ve önleyici bir etki göstermektedir. Konu hakkında bkz. Göztepe, E. (2011). "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95, s. 17-18.

3 Karaarslan, A. (2020). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 29.

4 İlgili istatistikler için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/8309/bb_2022_3_tr.pdf (Erişim Tarihi: 04/12/2022)

5 Nitekim AYM Başkanı Sn. Zühtü Arslan, 28.03.2022 ve 13.06.2022 tarihli "Adli Yargıda Bireysel Başvuru Kararları ve İhlalin Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması" konulu bölge toplantılarında yaptığı açış konuşmalarında iş yükü sorununun bireysel başvuru kurumunu felç etme potansiyeli taşıdığını vurgulayarak bireysel başvuru kurumunun geleceğinin iş yükü sorununun çözümüne bağlı olduğunu ifade etmiştir. İlgili konuşmalar için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/adli-yargida-bireysel-basvuru-kararlari-ve-ihlalin-sonuclarinin-ortadan-kaldirilmasi/, https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararlarinin-etkileri/ (Erişim Tarihi: 23/08/2022)

İş yükü sorununun çözümü açısından kabul edilebilirlik kriterlerinin özel bir önemi bulunmaktadır. Nitekim bireysel başvuru yolunun köklü bir geçmişe sahip olduğu ülkeler incelendiğinde iş yükü sorunun çözümü amacıyla kabul edilebilirlik kriterlerine başvurulduğu görülmektedir. Kabul edilebilirlik kriterleri[6], bir tür filtreleme işlevi görerek önemsiz olan ve kriterleri sağlamayan başvuruların esastan incelenmeksizin kabul edilemez bulunmasını sağlamaktadır[7]. Bu yönüyle iş yükünü azaltmakta[8] ve bireysel başvuru yolunun etkinliğini sağlamada önemli bir işlev görmektedir. Türk hukukunda da bireysel başvuru usulünün başlangıcından itibaren esasa ve usule ilişkin kabul edilebilirlik kriterleri öngörülmüştür. Bu kriterlerden birisi de 30/03/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 48/2 ve 12/07/2012 tarihli ve 28351 sayılı Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 80/2'de düzenlenen anayasal ve kişisel önem kriteridir[9]. İlgili hükümler gereği anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular, insan haklarına saygı gerekli kılmıyorsa kabul edilemez bulunabilir. İlgili hükümlerden de de anlaşıldığı üzere mahkemenin bir başvuruyu kabul edilemez bulması için anayasal önemin olmaması yeterli değildir. Aynı zamanda kişinin önemli bir zarara uğramamış olması da gerekmektedir. Dolayısıyla başvurunun yalnızca anayasanın uygulanması ve yorumlanması, temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımaması, kabul edilemez bulunması için yeterli değildir.

---

6 6216 sayılı Kanun m. 48 hükmü uyarınca başvurular hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için m. 45-47'de öngörülen şartların sağlanması gerekir. Aksi takdirde başvuru kabul edilemez bulunacak ve esas incelemesine geçilmeyecektir. Konu hakkında öğretideki tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz. Güveyi, N. (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması*, İstanbul: On İki Levha Yay., AYM'nin yaklaşımı ve kararları çerçevesinde konuyu incelemek için bkz. Koç, M. İ. ve Kaplan, R. (Editör) (2017). *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yay.

7 Efe, M. (2016). *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında: Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*, Ankara, Seçkin Yay., s. 117.

8 Kabul edilebilirlik aşamasında detaylı incelemelerin hatta belirli durumlarda yüzeysel bir esas incelemesinin dahi yapılması nedeniyle iş yükünün azalmadığı noktasında bir eleştiri yapılabilir. Ancak bu incelemelerin büyük ölçüde komisyonlar tarafından yapılması nedeniyle kanaatimizce bölümlerin iş yükü ciddi ölçüde azalmakta ve kriterler olumlu bir etki sağlamaktadır.

9 Anayasal ve kişisel önem kriterinin ve daha geniş çerçevede önemli zarar ölçütünün kapsamlı bir şekilde ele alındığı ve bir çalışma için bkz. Doğan, Z. P. (2021). *Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü*, İstanbul: On İki Levha Yay.

AYM Başkanı Sn. Zühtü Arslan, 1 Mart 2022 tarihinde "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri" konferansında yaptığı konuşmada yasal bir değişiklikle anayasal önem kriterinin müstakil bir kabul edilemezlik kriteri olarak belirlenmesinin mahkemenin iş yüküyle mücadelede önemli etkisinin olacağını vurgulamıştır[10]. Bu doğrultuda çalışmanın temel amacı, anayasal ve kişisel önem kriterini Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında inceleyerek AYM'nin yaklaşımını ortaya koymak ve anayasal önem kriterinin müstakil bir kriter olarak kabul edilmesinin olası etkilerini değerlendirerek alternatif çözüm önerilerini tartışmaktır. Çalışmada öncelikle bireysel başvuruda iş yükü sorunu AYM istatistikleri çerçevesinde incelenecek ve anayasal ve kişisel önem kriteri Türk Hukuku ve karşılaştırmalı hukuk kapsamında açıklanacaktır. Ardından konuya ilişkin AYM'nin yaklaşımı içtihatlar ışığında incelenecek ve anayasal önem kriterinin kişisel önem kriterinden ayrılarak müstakil bir kabul edilebilirlik kriteri olarak belirlenmesinin etkileri ve alternatif çözümler üzerinde durulacaktır.

I. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUDA İŞ YÜKÜ

AYM istatistiklerine bakıldığında, bireysel başvuruların mahkemenin iş yükünün artışında önemli bir etkisinin olduğu görülmektedir. Bu istatistikler çerçevesinde 2012 yılından itibaren yapılan ve sonuçlandırılan başvuru sayıları şu şekildedir:

Yıl	Yapılan Başvuru	Oran	Sonuçlandırılan Başvuru	Oran	Yapılan Başvuru Karşılama Oranı
2012	1.342	%0,3	4	%0	%0
2013	9.897	%2,2	4.924	%1,5	%50
2014	20.578	%4,6	10.926	%3,3	%53
2015	20.376	%4,5	15.368	%4,7	%75
2016	80.756	%17,9	16.089	%4,9	%20

[10] Konuşmanın tam metni için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuruda-is-yuku-meselesi/ (Erişim Tarihi: 11/05/2022)

2017	40.530	%9,0	89.651	%27,3	%221
2018	38.186	%8,5	35.356	%10,8	%93
2019	42.971	%9,5	39.376	%12,0	%92
2020	40.402	%9,0	45.414	%13,8	%112
2021	66.121	%14,7	45.321	%13,8	%69
2022/3	89.014	%19,8	25.767	%7,9	%29

Tablo 1: Yıllara göre yapılan ve sonuçlandırılan başvuru sayıları[11].

İlgili tablo incelendiğinde, başvuru sayısında 2016 yılından itibaren artış yaşandığı görülmektedir. Ancak 2021 yılıyla birlikte özellikle 2022 yılında yapılan başvuru sayıları, AYM'nin iş yükü sorunun kontrol edilemez bir noktaya doğru gittiğini göstermektedir. Bireysel başvuru yolunun geleceği bakımından iş yükü sorununun çözülmesi elzemdir.

Daha önce de vurgulandığı üzere kabul edilebilirlik kriterlerinin iş yükünün azaltılmasında önemli etkileri olduğunu söylemek mümkündür. İstatistiklere bakıldığında bu kriterlerin iş yükünü azaltmadaki etkisi daha iyi anlaşılmaktadır:

Yıl	**Kabul Edilemezlik Karar Oranı**
2018	%88,4
2019	%90
2020	%89
2021	%86,5
2022/3	%86,5

Tablo 2: Yıllara göre verilen kabul edilemezlik kararları[12].

[11] Tablo, Anayasa Mahkemesinin internet sitesinden alınmıştır. İstatistikler için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/8309/bb_2022_3_tr.pdf (Erişim Tarihi: 04/12/2022)

[12] Veriler, Anayasa Mahkemesinin internet sitesinden alınmıştır. İstatistikler için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/ (Erişim Tarihi: 16/04/2022)

İlgili tablodan da anlaşıldığı üzere yapılan başvuruların birçoğu kabul edilebilirlik aşamasını geçememektedir. Bu bağlamda kabul edilebilirlik kriterleri AYM'nin iş yükünü önemli ölçüde azaltmakta, yalnızca önemli olan ve koşulları sağlayan başvuruların esastan incelenmesinin önünü açmaktadır. Bu kriterlerden olan anayasal ve kişisel önem kriterinin de iş yükü sorunun çözümünde etkili olduğunu söylemek mümkündür.

II. BİREYSEL BAŞVURUDA ANAYASAL VE KİŞİSEL ÖNEM KRİTERİ

6216 sayılı Kanun m. 48/2 uyarınca "*Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.*" 28351 sayılı Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 80/2 uyarınca "*Bölümler ya da Komisyonlar; yukarıdaki fıkrada belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam edebilir.*" İlgili hükümler uyarınca mahkeme, anayasal ve kişisel önemden yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir. Anayasal ve kişisel önem kriteri, hukuk düzeninin ve yargıcın küçük işlerle ilgilenmeyeceğini ifade eden *de minimis* ilkesiyle açıklanmaktadır.

Belirli yargı alanlarında bazı zarar türleri "hayatın bir gerçeği" olarak görülmekte ve mağdurun bu tür zararlara katlanması gerektiği belirtilmektedir[13] . *De minimis* ilkesinin de bu bağlamda ortaya çıktığını söylemek mümkündür[14]. Bahsi geçen ilkenin belirli bir ağırlığa ulaşmayan zararların mahkeme tarafından incelenmemesi esası üzerine bina edildiği söylenebilir. İlkenin usule ve esasa ilişkin iki işlevi bulunmaktadır. Usule ilişkin işlevi ifade eden *de minimis non curat praetor* ilkesi, yargıcın önemsiz ve küçük işlerle ilgilenmeyeceği anlamına gelmekteyken[15], esasa ilişkin işlevi ifade eden *de minimis non curat lex* ilkesi hukukun önemsiz şeylerle ilgilenmeyeceğini belirtmektedir[16].

[13] Van Boom, W. H. (2009). "De Minimis Non Curat Praetor: Redress For Dispersed Triffle Rosses" *Journal Of Comparative Law,* Vol. 4, No. 2, s. 171.

[14] a.g.e. s. 171.

[15] Şirin, T. (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, s. 217.

[16] Veech, M. L. ve Moon, C. R. (1947). "De Minimis Non Curat Lex" *Michigan Law Review*, Vol. 45, No. 5, s. 537-538.

Anayasal ve kişisel önem kriteri *de minimis* ilkesinin usulü işlevi olan *de minimis non curat praetor* ilkesiyle ilişkilendirilmektedir[17]. AYM de anayasal ve kişisel önem kriterinin *de minimis non curat praetor* ilkesinden doğduğunu belirtmiştir[18]. Nitekim *de minimis non curat lex* ilkesi bizzat kanun koyucunun iradesinden kaynaklanmaktayken (örneğin yargısal makamlara başvuru için getirilen parasal sınır) *de minimis non curat praetor* ilkesi yargı organlarına takdir yetkisi vermektedir[19]. Anayasal ve kişisel önem kriteri de mahkemeye takdir yetkisi tanıdığı için *de minimis non curat praetor* ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu ilke kapsamında değerlendirildiğinde bireysel başvurunun AYM tarafından incelenmesi için hak ihlalinin belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Zira önemsiz başvuruların mahkemenin iş yükünü artırarak asıl işlevine odaklanmasını engellediği düşünülmektedir[20].

