



anayasa yargısı

40(2)
2023



ANAYASA YARGISI

Journal of Constitutional Justice

40(2)

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



Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1301 - 1200

Anayasa Yargısı - 40(2)

© 2023, 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 Türkiye. 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, 2023

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 Ana Bilim 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 Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

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

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi



Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN
1937 - 2023

Dergimizin Danışma Kurulu Üyesi
Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN'u
Rahmet ve Şükranla Anıyor,
Anayasa Yargısı Dergisinin Bu Sayısını
Aziz Hatırasına İthaf Ediyoruz.

Yayın Kuralları

1. 1984 yılından bu yana yayımlanan *Anayasa Yargısı*, 2019 yılı ve 36(1) sayısı itibarıyla hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır.
2. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atıf kurallarına uygun, özgün ve hukuk alanına katkı yapacak nitelikte olmalıdır.
4. Yazıların ilk sayfasında çalışmanın adı, 150 ilâ 250 kelimedenden oluşan özeti ve 5 anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yer alır.
5. Dergiye gönderilecek yazılar (başlık, özet, kaynakça dahil) 10.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde olmalıdır.
6. 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.
7. 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

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

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

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

Derleme Kitap:

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

Derlenmiş kitaptaki bir bölüm veya makale:

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.

10. 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.

11. 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.

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

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

13. Derece mahkemelerince verilen kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

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

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

14. 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.

15. 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)

16. Yazılar, *Anayasa Yargısı* Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.
17. 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.
18. 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.
19. Yazıları yayınlanan yazarlara “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde telif ücreti ödenir.
20. Anayasa Mahkemesi yayımlanması kabul edilen yazıların her türlü yayın haklarına sahip olur.

ANAYASA YARGISI DERGİSİ



Veri tabanında taranmaktadır.

EDİTÖRLERDEN

Anayasa Yargısı Dergisi, yarım asrı aşan deneyime sahip olan Türk Anayasa Mahkemesinin kurumsal hafızasını yansıtan önemli yayınlardan biridir. Dergi, Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümlerinde düzenlenen sempozyum bildirilerinin yer aldığı bir yayın olarak 1984 yılında doğmuştur. Derginin bu yıldan beri etkinlikler bakımından Mahkemenin otobiyografisini yansıttığı söylenebilir. Anayasa hukukuna önemli katkılar sağlayan bu yayın 2019 yılı itibarıyla da yılda iki kez yayımlanan hakemli dergi özelliği kazanmıştır. Dolayısıyla Anayasa Yargısı Dergisi'nin bir sayısında Anayasa Mahkemesi tarafından her yıl anayasa yargısı alanında düzenlenen sempozyum bildirilerine de yer verilerek her iki sayıda da anayasa hukukuyla ilgili hakemli makaleler yayımlanmaktadır.

Bu sayımızda çok değerli anayasa hukuku uzmanlarının yanı sıra milletlerarası özel hukuk, medeni usul hukuku, idare hukuku ve vergi hukuku uzmanları da dergiye katkı sunmuştur.

Bu sayının ilk makalesinde Prof. Dr. Zühtü ARSLAN, Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal kimliğinin oluşumu ve gelişiminde anayasa yargısının oynadığı rolü Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle ele almıştır.

Takip eden makalede Prof. Dr. Hacı CAN, yabancıların hukuki durumları bağlamında ortaya çıkan anayasal sorunları pozitif hukuk ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde incelemiştir.

Doç. Dr. Serkan YOLCU, anayasal tarihimiz açısından önemli bir iddianın peşine düşmektedir. Yazar makalesinde Türkiye'de anayasa yargısına ilişkin ilk girişimlerin Cumhuriyet öncesine kadar geri götürülebileceğini ortaya koymuştur.

Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan ispat hakkını medeni usul hukuku bağlamında ve hukuki güvenlik ilkesinden hareketle incelemiştir. OKUMUŞ, makalesinde silahların eşitliği ilkesi ve adil yargılanma hakkına da değinerek konunun ispat hakkıyla olan bağlantısını ele almıştır.

Dr. Öğr. Üyesi Seyithan KAYA, makalesinde insan haklarının yatay ve dikey etkilerini açıklamış; bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru ile ilgili önemli bazı kararlarını inceleyerek insan haklarının korunmasında yatay etkinin önemini ortaya koymuştur.

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KARATAŞ ve Arş. Gör. Mehmet Alper ELMALI, Anayasa Mahkemesinin verdiği bir karardan hareketle haksız çıkma zammını Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirmiştir.

Bu sayının son makalesinde Onur ONAT, 2017 yılında yapılan köklü anayasa değişikliğinin idarenin teşkilatlanması yönünden kanuni idare ilkesine etkisini incelemiştir.

2023 Milletimiz adına büyük acılara tanıklık ettiğimiz bir yıl olmuştur. 11 şehrimizde yaşanan büyük depremde birçok insanımızı kaybettik. Tüm kayıplarımızı rahmetle anıyoruz. Allah Milletimize bir daha böyle büyük acılar yaşatmasın. Bu yıl aynı zamanda Anayasa Hukuku camiasının büyük bir değerini kaybettik. Akademik anlamda ülkemize büyük katkılar sunan Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN birçok bilimsel esere imza atmış, yurt içi ve yurt dışında yüzlerce hukukçu yetiştirmiştir. Sayın ÖZBUDUN, aynı zamanda dergimizin Danışma Kurulu üyesiydi. Kendisini kaybetmenin derin üzüntüsü içerisindeyiz. Dergimizin bu sayısını aziz hatırasına saygıyla ithaf ediyoruz.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin, demokratik devlet düşüncesinin ve insan haklarının korunmasının 1982 Anayasası çerçevesinde en önemli güvencesi olan Türk Anayasa Mahkemesi yargısal faaliyetini sürdürürken aynı zamanda faaliyet alanı kapsamındaki akademik çalışmalara katkı sunmaktadır. 2010 yılında Anayasa’da yapılan değişikliklerle Anayasa Mahkemesine verilen bireysel başvuru görevi Anayasa Mahkemesinin anayasa hukuku dışındaki disiplinlere ilişkin çok sayıda karar vermesine de imkân tanımıştır. İnsan hakları düşüncesi hukukun bütün dallarını anayasallaştırmış ve anayasa hukukunun özel hukuktan kamu hukukuna birçok disiplinin merkezine oturmasını sağlamıştır.

Dergide insan hakları hukuku ve anayasa yargısını ilgilendiren değişik konulara yer verilmektedir. Bu çerçevede dergiye katkılarınızı bekliyoruz.

İlgililere faydalı olması dileğiyle...

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

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN

Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı

The Constitutional Identity of the Republic in its 100th Anniversary and Constitutional Justice 1-23

Prof. Dr. Hacı CAN

Yabancıların Hukuki Durumları Bağlamında Ortaya Çıkan Anayasal Meseleler

Constitutional Issues Arising in the context of the Legal Status of Foreigners 25-85

Doç. Dr. Serkan YOLCU

Anayasa Tarihimizden Bir Keşif: Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi İlk Defa Ne Zaman Denendi?

A Discovery from Our Constitutional History: When Was the First Attempt of Constitutional Review of Laws in Türkiye? 87-114

Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ

Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkının Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the Right to Proof in terms of the Principle of Legal Certainty in Civil Procedure Law 115-157

Dr. Öğr. Üyesi Seyithan KAYA

İnsan Haklarının Korunmasında Yatay Etki ve Anayasa Mahkemesinin Kavrama Bakışı

The Horizontal Effect in the Protection of Human Rights and the Perspective of the Constitutional Court..... 159-213

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KARATAŞ

Arş. Gör. Mehmet Alper ELMALI

Kamu İcra Hukukunda Haksız Çıkma Zammının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Evaluation of the Unfair Hike in Public Enforcement Law in the Light of the Decisions of the Turkish Constitutional Court..... 215-267

Onur ONAT

2017 Anayasa Değişikliğinin İdarenin Teşkilatlanması Yönünden Kanuni İdare İlkesine Etkisi

The Impact of the 2017 Constitutional Amendment on the Principle of Legal Administration With Regard to Administrative Organisation..... 269-296



YÜZÜNCÜ YILINDA CUMHURİYET'İN ANAYASAL KİMLİĞİ VE ANAYASA YARGISI*

*The Constitutional Identity of the Republic in its 100th
Anniversary and Constitutional Justice*

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN**

ÖZET

Bu makalenin amacı Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal kimliğinin oluşumu ve gelişiminde anayasa yargısının oynadığı rolü açıklamaktır. Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk olarak anayasal kimlik kavramı üzerinde durulmakta, kavramın anayasal demokrasiler için taşıdığı risklere ve kötüye kullanılma ihtimallerine dikkat çekilmektedir. İkinci bölümde anayasal kimliğin belli bir zaman ve mekân içinde farklı aktörlerin diyalektik ilişkisinin ürünü olarak ortaya çıktığı kabulünden hareketle Osmanlı-Türk anayasacılığı sürecinde anayasal kimliği oluşturan unsurların devamlılığı ve kırılmasına dair değerlendirmeler yapılmaktadır. Üçüncü bölümde ise somut tarihsel örneklerinden hareketle anayasal kimliğin şekillenmesinde anayasa yargısının rolü tartışılmaktadır. Bu bölümde biri anayasa yargısının doğum yeri olan Amerika

* Bu makale İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından 27/10/2023 tarihinde düzenlenen “Cumhuriyetin 100. Yılında Anayasa Yargısı ve Demokratik Siyaset” konulu panelde yapılan konuşmanın gözden geçirilmiş ve genişletilmiş hâlidir. Konuşma metnini okuyup düzeltmeler öneren ve makale olarak yayımlanması tavsiyesinde bulunan çalışma arkadaşım ve değerli dostum M. Emin Kuz’a katkıları için teşekkür ederim.

** Anayasa Mahkemesi Başkanı, ORCID: 0009-0008-2729-245X.

Birleşik Devletleri'nden diğeri ise ülkemizden olmak üzere iki anayasal ilkenin gelişiminde anayasa mahkemelerinin rolü açıklanmaktadır. Bu örnekler eşitlik ve laiklik gibi anayasal kimliğin unsurlarının yüksek yargı organlarının kararlarıyla şekillendiğini ortaya koymaktadır. Makale, Anayasa Mahkemesinin bilhassa son on yılda hak eksenli yaklaşımla verdiği kararlarla Cumhuriyet'in demokratik, çoğulcu ve özgürlükçü bir anayasal kimliğe sahip olmasına önemli katkılar yaptığı sonucuna ulaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Anayasa Mahkemesi, anayasal kimlik, eşitlik, laiklik, kuvvetler ayrılığı.

ABSTRACT

This article aims to explore the role of constitutional justice in the formation and development of the Turkish constitutional identity. The study is divided into three main parts. First of all, I discuss the concept of constitutional identity, highlighting the potential risks and abuses this concept poses to constitutional democracies. Acknowledging that constitutional identity is the product of a dialectical relationship among various actors over time, the second part addresses the continuity and ruptures in the constitutional identity within Ottoman-Turkish constitutionalism. The third part discusses the role of constitutional justice in shaping the constitutional identity with specific reference to concrete cases in the constitutional jurisdictions of the United States of America and Türkiye. These cases reveal the fact that the features of the constitutional identity such as equality and laicism have been shaped by the judicial decisions of supreme/constitutional courts. The article concludes that the Turkish Constitutional Court, particularly through its rights-based approach over the last decade, has significantly contributed to the emergence of a democratic, pluralistic and liberal constitutional identity for the Republic.

Keywords: Constitution, Constitutional Court of the Republic of Türkiye, constitutional identity, equality, laicism (secularism), separation of powers.

1. Giriş: Normatif Bir Kavram Olarak Anayasal Kimlik

Anayasal kimlik zor bir konu. Bu zorluk, aslında bizatihi kimliğin sorunlu bir kavram olmasından kaynaklanıyor. İnsanlar gibi, onların oluşturduğu toplulukların da kimlikleri olduğu bilinmektedir. Bu bir değer yargısını değil olgusal bir durumu ifade etmektedir.

Bununla birlikte, bireysel ve toplumsal düzeyde “kimlik” aynı zamanda potansiyel tehlikeler barındıran bir kavramdır. Her şeyden evvel, kimlik genellikle negatif bir dil vasıtasıyla inşa edilir. Kim olduğumuzu, daha ziyade kim olmadığımızı belirterek ifade ederiz. Aslında olmadığımızı ya da taşımadığımızı belirttiğimiz unsurlar da başkalarına ait kimliklerin parçasıdır.

Dolayısıyla kimlik inşa süreci beraberinde kaçınılmaz olarak “biz ve ötekiler” ayrışmasını getirebilmektedir. Bu kimlikler, bağnazlıkla birleştiğinde de Amin Maalouf’un ifadesiyle “ölümcül” hâle dönüşebilmektedir¹. Nitekim “Öldürmeyeceksin!” emrine muhatap olanların günlerdir tüm dünyanın tanıklığında âdeta “ölüm makinesi”ne dönüşmesi, kimliğin nasıl “ölümcül” olabildiğini göstermektedir.

Anayasal kimlik bağlamında meseleye bakıldığında da benzer riskler geçerlidir. Kimliği belirlerken kullanılan dil toplumu ayırıştırmak için kullanılabilir. Bu da insan onuru temelinde kişileri eşitleyen anayasal demokrasiler için ciddi bir tehdit oluşturabilir². Nitekim anayasal kimlik bazı toplumlar da evrensel anayasal ilke ve değerlerden azade olmanın gerekçesi, dahası baskıcı politikaların bahanesi olarak kullanılabilir.

1 Maalouf, A. (2002). *Ölümcül Kimlikler*, 10. Baskı, Çev. Bora, A., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

2 Kovács, K. (2023). Introduction: Identities, the Jurisprudence of Particularism and Possible Constitutional Challenges, içinde Kovács, K. (Ed.), *The Jurisprudence of Particularism: National Identity Claims in Central Europe*, Oxford: Hart Publishing, s. 1.

Tüm olumsuz çağrışımlarına ve kavramsal istismarlara karşın anayasal kimlik normatif bir kavram olarak da değerlendirilebilir. Bu anlamda anayasal kimlik, başta insan hakları ve hukukun üstünlüğü olmak üzere demokratik siyaseti tanımlayan değerler manzumesini ifade eden bir kavramdır³.

Bu makalede anayasal kimliği normatif bir kavram olarak ele alıp Cumhuriyetin anayasal kimliğinin inşasında ve gelişiminde anayasa yargısının etkisine değinmek istiyorum. Bu kapsamda öncelikle Cumhuriyet Dönemi'nin anayasaları üzerinden anayasal kimliğin oluşum dinamiğini, ardından da mevcut Anayasa'dan hareketle anayasal kimliğin temel unsurlarını ele almaya çalışacağım. Son olarak da anayasal kimliğin şekillenmesinde ve gelişiminde anayasa yargısının rolünü somut örneklerden hareketle açıklamaya gayret edeceğim.

2. Anayasal Kimliğin Oluşumu: Devamlılıklar ve Kesintiler

Anayasal kimlik boşlukta oluşan ve bir kez oluştuğunda sabit kalan bir şey değildir. Tersine bu kimlik geçmişten bugüne birçok etkenin karşılıklı etkileşimi içinde, kesintilerin ve devamlılıkların yaşandığı diyalektik bir süreçte ortaya çıkmakta ve gelişmektedir. Başka bir ifadeyle, bir yandan bizden öncekilerden tevarüs ettiğimiz tarihsel ve kültürel miras, diğer yandan içinde yaşadığımız devrin şartları ve eğilimleri anayasal kimliği şekillendirmektedir.

Bu bağlamda anayasal kimlik, sürekliliklerin ve kesintilerin/kırılmaların bir arada yaşandığı bir sürecin ürünü olarak ortaya çıkmaktadır. Osmanlı-Türk anayasacılığı sürecine baktığımızda anayasal kimlikteki devamlılıkları ve radikal kırılmaları görebiliriz.

3 a.g.e. s. 13.

Belirtmek gerekir ki bu süreçte devamlılık kesintilerden daha belirgindir. Örnek vermek gerekirse Türk anayasal kimliğinin en belirgin unsurlarından biri olan “*devletin bölünmez bütünlüğü*” ilkesi Osmanlı’dan tevarüs ettiğimiz bir anayasal esastır. İlk anayasamız olan 1876 Kanun-ı Esâsî’nin 1. maddesinde “*Devleti Osmaniye...hiçbir sebeple tefrik kabul etmez*” denilmiştir. Aynı şekilde mevcut Anayasa’mızın *Başlangıç* kısmı da “*Türk vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa...*” öznesiyle başlar.

Anayasal kimlikteki kırılmaların veya değişikliklerin başında ise kuvvetler ayrılığı ilkesi gelmektedir. Ancak bu konudaki değişimi kuvvetler birliğinden kuvvetler ayrılığına doğru lineer bir değişim olarak görmek yanlış olur. Osmanlı anayasacılığında kuvvetler ayrılığı ön planda iken Cumhuriyet’in kuruluşunda hâkim anlayış kuvvetler birliği olmuş, 1961 Anayasası ile birlikte de tekrar kuvvetler ayrılığına yönelme gerçekleşmiştir.

Gerçekten de Kanun-ı Esâsî’nin getirdiği meşruti anayasal düzen belli ölçüde kuvvetler ayrılığına dayanmaktaydı. Nitekim Antalya mebusu Hamdi Efendi tarafından kaleme alınan “*Kanun-ı Esâsî’nin 1909 Tadiline Dair Rapor*”da bu durum açıkça ifade edilmiştir. Raporda Kanun-ı Esâsî’nin üç temel kuvvet olan (*kuvâ-yı selâse*) yasama, yürütme ve yargının sınırlarını, millet ve hükûmetin karşılıklı haklarını ve vazifelerini tayin edip sınırlandıran ve bunları tescil eden bir “*vesikâ-ı adâlet*” olduğu belirtilmiştir. Hamdi Efendi’ye göre siyasi bir toplulukta ortaya çıkan bu üç kuvvetin tek elde toplanması her türlü zulme yol açan ilkel bir yönetim şekli olduğundan biraz medeni devlet hâline gelmeye başlayan topluluklarda bu kuvvetlerin doğal bir ayrılmaya maruz kaldığı gözlemlenmektedir⁴.

4 Yazır, E. M. H. (2018). *Osmanlı Anayasasına Dair: Kanun-ı Esâsî’nin 1909*

Buna karşılık 1921 ve 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunları kuvvetler birliği esasına dayanmıştı. Buna göre teşrî salâhiyeti ve icra kudreti milletin yegâne mümessili olan Türkiye Büyük Millet Meclisinde (TBMM) tecelli ve temerküz etmiştir⁵. Esasen Cumhuriyet'in kurucularının kuvvetler birliği tercihi zamanın ruhuna uygundu⁶. 1924 Anayasası Meclis'te görüşülürken Teşkilat-ı Esasiye Encümeni Mazbata Muharriri Celal Nuri Bey bu tercihi sarıh bir şekilde izah etmişti. Celal Nuri Bey'e göre kuvvetler birliğine son derece özen gösterilmiştir, zira *"bu heyeti doğuran, bu cumhuriyeti vücuda getiren tevhidî kuva esasıdır"*⁷.

1961 Anayasası'yla birlikte egemenliğin kullanımına ilişkin anlayış değişmiş, TBMM egemenlik hakkını kullanan yegâne organ olmaktan çıkmış, *"yetkili organlardan"* biri hâline gelmiştir. Kuvvetler ayrılığı lafzen Anayasa'da zikredilmese de yeni anayasal düzenin temel esaslarından biri olarak kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle, bu *"Anayasa, yasama yetkisini, yürütme görevini ve yargı yetkisini ayrı ayrı organlara vermekle kuvvetler ayrılığı esasını kabul etmiştir"*⁸. Nitekim Mahkeme bu dönemde normların anayasallığı denetminde kuvvetler ayrılığı ilkesini de kullanmıştır⁹.

1982 Anayasası'nın *Başlangıç* kısmı ise anayasal kimliğin bir unsuru olarak kuvvetler ayrimından açıkça bahsetmiş, bu

Tadiline Dair Rapor & Mehâkim-i Şer'îyye ve Hükkâm-ı Şer' Kanunu Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası, Köksal, A. C. (Haz.), İstanbul: Klasik Yayınları, s. 93.

5 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, madde 2; 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, madde 4-5.

6 Bu konuda bkz. Akyol, T. (2023). *Neden 29 Ekim? Cumhuriyet'in İlanına Giden Yol*, İstanbul: Doğan Yayınları, s. 32: *"Kuvvetler birliği önce Milli Mücadele'nin, sonra inkılapçı cumhuriyetin ve tek parti rejiminin ihtiyaç duyduğu güç yoğunlaşmasını sağlamıştır"*.

7 TBMM Zabıt Ceridesi, II. Devre, Cilt 7, Yedinci İçtima, Birinci Celse, 9.3.1340 (1924), s. 225.

8 AYM, E.1977/1, K.1977/20, 5/4/1977.

9 AYM, E.1967/21, K.1968/36, 26/9/1968; AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969; AYM, E.1969/49, K.1970/3, 8/1/1970; AYM, E.1979/22, K.1979/45, 18/12/1979.

ilkenin devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediğini, “*medeni bir işbölümü ve işbirliği*” olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi ölçü norm olarak uygularken “*gözetilmesi gereken hususun her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalmasının ve diğer erklerin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanması*” olduğuna dikkat çekmiştir¹⁰. Mahkeme, aynı şekilde, kuvvetler ayrımını yorumlarken “*tüm demokratik hükümet sistemlerinde yargının, yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığı[nın] kabul edilmekte*” olduğunu,¹¹ bu ilke gereğince diğer iki erkin “*yargıdan üstünlüğü ya da yargıya egemen olması durumlarına Anayasa karşısında geçerlik tanınamayacağı*” nı¹² özellikle vurgulamıştır.