Anayasal ve kişisel önem kriterinin neyi amaçladığının anlaşılması için bireysel başvuru yolunun işlevlerinin de izahı gerekmektedir. Bireysel başvurunun objektif ve sübjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır. Objektif işlev, hukuk düzeninin korunması ve anayasa hukukunun geliştirilmesi konusunda bireysel başvurunun yerine getirdiği işlevi ifade etmektedir[21]. AYM kararlarının anayasal düzenin korunması ve içtihatların geliştirilmesine katkı sağlaması, hukuk uygulayıcılarına ve kamu gücünü kullanan makamlara yol göstermesi, bireysel başvurunun objektif işlevini teşkil etmektedir[22]. Bireysel başvurunun sübjektif işlevi ise temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlalin ortadan kaldırılması ve başvurucu bakımından bireysel adaletin sağlanmasını ifade etmektedir[23]. Bu kapsamda sübjektif işlev, kararların başvurucular bakımından doğurduğu sonucu esas almaktadır.

Bireysel başvurunun işlevleri ile anayasal ve kişisel önem kriteri birlikte değerlendirildiğinde, kriterin özellikle anayasal önem boyutuyla

---

17 Dursun, H. İ. (2018). *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri*, Ankara: Seçkin Yay., s. 261.

18 K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, § 47.

19 Doğan, Z. P. (2021). s. 9.

20 Yılmazoğlu, Y.E. (2019). *Bireysel Başvuru Rehberi*, Ankara: Adalet Yay., s. 105.

21 Göztepe, E. (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s. 17.

22 Baykan, M. (2020). *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği*, Ankara: Seçkin Yay., s. 29.

23 Efe, M. (2016). s. 334.

bireysel başvurunun sübjektif işlevine nazaran objektif işlevini ön plana çıkarmayı amaçladığı anlaşılmaktadır[24]. Nitekim anayasanın uygulanması ve yorumlanması, temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyan başvuruların karara bağlanması, kararların "genel etki" doğurmasını ve kamu gücünü kullanan makamlar ile uygulayıcılara yol göstermesini amaçlamaktadır. AYM'nin de objektif işlevin sübjektif işleve göre ön planda olduğunu kabul ettiği görülmektedir[25].

Özetle, bireysel başvuruda kabul edilebilirlik kriterlerinden olan anayasal ve kişisel önem kriteri, mahkemenin önemsiz başvurularla ilgilenerek zaman kaybetmemesini, objektif işlevine odaklanmasını amaçlamaktadır. Bu çerçevede, anayasa hukukunun korunması, yorumlanması ve gelişmesi bakımından önem arz eden ve içtihadi katkısı olan başvuruların karara bağlanması öngörülmektedir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÖNEMLİ ZARAR KOŞULU

Türkiye'de olduğu gibi belirli ülke mahkemelerinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) de iş yükü sorunuyla karşılaşılmış ve bu sorunu çözmek için yargısal reformlar yapılmıştır. Bu reformlarda, iş yükünü azaltıcı bir tedbir olarak önemli zarar koşuluna başvurulduğu görülmektedir. Karşılaştırmalı hukukta önemli zarar koşulu kapsamında alınan ve başarıyla sonuçlanan tedbirlerin değerlendirilmesi AYM'nin iş yükü sorununun çözümü bakımından önemlidir. Çalışmanın bu bölümünde AİHM'in, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin ve son olarak İspanya Anayasa Mahkemesinin iş yükü sorununu çözmeye yönelik önemli zarar koşulu kapsamında aldığı tedbirler incelenecektir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUDA ÖNEMLİ ZARAR KOŞULU

AİHM'e bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzlemde güvence altına alınması bakımından etkili bir yoldur. Ancak artan iş yükü sorunu, mahkemeyi belirli tedbirler almaya zorlamıştır. Özellikle Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla yeni ülkelerin sözleşme sistemine girmesi[26] ve devletlerin takdirine bırakılan bireysel başvuru hakkı ve AİHM'in yargı yetkisinin 11 No.lu Protokolle

[24] Doğan, Z.P. (2021). s. 23.
[25] K.V., § 53.
[26] Doğan, Z.P. (2021). s. 143.

zorunlu hâle getirilmesi, Mahkemenin iş yükünde ciddi bir artışa neden olmuştur[27]. Bu durum, sorunun çözümüne yönelik önlemler alınmasını gerektirmiştir. Mahkemenin iş yükünün, özellikle tekrar eden davalar (repetitive cases) ile yapısal sorunlardan kaynaklanan davalar nedeniyle arttığı ve mahkemeye davayı inceleme ve karara bağlama konusunda takdir yetkisi tanınmasının yerinde olacağı düşünülmüştür[28]. İş yükü sorunun çözülmesi amacıyla ileri sürülen görüşlerde belirli yaklaşım farklılıklarının olduğu görülmektedir. Bireyselci yaklaşımı benimseyenler mahkemenin asıl işlevinin temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen bireylere etkili bir giderim imkânı sağlamak olduğunu savunmaktayken yapısalcı yaklaşımı benimseyenler, mahkemenin genel nitelikte sonuçlar doğuracak yeni ve karmaşık davalara odaklanması gerektiğini savunmuştur[29]. Yürütülen tartışmalar neticesinde 14 No.lu Protokolle Sözleşme'nin 35. maddesinde değişiklik yapılarak kabul edilebilirlik kriterleri arasına "önemli zarar (significant disadvantage)" koşulu eklenmiştir[30]. Yapılan değişikliğin ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 35 § 3 (b) hükmü aşağıdaki hâli almıştır:

> *"Aşağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur:*
>
> …
>
> *Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesinin başvurunun esastan incelenmesini gerektirmediği sürece, başvuranın önemli bir zarar görmemiş olması; Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez."*

Yapılan değişiklikle mahkemeye önemsiz davaları reddetme konusunda esneklik sağlanması[31] ve filtreleme bakımından yardımcı

---

27 Altınkök, S. (2013). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 35 § 3 (b) maddesinde yer alan yeni kabul edilebilirlik ölçütü: 'önemli zarar'" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 2., s. 355.

28 Meyer-Ladewig, J. "The Principle of De Minimis Non Curat Praetor in the Protection System of the European Convention on Human Rights." *Constitutional Law Review*, Vol. 5, s. 136-137.

29 Altınkök, S. (2013). s. 352-354.

30 Bilir, F. (2006). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55., S. 1., s. 145; Altınkök, S. (2013). s. 354.

31 Harris, D.J. ve O'Boyle, M. ve Bates, E.P. ve Buckley, C.M. (2009). *Law Of The European Convention On Human Rights*, Second Edition, New York: Oxford University Press, s. 865.

olacak ek bir araç verilmesi amaçlanmıştır[32]. Mahkemenin önemsiz başvurularla ilgilenerek zaman kaybetmesinin önlenmek istendiği ve yalnızca genel nitelikte sonuçlar doğuracak karmaşık davalara odaklanmasının sağlanmaya çalışıldığını söylemek mümkündür.

Ek 14 No.lu Protokolle yapılan değişiklik ve getirilen koşul, bazı tartışmalara da sebebiyet vermiştir. Değişiklikle birlikte getirilen önemli zarar koşulunun AİHM'e bireysel başvuru hakkını baltaladığı ve ikincillik ilkesinin yanlış anlaşılması sonucunda ortaya çıktığını savunanlar olduğu gibi[33], yapılan değişikliğin mahkemenin iş gücünü artıracağı ve zaman kaybının önüne geçeceğini savunanlar da olmuştur[34].

Ek 14 No.lu Protokolle getirilen önemli zarar koşulu, esasında hak ihlalinin uluslararası bir mahkeme tarafından incelenmeyi gerektirecek asgari ağırlık seviyesine ulaşması gerektiğini öngörmektedir[35]. Dolayısıyla başvuranın önemli bir zarara uğrayıp uğramadığı, asgari ağırlık seviyesi dikkate alınarak belirlenecektir. AİHS m. 35 § 3 (b) hükmünün uygulamasına bakıldığında, mahkemenin başvuranın önemli zarara uğraması koşulu bakımından yalnızca maddi zararın miktarını esas almadığı görülmektedir. Özellikle ihlalin önemli ilke sorunlarıyla ilgili olması hâlinde zarar miktarına bakılmaksızın önemli zarar koşulunun sağlandığı kabul edilmektedir[36]. Maddi zararın miktarı bakımından değerlendirildiğinde mahkeme genellikle 500 avrodan az ya da bu miktarda meydana gelen zararları önemsiz görmektedir[37]. Maddi zararın etkisinin kişinin içerisinde bulunduğu durum dikkate alınarak

---

32 Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, Council of Europe Treaty Series, No. 194, 13.05.2004.

33 Vogiatsiz, N. (2016). "The Admissibility Criterion under Article 35(3)(b) ECHR: A Significant Disadvantage to Human Rights Protection", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65., No. 1., s. 187. Önemli zarar koşulunun oldukça belirsiz olduğu ve bu koşulun taraf devletlerin belirli hak ihlallerini önemsiz görerek göz ardı etmesine neden olacağı görüşü hakkında bkz. Cengiz, S. (2005). "14 No.lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56., s. 346.

34 Dülger, M. V. (2021). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması Ve 14 Nolu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler (The Judicial Protection Mechanism Regulated by the European Convention on Human Rights and the Amendments Prescribed by the Additional Protocol No. 14)" Available at SSRN 3790562, s. 49.

35 Practical Guide on Admissibility Criteria, https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf, s. 80 (Erişim Tarihi: 10.09.2022)

36 Korolev/Rusya, B. No: 25551/05, 12/04/2007; Giuran/Romania, B. No: 24360/04, 21/06/2011.

37 Practical Guide on Admissibility Criteria, s. 81.

değerlendirildiği de unutulmamalıdır[38]. Ancak bu noktada mahkemenin somut olaydaki dosya içeriğini ihmal ettiği eleştirisi de yapılmaktadır[39]. Aynı zamanda mahkeme, maddi karşılığı olmayan bir zararın olması hâlinde de başvuruyu esastan inceleyebilir. Örneğin Vartic/Romanya[40] davasında, Budist inanışa sahip olan mahkumlara vejetaryen menü verilmemesi her ne kadar maddi bir zarar oluşturmasa da mahkeme önemli zarar koşulunun sağlandığı sonucuna ulaşmıştır.

İlgili sözleşme hükmüne göre insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerekli kılıyorsa kabul edilemezlik kararı verilemeyecektir. Özellikle davanın AİHS'e uyulmasını etkileyen genel nitelikteki yapısal sorunlara ilişkin olması[41] hâlinde insan haklarına saygı ilkesi gereği davanın esastan incelenmesi gerektiği söylenebilir[42].