Bu noktada anayasal kimliğin belirlenmesinde anayasaların dibacelerinin/başlangıçlarının özel bir yeri olduğunu belirtmek gerekir. Anayasal kimlik aynı zamanda siyasal sistemin meşrulaştırılması işlevini görmektedir. Carl Schmitt, bir siyasal sistemin ahlaki, ideolojik veya felsefi kimliği üzerinden meşruiyet sağlandığını, yazılı anayasaların baştan itibaren bu kimliği yansıtan ifadelerle yer verdiğini belirtir. Schmitt’e göre Türkiye’nin 1961 Anayasası, başta *Başlangıç* kısmı ve 2. maddesi olmak üzere, bu tür meşrulaştırmalarla doludur¹³.

Esasen anayasal geleneğimizde “*Başlangıç*” uygulaması 1961 Anayasası ile başlamıştır. Başlangıç bir yandan yeni anayasal düzeni oluşturan kurucu iktidarı meşrulaştırma işlevi görürken diğer yandan da yeni düzenin dayandığı temel görüş ve ilkeleri yansıtmaktadır.

10 AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013.

11 AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014.

12 AYM, E.1988/32, K.1989/10, 28/2/1989. Kuvvetler ayrılığının ölçü norm olarak kullanıldığı diğer bazı kararlar için bkz. AYM, E.1988/62, K.1990/3, 6/2/1990; E.1995/35, K.1995/26, 4/7/1995; E.1997/36, K.1997/52, 20/5/1997; E.2002/146, K.2002/201, 27/12/2002; E.2012/87, K.2014/41, 27/2/2014; E.2018/112, K.2021/24, 31/3/2021, §§ 16, 18, 23; E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021, §§ 12, 32.

13 Schmitt, C. (1987). “The Legal World Revolution”, *Telos*, No. 72, s. 74-75.

Belirtmek gerekir ki başlangıçlar genelde retorik ifadelerle yer verirler. Buna ilave olarak bizim anayasaların başlangıçları romantik ve ironik ifadeler de içerir. Başbakanın ve iki bakanın idamıyla sonuçlanan 27 Mayıs sürecinin ürünü olan 1961 Anayasası, “*hürriyete, adâlete ve fazilete âşık evlatlarının uyanık bekçiliğine*”; demokratik siyasi yaşama son veren 12 Eylül darbesinin ürünü olan 1982 Anayasası ise “*demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine*” emanet edilmiştir.

İroniye varan retoriği bir yana bırakılacak olursa, *Başlangıç* kısmının anayasal kimliğin inşasında çok önemli bir işlev gördüğünü söylemek gerekir. Mevcut Anayasa’nın 176. maddesi uyarınca “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasanın metnine dahildir*”. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “*Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynak*”¹⁴ olan *Başlangıç*, diğer anayasal hükümlerin yorumlanmasında kendisine başvurulmuş bir ölçü norm olarak kullanılmaktadır.

Anayasa’nın *Başlangıç* kısmı aynı zamanda, anayasal kimlikle yakından ilgili olan “*Anayasa’nın ruhu*”ndan bahsetmektedir. Bu kavram *Başlangıç* dışında Anayasa’nın 13. maddesinde de geçmektedir. *Başlangıç* kısmının sonunda, Anayasa’nın bu kısımda belirtilen ilke ve esaslar yönünde Anayasa’nın *ruhuna* saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanması öngörülmektedir. Diğer yandan Anayasa’nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında da temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamaların diğerleri yanında, “*Anayasanın sözüne ve ruhuna*” aykırı olamayacağı belirtilmektedir.

Peki Anayasa’nın ruhu nedir? Bu soruyu cevaplamak kolay değildir. Zira “*söz*”ün aksine “*ruh*”, çerçevesi kolay belirlenebilir ve tanımlanabilir bir kavram olmaktan uzaktır. Biraz da bu nedenle Anayasa Mahkemesi ruh meselesine pek girmemiş ve “*Anayasa’nın ruhu*” ölçütünü çok fazla kullanmamıştır.

14 AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında “ruh”tan ne anlaşılması gerektiğine dair bazı ipuçları vermiştir. Bu anlamda “ruh”, Anayasa’nın bir kısmından değil ancak tümünden çıkarılabilir. Mahkemeye göre, “yasanın, Anayasa’nın ruhuna aykırı olduğu ileri sürülüyorsa, bu kez sayıları sınırlı birkaç Anayasa madde ve ilkesinin değil, Anayasa’nın tümünün yorumlanması gerekir”¹⁵.

Diğer yandan, ruhu anlamak için Hegel’den yardım alabiliriz. *Tarih Felsefesi Üzerine Dersler* adlı eserinin başında Hegel, ruhun doğasının doğrudan zıddına yani maddeye bakılarak anlaşılabilirliğini söyler. Hegel maddenin özünün yer çekimi, ruhun özünün de özgürlük olduğunu belirtir. Hegel’e göre “özgürlük ruhun yegâne hakikatidir”¹⁶.

Hegel’in madde-ruh zıtlığını anayasal dile çevirirsek, “maddenin özü otoriteyse ruhun özü de özgürlüktür” diyebiliriz. Bu bağlamda özgürlük Anayasa’nın ruhunun yegâne hakikatidir.

Esasen Anayasa’nın ruhunu, Anayasa’ya hâkim olan görüş, anlayış, amaç, felsefe ve ilkeler manzumesi olarak tanımlamak mümkündür. Bu da ancak Anayasa’ya yönelik bütüncül bir yaklaşımla belirlenebilir. Sonuçta, anayasal kimliğin tüm unsurları gibi “Anayasa’nın ruhu” da yoruma açıktır. Bu anlamda “Anayasa’nın ruhu”nu nihai olarak yorumlayıp uygulayacak olan da Anayasa Mahkemesidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi “ruh”tan açıkça bahsetmeden bilhassa bireysel başvurunun kabulünden sonra verdiği kararlarda “Anayasa’nın ruhu”nun özünün “özgürlük” olduğunu ima eden bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkeme anayasal hükümlerin hak eksenli bir yaklaşımla ve özgürlükler lehine

15 AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.

16 Hegel, G. W. F. (1894). *Lectures on the Philosophy of History*, Trans. Sibree, J., London: George Bell & Sons, s. 18.

yorumlanması gerektiğini ancak bu durumda kendilerinden beklenen işlevi tam olarak yerine getireceğini belirtmiştir¹⁷.

Başka bir ifadeyle Anayasa'nın ruhu anayasal hükümlerin "özgürlükçü" veya "özgürlükler lehine" bir yaklaşımla yorumlanmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde Anayasa'nın ruhuna aykırı davranılmış olacaktır. Nitekim birçok ihlal kararında mahkemelerin anayasa kurallarını özgürlükler lehine yorumlamadıkları tespiti yapılmıştır¹⁸.

Diğer yandan hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin anayasal kimliğinin temel unsurudur. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, diğer özellikleri yanında, insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak nitelenmektedir.

Belirleyici özelliğinden dolayı Anayasa Mahkemesi gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda verdiği kararlarda sık sık hukuk devletine atıf yapmakta, başta belirlilik ve öngörülebilirlik olmak üzere bu ilkenin tanımlayıcı unsurlarını ölçü norm olarak kullanmaktadır. Daha önemlisi Anayasa Mahkemesine göre "hukuk devleti, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir"¹⁹.

Bu tespitiyle birlikte Anayasa Mahkemesinin -yine açıkça ruhtan bahsetmese de- özgürlüğün yanında "hukuk devleti" veya "hukukun üstünlüğü" ilkesini de Anayasa'nın ruhuna hâkim olan, bu anlamda anayasal kimliği belirleyen vazgeçilmez temel bir ilke olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

17 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No. 2019/10634, 1/7/ 021, § 50; Ali Kuş [GK], B. No. 2017/27822, 10/2/2022, § 50.

18 Örneğin bkz. Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, § 133; Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023, § 92.

19 Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem, B. No: 2015/7942, 28/5/2019, § 50; Cihangir Akyol [GK], B. No. 2021/33759, 23/2/2023, § 46.

3. Anayasal Kimlik ve Anayasa Yargısı

Anayasal kimliğin bir diyalektik sonucu olduğu açıktır. Bu diyalektik, uygulamada mahkemeler, yasama organları ile diğer kamusal ve özel alanlarda gerçekleşen yorumsal ve siyasal faaliyetler şeklinde tezahür etmektedir²⁰.

Anayasal kimliğin oluşumunda kuşkusuz anayasa yargısının ve yargıcının özel bir yeri vardır. Anayasayı yorumlamak ve uygulamakla görevli olan anayasa yargıcı, devletin kurucu aktörlerinin belirlediği anayasal kimliğin şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

Anayasanın yorumuna ve uygulamasına ilişkin olarak yasama/yürütme ile yargı arasında yaşanan uyumsuzluk hatta çatışma da anayasal kimliğin şekillenmesinde etkili olmaktadır. Belirtmek gerekir ki tarihsel süreç içinde anayasal kimliğin hak-eksenli şekillenmesinde bazen parlamentolar ve yürütme organları bazen de yargı daha olumlu rol oynamıştır.

Bunun, biri anayasa yargısı fikrinin doğduğu yer olan Amerika Birleşik Devletleri'nden diğeri de ülkemizden olmak üzere iki örneğinden bahsetmek istiyorum. Bu örnekler anayasal kimliğin unsurlarından olan *kanun önünde eşitlik* ile *laiklik* ilkelerinin yorumlanmasının ve uygulanmasının zaman ve mekân içinde nasıl değiştiğini göstermek bakımından önem taşımaktadır.

Eşitlik ilkesi Amerika'nın soyut anayasal kimliğinin önemli bir bileşeni olmuştur. Bu kimliği inşa eden belgelerin başında gelen 1776 Bağımsızlık Bildirgesi'ne göre "*Bütün insanlar eşit yaratılmıştır ve kendilerine onları Yaratan tarafından yaşama, hürriyet ve mutluluğu arama gibi vazgeçilmez haklar bahşedilmiştir.*" Ancak bu "*hakikat*"ın somut anayasal kimliğe yansımaları çok uzun bir süre almış, "*bazılarının daha eşit yaratıldığı*" inancı yıllarca toplumsal ve siyasal düzene hâkim olmuştur.

20 Jacobsohn, G. J. (2010). *Constitutional Identity*, Cambridge: Harvard University Press, s. 108.

19. yüzyılın ortalarında Dred Scott adında bir köle, sahibi tarafından bir süreliğine de olsa köleliğin yasaklandığı bir eyalete götürüldüğünü, bu nedenle artık köle olmadığını ve beyazların sahip olduğu anayasal haklara sahip olduğunu ileri sürerek dava açmış, uzun bir sürecin ardından uyuşmazlık ABD Yüksek Mahkemesinin önüne taşınmıştır.