14 No.lu protokolle getirilen bir diğer koşula göre ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava, önemli bir zararın olmadığı gerekçesiyle reddedilemeyecektir. Ancak ek 15 No.lu Protokolle bu koşul sözleşmeden çıkarılmıştır[43]. Dolayısıyla eğer başvurucu önemli bir zarara uğramamışsa ve insan haklarına saygı ilkesi gereği başvurunun esastan incelenmesi gerekmiyorsa davanın ulusal mahkeme tarafından gereği gibi incelenip incelenmediği göz önünde bulundurulmaksızın kabul edilemezlik kararı verilebilir. Yapılan değişiklikle önemli zarar koşulunun daha etkili bir şekilde uygulanmasının *de minimis non curat praetor* ilkesine işlerlik kazandırılmasının amaçlandığını söylemek mümkündür[44]. Son yıllarda mahkeme, süreç temelli bir denetim yapmakta ve sözleşme ilkelerini ulusal hukuk düzenlerine yerleştirerek esas görevi ulusal mahkemelere bırakmak istemektedir[45]. Bu uygulama, ikincillik ilkesinin gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Bu amaca ulaşılmasında ise önemli zarar koşulu objektif işlevi vurgulayarak etkili bir rol üstlenmektedir.

---

38 a.g.e. s. 82.

39 Gemalmaz, H. B. (2011) "AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14 ile Getirilen Yeni Kabuledilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış" *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 31, No. 1, s. 235.

40 Vartic/Romania, B. No: 14150/08, 10/07/2012.

41 Tyrer/ The United Kingdom, No: 5856/72, 25/04/1978.

42 Practical Guide on Admissibility Criteria, s. 87.

43 Açıkgül, H. A. (2021). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 48., s. 136.

44 Sezer, A. (2015). "İHAS'a Ek 15 ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 4., S. 8., s. 119.

45 Spano, R. (2018). "The Future Of The European Court Of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law" *Human Rights Law Review*, Vol. 18, No. 3, s. 480-481.

Özetle AİHM'in iş yükü sorununu çözmek amacıyla aldığı önlemlerden birisi de 14 No.lu Protokolle sözleşmenin 35. maddesine önemli zarar koşulunu eklemek olmuştur. Önemli zarar koşulunun getirilmesiyle amaçlanan, bireysel başvuru yolunun objektif işlevinin ön plana çıkarılmasıdır. Özellikle 15 No.lu Protokolle başvurunun ulusal mahkemeler tarafından gereği gibi incelenmiş olması koşulunun da kaldırılmasının iş yükü sorununu çözme ve objektif işlevi güçlendirme amacı taşıdığı söylenebilir.

B. FEDERAL ALMAN ANAYASA ŞİKAYETİNDE TEMEL ANAYASAL ÖNEM VE AĞIR KİŞİSEL ZARAR KOŞULU

Kıta Avrupa'sında anayasa şikâyeti usulü ilk olarak Federal Almanya'da ortaya çıkmış, gelişmiş ve diğer ülkelere örnek teşkil etmiştir[46]. Bu çerçevede anayasa şikâyetinin en kapsamlı uygulandığı ülkenin Federal Almanya olduğu söylenebilir[47]. Federal Alman Anayasası m. 93 hükmü uyarınca kamu makamları tarafından temel hakları veya anayasanın 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerinde düzenlenen haklarından birinin ihlal edildiğini iddia eden herkes anayasa şikâyetinde bulunabilir[48].

Türkiye örneğinden farklı olarak anayasa şikâyetine konu olan hakların, AİHS ve ek protokollerle sınırlı tutulmadığı görülmektedir. Türkiye'deki usule benzer bir biçimde Federal Almanya örneğinde de anayasa şikâyeti ikincil koruma sağlayan olağanüstü hukuki bir yol olarak öngörülmüştür[49]. Dolayısıyla kural olarak olağan kanun yolları tüketilmeden Federal Alman Anayasa Mahkemesinde anayasa şikâyeti davası açılamaz[50]. İkincillik ilkesinin bir sonucu olarak olağan mahkemeler önünde yeterli şekilde ileri sürülmeyen maddi vakıa ve delillerin Anayasa Mahkemesine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir[51].

---

46 Hamdemir, B. (2018). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 52-53.

47 Göztepe, E. (2011). s. 17; Ayrıca bkz. Kılınç, B. (2008) "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 24, S. 1, s. 20-21.

48 Efe, M. (2016). s. 43; Hamdemir, B. (2018). s. 53.

49 Gören, Z. (1994). "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 11., s. 100.

50 Hassemer, W. (2004). "Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)" *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21., s. 166.

51 Mellinghof, R. (2009). "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25., S. 1., s. 42.

İstisnai olarak şikâyetin genel bir öneme sahip olması ve olağan hukuk yollarına başvuru hâlinde ağır ve telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkacak olması durumunda olağan hukuk yolları tüketilmeden derhâl anayasa şikâyetinin incelenmesi mümkündür[52]. Bahsi geçen düzenlemeler, Anayasa Mahkemesinin bir süper temyiz makamı olarak tasarlanmadığı, yalnızca temel hak ve özgürlükler çerçevesinde inceleme yaptığı şeklinde yorumlanabilir.

Federal Almanya'da anayasa şikâyetinin önemli bir ayrıcalık olarak görülmesi ve bireylerin gittikçe artan bir biçimde bu yola başvurması, mahkemenin iş yükü sorunuyla karşılaşması sonucunu doğurmuştur[53]. Aynı zamanda bireylerin anayasa şikâyeti kurumunu olağan yargılamalardan sonuç alınamaması hâlinde başvurulacak bir şikâyet yolu olarak değerlendirmesi, gereksiz başvuruları ayırt edecek bir filtreleme mekanizmasını gerekli kılmıştır[54]. Bu nedenle 1956, 1963, 1970, 1985 ve 1993 yılında yapılan değişikliklerle birtakım önlemler alındığı görülmektedir. Sorunun çözümü için özellikle kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Yapılan değişiklikler uyarınca mahkemenin bir başvuruyu esastan incelemesi için öncelikle bir kabul kararının verilmesi şarttır[55]. Federal Alman Anayasa Mahkemesine yapılan birçok başvuru kabul aşamasını geçememektedir. Örneğin 2020 yılında yapılan 5.361 başvurudan yalnızca 111'i (%2,07) kabul edilerek incelenmiştir[56]. Başvurunun kabul edilebilmesi için anayasal olarak ilkesel bir önem taşıması veya temel hakkın ya da temel hak benzeri bir hakkın kullanılmasına ilişkin olması yahut başvurunun reddi hâlinde başvuru sahibi açısından telafisi mümkün olmayan ağır bir zararın doğması gerekmektedir[57]. Başvuru konusunun anayasa hükmü yorumlanmadan çözülmesinin mümkün olmaması, anayasa yargısı tarafından daha önce açıklığa kavuşturulmamış yahut değişen şartlar nedeniyle açıklığa

---

52 Karaman, E. (2013). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul. On İki Levha Yay., s. 50.

53 Kommers, D. P. ve Miller, R. A. (2012). *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany*, Third Edition, Durham and London: Duke University Press, s. 12.

54 Regenhardt, B. / Çeviren: Özkaya Ferendeci, H. Ö. (2017). "Federal Almanya'da Bireysel Başvurunun Anlamı ve İşlevi İkinci Bölüm" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23., S. 3., s. 544-545.

55 Doğan, Z.P. (2021). s. 80-81.

56 İstatistikler için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-IV-2.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Erişim Tarihi: 5/12/2022)

57 Mellinghof, R. (2009). s. 43.

kavuşturulması gereken genel nitelikte sonuç doğuracak bir meseleye ilişkin olması hâlinde ilkesel önemin varlığı kabul edilmektedir[58]. Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Eğer bahsi geçen şartlar sağlanmışsa mahkemenin başvuruyu kabul edilebilir bulması gerekmektedir.

1993 değişiklikleriyle birlikte getirilen temel anayasal önem koşulunun somutlaşması ise Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla gerçekleşmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kira davasında kabul edilebilirliğe ilişkin vermiş olduğu kararda temel anayasal önemin varlığı bakımından üç ölçütten bahsetmiştir:

"1)Anayasa hukukuna ilişkin bir meseleye dair güçlü şüphelerin bulunması.

2) Kararın belli bir etkiye sahip olması.

3) Karar verilirken temel anayasal önem arz eden hususun ele alınacak olması[59]."

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kararından da anlaşıldığı üzere başvurunun temel anayasal öneme sahip olabilmesi için öncelikle anayasa hukukuna dair güçlü şüphelerin bulunması gerekmekte, bu doğrultuda başvurunun doğrudan anayasa metnine yapılacak atıfla değil, anayasanın yorumlanması suretiyle çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Aynı zamanda karar verilirken anayasanın yorumlanmasının önünü açan temel anayasal öneme sahip hususun ele alınması gerekmektedir. Son olarak verilen kararın etkisi yalnızca başvurucuyla sınırlı kalmamalı, verilen karar genel bir etki doğurmalıdır. Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesi, doğrudan anayasa metnine atıfla çözümlenemeyen, anayasa metninden yeni ilke ve standartlar geliştirilmesini gerekli kılan başvuruların, temel anayasal öneme sahip olduğuna karar vermektedir. Almanya sınırları içerisinde kaçakların öldürülmesine dair verilen karar[60] ile Maastricht Anlaşmasına ilişkin verilen karar[61], mahkemenin bu yaklaşımına örnek teşkil etmektedir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, daha önce oluşturduğu içtihatları ışığında kolaylıkla çözümlenebilecek hususlara ilişkin yapılan

58 Hassemer, W. (2004). s. 167.

59 BVerfGE 90, 22 <24-25> (Birinci Senato); BVerfGE 96, 245 <248> (İkinci Senato) Aktaran: Paulus, A. L. (2013). "Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası 93A Maddesinde Düzenlenen Kabul Usulü ve "Temel Anayasal Önem" Kavramı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 29., S. 1., s. 141.

60 BVerfGE 95, 96 aktaran: Paulus, A. L. (2013). s. 142.

61 BVerfGE 89, 155 aktaran: Paulus, A. L. (2013). s. 142.

başvuruları temel anayasal önemden yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır. Bu konuda örnek teşkil edebilecek bir karar, çocukluğundan itibaren Almanya'da ikamet etmekte olan ve belirli suçlar nedeniyle pek çok kez hapis cezasına mahkûm edilen ve bu nedenle Türkiye'ye sınır dışı edilmesine karar verilen Türk vatandaşı başvurucunun şikâyetine ilişkin verilen karardır[62]. Karara konu olan olayda başvurucu, doğup büyüdüğü ve yasal ikametgâhı olan Almanya'da fiilî vatandaş muamelesi görmemesinin ve kalıcı bağı olmayan ve dilini yeterli düzeyde konuşamadığı Türkiye'ye sınır dışı edilmesine ilişkin verilen kararın kötü muamele yasağına aykırı olduğunu ve özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini iddia ederek başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, başvuru konusunun daha önce oluşturulan içtihatlarla netlik kazandığını, bu nedenle başvurunun temel anayasal önemden yoksun olduğunu ifade ederek kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir[63].

Mahkemenin yaklaşımından da anlaşıldığı üzere temel anayasal önem kriteriyle amaçlanan, daha önce oluşturulan içtihatlarla netlik kazanmamış yahut netlik kazansa dahi belirli nedenlerle güncellenmeye ihtiyacı olan, anayasanın yorumlanmasına fırsat tanıyan başvuruların karara bağlanmasıdır. Ancak Türkiye örneğinde de olduğu gibi tamamen bir nesnelleşme söz konusu değildir. Zira objektif işlevin yanı sıra başvurucu açısından ağır ve ciddi zarar koşulu getirilerek sübjektif işleve de vurgu yapıldığı görülmektedir[64].