Yüksek Mahkeme davayı 6 Mart 1857 tarihinde karara bağlamış, kararda siyahilerin “*vatandaş*” kavramına dâhil olmadığını, dolayısıyla beyazların yararlandığı anayasal haklardan yararlanmalarının mümkün olamayacağını belirtmiştir²¹. Mahkeme, bir asırdan daha uzun süredir kabul edildiği üzere siyahilerin beyaz adamın altında, aşağılarda bir varlık olarak beyaz adamın saygı duyacağı herhangi bir hakka sahip olmadığını, dolayısıyla “*bir zencinin (negro) hukuken ve hakkaniyete uygun olarak kendi menfaati gereğince köle yapılabileceğini*” ifade etmiştir²².

Amerikan Yüksek Mahkemesi, Bağımsızlık Bildirgesi’ndeki genel ifadelerin insanlık ailesinin tamamını kucaklıyor gibi görünse de gerçekte köleleştirilmiş Afrika ırkının bu aileye dâhil edilmesinin amaçlanmadığının tartışmaya yer bırakmayacak kadar açık olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre siyah ırk beyaz ırktan değişmez işaretlerle ve çok önceden konulmuş yasalarla ayrılmış, kendisi hakkında “*mülk*” olmanın dışında düşünülmemiş veya konuşulmamıştır²³.

Yüksek Mahkeme, bu kararda Anayasa’nın köle mülkiyetini açıkça güvence altına aldığını, bu nedenle Kongre’nin çıkardığı, kuzeyde sınırları belirli alanda vatandaşları köle mülkiyetine sahip olmaktan meneden kanunun Anayasa’ya aykırı, dolayısıyla geçersiz olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, devamında, Dred Scott’ın ve ailesinden herhangi bir kişinin

21 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), s. 404.

22 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), s. 407.

23 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), s. 410.

söz konusu bölgeye götürülmesi nedeniyle de hür olamayacağına hükmetmiştir²⁴.

Kısacası Amerikan Yüksek Mahkemesinin Dred Scott'a âdeta “kölesin sen, köle kal!” dediği bu karar kölelik sorununu çözmek bir yana, tartışmayı daha da alevlendirmiş ve Amerika'yı İç Savaşa götüren bölünmeyi derinleştirmiştir. İç Savaş'tan sonra Anayasa değiştirilmiş, 13. ve 14. Değişikliklerle kölelik lağvedilerek kanun önünde eşitlik ilkesi pekiştirilmiştir. Başka bir ifadeyle, anayasal kimliğin şekillenmesi ve uygulamanın soyut eşitlik ilkesine uygun hâle gelebilmesi “İkinci Amerikan Devrimi” olarak bilinen iç savaşın sonucunda gerçekleşmiştir²⁵.

Anayasa'da ırk ayrımcılığını ortadan kaldırmaya ve eşitliği sağlamaya yönelik değişiklikler somut anayasal kimliği bir çırpıda değiştirmemiştir. Zira bir “zenci”nin (negro) beyaz adamla eşit olduğu düşüncesi “Amerikan zihnindeki en köklü ve çirkin korkulardan bazılarını gün yüzüne çıkarmıştı”²⁶.

Bu derin korku, çok sayıda eyalette okullardan hastanelere, toplu taşımadan otellere, parklardan mezarlıklara kadar kamusal alanlarda beyazlarla “renkli”lerin ayrılması şeklinde yaygın uygulamaya yol açmıştır. Bu uygulamalar “ayrı-ama-eşit” (separate but equal) doktrini olarak bilinen bir anlayışla haklılaştırılmaya çalışılmıştır.

Yüksek Mahkeme de anayasal değişikliklere karşın uzun bir süre daha ırk ayrımcılığına onay veren bir tutum sergilemiş, bu kapsamda “ayrı-ama-eşit” anlayışıyla çıkarılan yasal

24 Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856), s. 451-452.

25 Richards, D. A. J. (1994). Revolution and Constitutionalism in America, içinde Rosenfeld, M. (Ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham: Duke University Press, s. 85-142.

26 Berger, R. (1997). *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Second Edition, Indianapolis: Liberty Fund, s. 13.

düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmamıştır²⁷. Sözgelimi *Plessy v. Ferguson* kararında Yüksek Mahkeme, beyazlarla renklilerin trende ayrı vagonlarda yolculuk yapmasını zorunlu kılan kanunun 14. Değişikliği ihlal etmediğine karar vermiştir²⁸.

Mahkemeye göre 14. Değişiklik iki ırkın kanun önünde eşitliğini sağlamak için getirilmiş olmakla birlikte, söz konusu değişikliğin amacı “*eşyanın doğası*” dikkate alındığında -siyasal eşitlikten farklı olarak- toplumsal eşitliği veya iki ırkın birlikteliğini sağlamak değildir. Ayrıca, ayrı okullar uygulamasında olduğu gibi, kamusal yerlerin ırklara göre ayrılması bir ırkın diğeri karşısında daha “*aşağı*” (*inferior*) olduğu anlamına gelmemektedir²⁹.

Bu ve benzeri kararlara karşın toplumsal ve siyasal düzeyde yaşanan gelişmelerle uyumlu olarak Yüksek Mahkeme de içtihadını değiştirmiş, 1954 yılında verdiği meşhur *Brown* kararıyla siyahiler ile beyazların ayrı okullarda eğitim görmesini bu defa eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur³⁰. Yüksek Mahkemenin 1954 yılında oybirliğiyle aldığı *Brown* kararı “*anayasa hukukunda bir devrim*” olarak kabul edilmiştir³¹.

Brown kararına rağmen farklı okul uygulaması hemen sona ermemiştir. Bu karardan on yıl sonra Güney’de yaşayan siyahi çocukların %98’inin beyazlarla aynı okula gidemedikleri bilinmektedir³². Bu nedenle Kongre somut anayasal kimliği *Brown* doğrultusunda şekillendirmek amacıyla “1964 *Civil*

27 Bkz. Cohen, A. (2020). *Supreme Inequality: The Supreme Court’s Fifty-Year Battle for a More Unjust America*, New York: Penguin Press, s. xx.

28 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

29 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), s. 544.

30 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

31 Cox, A. (1987). *The Court and The Constitution*, Boston: Houghton Mifflin Company, s. 257. Bununla birlikte kararı 14. Değişikliği ihdas eden anayasa koyucunun iradesini aşan bir aktivizm örneği olarak kabul edenler de vardır. Bkz. Berger, R. (1997). s. 132-154.

32 Ackerman, B. (2014). *We the People III: The Civil Rights Revolution*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, s. 230.

Haklar Kanunu’nu çıkarmıştır. Yüksek Mahkeme de *Brown* ile açtığı “eşitlikçi” yolu 1967 yılında verdiği ırklar arası evliliği yasaklayan bir kanunu anayasaya aykırı ilan ettiği *Loving* kararı ile sürdürmüştür³³.

Anayasa mahkemelerinin anayasal kimliğin oluşumunda oynadıkları olumlu ve olumsuz rolün diğer bir örneği de Türk Anayasa Mahkemesinin başörtüsü sorunu üzerinden yaptığı laiklik yorumunda ortaya çıkmaktadır.

Laiklik ilkesi, Türk anayasal kimliğinin hâkim unsurlarından biridir. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan “*Türkiye Devletinin dini, dinî İslamdır*” hükmü, 1924 Teşkilat-Esasiye Kanunu’nun 2. maddesinde de bir süre korunmuş ancak 1928 yılında yapılan değişiklikle Anayasa’dan çıkarılmıştır. Öte yandan 1937 yılında Anayasa’nın 2. maddesinde yapılan değişiklikle Türkiye devletinin, diğer nitelikleri yanında, “*laik*” olduğu belirtilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarının 2. maddelerinde de “*laiklik*” Cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olarak yer almıştır.

Türkiye’de anayasal kimliğin diğer unsurları gibi laiklik ilkesi de anlamı ve içeriği bakımından zamanla farklılaşmış, bu kapsamda kurucu aklın iradesi ile toplumun gelişen talepleri arasındaki uyumlaştırma çabalarına konu olabilmıştır³⁴. Laikliğin anlamı ve gerekleri konusundaki yaklaşım değişikliğinin “*başörtüsü meselesi*” üzerinden izlenmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesi, 1989, 1991 ve 2008 yıllarında verdiği kararlarda üniversitelerdeki başörtüsü serbestisine ilişkin yasal düzenlemelerin ve anayasa değişikliklerinin Anayasa’nın 2. maddesinde korunan laiklik ilkesiyle bağdaşmadığına hükmetmiştir³⁵. Bu kararlarda anayasal kimliğin unsurlarından

33 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Bu konuda bkz. Ackerman, B. (2014). s. 229 vd.

34 Jacobsohn, G. J. (2010). s. 14.

35 AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989; E. 1990/36, K.1991/8, 9/4/1991; E. 2008/16, K. 2008/116, 5/6/2008.

olan laiklik ilkesi sınırlayıcı, yasaklayıcı ve dışlayıcı bir yaklaşımla yorumlanmıştır³⁶.

Anayasa Mahkemesi bu kararların ilkinde laiklik ilkesini, din ve devlet ayrılığının ötesinde, dini kişilerin vicdanlarına bırakan, “siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi” ve bir “uygar yaşam biçimi” olarak nitelendirmiştir. Mahkeme “lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz” tespitiyle lâiklik ilkesini özgürlüklerin kırmızı çizgisi olarak değerlendirmiştir³⁷.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü” laiklikle bağdaşmadığı için bir hak veya özgürlük konusu olamazdı. Mahkemeye göre “Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıdırılmasına olanak tanımamıştır”³⁸.

Anayasa Mahkemesinin laiklik ilkesiyle ilgili yorumu, bireysel başvurunun uygulamaya geçtiği tarih olan 23 Eylül 2012’den üç gün önce norm denetimi kapsamında verdiği bir kararla birlikte değişmeye başlamıştır. Anayasa Mahkemesi, “Kur’an-ı Kerim” ve “Hz. Peygamberimizin Hayatı” derslerinin ortaokul ve liselerde isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasını öngören kanun hükmünün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verirken laiklik ilkesini yeniden yorumlamıştır³⁹.

Kararda öncelikle tarihsel gelişim sürecinde laikliğin biri “katı” diğeri “esnek” veya “özgürlükçü” olmak üzere iki uygulamasının ortaya çıktığı belirtilmiştir. Katı laiklik anlayışına göre din bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması

36 Bu yorumun eleştirisi için bkz. Arslan Z. (2009). “Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe”, *SETA Analiz*, Sayı 2, ss. 1-24.

37 AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

38 AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989.

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

gereken bir olgudur. Buna karşılık “esnek” ya da “özgürlükçü” laiklik anlayışı dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte ve toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi, mensuplarının yaşam biçimlerini, kimliklerini ve diğer insanlarla ilişkilerini etkileyen din ve inançların toplumda çeşitlilik arz etmesinin tarihsel ve sosyolojik bir gerçeklik olduğunu hatırlatmış, buradan hareketle “demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri[nin], toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmek” olduğunu belirtmiştir⁴¹.

Esasen bu ve benzeri değerlendirmeler Anayasa Mahkemesinin laiklik konusunda önceki “katı” yorumunu terk ettiğini, laikliği bilhassa din ve vicdan özgürlüğünü güvenceye alan bir anayasal ilke olarak yorumladığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, Ergun Özbudun’un ifadesiyle, “militan ya da dayatmacı lâiklik anlayışından uzaklaşarak, liberal ya da pasif lâiklik anlayışına uygun kararlar” almaya başlamıştır⁴².

Anayasa Mahkemesi laikliğin bu hak eksenli ve özgürlükçü yorumunu bireysel başvuru kararlarında da sürdürmüş, başörtülü olduğu için mahkeme salonundan çıkarılan avukatın, aynı nedenle üniversiteden atılan öğrencinin ve işine son verilen devlet memurunun anayasal haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme *Tuğba Arslan* kararında, norm denetiminde belirlediği ilkelere atıf yapmak suretiyle başörtüsü yasağı konusundaki önceki içtihatlarını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımını değerlendirip ihlal sonucuna

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

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

42 Özbudun, E. (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 85.

ulaşmıştır. Bu kararda Mahkeme, başörtüsünün din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olduğunu, başörtüsüne yönelik yasağın hiçbir kanuni temelinin bulunmadığını ve bu yasağın inanç temelinde ayrımcılık teşkil ettiğini vurgulamıştır⁴³.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi kararlarında laiklik ilkesinin hâkim olduğu bir hukuk düzeninde dinî tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzının *devletin müdahalesi dışında ancak koruması altında* olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Bu kapsamda Mahkeme, başörtüsü yasağı dışında, gayrimüslim bir azınlık cemaatinin dinî liderinin seçimine devlet tarafından müdahale edilmesini de din özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür⁴⁵.

4. Sonuç Yerine: En İyi Anayasa, En İyi Uygulananıdır

Cumhuriyetin bir asırlık tecrübesi, anayasa yargısının 61 yıllık pratiği bize çok şey öğretmiştir. Dolayısıyla kazanılan başarılar, kazanımlar ve yaşanan hayal kırıklıklarından hareketle ortak bir anayasal kimlik üzerinde mutabakat sağlanabilir.

Kanaatimce bu anayasal kimlik, iktidarın tek elde toplanmasını önleyecek şekilde *demokratik*, kimlikçi siyasetin tuzağına düşmeyecek ve farklı olanı ötekileştirmeyecek şekilde *çoğulcu*, ülkede yaşayan herkesi temel hak ve özgürlüklere sahip eşit bireyler olarak görecektir. Bu şekilde *özgürlükçü* ve nihayet tüm bu unsurları güvenceye alacak şekilde *hukukun üstünlüğüne dayalı* bir anayasa anlayışını zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bilhassa son on yılda geliştirdiği hak eksenli yaklaşımla, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik, çoğulcu ve özgürlükçü bir anayasal kimliğin inşasına ve gelişimine çok önemli katkılar yapmıştır ve yapmaya devam etmektedir.

43 Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014. Ayrıca bkz. Sara Akgöl [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018; B.S., B. No: 2015/8491, 18/7/2018.

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

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

Bir kez daha vurgulamak gerekir ki anayasal kimliğin oluşumu akşamdan sabaha ya da bugünden yarına gerçekleşmiyor. Bu kimlik toplumda bugün yaşayanlar gibi, daha önce yaşamış ve daha sonra yaşayacak olanların etkileşimiyle ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple Edmund Burke'ün devlet için söylediği, anayasal kimlik için de geçerlidir. Burke'e göre devlet sadece şu anda yaşayanlar arasında değil *yaşayanlarla ölümler ve doğacak olanlar arasındaki bir ortaklık anlaşmasıdır*⁴⁶.

Kuşkusuz Cumhuriyet'in yüz yıllık süreçte oluşan anayasal kimliği de dün, bugün ve yarın boyutunda, zamanın ve mekânın ruhunu da yansıtarak dinamik bir süreç içinde geleceğe evrilmektedir.

Ayrıca belirtmek isterim ki büyük ölçüde anayasa metnlerinde tezahür eden soyut anayasal kimlik kadar hatta ondan daha önemli olan somut anayasal kimliktir, başka bir ifadeyle anayasanın uygulaması, günlük hayata yansımasıdır.

Bu bağlamda, makaleyi Ali Fuat Başgil'in sözleriyle tamamlamak istiyorum: *"Anayasaların en iyisi, en iyi ve en kolay tatbik edilenidir. En kötüsü de hiç tatbik edilmeyeni, yahut kötü tatbik edilenidir"*⁴⁷.

46 Burke, E. (1969). *Reflections on the Revolution in France*, O'Brien, C. C. (Ed.), Harmondsworth: Penguin Books, s. 194-195.

47 Başgil, A. F. (2017). *İlmin Işığında Günün Meseleleri*, İstanbul: Yağmur Yayınları, s. 91.

KAYNAKÇA

- ACKERMAN, Bruce (2014). *We the People III: The Civil Rights Revolution*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- AKYOL, Taha (2023). *Neden 29 Ekim? Cumhuriyet'in İlanına Giden Yol*, İstanbul: Doğan Yayınları.
- ARSLAN, Zühtü (2009). "Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe", *SETA Analiz*, Sayı 2, ss. 1-24.
- BAŞGİL, Ali Fuat (2017). *İlmin Işığında Günün Meseleleri*, İstanbul: Yağmur Yayınları.
- BERGER, Raoul (1997). *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Second Edition, Indianapolis: Liberty Fund.
- BURKE, Edmund (1969). *Reflections on the Revolution in France*, O'Brien, Conor Cruise (Ed.), Harmondsworth: Penguin Books.
- COHEN, Adam (2020). *Supreme Inequality: The Supreme Court's Fifty-Year Battle for a More Unjust America*, New York: Penguin Press.
- COX, Archibald (1987). *The Court and The Constitution*, Boston: Houghton Mifflin Company.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1894). *Lectures on the Philosophy of History*, Trans. Sibree, John, London: George Bell & Sons.
- JACOBSON, Gary Jeffrey (2010). *Constitutional Identity*, Cambridge: Harvard University Press.
- KOVÁCS, Kriszta (2023). Introduction: Identities, the Jurisprudence of Particularism and Possible Constitutional Challenges, içinde Kovács, Kriszta (Ed.), *The Jurisprudence of Particularism: National Identity Claims in Central Europe* (ss. 1-29). Oxford: Hart Publishing.

- MAALOUF, Amin (2002). *Ölümcül Kimlikler*, 10. Baskı, Çev. Bora, Aysel, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- RICHARDS, David A. J. (1994). Revolution and Constitutionalism in America, içinde Rosenfeld, Michel (Ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives* (ss. 85-142), Durham: Duke University Press.
- SCHMITT, Carl (1987). "The Legal World Revolution", *Telos*, No. 72, ss. 73-89.
- YAZIR, Elmalılı M. Hamdi (2018). *Osmanlı Anayasasına Dair: Kanun-ı Esâsi'nin 1909 Tadiline Dair Rapor & Mehâkim-i Şer'iyeye ve Hükkâm-ı Şer' Kanunu Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası*, Köksal, Asım Cüneyd (Haz.), İstanbul: Klasik Yayınları.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1967/21, K.1968/36, 26/9/1968.
- AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969.
- AYM, E.1969/49, K.1970/3, 8/1/1970.
- AYM, E.1977/1, K.1977/20, 5/4/1977.
- AYM, E.1979/22, K.1979/45, 18/12/1979.
- AYM, E.1988/32, K.1989/10, 28/2/1989.
- AYM, E.1988/62, K.1990/3, 6/2/1990.
- AYM, E.1990/1, K.1990/21, 17/7/1990.
- AYM, E.1990/36, K.1991/8, 9/4/1991.
- AYM, E.1995/35, K.1995/26, 4/7/1995.
- AYM, E.1997/36, K.1997/52, 20/5/1997.

AYM, E.2002/146, K.2002/201, 27/12/2002.

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

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

AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/2/2014.

AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013.

AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014.

AYM, E.2018/112, K.2021/24, 31/3/2021.

AYM, E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021.

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

B.S., B. No: 2015/8491, 18/7/2018.

Sara Akgül [GK], B. No. 2015/269, 22/11/2018.

Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem, B. No: 2015/7942, 28/5/2019.

Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No. 2019/10634, 1/7/2021.

Ali Kuş [GK], B. No. 2017/27822, 10/2/2022.

Cihangir Akyol [GK], B. No. 2021/33759, 23/2/2023.

Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

ABD Yüksek Mahkemesi Kararları

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).



YABANCILARIN HUKUKİ DURUMLARI BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKAN ANAYASAL MESELELER*

*Constitutional Issues Arising in the context of the
Legal Status of Foreigners*

Prof. Dr. Hacı CAN**

ÖZ

Yabancıların hukuki durumları bağlamında ortaya çıkan anayasal meseleleri konu edinen bu çalışmada, yabancıların durumlarına genel bir bakış sunulmasının ardından Türk Anayasası'nın yabancılar rejimi incelenmeye alınmaktadır. Bu çerçevede eşitlik, temel hak ve özgürlükler gibi bir dizi önemli konu, yabancılar yönünden özel olarak ele alınmaktadır. Yapılan inceleme sonucunda ulus devlet anayasalarının temel işlevinin vatandaş-yabancı ayrımını beraberinde getirdiği, yabancılara yönelik anayasal güvencelerin dogmatik olarak ulus devlet anayasalarının zorunlu unsurları arasında yer almadığı, daha ziyade ihtiyari bir durum olduğu, nitekim devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde yabancıların genelde vatandaşlardan farklı bir statüye tabi tutulduğu, ulus devlet anayasası özelliklerini gösteren Türk Anayasası'nda da vatandaşlar ile yabancılar arasında statüsel bir ayırmadan (statüsel

* Bu makale, 15 Mart 2023 tarihinde Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde düzenlenen "Mülkiye Yabancılar Hukuku" Sempozyumunda sunulan "Türk Anayasasının Yabancılar Rejimi" isimli bildiriden hareketle oluşturulmuştur.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, haci.can@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4440-2530

ayırışma) hareket edildiği sonuçlarına varılmaktadır. Buradan hareketle de Türk Anayasası bakımından vatandaşların anayasal hak ve özgürlüklere aslen sahip olduğu, yabancıların ise kimi anayasal hak ve özgürlüklerden -tanıma yoluyla- yararlandırıldığı tezi ortaya atılmaktadır. Bu çerçevede yabancılara yönelik anayasal teminata bağlamaların insan haklarına saygılı bir devletin gereği olduğu kadar milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacına da hizmet ettiğine de dikkat çekilmektedir. Çalışmanın sonuç kısmında, Türk Anayasası'nın yabancılara ilişkin düzenleme sistemi ve içeriği yönünden muğlak kalan hususların giderilmesine yönelik öneriler sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yabancılar, vatandaşlar, milletlerarası ve anayasal teminatlar, ayrımcılık yasağı, temel hak ve özgürlükler.