C. İSPANYOL AMPARO BAŞVURUSUNDA ÖZEL ANAYASAL ÖNEM KOŞULU

İspanya'da Franco'nun ölümünün ardından yaşanan rejim değişikliğiyle birlikte 1978 yılında, eski dönemden tam anlamıyla kopuşu yansıtan modern bir anayasa hazırlanmıştır[65]. Kırk yıl süren diktatörlük rejiminin ardından 1978 Anayasası'yla kurulan İspanya Anayasa Mahkemesi, sistem içerisinde son derece önemli bir konuma

---

62 BVerfGE, 28/05/1997, 1 BvR 304/97 aktaran: Doğan, Z.P. (2021). s. 91.

63 a.g.e. s. 91.

64 Ağır zarar koşulunun kabul için zorunluluk olarak değil olasılık olarak nitelendirilmesi ve Mahkemeye tanınan geniş takdir hakkı ile kullanılan geniş ifadelerin sübjektif işlevin etkisini azalttığı görüşü hakkında bkz. Narváez Medécigo, A. (2016). *Rule of Law and Fundamental Rights Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in The United States, Germany and Mexico*, Springer International Publishing, s. 199-200.

65 Esen Arnwine, S. (2003). "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 4., s. 250.

yerleştirilmiş ve halkın savunucusu olarak görülmüştür[66]. Temel hak ve özgürlüklerin güvencesinde ise kuşkusuz en etkili yol amparo başvurusu olmuştur. Nitekim 1978 Anayasası m. 161/1 hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesinin görev alanında amparo başvuruları da yer almıştır. Amparo başvurusu, Anayasa m. 53/2'de belirlenen temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi hâlinde bireylere Anayasa Mahkemesine başvurma imkânı veren yargısal bir yol olarak tanımlanabilir[67].

İspanya Anayasası, amparo başvurusunu olağan ve anayasal olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Olağan amparo yolu temel hak ve özgürlüklerin kanun yolları içinde korunmasını ifade etmekteyken anayasal amparo, olağan kanun yollarından sonuç alınamaması hâlinde Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruyu ifade etmektedir[68]. Bu bağlamda İspanya'da anayasaya uygunluk denetiminin ve anayasanın yorumlanması görevinin genel mahkemeler ve Anayasa Mahkemesi arasında paylaştırıldığını söylemek mümkündür[69]. Ancak nihai yorumcu Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun[70] gereği İspanya Anayasa Mahkemesidir[71]. Kural olarak Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Nitekim amparo başvurusu, istisnai ve olağan dışı bir başvuru yolu olup, İspanya Anayasa Mahkemesinin amparo başvurusu bakımından sahip olduğu yetki ikincil ve nihaidir[72]. Ancak merkezi parlamento veya bölge yasama erklerinin yasa niteliğinde olmayan işlemlerine karşı yapılan başvurular bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir[73]. Zira söz konusu işlemlere karşı olağan kanun yolları tüketilmeksizin doğrudan Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmak mümkündür.

66 Karaman, E. (2013). s. 56.

67 Baamonde, M. E. C. (2009). "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25., S. 1., s. 101.

68 Esen Arnwine, S. (2003). s. 250; Karaman, E. (2013). s. 57.

69 Sala Sanchez, P. (2012). "Temel Hakların Yargısal Korunmasında İspanyol Sistemi: İspanya Anayasa Mahkemesi'nin Kararları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 29., s. 229.

70 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, https://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-TextoConsolidado.pdf (Erişim Tarihi 05/12/2022)

71 Sala Sanchez, P. (2012). s. 229.

72 Girleşteanu, G. (2011). "The Amparo Proceedıngs - Instrument For The Protectıon Of Fundamental Rıghts And Freedoms - (I)", *Romanian Journal Of Comparative Law*, No. 1, s. 63.

73 İnceoğlu, S. (2017). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 85.

Her ne kadar anayasal amparo başvurusu ikincil ve nihai bir yol olsa da İspanya Anayasa Mahkemesinin İspanyol yargı sistemi içerisinde en üst mahkeme olan Yüksek Mahkemenin[74] kararlarını dahi iptal edebilmesinin Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükler açısından özel bir temyiz mercii konumunda olduğuna işaret ettiği düşünülmektedir[75].

İspanya Anayasa Mahkemesine, temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından son derece etkin bir rolün tanınmış olması, süreç içerisinde mahkemenin iş yükü sorunuyla karşı karşıya kalmasıyla sonuçlanmıştır. Bu nedenle iş yükü sorunun çözümü için çeşitli reformlar yapılmıştır. En net ve kapsamlı ve reformlar ise 2007 yılında gerçekleştirilmiştir[76]. Anayasa Mahkemesinin bir süper temyiz mahkemesi hâline gelmesini ve anayasal hak ihlaline ilişkin olmayan başvuruların incelenmesini engellemek için "özel anayasal önem" koşulunun bir kabul edilebilirlik kriteri olarak belirlenmesi öngörülmüştür[77]. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi Hakkında Organik Kanun m. 50/1 hükmünde yapılan değişiklikle özel anayasal önem koşulu bir kabul edilebilirlik kriteri olarak belirlenmiştir. Yapılan değişiklikle birlikte başvuruda bulunanların yalnızca temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiası yeterli görülmemiş, aynı zamanda başvurucuların başvurunun özel bir anayasal önemi olduğunu ispatlaması aranmıştır[78]. İstatistikler incelendiğinde kanunda yapılan değişiklikle getirilen özel anayasal önem koşulunun İspanya Anayasa Mahkemesinin iş yükünün azaltılmasında önemli etkisinin olduğu görülmektedir. Nitekim güncel verilere göre 2022 yılı içerisinde İspanya Anayasa Mahkemesine toplam 5687 amparo başvurusu yapılmış, bu başvurulardan 4281'i kabul edilemez bulunmuştur. Kabul edilemezlik kararlarından 423'ü (%9,88) özel anayasal önemin gerekçelendirilmemesi nedeniyle, 1785'i (%41,70) özel anayasal önemin yetersiz gerekçelendirmesi nedeniyle, 1008'i (%23,55) ise özel anayasal önemin olmaması nedeniyle verilmiştir[79]. Verilerden de

---

74 El Tribunal Supremo, İspanya'da olağan yargı sistemi içerisinde kural olarak en üst mahkemedir. Bkz. a.g.e. s. 86.

75 a.g.e. s. 85.

76 Doğan, Z. P. (2022). "İspanya Anayasa Mahkemesine Amparo Başvurusunda Özel Anayasal Önem Kriteri" *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., s. 105.

77 Baamonde, M.E.C. (2009). s. 109.

78 İnceoğlu, S. (2017). s. 89.

79 İstatistikler için bkz. https://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Informacion-Relevante/2022_Estadistica_202208.pdf (Erişim Tarihi: 06/12/2022)

anlaşılacağı üzere, kabul edilemezlik kararlarının büyük çoğunluğu, özel anayasal önem kriterine ilişkindir.

Özel anayasal önem kriteri, İspanya Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla somutlaşmıştır. Mahkemenin 2009 yılında vermiş olduğu ilke kararı uyarınca özel anayasal önemin varlığını kabul için aşağıda belirtilen unsurlardan birinin sağlanması gerekmektedir[80]:

1) Başvurunun Anayasa Mahkemesinin daha önce içtihat oluşturmadığı anayasal bir meseleye ilişkin olması.
2) Başvurunun Anayasa Mahkemesine içtihatlarını değiştirme yahut açıklığa kavuşturma konusunda fırsat sunması.
3) İhlal iddiasının doğrudan kanundan ya da kanun gücünde genel nitelikli başka bir normdan kaynaklanmış olması.
4) İhlalin, kanunun mükerrer hukuki yorumundan kaynaklanması durumunda Anayasa Mahkemesinin bu hukuki yorumu temel hak yönünden zararlı bulması ve anayasayla daha uyumlu başka bir yorumu gerekli görmesi.
5) Bir anayasal hüküm, doktrin veya içtihadın genel olarak ve tekrar eden bir biçimde derece mahkemeleri ve yargı mercileri tarafından görmezden gelinmesi.
6) Alt düzeyde bir yargı mercii tarafından kasten ve açıkça Anayasa Mahkemesi içtihadına uyulmaması.
7) Başvurunun somut olayın ötesine geçerek sosyal ve ekonomik yansımaları olan yahut genel siyasi ve hukuki sonuçları olabilecek bir konuya dair olması.

İlgili unsurlar çerçevesinde özel anayasal önem kriteriyle amaçlananın kararın etkisinin yalnızca başvurucuyla sınırlı kalmaması, anayasa hukukunun korunması amacıyla genel etki doğurması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yapılan değişiklik ve getirilen özel anayasal önem kriterinde dikkat çeken nokta, Türkiye ve Almanya örneğinden farklı olarak sübjektif

[80] STC 155/2009, 25/06/2009 aktaran: Antelo, L.F. (2013) "Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Kriterleri: (Anayasal Önem Kriteri Ağırlıklı Bir İnceleme)" *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 29., S. 1., s. 129; ayrıca bkz. İnceoğlu, S. (2017). s. 90-91; Doğan, Z.P. (2021). s. 116-117.

bir unsura yer verilmemiş olmasıdır[81]. Zira Türkiye ve Almanya örneğinde anayasal önem mevcut olmasa dahi kişinin önemli bir zarara uğraması hâlinde başvurunun esastan incelenmesi gerekmektedir. İspanya'da öngörülen sistemde ise kişi önemli bir zarara uğrasa dahi, ihlal iddiası anayasal açıdan önem taşımıyorsa başvuru kabul edilemez bulunabilecektir. Yine Türkiye ve Almanya'dan farklı olarak anayasal önemin varlığını başvurucunun ispat etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda İspanyol amparo başvurusu açısından yapılan düzenlemelerin mahkemenin objektif işlevini ciddi ölçüde ön plana çıkardığı ve mahkemenin nesnelleşmesini sağladığını söylemek mümkündür[82].

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ANAYASAL VE KİŞİSEL ÖNEM KRİTERİ

AYM'nin anayasal ve kişisel önem kriterinin genel ilkelerini belirlediği ilk kararı K.V. başvurusuna ilişkin karardır[83]. Karara konu olan olayda serbest avukatlık yapmakta olan başvurucu, zorunlu askerlik görevini yerine getirdiği sırada gerçekleşen bir hakaret olayı nedeniyle Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmış, mahkeme tazminat isteminin kısmen kabulüne kısmen reddine hükmetmiştir. Başvurucu, kısmen ret kararına karşı karar düzeltme yoluna gitmiş, bunun üzerine Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, bu talebi reddetmiş ve başvurucu aleyhine 54,55 TL karar düzeltme para cezasına hükmetmiştir.

Başvurucu, para cezasına ilişkin ödeme emrinin tebliğinin hukuki olmadığı ve borç tahsil zamanaşımının geçtiği iddiasıyla tebligatın ve terkin talebinin reddine ilişkin işlemin iptal edilmesi talebiyle dava açmıştır. Ankara 6. İdare Mahkemesi davayı reddetmiştir. Karara karşı Bölge İdare Mahkemesine yapılan itirazın da reddedilmesi üzerine başvurucu, bireysel başvuruda bulunmuştur.