ABSTRACT

The study includes the examination of constitutional issues arising in the context of the legal status of foreigners. In this context, following an overview of the status of foreigners, the foreigners' regime of the Turkish Constitution is clarified. In this framework, a number of important issues such as equality and fundamental rights and freedoms are discussed with a specific focus on foreigners. As a result of the examination, it is concluded that the basic function of the nation-state constitutions, such as the Turkish Constitution, brings along a distinction between citizen and foreigner; that the constitutional guarantees for foreigners are not dogmatically among the mandatory elements of the nation-state constitutions, but rather an optional situation, as a matter of fact, under domestic law, foreigners are generally considered differently from citizens; and that there is also a distinction of the status of citizens and foreigners (statutory separation) in the Turkish Constitution which has characteristics of a nation-state constitution. In this vein, the thesis is put forward that in terms of Turkish Constitution, citizens primarily have fundamental constitutional rights and freedoms while the foreigners only benefit from certain constitutional rights and freedoms through recognition. In this framework, it is emphasised that in addition to the necessity of being a state that respects human rights, the constitutional guarantees for foreigners also serve for the purpose of fulfilment of the obligations arising from international law. In the conclusion of the study, recommendations are presented to eliminate the ambiguous issues in terms of the systematic and content of regulations in the Turkish Constitution regarding foreigners.

Keywords: Foreigners, citizens, international and constitutional guarantees, prohibition of discrimination, fundamental rights and freedoms.

I. GİRİŞ

Tıpkı diğer hukuk dalları gibi yabancılar hukuku da çeşitli düzenleme ve uygulamaların tarihsel gelişimine dayanmakta olup süregelen bir değişimin içinde bulunmaktadır. Değişim süreci geçmişte olduğu gibi günümüzde de devam etmekte, gelecekte de devam edeceği benzetilmektedir. Günümüzde Türk yabancılar hukukunda da yaşanan bu değişim özellikle ülkede bulunan -yerleşik- yabancıların tür ve sayılarında görülebilir. Yabancıların yeni türlerinin ortaya çıkması ve son yıllarda sayılarında önemli artışların yaşanması yabancılar ile ilgili yeni durum ve sorunları beraberinde getirmektedir. Hâl böyle olunca da Türk yabancılar hukukunun bu yeni durumlara uyarlanması ve böylece işlevselliğinin sağlanması gereği hasıl olmaktadır.

Yabancılar hukukunun yeni durumlara uyarlanma ve işlevsel kalma gerekliliklerine bağlanan belirsizlik ve zorlukların dışında doğrudan yabancılar hukukunun mevcut düzenlemelerinden kaynaklanan uygulama ve yorum sorunlarıyla da karşılaşabilmektedir. Bu tür belirsizlik ve sorunlar anayasal düzeyde de ortaya çıkabilmektedir. Anayasal belirsizliklerin ve sorunların ise yabancılar hukukunun temel sorunlarına yol açacağı aşîkârdır. Dolayısıyla yabancılar hukukunun anayasal temellerine yönelik spesifik incelemelere gerek duyulmaktadır. Hatta bu noktada, yabancılar hukukunun anayasal temelleri bağlamında ortaya çıkan meselelerin açıklığa kavuşturulmasının ve giderilmesinin yabancılar hukukunun diğer konularına nazaran daha öncelikli hâlde bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu konuya katkı sunmak amacıyla hazırlanan bu çalışmada, yabancıların hukuki durumları bağlamında ortaya çıkan anayasal meselelere açıklık getirilmek istenmektedir. Bu kapsamda yabancıların hukuki durumlarının gelişim süreçlerini

ortaya koymak ve ileriye dönük muhtemel yönlerini belirleyebilmek amacıyla ilk önce yabancıların hukuki durumlarının tarihsel gelişimi ile günümüzdeki pozitif temellerine genel bir bakış sunulacaktır. Daha sonra bu temel üzerinden yabancıların anayasal statülerine ilişkin konuların incelenmesine geçilecektir. Çalışmanın asıl konusunu oluşturan bu kısımda, Türk Anayasası'nın yabancılar rejimine ilişkin düzenleme sistematığı ve içeriği ele alınarak bu kapsamda ortaya çıkan meseleler tartışmalı ve açıklayıcı bir şekilde izah edilecektir. Buradan hareketle de sonuç kısmında Türk Anayasası'ndaki belirsiz ve/veya eksik gözüken hususların giderilmesine yönelik öneriler sunulacaktır.

II. YABANCI KAVRAMI

Yabancılar¹ (*foreigner*) ilişkin konuların anayasal boyutları da vardır. Öyle ki anayasalarda yabancıları ilgilendiren birçok hüküm bulunmaktadır. Bununla beraber, yabancıların kim olduğu anayasalarda açıkça belirlenmiş değildir. Bu nedenle anayasal yönden diğer hususların yanı sıra yabancıların kim olduğunun açıklığa kavuşturulması da önem arz etmektedir.

Öğretide, yabancıların kim olduğunun (yabancı kavramının) belirlenmesinde değişik ölçütlerden hareket edilmektedir. Bu kapsamda yabancıyı vatandaşlık kriterinden (tüzel kişiler için tabiiyet kriteri) hareketle belirleyenler olduğu gibi

1 Yabancılar yalnızca gerçek kişilerden oluşmaz, tüzel kişileri de kapsar. Ancak yabancılar hukukunun ülkeye giriş-çıkış gibi bazı konuları için mahiyeti gereği yalnızca gerçek kişilere yönelir ve ilgilendirir. Bundan dolayı konu ağırlıklı olarak gerçek kişi yabancılar yönünden ele alınmaktadır. Yabancıların belirlenmesinde bu hareket noktaları dışında kavramsal terminoloji farklılıkları da göze çarpmaktadır. Gerçekten de hukuki düzenlemelerde genelde yabancı kavramı kullanılsa da, vatandaş olmayan, yabancı devlet vatandaşı, üçüncü ülke vatandaşı, göçmen, sığınmacı vb. kavramlara da yer verilebilmektedir. Ancak bu ifadelerin yabancı kavramının yalnızca birer görünüş şekilleri olduğunu belirtmek gerekir. Bu itibarla, yabancılar hukukunun konu ve kişi yönünden kapsamını tüm durumları içerecek şekilde "yabancı" kavramı üzerinden tayın etmek daha doğru olacaktır.

sosyolojik gerçeklikten veya sahip olunan statü bakımından farklı olma kriterinden hareketle de açıklayanlar vardır².

Devletlerin iç hukuklarında bu noktada genellikle vatandaşlık kriterinin esas alındığı görülmektedir. Yabancı kavramı, diğer ülke hukuklarında olduğu gibi iç hukukumuzda da esas itibarıyla uyruk/vatandaş olmayanları³ ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu kullanım günümüzde yerleşiklik kazanmıştır. Nitekim iç hukuk düzenlemelerimizde yabancı “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi” olarak belirtilmektedir⁴. Örneğin 29/5/2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 1-d maddesi ve 4/4/2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 3/1-ü maddesine göre, “Yabancı; Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi, ifade eder.”

İç hukukumuzda yabancı Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişiyi ifade ettiğine göre, kimin vatandaş, böylece yabancı olduğunun belirlenmesi de esasen 5901 sayılı Kanun’a göre yapılacaktır.

Ancak bu bağlamda, birçok yabancı devlet hukukunda çifte tabiiyet kabul edilmediğinden dolayı Türk vatandaşlığın-

2 Yabancı kavramı ve türlerine ilişkin kapsamlı inceleme için bkz. Ergül, E. (2012). “Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri”, *Türk İdare Dergisi*, S. 475, s. 214-227; Can, H. ve Tuna, E. (2022). *Yabancılar Hukuku - Genel Kısım*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 175 vd.

3 Göğer, E. (1979). *Yabancılar Hukuku*, Ankara: Ankara Ü. Hukuk. Fak. Yay., Sevinç Matbaası, s. 4.

4 Vatandaşlık kurumunun milletlerarası hukuk yönü de bulunmaktadır. 1930 Vatandaşlıkla İlgili Bazı Kanunlar İhtilafı Problemlerine Dair Lahey Sözleşmesinin 1. maddesinde, vatandaşlığın milletlerarası teamüle ve tabiiyet konusunda genel kabule mazhar olmuş hukuk prensiplerine uygun olmak şartıyla diğer devletler tarafından tanınacağı belirtilerek, vatandaşlığın verilmesinde milletlerarası örf ve adede ve vatandaşlık konusunda kabul gören genel prensiplere bağlı kalınacağı hüküm altına alınmıştır. Milletlerarası Adalet Divanının 06.05.1955 tarihli *Nottebohm* kararında ise, devletle vatandaş arasındaki bağın gerçek ve sıkı bir bağ olması gerektiğini, aksi halde vatandaşlık bağının milletlerarası hukukça tanınmasının söz konusu olmayacağını vurgulamıştır.

dan çıkmak zorunda kalanların Türkiye'deki haklarını korumak ve ülkeyle bağlarını devam ettirmek amacıyla geçici ara çözüm ve ara statü olarak getirilen mavi kart statüsünün⁵ yabancı-vatandaş arasında bir tür karma statü teşkil ettiği özellikle belirtilmelidir. Mavi kart statüsünün şeklen bir yabancı statüsü olmakla birlikte, bir yönüyle vatandaşlık statüsünü andırdığını ve içerdiğini, dolayısıyla statünün maddi anlamda ikincil vatandaşlık veya sınırlı vatandaşlık statüsü olarak da anlaşılabileceğini söylemek çok da yanlış olmasa gerekir⁶.

5 Detaylı bilgi için bkz. Can, H. (2023). *Mavi Kartlı Yabancılar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1 vd.

6 Türk vatandaşlık hukukunda vatandaşlığın kazanılması bakımından birçok yol ve neden bulunmakla birlikte yalnızca tek tip vatandaşlık söz konusudur. Zira Türk vatandaşı olan herkes aynı statüye tabi olup, ikincil vatandaşlık, sınırlı vatandaşlık, geçici vatandaşlık veya tamamlayıcı (üst) vatandaşlık gibi diğer vatandaşlık kategorileri bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde (örn. ABD, Fransa) ise asli (doğuştan) vatandaşlık ile müktesep (sonradan) vatandaşlık arasında ayırım yapılarak, müktesep vatandaşlığa bağlanan haklarına sınırlama getirilebilmektedir. Konumuzla doğrudan ilgili olmasa da bazı ülke hukuklarında olduğu gibi Türk vatandaşlık hukukunda da vatandaşlık kategorileri oluşturulmasının doğru olacağını düşünüyoruz. Örneğin Türkiye'de yatırım yapan yabancı bir iş adamına ya da Türk millî takımlarından birinde oynayabilmesi için yabancı bir sporcuya istisnai yolla Türk vatandaşlığının verilmesi mevcut sistemde bu kişileri tam Türk vatandaşı haline getirmektedir. Ancak bu kişilerin Türkiye ile bağları genel de yaptıkları işle sınırlıdır ve ülkeye aidiyet ve sadakat konusunda da ciddi belirsizlikler söz konusudur. Bu kişilere bazı devletlerde yapıldığı gibi genel vatandaşlık değil, geçici/ikincil/şartlı vatandaşlık ya da uzun süreli ikamet ve çalışma izni verilmesi daha doğru olabilir. Kısacası, vatandaşlığın kademeli olarak kazanılması sisteminin getirilmesi üzerinde mülhaza edilmelidir. Bu bağlamda Türk hukukunda vatandaşlık ile yabancılık müesseselerinin birbiriyle kesişmeye bağladığı görülmektedir. Mavi kartlı yabancılar, uzun dönem ikamet izinleri sahibi yabancılar, süresiz çalışma izni sahibi yabancılar, turkuaz kart sahibi yabancılar vs. kesişme örnekleri olarak sayabiliriz. Hâlihazırda kesişme durumlarının en üst seviyesini oluşturan mavi kart statüsüne bu noktada değinilecek olursa, şunlar söylenebilir. Mavi kart statüsü, birçok yabancı devlet hukuklarında çifte tabiiyet kabul edilmediğinden dolayı Türk vatandaşlığından çıkmak zorunda kalanların Türkiye'deki haklarını korumak ve ülkeyle bağlarını devam ettirmek amacıyla geçici ara çözüm ve ara statü olarak getirilmiştir. Mavi kart statüsü yabancı-vatandaş arasında bir tür karma statü teşkil etmektedir. Mavi kart statüsü şeklen bir yabancılık statüsü olmakla birlikte, bir yönüyle vatandaşlık statüsünü de andırdığını ve içerdiğini, dolayısıyla statünün maddi anlamda ikincil vatandaşlık veya sınırlı vatandaşlık statüsü olarak da anlaşılabileceğini söylemek çok da yanlış olmayacaktır. Detaylı bilgi için bkz. a.g.e. s. 1 vd.

III. YABANCILARIN HUKUKİ DURUMLARINA GENEL BAKIŞ

Yabancılar hukuku maddi düzenleme içeriği itibarıyla genel olarak yabancıların durumlarına yöneldiğinden, yabancılar hukukunda yabancıların hukuki durumlarının belirleyici bir yeri bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmanın asıl konusunu oluşturan Türk Anayasası'nın yabancılar rejiminin temellerini daha iyi bir şekilde anlayabilmek ve bu konudaki değişimlerinin hangi yöne doğru evrileceğini tasavvur edebilmek için öncelikle yabancıların hukuki durumlarında yaşanan gelişmelere yakından bakmakta yarar vardır. Bu amaçla aşağıda ilk önce yabancıların hukuki durumlarında yaşanan gelişmeler genel hatlarıyla ele alınacaktır.

A. MİLLETLERARASI ALAN

1. Tarihsel Gelişim Süreci

Yabancılar, ilk çağlarda kategorik şekilde tehlikeli-sakıncalı⁷ görüldüklerinden genel olarak hasmane tutumlara maruz kalmıştır⁸. Bununla beraber, daha sonra toplumlar (kabile vs.) arasındaki ilişkilerin gelişmesine bağlı olarak kimi yabancılarla kolaylıklar da tanınabilmektedir.

Yabancıların genel korunmasız durumları esas itibarıyla orta çağda da devam etmiştir. Ancak bu dönemde önemli imtiyazlardan yararlandırılan yabancılar grupları da görülebilmektedir.

Orta çağın sonlarına doğru feodal sistemlerin yerini alan monarşiler döneminde yabancıların durumlarında belirgin bir değişiklik görülmesi de monarşiler arasında yapılan an-

7 Yabancıların sakıncalık durumları istisnai de olsa kanunlarımızda da yansıma bulmaya devam etmektedir. Örneğin bkz. 6458 sayılı YUKK m. 15/1-c, 6735 sayılı ÜİK m. 9/1-g ve 15/2-g.

8 Altuğ, Y. (1971). *Yabancıların Hukuki Durumu*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul: Menteş Matbaası, s. 76-79; Karakoç, İ. (2012). *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 51-52, 58-59.

laşmalarla tebaalarına karşılıklı “en çok gözetilen ülke” kuralı⁹ temelinde bazı imtiyazlar sağlanmıştır.

19. yüzyıla gelindiğinde tebaanın milletlerarası alanda himaye edilmeye başlaması ve sanayi devrimi sonrasında toplumda yaşanan dönüşüm ve değişimler yabancıların durumlarını da doğrudan etkilemiştir. Bu sayede yabancılar giderek daha fazla korunur olmuştur. Bu gelişmelerin etkisiyle milletlerarası alanda devletlerin yabancıların şahsı ve mallarına verilen zarardan sorumluluğu ilkesel olarak kabul edilmiştir. Bu milletlerarası sorumluluğun temeli “yabancıнын vatandaş ile eşitliği” ve “adaletin milletlerarası standardı” olmak üzere iki esasa oturtulmaya çalışılmıştır. Eşitlik esası, yabancılara vatandaşlara tanınandan daha kısıtlayıcı bir statünün uygulanmayacağı temeline dayandırılmıştır. Bu esasın ihlali devletin milletlerarası (diğer devletler karşısında) sorumluluğuna yol açacaktı¹⁰. Fakat bu şekildeki eşitlik esası kimi çevrelerce yeterli bulunmamıştır. Özellikle dönemin sömürgeci devletleri, kendi tabiiyeti altında bulunanların gelişmemiş ülkelerdeki ilişkilerinde bu ülkelerin tabiiyeti altında bulunanlara uygulanan rejimden aynı şekilde yararlanmalarını yeterli görmeyerek, o ülkelerde bulunan tebaalarının kendi hukukuna tabi olduğu bir statünün tanınması gerektiğini savunmuşlardır. Bu doğrultuda tabiiyetleri altında bulunanların milletlerarası alandaki durumlarına ilişkin yeni teorik esasların belirlenmesini dayatmışlardır. Bu yöndeki taleplerin bir kısmı çeşitli şekillerde kabul ettirilmiş ve bazı Asya ülkeleri ile Osmanlı İmparatorluğu’nda uygulanan kapitülasyonlar rejimini meşrulaştırmak için de kullanılmıştır¹¹. Ancak bu durumun devletlerin kendi ülkeleri üzerindeki egemenliğine ağır bir müdahale oluşturması nedeniyle kabullenilmesi çok kolay değildi.

9 Bkz. Altuğ, Y. (1971). s. 37-38.

10 Bkz. Çelikel, A. ve Öztekin Gelgel, G. (2017). *Yabancılar Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul: Beta Ya yinevi, s. 39.

11 Bkz. a.g.e. s. 38-39.

Bu durum karşısında yabancılara tanınacak haklar konusunda yeni arayışlara başvurulmak zorunda kalınmıştır. Bu süreçte yeni bir doktrin olarak “adaletin milletlerarası standardı” esası ortaya atılmıştır. Eşitlik prensibine karşı olarak geliştirilen bu esas, yabancılara insan olmaları hasebiyle asgari birtakım hakların tanınması gerektiğine isnat ettirilmiştir. Bu esasa göre yabancılara asgari şekilde tanınması gereken haklar vatandaşlara tanınandan daha dar veya daha geniş kapsamlı olabilecekti. Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğumu bakımından yabancıya vatandaş ile eşit haklar verilip verilmeyeceğinin bir önemi yoktu. Devletin milletlerarası sorumluluğu daha ziyade milletlerarası hukuktan kaynaklanan asgari güvencelerin gereğinin yerine getirilip getirilmediğine bağlıydı¹².

Dönemin sömürgeci Batılı devletleri tarafından geliştirilen bu yaklaşımların arka planında toplumların kültür ve gelişmişlik düzeylerinin farklı olması ve toplumlar arasında sosyal, ekonomik, hukuki, kültürel önemli farkların bulunması yatmaktaydı. 20. yüzyıldan itibaren uygar devletler camiasına kabul edilmeye başlayan Batılı olmayan devletlerin kendi vatandaşlarına tanıdıkları haklar Batılı devletler tarafından yeterli bulunmamış ve asgari olarak kabul edilen diğer hakların da yabancılara (kendi ülke vatandaşlarına) tanınması istenmiştir. Buna göre, uygarlık düzeyi aynı olan Batı toplumları arasındaki ilişkilerde eşitlik esası, eşit olmayan toplumlarla ilişkilerde ise asgari standart esası uygulanacaktı¹³.

Bu esaslar 20. yüzyılın başlarından itibaren milletlerarası alanda yayılmaya başlamıştır. Gerçekten de kimi milletlerarası komisyonların vermiş olduğu kararlarda asgari standart

12 Bkz. Nomer, E. (1962). *Tebaa ile Yabancıların Hukukî Müsavatı*, İstanbul: *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, s. 29 vd.; Çelikel, A. ve Öztekin Gelgel, G. (2017). s. 39.

13 Nomer, E. (1962). s. 29 vd.; Çelikel, A. ve Öztekin Gelgel, G. (2017). s. 40.

prensibinin esas alınmış olduğu görülmektedir. Yine, eşitlik prensibine isnat eden milletlerarası mahkeme kararları da verilmiştir. Her iki esas yabancılara uygulanacak rejim gündemiyle toplanan 1929 Paris Konferansı ve 1930 Lahey Konferansı'nda ele alınmış, yapılan müzakerelerde genel olarak eşitlik esası kabul görmüştür. Fakat o dönemlerde sık sık gerçekleşen millîleştirme olaylarında ortaya çıkan tazminat talepleri konusunda eşitlik esasının yeterli olmadığı yönünde bir eğilim de temayüz etmiştir. Öte yandan devletin milletlerarası sorumluluğu ve tebaanın diplomatik korunması ile birlikte uygulanan asgari standart prensibinin güçlü devletlerce kötüye kullanılabilmesi ihtimal dâhilindeydi. Bu durum esasın uygulanabilirliğini zayıflatmakta ve bu nedenle de eleştirilere yol açmaktaydı. Adaletin milletlerarası standardının hangi hakları kapsadığının belirsiz olması¹⁴ da ayrı bir sorun olarak gözükmüştür¹⁵.

Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sırası ve sonrasında yaşanan ağır insan hakları ihlalleri kitlesel göç hareketlerine yol açmıştır. Gerçekten de o dönemlerde birçok kişi yaşadıkları yerleri terk etmek zorunda kalmıştır. Ne var ki yerlerinden ayrılan ve sürülen kişiler sığındıkları ülkelerde yeni sorunlarla yüzleşmişler ya da kendileri bizatihi sorunların müsebbibi olmuşlardır. Sığınmacı kaynaklı bu yeni tip sorunların baş göstermesi devletleri harekete geçmeye zorlamıştır. Sorunun hâlline yönelik olarak bölgesel ve milletlerarası alanda önlemler alınmış, düzenlemeler yapılmıştır.

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde insan haklarının mil-

14 Bu bakımdan öğretide adaletin milletlerarası standardının milletlerarası hukukun genel olarak kabul edilmiş prensiplerinden oluştuğunu belirtenler olduğu gibi, bu hakların bir sıralamasını yapmaya girişenler de bulunmaktadır. Bkz. a.g.e. s. 41.