K.V. başvurusuna ilişkin kararda ilk olarak önemli zarar koşulunun karşılaştırmalı hukuktaki uygulaması açıklanmış, AİHM, İspanya Anayasa Mahkemesi ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi uygulamalarından örnekler verilmiştir[84]. Bu açıklamaların ardından para cezasının tahsili işlemine karşı açılmış olan davada adil yargılanma

[81] Doğan, Z.P. (2021). s. 111.
[82] Doğan, Z.P. (2022). s. 110-111.
[83] K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016.
[84] K.V., § 25-35.

hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden yapılan incelemede, anayasal ve kişisel önem kriterinin genel ilkeleri tespit edilmiştir. Öncelikle 6216 sayılı Kanun m. 48/2'de yer alan anayasal ve kişisel önem koşulunun *de minimis non curat praetor* ilkesinden kaynaklandığı vurgulanmıştır[85]. Ardından AYM'nin işlevleri açıklanarak[86] mahkemenin objektif işlevinin sübjektif işlevine göre ön planda olduğu belirtilmiştir[87]. Kararda, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikli görevin kamu makamları ve derece mahkemelerine düştüğünün, ikincil olarak AYM'nin koruyucu görev üstlendiğinin vurgulandığı görülmektedir. Bu bağlamda, ikincillik ilkesine vurgu yapılarak kamu makamları ve derece mahkemeleri uygulamalarıyla AYM'nin anayasal yorumu arasında önemli bir farklılık olması hâlinde başvurunun anayasal önemi olacağı tespit edilmiştir[88]. Temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin anayasal ve kişisel önem kriterinin kapsamı dışında bırakılmadığı, bütün hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda kriterin uygulanabileceği vurgulanmıştır[89]. Aynı zamanda, kanun maddesinde kullanılan "ve" bağlacı nedeniyle bir başvurunun kabul edilemez bulunması için başvurunun hem anayasal hem de kişisel önemden yoksun olması gerektiği belirtilmiştir[90]. Kişisel önem bakımından yapılan değerlendirmede ise kişisel zararın önemli olup olmadığının başvurucunun sübjektif algısına göre değil, somut olayın objektif koşullarına göre belirleneceği vurgulanmış, zararın parayla ölçülmesinin zararın önemi bakımından belirleyici olmadığı ifade edilmiştir[91]. Genel ilkelerin bu şekilde tespit edilmesinin ardından ilkeler somut olaya uygulanmış ve somut olayda başvurunun hem anayasal hem de kişisel önemden yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

Ebru Çıtlak ve Fazilet Demirbaş başvurusu[92], AYM'nin anayasal önem kapsamında değerlendirme yaparak kabul edilebilir olduğuna karar verdiği ilk başvuru olması sebebiyle önem arz etmektedir[93]. Karara konu

85 K.V., § 47.

86 K.V., § 52.

87 K.V., § 53.

88 K.V., § 64.

89 K.V., § 56.

90 K.V., § 58.

91 K.V., § 67-68.

92 *Ebru Çıtlak ve Fazilet Demirbaş*, B. No: 2017/37573, 2/12/2020.

93 Mahkemenin anayasal ve kişisel önem bakımından değerlendirme yaparak kabul edilebilir bulduğu diğer örnek başvurular için bkz. Necla Yaşar, B. No: 2020/35444, 14/9/2021; Ercan Demirbaş, B. No: 2018/20608, 15/9/2021; Hilmi Kocabey ve diğerleri, B. No: 2018/27686, 17/11/2021; D.D.T., B. No: 2019/5735, 24/11/2021

olan olayda başvurucular lehine Asliye Ceza Mahkemesi tarafından tazminata hükmedilmiş, bunun üzerine başvurucular tarafından icra takibi başlatılmış ancak Yargıtay Ceza Dairesinin düşme kararı verdiği gerekçesine dayanarak şikâyet yoluyla İcra Hukuk Mahkemesinde açılan dava neticesinde icra takibinin iptaline karar verilmiştir. Karar başvurucular tarafından temyiz edilmiş ancak değerin 5.980 TL'yi geçmemesi nedeniyle temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiştir. Karar düzeltme isteminin de reddedilmesi üzerine başvurucular bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM, kararların icrası hakkının ihlal edildiğine ilişkin yapmış olduğu incelemede, icra takibine konu olan 3.600 TL'nin başvurucular açısından önemli bir zarar oluşturmadığını, ancak mahkeme tarafından verilen icra edilebilir bir kararın bir başka mahkeme tarafından yoruma dayanarak ortadan kaldırılması hususunun anayasal önemi olduğunu belirterek başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir[94]. İlgili karar kapsamında, başvurucuların uğradığı zarar ekonomik anlamda önemli olmasa dahi, yargıya güveni zedeleme tehlikesinin bulunması hâlinde, başvurunun anayasanın uygulanması ve yorumlanması, temel hak ve hürriyetlerin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıdığı, dolayısıyla anayasal önemi haiz olduğu söylenebilir.

AYM'nin maddi anlamda önemli bir zarar oluşmasa dahi ilkesel anlamda önemli bir zararın meydana gelmesi hâlinde başvuruları kabul edilebilir bulduğu görülmektedir. Bu konuda mahkemenin örnek teşkil eden kararı *Fırat Kılınç* başvurusuna ilişkin karardır[95]. Karara konu olan olayda başvurucu, trafik ekipleri tarafından alkol kontrolü amacıyla durdurulmuş, nefes ölçümü sonucunda başvurucunun 2,79 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi nedeniyle başvurucu hakkında idari ve cezai süreç başlatılmıştır. Bu kapsamda başvurucunun ehliyeti altı ay süreyle geri alınmış ve hakkında 876 TL idari para cezası tesis edilmiştir. Başvurucu, boğaz rahatsızlığı nedeniyle kullandığı ağız spreyi nedeniyle 2,79 promil alkollü çıktığını ileri sürmüştür. Nitekim daha sonra Adli Tıp Kurumunda yapılan alkol ölçümünde alkol miktarının 0 promil olduğu belirlenmiştir. İdari para cezası ve ehliyetin alıkonması işlemine karşı yapılan itirazların sonuçsuz kalması üzerine başvurucu,

---

94 Ebru Çıtlak ve Fazilet Demirbaş, § 37.

95 Fırat Kılınç, B. No: 2018/2796, 12/1/2021; Benzer bir karar için bkz. Mehmet Selim Demir, B. No: 2019/13365, 24/3/2021.

bireysel başvuruda bulunmuştur. Söz konusu olayda maddi zarar her ne kadar 876 TL olsa da AYM, ehliyetine altı ay süreyle el konulmasının başvurucuyu günlük hayatta önemli ölçüde dezavantajlı bir konuma getireceğini bu nedenle başvurucunun önemli bir zarara uğramadığının söylenemeyeceğini belirtmiştir[96]. Sonuç olarak mahkeme, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. İlgili karar çerçevesinde AYM'nin kişisel önem bakımından yalnızca maddi zarar miktarını esas almadığı, zararın başvurucu açısından ilkesel önemini de göz önünde bulundurduğu söylenebilir.

Anayasal ve kişisel önem kriteri bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta da yapısal sorunlara ilişkindir. AYM, genellikle yapısal sorunlar olan trafik para cezaları, tutukluluk incelemesinde savcı mütalaasının karşı tarafa bildirilmemesi, lehe vekâlet ücretine hükmedilmemesi gibi konularda anayasal ve kişisel önemden yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermektedir[97].

Ali Rıza Ak başvurusunda[98], karara konu olan olayda kırmızı ışık ihlali yapıldığı gerekçesiyle başvurucunun aracına 189 TL tutarında idari para cezası kesilmiştir. Ankara Emniyet Müdürlüğü Trafik Kural İhlal Tespit Formunda yer alan fotoğrafta araç plakası 06 BD ...7 olarak görünmesine rağmen karar tutanağında araç plakası 06 BG ...7 olarak yazılmıştır. Başvurucu, cezanın sehven kendi aracına ait plakaya kesildiği iddiasıyla cezanın iptali için başvuruda bulunmuştur. Yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine başvurucu, itirazının mahkeme tarafından ilgisiz gerekçeyle reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM, başvuru konusuna ilişkin sıklıkla uygulanmış açık içtihatların olduğu, başvurunun genel bir soruna işaret etmediği gerekçesiyle başvurunun anayasal öneminin olmadığını belirtmiştir[99]. Aynı zamanda, 189 TL idari para cezasının başvurucu açısından önemli bir zarar oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır[100]. Sonuç olarak başvurunun anayasal ve kişisel önemden yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna oyçokluğuyla karar verilmiştir. AYM üyelerinden Sn. Osman Alifeyyaz

96 Fırat Kılınç, § 39.
97 Doğan, Z.P. (2021). s. 55.
98 Ali Rıza Ak, B. No: 2015/15965, 27/6/2018.
99 Ali Rıza Ak, § 23.
100 Ali Rıza Ak, § 24.

Paksüt ve Sn. Muammer Topal bu görüşe katılmamışlardır. Karşı oy gerekçesinde, cezanın iptali için yapılan başvuruda mahkeme tarafından verilen kararın ya tamamen keyfî olduğu ya da başvuru dosyası incelenmeksizin verildiğinin anlaşıldığı belirtilmiştir[101]. Aynı zamanda, bireysel başvurunun ayrı bir emek ve masraf gerektirdiği, başvurucunun mağduriyetinin yalnızca idari para cezasından ibaret olmadığı, yargıya güven duygusunun zedelenmesi yönünün de olduğu vurgulanmıştır[102]. Trafik cezalarına ilişkin yapılan çok sayıdaki başvurunun[103] yapısal bir soruna işaret ettiği, yargıya güveni zedelediği, itiraz yolunun pratikte etkisiz hâle getirilmesinin anayasal önemi olduğu belirtilmiştir[104]. İlgili karar kapsamında, yapısal sorunlara ilişkin mahkeme üyeleri arasında da görüş farklılıklarının olduğunu söylemek mümkündür. Karşı oy gerekçesinde yargıya güvenin zedelenmesi bağlamında trafik para cezalarına ilişkin yapısal sorunların tespit edilmesinin bu tür sorunların çözümü açısından önemli olduğu söylenebilir.

Lehe vekâlet ücretine hükmedilmemesi konusunda ise AYM'nin sıklıkla atıf yaptığı ve anayasal ve kişisel önemden yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulduğu başvuru, *Daygınat Magomedzhamılova ve diğerleri* başvurusudur[105]. Karara konu olan olayda başvurucuların bir kısmı idari gözetim kararına ilişkin itirazları kabul edilmesine rağmen lehlerine vekâlet ücretine hükmedilmemesi ve bu nedenle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM, daha önce benzer nitelikteki şikâyetlerin karara bağlanması nedeniyle anayasal önemin olmadığı[106], başvurucuların ciddi bir zarara uğradığı konusunda açıklamalarının olmaması nedeniyle kişisel önemin olmadığı[107] gerekçesiyle anayasal ve kişisel önemden yoksunluk nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AYM'nin söz konusu kararından sonra da lehe vekâlet ücretine hükmedilmemesi nedeniyle çok sayıda başvuru yapılmış ve anayasal ve kişisel önemden yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur[108]. Lehe vekâlet

101 Ali Rıza Ak, Karşıoy Gerekçesi § 1-2.

102 Ali Rıza Ak, Karşıoy Gerekçesi § 3.

103 Benzer nitelikteki örnek başvurular için bkz. F.N.G., B. No: 2014/11928, 21/6/2017; Erenkum İnş. Taah. Nak. Gıda Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2017/6462, 27/2/2020.

104 Ali Rıza Ak, Karşıoy Gerekçesi § 9-10.

105 Daygınat Magomedzhamılova ve diğerleri, B. No: 2015/516, 20/3/2019.

106 Daygınat Magomedzhamılova ve diğerleri, § 40.

107 Daygınat Magomedzhamılova ve diğerleri, § 41.

108 Bahsedilen örnek başvurular için bkz. A.O.C. ve diğerleri, B. No: 2015/9777, 26/9/2019, R.A.

ücretine hükmedilmemesi gerekçesiyle yapılan başvuruların sayısı da göz önünde bulundurulduğunda, bu konuda yapısal bir sorun olduğu söylenebilir.

Yapısal sorunun varlığına işaret eden bir diğer konu, tutukluluk incelemelerinde savcılık mütalaasının karşı tarafa bildirilmemesine ilişkindir. *Devran Duran* başvurusunda[109] başvurucu, tutukluluğun devamı kararlarına yönelik itirazları inceleyen mahkemenin Cumhuriyet Savcısı'nın mütalaasını almasına rağmen bu mütalaa kendilerine bildirilmeden itirazın reddedildiğini ileri sürmüştür. AYM, daha önce bu konuda çok sayıda başvurunun incelendiğini, konuyla ilgili açık içtihadın bulunduğunu, başvurunun genel bir soruna işaret etmediğini belirterek başvurunun anayasanın uygulanması ve yorumlanması, temel hak ve özgürlüklerin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından öneminin ortaya konulamadığı sonucuna ulaşmıştır[110]. Kişisel önem bakımından yapılan değerlendirmede ise başvurucunun savcı mütalaasının kendisine bildirilmemesi nedeniyle ciddi anlamda zarar gördüğü konusunda açıklama yapmamasına istinaden önemli bir zararın oluşmadığı sonucuna varılmıştır[111]. AYM'nin *Devran Duran* başvurusuna ilişkin kararından sonra da savcılık mütalaasının bildirilmemesi nedeniyle çok sayıda başvuru yapılmış ve kabul edilemez bulunmuştur[112]. Süregelen başvurular da dikkate alındığında, trafik idari para cezaları, lehe vekâlet

(2), B. No: 2015/15891, 9/10/2019, M.Q., B. No: 2015/11553, 24/10/2019, Krıstına Lutstsato ve diğerleri, B. No: 2016/4754, 20/4/2020, Mohamed Sabry Aly Azzazy ve diğerleri, B. No: 2016/40091, 20/4/2020, Bılal Abdulsattar El Ravıye ve diğerleri, B. No: 2018/27603, 15/5/2020, Maftuna Solıeva ve diğerleri, B. No: 2016/1562, 15/5/2020, Mehmet Kocaağa, B. No: 2017/21161, 30/6/2020, Rasul Tamaev ve diğerleri, B. No: 2016/30880, 21/7/2020, Haitham Salah Abdelkhalek Mahmoud ve diğerleri, B. No: 2017/29511, 9/9/2020, Hekmatullah Kamalov ve diğerleri, B. No: 2017/5038, 15/9/2020, Otabek Karımov ve diğerleri, B. No: 2016/36559, 4/11/2020, Maıtısong Maıtouhutı ve diğerleri, B. No: 2017/22784, 31/12/2020, Güler Ertugay ve diğerleri, B. No: 2017/34088, 19/11/2020, Abdulaziz Cedan ve diğerleri, B. No: 2016/32270, 7/4/2021.

109 Devran Duran [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017.

110 Devran Duran [GK], § 117.

111 Devran Duran [GK], § 120.

112 Bahsedilen örnek başvurular için bkz. Cihan Karabay, B. No: 2014/2906, 8/11/2017, Kadri Karakaş, B. No: 2014/823, 8/3/2018, Özgür Arıbaş, B. No: 2015/2394, 31/10/2018, Turgut Tan, B. No: 2015/6974, 14/11/2018, Bilal Sönmezsoy, B. No: 2015/2755, 28/11/2018, Yunus Çiçek, B. No: 2016/11172, 26/12/2018, Ufuk Yeşil, B. No: 2016/21926, 17/4/2019, F.A., B. No: 2017/38209, 11/9/2019, Mutlu Bulut, B. No: 2017/20749, 26/9/2019, A.E.S., B. No: 2017/13568, 12/2/2020, Kenan Koçer, B. No: 2018/1926, 27/2/2020, İsmail Solmaz, B. No: 2017/15251, 12/2/2020, Mehmet Ali Pekgüzel, B. No: 2017/16053, 4/5/2020, İlhami İzmirli, B. No: 2017/21175, 23/6/2020, Hasan Mutlu Altun, B. No: 2016/30823, 10/6/2020, Tarık Korkmaz, B. No: 2019/13057, 9/7/2020, Ali Efendi Peksak (3), B. No: 2017/19054, 29/9/2020, Şükrü İlci, B. No: 2018/3449, 18/11/2020, Serkan Durmuşoğlu, B. No: 2018/25852, 13/4/2021.

ücretine hükmedilmemesi ve tutukluluk incelemelerinde alınan savcı mütalaasının sanık veya müdafiine bildirilmemesi konularında önemli yapısal sorunların yaşandığı söylenebilir.

AYM'nin yapısal bir sorunla karşılaşması hâlinde pilot karar vermesi[113] ve durumu yasama organına bildirmesi[114], yapısal sorunun çözümü bakımından etkili yöntemlerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 75 hükmü uyarınca başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklanması ve sorunun başka başvurulara da yol açtığının tespit edilmesi ya da sorunun yeni başvurulara yol açacağının öngörülmesi hâlinde pilot karar usulü uygulanabilir. Benzer biçimde yapısal sorunun çözümü için karar yasama organına gönderilerek "doğrudan çağrı" kararları verilebileceği gibi kararın bütününden yapısal sorunun varlığının ve yasama organının düzenleme yapması gerekliliğinin anlaşıldığı "dolaylı çağrı" kararları da verilebilir[115]. Nitekim 6216 sayılı kanun m. 50 uyarınca başvuru sonucu verilen kararın muhatabının TBMM olması mümkündür[116]. Dolayısıyla kararın TBMM'ye bildirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bahsi geçen önlemler alınmasına rağmen yapısal sorunun giderilememesi, AYM içtihadının kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından yeterince anlaşılmadığını ve uygulanmadığını göstermektedir. Bu durum ise yapılan başvuruların anayasanın uygulanması ve yorumlanması, temel hak ve özgürlüklerin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıdığını göstermektedir. Bu nedenle kanımızca AYM içtihatlarının kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından göz ardı edildiği yapısal sorunlara ilişkin başvurular, anayasal öneme sahip kabul edilmelidir.

---

113 AYM'nin verdiği pilot kararlar için bkz. Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021, Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022.

114 AYM'nin TBMM'ye çağrı konusunda verdiği kararlar için bkz. Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, Süleyman Başmeydan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, Bedrettin Morina [GK], B. No: 2017/40089, 5/3/2020, Sabri Uhrağ [GK], B. No: 2017/34596, 29/12/2020, Süleyman Kurtel [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021, Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021, Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022,

115 Göztepe, E. (2021). "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme" *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 38., S. 1., s. 56-57.

116 Kılıç, A. (2021) "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi" *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 38, S. 1, s. 99.

V. ANAYASAL VE KİŞİSEL ÖNEM KRİTERİ ÇERÇEVESİNDE İŞ YÜKÜ SORUNUNA YÖNELİK ALTERNATİF ÇÖZÜMLER

AYM'ye bireysel başvuru usulünde iş yükünü artıran en önemli etkenin bireysel başvuru kurumunun tam olarak kavranamaması olduğu söylenebilir. Yapılan pek çok başvurunun kabul edilebilirlik aşamasını geçememesi, AYM'nin bir "süper temyiz makamı" olarak görüldüğünü, ikincillik ilkesinin anlaşılamadığını göstermektedir. Mahkemeye yönelik söz konusu yaklaşım, başvuru sayılarının yıldan yıla artmasına yol açmıştır. Her şeyden önce AYM'nin yalnızca temel hak ve özgürlükler kapsamında inceleme yaptığının ve bireysel başvuru yolunun ikincil nitelikte hukuki bir yol olduğunun anlaşılması gerekmektedir. İkincillik ilkesinin anlaşılması ve iş yükü sorununun çözümü için yasal reformlar yapılmasının etkili olacağını söylemek mümkündür. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki yapılacak yasal reformlar, ikincillik ilkesinin anlaşılması ve iş yükü sorununun çözülmesinde yalnızca destekleyici olacaktır. Bu hususta asli görev başta çağrı kararları bağlamında yasama ve genel olarak yargı organı olmak üzere kamu gücünü kullanan tüm makamlara aittir.

Anayasal ve kişisel önem kriteri çerçevesinde iş yükü sorunu ele alındığında alternatif çözümlerin olduğunu söylemek mümkündür. Bu alternatiflerden ilki AYM Başkanı Sn. Zühtü Arslan'ın da ifade ettiği üzere anayasal önem kriterini müstakil bir kabul edilebilirlik kriteri hâline getirmektir. Kanun hükmünde böyle bir değişikliğin yapılması hâlinde AYM'ye geniş bir takdir marjı sağlanacağı söylenebilir. Nitekim anayasal önem kriterinin objektif ölçütlere bağlanarak sınırlarının tespit edilmesi oldukça zordur. Bu nedenle hangi başvuruların anayasal önemden yoksun sayılacağı büyük ölçüde mahkemenin takdir yetkisine bağlı olacaktır. Ayrıca anayasal önem kriterinin müstakil bir kabul edilebilirlik kriteri hâline getirilmesi, başvurucunun ilkesel yahut maddi anlamda önemli bir zararı olması hâlinde dahi, başvurunun kabul edilemez bulunmasının önünü açacaktır. Kanaatimizce böyle bir sonuç, hukuk devleti ve insan haklarına saygı ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Sorunun çözümüne yönelik bir diğer alternatif çözüm, 6216 sayılı Kanun m. 48 hükmünde yer alan "*önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı*" ifadesinde "ve" bağlacı yerine "veya" bağlacının kullanılmasıdır. Böyle bir değişikliğin yapılması hâlinde anayasal önem ve kişisel önem kriterlerinden birinin yokluğu hâlinde kabul edilemezlik kararı verilebilecektir. Ancak bu durum, mahkemenin kişisel önem

taşımasa dahi anayasal önemi olan başvuruların kabul edilemezliğine hükmetmesinin önünü açacak ve böyle bir sonuç, genel etki doğuracak içtihatların oluşmasının önüne geçebilecektir. Ayrıca böyle bir değişiklik hâlinde anayasal önem taşımayan başvuru doğrudan kabul edilemez bulunabilecek ve ilk alternatife benzer olarak kişisel önem kriteri fonksiyonsuz hâle gelecektir.

İş yükü sorunun çözümüne yönelik kişisel önem kriteri kapsamında yapılabilecek bir diğer reform, 6216 sayılı Kanun'a maddi zarar miktarının başvurucu açısından önemli olduğunun başvurucu tarafından ispat edileceği[117] ve maddi zararın önemli olup olmadığına başvurucunun mali durumuna göre AYM tarafından karar verileceğine ilişkin hükmün eklenmesi olacaktır. Mali durum incelenirken ise örneğin aylık gelir yahut tüzel kişiler veya tacirler için vergi beyannamesi gibi ölçütlerin esas alınması mümkün hâle gelecektir. AYM kararları incelendiğinde mahkemenin genellikle 5.000 TL'nin üzerinde maddi zarar bulunması hâlinde başvuruyu inceleyerek karar verdiği görülmektedir. Ancak maddi zarar miktarının başvurucu açısından önemli olup olmadığı, yalnızca başvurucunun mali durumuna göre tespit edilebilecek bir husustur. Bu nedenle mali durum değerlendirmesi yapılmaksızın maddi zarar kapsamında kişisel önem incelemesi yapılması mümkün değildir. Bu şekilde bir uygulama, başvurucu açısından önemsiz olan maddi zarara ilişkin başvuruların da incelenmesine neden olmakta ve iş yükünü artırmaktadır. Nitekim AYM'nin yakın tarihli bir kararının karşı oy gerekçesinde "*Somut olayda başvurucu, sermaye şirketidir. Başvurucunun aleyhine toplam 800 TL vekalet ücreti ile 151,00 TL yargılama giderine hükmedilmesinin kendisine ciddi anlamda zarar verdiği ve kendisi için ne denli önemli olduğu hususunda herhangi bir açıklamasının da olmadığı gözetildiğinde önemli bir zararı olduğu kanaatine ulaşılamamıştır.*"[118] denilerek başvurucunun sermaye şirketi olduğunun vurgulanması, başvurucunun mali durumuna göre inceleme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Meseleye tamamen iş yükü ekseninde bakıldığında, elbette ki ilk iki çözüm daha net sonuçlar verecektir. Ancak kanaatimizce anayasal önem ve kişisel önem arasındaki dengeyi en iyi şekilde sağlayacak çözüm, 6216

[117] Adli yardım talebine ilişkin incelemelere benzer bir şekilde başvurucunun mali durumunu belgelemesi ve mali durumun AYM tarafından tespit edilmesi mümkün olacaktır. bkz. *Mehmet Şerif Ay*, B. No: 2012/1181, 17/9/2013, § 27.

[118] *Umde İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2017/35282, 10/2/2022, Karşıoy Gerekçesi.

sayılı Kanun'a maddi zarar miktarının önemli olduğunun başvurucu tarafından ispat edileceği ve maddi zararın önemli olup olmadığına başvurucunun mali durumuna göre AYM tarafından karar verileceğine ilişkin hükmün eklenmesi olacaktır. Nitekim ileri sürülen görüşün, ilk iki alternatiften farklı olarak kişisel önem kriterine işlevsellik kazandıracağı söylenebilir.

SONUÇ

Bireysel başvuru usulünün hukuk sistemimize girmesi, temel hak ve özgürlüklerin güvencesinde ve hukuk devleti ilkesinin tesisinde önemli katkılar sağlamıştır ve sağlamaya da devam etmektedir. Nitekim bireysel başvuru, anayasa yargısı kapsamındaki diğer hukuki yollardan farklı olarak doğrudan temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlamaktadır. Bu yönüyle kamu gücünü kullanan makamların ve bireylerin anayasa hukukuna katılımını sağlamakta, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından eğitici bir işlev görmektedir. Ancak özellikle son dönemde AYM'nin iş yükü ciddi bir artış göstererek mahkemenin çalışma kapasitesini aşan bir noktaya gelmiştir. İş yükünde yaşanan bu artış, bireysel başvuru yolunun geleceği bakımından endişelere yol açmış ve çözüme yönelik tartışmalara neden olmuştur.

İş yükünde yaşanan artışın birden fazla nedene bağlı olduğunu söylemek mümkündür. AYM'nin yalnızca temel hak ve özgürlükler kapsamında inceleme yaptığının ve bireysel başvuru yolunun ikincil nitelikte hukuki bir yol olduğunun anlaşılamaması, bu nedenlerden biridir. Ancak iş yükünde yaşanan artışı tamamen bu nedene bağlı olarak izah etmek mümkün değildir. Nitekim başvuru sayısında yaşanan artış, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında asli görevi üstlenen kamu gücünü kullanan makamların etkin bir hukuki koruma sağlayamadığına da işaret etmektedir. Dolayısıyla iş yükü sorununun çözümü amacıyla bireysel başvuru usulünün işleyişine ilişkin yapılacak reformların yalnızca zincirin bir halkasını oluşturacağını söylemek mümkündür.

Karşılaştırmalı hukukta iş yükü sorununun çözümü amacıyla sıklıkla kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Kabul edilebilirlik kriterleri, başvuru sayısının azalmasına doğrudan etki etmese de başvuruların filtrelenmesini ve mahkemelerin ilgili birimleri tarafından kademeli olarak incelenmesini sağlayarak kanaatimizce iş yükü sorununa çözüm oluşturmaktadır.

İş yükü sorunu, kabul edilebilirlik kriterlerinden olan anayasal ve kişisel önem kriteri çerçevesinde ele alındığında ise birden fazla çözümün olduğunu söylemek mümkündür. İlk alternatif, anayasal önem kriterinin müstakil bir kabul edilebilirlik kriteri hâline getirilmesidir. Meseleye yalnızca iş yükü bağlamında bakıldığında sorunu çözecek en net uygulamanın bu olacağı söylenebilir. İspanya uygulamasında başvuruların büyük çoğunluğunun müstakil bir kriter olan "özel anayasal önem" kriterine bağlı olarak kabul edilemez bulunması bu düşünceyi doğrulamaktadır. Nitekim böyle bir uygulama, mahkemenin takdir yetkisini ciddi ölçüde genişletmekte, hangi başvuruların anayasal açıdan önemli olduğunu tamamen mahkemenin yorumuna bırakmaktadır. Ancak anayasal önem kriterinin müstakil bir kabul edilebilirlik kriteri olarak belirlenmesinin kişinin uğramış olduğu ilkesel yahut maddi zararın göz ardı edilmesine neden olacağını, bu yönüyle hukuk devleti ve insan haklarına saygı ilkesiyle bağdaşmayacağını düşünmekteyiz.

Bir diğer alternatif 6216 sayılı Kanun m. 48 hükmünde yer alan "*önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı*" ifadesinde "ve" bağlacı yerine "veya" bağlacı kullanılarak anayasal önem ve kişisel önem kriterlerinden birinin yokluğu hâlinde başvurunun kabul edilemez bulunmasına imkân sağlamaktır. Ancak bu çözüm yöntemi de bahsettiğimiz ilk alternatiften farklı bir sonuca yol açmayacaktır. Nitekim anayasal önemin mevcut olmaması hâlinde kişinin uğradığı ilkesel yahut maddi zarar hesaba katılmaksızın kabul edilemezlik kararı verilebilecektir. Ayrıca böyle bir uygulama, kişisel önem taşımasa dahi anayasal önemi olan başvuruların kabul edilemezliğine hükmedilmesinin önünü açacak ve genel etki doğuracak içtihatların oluşmasının önüne geçebilecektir.

Sorunun çözümüne yönelik alınabilecek bir diğer önlem 6216 sayılı Kanun'a maddi zarar miktarının başvurucu açısından önemli olduğunun başvurucu tarafından ispat edileceği ve maddi zararın önemli olup olmadığına başvurucunun mali durumuna göre AYM tarafından karar verileceğine ilişkin bir hüküm eklenmesi olacaktır. Nitekim maddi zararın başvurucunun mali durumuna göre belirlenmemesi, başvurucu açısından önemli olmayan maddi zarara ilişkin başvuruların mahkemece incelenmesine neden olmakta ve iş yükünü artırmaktadır. Kanun hükmüne bu doğrultuda yapılacak eklemenin kişisel önem kriterine de işlevsellik kazandıracağı söylenebilir. Zira başvurucunun mali durumu

hesaba katılmaksızın meydana gelen maddi zararın başvurucu açısından önemli olup olmadığını tespit etmek mümkün görünmemektedir. Bu çerçevede örneğin aylık gelir, vergi beyannamesi gibi ölçütlerle maddi zararın başvurucu açısından önemi tespit edilebilecektir. Aynı zamanda maddi zarar miktarı bakımından başvurucunun mali durumunun esas alınmasının hem başvurucular açısından hakkaniyeti sağlayacağı hem de iş yükünü hafifleteceğini söylemek mümkündür. Bu yöntemle, diğer alternatiflerden farklı olarak kişisel önem kriterinin tamamen göz ardı edilmeyeceğini, yalnızca söz konusu kritere işlevsellik kazandırılacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

AYM Başkanı Sn. Zühtü Arslan, 25.04.2022 tarihinde Anayasa Mahkemesinin 60. Kuruluş Yıldönümünde yaptığı açış konuşmasında, AYM'nin altmış yıllık tarihinin en yoğun iş yüküyle karşı karşıya olduğunu vurgulayarak yasama organını kanuni düzenleme yapmaya davet etmiştir[119]. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, kanaatimizce anayasal ve kişisel önem kriteri çerçevesinde yapılması gereken, 6216 sayılı Kanun'a maddi zarar miktarının başvurucu açısından önemli olduğunun başvurucu tarafından ispat edileceği ve maddi zararın önemli olup olmadığına başvurucunun mali durumuna göre AYM tarafından karar verileceğine ilişkin bir hüküm eklenmesidir.

[119] Konuşmanın tam metni için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-60-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/ (Erişim Tarihi: 11/05/2022)

KAYNAKÇA

AÇIKGÜL, Hacı Ali (2021). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 48., ss. 109-150.

ALTINKÖK, Serhat (2013). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 35 § 3 (b) maddesinde yer alan yeni kabul edilebilirlik ölçütü: 'önemli zarar'", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 2., ss. 349-406.

ANTELO, Luis Fernandez (2013) "Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Kriterleri: (Anayasal Önem Kriteri Ağırlıklı Bir İnceleme)" *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 29., S. 1., ss. 127-137.

ATAR, Yavuz (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri" Konferansında Yaptığı Konuşma, 01.03.2022.

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "Adli Yargıda Bireysel Başvuru Kararları ve İhlalin Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması" Konulu Bölge Toplantısında Yaptığı Açış Konuşması, 28.03.2022.

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesinin 60. Kuruluş Yıldönümünde Yaptığı Açış Konuşması, 25.04.2022.

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın "Adli Yargıda Bireysel Başvuru Kararları ve İhlalin Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması" Konulu Bölge Toplantısında Yaptığı Açış Konuşması, 13.06.2022.

BAAMONDE, Maria Emilia Casas (2009). "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25., S. 1., ss. 101-110.

BAYKAN, Metin (2020). *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

BİLİR, Faruk (2006). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55., S. 1., ss. 135-156.

CENGİZ, Serkan (2005). "14 No.lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56., ss. 341-358.

Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Council of Europe Treaty Series, No. 194, 13.05.2004.

DOĞAN, Zelal Pelin (2021). *Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

DOĞAN, Zelal Pelin (2022). "İspanya Anayasa Mahkemesine Amparo Başvurusunda Özel Anayasal Önem Kriteri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 39., S. 1., ss. 93-146.

DURSUN, Halil İbrahim (2018). *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

DÜLGER, Murat Volkan (2021). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması ve 14 No.lu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler (The Judicial Protection Mechanism Regulated by the European Convention on Human Rights and the Amendments Prescribed by the Additional Protocol No. 14)" Available at SSRN 3790562, ss. 1-91.

EFE, Metin (2016). *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında: Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

EREN, Adurrahman (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ESEN ARNWİNE, Selin (2003). "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 4., ss. 249-271.

GEMALMAZ, H. Burak (2011) "AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14 ile Getirilen Yeni Kabuledilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış" Public and Private International Law Bulletin, Vol. 31., No. 1., ss. 209-242.

GİRLEŞTEANU, George (2011). "The Amparo Proceedıngs - Instrument For The Protectıon Of Fundamental Rıghts And Freedoms - (I)", *Romanian Journal Of Comparative Law*, No. 1, ss. 54-79.

GÖREN, Zafer (1994). "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 11., ss. 97-134.

GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 26. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

GÖZTEPE, Ece (1998). *Anayasa Şikâyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

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

GÖZTEPE, Ece (2011). "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 95., ss. 13-40.

GÜVEYİ, Nazmiye (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

HAMDEMİR, Berkan (2018). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

HARRİS, D.J./ O'BOYLE, M./ BATES, E.P./ BUCKLEY, C.M. (2009). *Law Of The European Convention On Human Rights*, Second Edition, New York: Oxford University Press.

HASSEMER, Winfried (2004). "Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21., ss. 164-178.

İNCEOĞLU, Sibel (2017). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

KARAARSLAN, Abdulkadir (2020). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

KARAMAN, Ebru (2013). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

KILINÇ, Bahadır (2008) "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 24., S. 1., ss. 17-57.

KILIÇ, Abbas (2021). "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 38., S. 1., ss. 85-126.

KOÇ, M. İlhan/ KAPLAN, Recep (Editör) (2017). *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

KOMMERS, Donald P./ MİLLER, Russell A (2012). *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany*, Third Edition, Durham and London: Duke University Press.

MELLİNGHOF, Rudolf (2009). "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25., S. 1., ss. 31-44.

MEYER-LADEWİG, Jens. "The Principle of De Minimis Non Curat Praetor in the Protection System of the European Convention on Human Rights.", *Constitutional Law Review*, Vol. 5., ss. 127-142.

NARVÁEZ MEDÉCİGO, Alfredo (2016). *Rule of Law and Fundamental Rights Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in The United States, Germany and Mexico,* Springer International Publishing.

PAULUS, Andreas L. (2013). "Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası 93A Maddesinde Düzenlenen Kabul Usulü ve "Temel Anayasal Önem" Kavramı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 29., S. 1., ss. 139-149.

Practical Guide on Admissibility Criteria.

REGENHARDT, Bartholomäus/ Çeviren: Özkaya Ferendeci, Hamide Özden (2017). "Federal Almanya'da Bireysel Başvurunun Anlamı ve İşlevi İkinci Bölüm", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23., S. 3., ss. 533-546.

SALA SANCHEZ, Pascual (2012). "Temel Hakların Yargısal Korunmasında İspanyol Sistemi: İspanya Anayasa Mahkemesi'nin Kararları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 29., ss. 227-245.

SEZER, Abdullah (2015). "İHAS'a Ek 15 ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 4., S. 8., ss. 107-129.

SPANO, Robert (2018). "The Future Of The European Court Of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, Vol. 18., No. 3., ss. 473-494.

ŞİRİN, Tolga (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usul Hukuku El Kitapları Serisi-7.

VAN BOOM, Willem H. (2009). "De Minimis Non Curat Praetor: Redress For Dispersed Triffle Rosses", *Journal Of Comparative Law,* Vol. 4., No. 2., ss. 171-185.

VEECH, Max L./ Moon, Charles R. (1947). "De Minimis Non Curat Lex", *Michigan Law Review,* Vol. 45., No. 5., ss. 537-570.

VOGİATSİZ, Nikos (2016). "The Admissibility Criterion under Article 35(3)(b) ECHR: A Significant Disadvantage to Human Rights Protection", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, Issue. 1, ss. 185-211.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre (2019). *Bireysel Başvuru Rehberi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

İnternet Kaynakları

https://hudoc.echr.coe.int/g#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}

https://www.anayasa.gov.tr/media/8309/bb_2022_3_tr.pdf

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/adli-yargida-bireysel-basvuru-kararlari-ve-ihlalin-sonuclarinin-ortadan-kaldirilmasi/

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuruda-is-yuku-meselesi/

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-60-kurulus-yildonumunde-yaptigi-acis-konusmasi/

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararlarinin-etkileri/

https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf

https://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-TextoConsolidado.pdf

https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-IV-2.pdf?__blob=publicationFile&v=2

https://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/InformacionRelevante/2022_Estadistica_202208.pdf

Kararlar

Anayasa Mahkemesi

A.E.S., B. No: 2017/13568, 12/2/2020.

A.O.C. ve diğerleri, B. No: 2015/9777, 26/9/2019.

Abdulaziz Cedan ve diğerleri, B. No: 2016/32270, 7/4/2021.

Ali Efendi Peksak (3), B. No: 2017/19054, 29/9/2020.

Ali Rıza Ak, B. No: 2015/15965, 27/6/2018.

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

Bılal Abdulsattar El Ravıye ve diğerleri, B. No: 2018/27603, 15/5/2020.

Bilal Sönmezsoy, B. No: 2015/2755, 28/11/2018.

Cihan Karabay, B. No: 2014/2906, 8/11/2017.

D.D.T., B. No: 2019/5735, 24/11/2021.

Daygınat Magomedzhamılova ve diğerleri, B. No: 2015/516, 20/3/2019.

Devran Duran [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017.

Ebru Çıtlak ve Fazilet Demirbaş, B. No: 2017/37573, 2/12/2020.

Ercan Demirbaş, B. No: 2018/20608, 15/9/2021.

Erenkum İnş. Taah. Nak. Gıda Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2017/6462, 27/2/2020.

F.A., B. No: 2017/38209, 11/9/2019.

F.N.G., B. No: 2014/11928, 21/6/2017.

Fırat Kılınç, B. No: 2018/2796, 12/1/2021.

Güler Ertugay ve diğerleri, B. No: 2017/34088, 19/11/2020.

Haitham Salah Abdelkhalek Mahmoud ve diğerleri, B. No: 2017/29511, 9/9/2020.

Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021.

Hasan Mutlu Altun, B. No: 2016/30823, 10/6/2020.

Hekmatullah Kamalov ve diğerleri, B. No: 2017/5038, 15/9/2020.

Hilmi Kocabey ve diğerleri, B. No: 2018/27686, 17/11/2021.

İlhami İzmirli, B. No: 2017/21175, 23/6/2020.

İsmail Solmaz, B. No: 2017/15251, 12/2/2020.

K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016.

Kadri Karakaş, B. No: 2014/823, 8/3/2018.

Kenan Koçer, B. No: 2018/1926, 27/2/2020.

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021.

Krıstına Lutstsato ve diğerleri, B. No: 2016/4754, 20/4/2020.

M.Q., B. No: 2015/11553, 24/10/2019.

Maftuna Solıeva ve diğerleri, B. No: 2016/1562, 15/5/2020.

Maıtısong Maıtouhutı ve diğerleri, B. No: 2017/22784, 31/12/2020.

Mehmet Ali Pekgüzel, B. No: 2017/16053, 4/5/2020.

Mehmet Kocaağa, B. No: 2017/21161, 30/6/2020.

Mehmet Selim Demir, B. No: 2019/13365, 24/3/2021.

Mohamed Sabry Aly Azzazy ve diğerleri, B. No: 2016/40091, 20/4/2020.

Mehmet Şerif Ay, B. No: 2012/1181, 17/9/2013.

Mutlu Bulut, B. No: 2017/20749, 26/9/2019.

Necla Yaşar, B. No: 2020/35444, 14/9/2021.

Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

Otabek Karımov ve diğerleri, B. No: 2016/36559, 4/11/2020.

Özgür Arıbaş, B. No: 2015/2394, 31/10/2018.

R.A. (2), B. No: 2015/15891, 9/10/2019.

Rasul Tamaev ve diğerleri, B. No: 2016/30880, 21/7/2020.

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

Serkan Durmuşoğlu, B. No: 2018/25852, 13/4/2021.

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

Süleyman Kurtel [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021.

Şükrü İlci, B. No: 2018/3449, 18/11/2020.

Tarık Korkmaz, B. No: 2019/13057, 9/7/2020.

Turgut Tan, B. No: 2015/6974, 14/11/2018.

Ufuk Yeşil, B. No: 2016/21926, 17/4/2019.

Umde İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. [GK], B. No: 2017/35282, 10/2/2022.

Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022.

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

Yunus Çiçek, B. No: 2016/11172, 26/12/2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Giuran/Romania, No: 24360/04, 21/06/2011.

Korolev/Russia, No: 25551/05, 12/04/2007.

Tyrer/ The United Kingdom, No: 5856/72, 25/04/1978.

Vartic/Romania, No: 14150/08, 10/07/2012.

BU SAYIDA

Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU - Arş. Gör. Battal Niyazi ŞAHİN
Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler
Observations on the Constitutional Court's Current Decisions in the Processes of Both Constituonality Review and Individual Application

Doç. Dr. Gamze GÜMÜŞKAYA
Vergi Yargılaması Bakımından Gerekçeli Karar Hakkı
The Right to a Reasoned Decision With Regard to Tax Proceedings

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN
Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Ön Denetimi
A Priori Constitutional Review of State of Emergency Decrees

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRİJER - Dr. Özgür AYDIN
Liberal Devlet Anlayışında Vergilendirme: Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkeme Kararlarında Kongrenin Vergilendirme Yetkisinin Sınırları
Taxation in the Liberal State: the Limits of the Congress' Taxing Power in the Framework of the Decisions Rendered by the Federal Supreme Court of the United States

Dr. Öğr. Üyesi Bezar Eylem EKİNCİ
Bireysel Başvuru Yolunda Gerekçeli Karar Hakkı: Anayasa Mahkemesinin Temel Tespitleri ve İhlal Kararlarının Sonuçları
The Right to a Reasoned Decision in the Individual Application: Evaluations of the Constitutional Court and Consequences of the Violation Judgments

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Emrullah EGELİĞİ
Somut Norm Denetiminde Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi
Seriousness of the Alleged Unconstitutionality in the Process of Claim of Unconstitutionality

Dr. Yunus Emre YILMAZOĞLU
"Somut Norm Denetimine Başvuru" ile "Uyuşmazlığın Çözümünde Milletlerarası Andlaşma Kuralının Esas Alınması" Yöntemlerinin Yargı Mercilerince Uygulanma Önceliğinin Karşılaştırılması
Comparison in Terms of Priority of The Methods "Resorting to Contention of Unconstitutionality" and "Taking The Provision of International Treaty as a Basis in the Resolution of Disputes" By The Judicial Authorities

Arş. Gör. Burak ERDEM
Ofansif Mizah ve İfade Özgürlüğü
Offensive (Dark) Humour and Freedom of Expression

Arş. Gör. İsmail DEMİRCİ
Bireysel Başvuruda Anayasal ve Kişisel Önem Kriteri ve Anayasa Mahkemesinin İş Yükü Sorunu Bağlamında İncelenmesi
The Criterion of Constitutional and Personal Significance in Individual Application and Its Examination in terms of the Case-load of the Constitutional Court

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