15 Schindler, D. (1948). *Gedanken zum Wiederaufbau des Völkerrechts*, içinde Recht, Staat, Völkergemeinschaft, Zürich: Schulthess & Co A.G., s. 237; Çelikel, A. ve Öztekin Gelgel, G. (2017). s. 40.

letlerarası düzeyde korunmaya başlayıp yaygınlaşması yabancıların durumlarına olumlu yansımaları olmuştur. Başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (ek protokolleri ile birlikte) olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ilişkin çok sayıdaki milletlerarası düzenleme ile yabancılar için önemli güvenceler sağlanmıştır.

Batı Avrupa'da yaşanan sığınma olayları dışında özellikle 1950'lerin ortalarından itibaren yabancı ülkelerden işçi alımları da gerçekleşmiştir. Bu durum konuk/göçmen işçilerin topluma adaptasyonu ve statülerinin belirlenmesini gerektirmiştir. Bu dönemde özellikle konuk işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin düzenlemelere ihtiyaç duyulması üzerine çok taraflı ve iki taraflı milletlerarası antlaşmalar yapılmıştır.

2. Günümüz Dönemi

Yabancıların hukuki durumlarında yaşanan gelişim ve dönüşüm süreci günümüzde devam etmektedir. Ancak yabancılar statüsel olarak henüz vatandaşların¹⁶ konumlarına ulaşabilmiş değildir. Vatandaşlar ile yabancılar arasında söz konusu olan ayırım ve statüsel farklılıklar temelde varlığını devam ettirmektedir. Bu durum devlet oluşumunun bir gereği ve sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ulus devletlerin egemenlik anlayışında günümüzde bazı değişimler olsa da kuruluş amacı ve işlevleri kendi tabiiyeti altında bulunanların diğerlerinden farklı bir konumda ele alınmasını gerektirmektedir. Yine yabancıyla vatandaş arasında tam bir eşitliğin kurulmasını zorunlu kılan bir durum milletlerarası hukukun genel esaslarından da çıkarılamaz. Bu itibarla devletlerin iç hukukunda yabancılar yönelik olarak getirilecek kısıtlamalar doğrudan hukuka aykırı ayrımcı uygulama olarak görülemez. Zaten bir

16 Çalışmada gerçek kişilere ilişkin "vatandaş" kavramı kullanılmış olmakla birlikte, yapılan açıklamalar mahiyeti elverdiği sürece tüzel kişiler için de geçerlidir. Bu itibarla, "vatandaş" kavramı bu çalışma kapsamında gerektirdiği ölçüde "uyruk" anlamına da gelecektir.

devletin hukuk sistemi içinde yabancıyı vatandaştan ayıran da bu farklılığın kendisidir.

Günümüzde de yabancıların kendi aralarında bir ayrım söz konusu olabilmektedir. Nitekim kimi yabancılar; ekonomik, sosyal, siyasal ve kültürel nedenlerle diğerlerine nazaran daha çok veya daha az tercih edilir olabilmektedir. Ülkesel menfaatler gereği ya da etnik, dinî veya kültürel yakınlık duyulan kimi yabancılar kolaylıklar sağlanırken diğerlerine aynı müsamaha gösterilmeyebilmektedir. Müsamahaya mazhar olmayan yabancılar genellikle sınırlama ve yasaklamalar ile yüzleşmek durumunda kalmaktadır.

Yabancılar, devletlerin egemenlik alanlarında hem o devletin iç hukukunun hem de milletlerarası hukukun sağladığı korumadan yararlanır.

Günümüzde yabancıların hukuki durumlarına ilişkin olarak geniş bir milletlerarası müktesebatın oluştuğu gözlemlenebilir. Doğrudan veya dolaylı olarak yabancıların hukuki durumlarına yönelen çok sayıda milletlerarası düzenlemeden bahsedilebilir¹⁷. Bu düzenlemeler temelinde de yabancılar kimi haklar tanınabilmekte ya da tersi şekilde yükümlülükler getirilebilmektedir¹⁸.

Milletlerarası alanda yabancılar sağlanan hukuki güvenceler genel olarak şu şekilde sıralanabilir:

- Yabancıların hukuki kişiliğinin tanınmasına ilişkin güvenceler,
- Yabancıların haklarının korunmasına ilişkin güvenceler,

17 Milletlerarası düzenlemeler kişi bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde olduğu gibi herkese koruma sağlayabileceği gibi yalnızca ilgili devletlerin vatandaşlarıyla da sınırlanabilir.

18 Antlaşmalarda belirtilen hakların taraf olan devletlerin mer'i kanun ve nizamlarına riayet şartı ile tanınacağı şeklinde kayıtlara da rastlanabilmektedir.

- Yabancıların ülke topraklarına erişim ve orada kalmaya ilişkin güvenceler,
- Yabancıların ülkeden çıkarılmasına (geri gönderme, iade ve sınır dışı etme) ilişkin güvenceler,
- Yabancıların ayrımcılığa maruz bırakılmamasına ilişkin güvenceler,
- Yabancıların aile yaşamının gözetilmesine ilişkin güvenceler,
- Yabancıların özgürlüğünden yoksun kılınmasına ilişkin güvenceler, yabancıların yaşam koşullarına ilişkin güvenceler,
- Yabancıların hukuki yollara başvurmasına ilişkin güvenceler, savunmasız durumda bulunan yabancılara ilişkin ilave güvenceler, yabancıların sosyal güvenliğine ilişkin güvenceler, ikili anlaşmalarla sağlanan diğer güvenceler vb.

Milletlerarası düzenlemelerde tanınan hakların devletlerin yürürlükteki (meri) kanun ve nizamlarına riayet şartı ile geçerli olacağı şeklinde kayıtlara da rastlanabilmektedir. Bu tür kayıtlar devletlerin iç hukukunun yabancılara getirdiği sınırlamaların saklı tutulmuş olduğu anlamına gelmektedir.

Devletler, egemenlik alanlarında milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerine uymak mecburiyetindedirler. Bununla beraber, özel olarak öngörülmedikçe milletlerarası hukuk güvencelerinin devletlerin iç hukuk sistemlerinde anayasal teminata bağlanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Milletlerarası hukuk bakımından zorunlu olan yalnızca milletlerarası hukuk güvencelerine ilişkin gereklerin devletlerin iç hukuk sistemlerinde etkili bir şekilde karşılanması, yerine getirilmesidir. Bunun mutlaka anayasal düzenleme şeklinde olması gerekmez, milletlerarası gereklilikler kanuni düzenle-

meler ve hatta gerektiğinde veya yeri geldiğinde idari ya da yargı uygulamalarıyla sağlanabilir.

Devletlerin yabancılar konusunda iki farklı eğilimini görmek mümkündür. Gerçekten de devletler, bir yandan milletlerarası alanda ortaya çıkan gelişmelere ve yönelimlere kayıtsız kalmak istemezlerken diğer yandan ülkesel menfaatlerini de mümkün olduğu kadar gözetmeye çalışırlar.

Devletlerin iç hukuklarında yabancıların statüleri kural olarak anayasaların öngördüğü çerçevede kanun ve nizamlar (idari düzenleme ve işlemler) ile belirlenmektedir. Bu bakımdan yabancılar ne ölçüde hakların verileceği, tanınan hakların sınırlarının ne olacağı, hangi yükümlerin getirileceği gibi meseleler hükme bağlanmaktadır. İç hukukta yapılan düzenlemeler sonucunda yabancılar ilişkin çeşitli statüler oluşmaktadır. Bu statüler esas itibarıyla uyrukluların tabi olduğu statüden¹⁹ farklıdır. Konuya bu zaviyeden bakıldığında vatandaşlara ilişkin kuralların yabancılar uygulanma ölçüsünün bir anlamda yabancıların statüsünü de belirlediği söylenebilir. İç hukukumuzda da durum böyledir.

Devletlerin uygulamasında genellikle yabancılar, vatandaşların sahip olduklarından daha az haklar tanıma eğilimi olsa da gelişen ticari, ekonomik ve siyasi ilişkiler, hukukun üstünlüğü ve küreselleşme gibi sebepler yabancılar giderek daha çok hak ve kolaylıkların tanınmasını beraberinde getirmektedir. Hızla gelişen ticaret, iletişim ve hareketlilik ülkelerin hem kültürel hem de ekonomik anlamda birbiri ile yakın-

19 Vatandaşlık en kapsamlı kamusal statüdür. Büyük Britanya Krallığı gibi bazı ülkelerde çok çeşitli vatandaşlık statüleri olabilmektedir. Bu bağlamda geniş kapsamlı vatandaşlık (expansive Citizenship), kazanılmış vatandaşlık (earned Citizenship), mütamekinlik (Denizenship), paydaş vatandaş (stake holder Citizenship), harici vatandaşlık (external Citizenship), yaslanmış vatandaşlık (lean Citizenship) gibi farklı vatandaşlık kategorileri söz konusudur. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. Özkan, I. (2019). "Yeni Vatandaşlık Türleri: Çağdaş Bir Tipoloji Mi?", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel S., s. 2213 vd.

laşmasını sağlamakta hem de devletleri bu doğrultuda yeni statüler oluşturmaya itmektedir. Böylece vatandaş ile yabancı arasındaki statüsel farklılıklar da giderek azalmaktadır. Bu anlamda yabancılığa bağlanan dezavantajlar gerçek kişiler yönünden milletlerarası anlaşmalarla, tüzel kişiler yönünden ise daha ziyade şirket birleşmeleri (çok uluslu şirket) ile giderilmeye çalışılmaktadır.

Gelişen yeni dünya düzeni mevcut devletsel ayrım sistemini kendi içinde eritmektedir. Vatandaşlarını bu yeni düzenin dışında bırakmak istemeyen devletler yapılan milletlerarası anlaşmalara taraf olmakta ve vatandaşlarını haklardan mahrum bırakmamaya gayret göstermektedirler. Ulusal ifadeler yerine artık daha kapsayıcı ifadeler kullanılabilir. Devletlerarası ilişkiler ve özellikle de bölgesel ekonomik ve siyasi entegrasyonlar çerçevesinde vatandaş-yabancı ayrımındaki makas daraltılıp, yabancıların eşit haklardan yararlandırılması esası giderek benimsenmektedir. Eşitlik esası bölgesel entegrasyonlar dışında temel hak ve özgürlükler alanında da geniş bir uygulanma alanı bulmaktadır. İnsan hakları veya asgari standartlar çerçevesinde bazı hak ve özgürlüklerin yabancılara da tanındığı ve bu bakımdan yabancıların vatandaşlarla eşit koşullarda tutulduğu görülmektedir.

Yabancıların tabi oldukları statüler durağan olmayıp gelişme ve dönüşüme açıktır. İleride yabancıların hukuki durumlarında esaslı değişim ve dönüşümlerin olması beklenebilir. Sözü edilen değişim ve dönüşümlerin -ulus- devlet ve onun bir kurumu olan vatandaşlık mefhumu ile yakından ilintili olduğu ve dolayısıyla onlara yönelik olumsuz etkilerinin olacağı beklenebilir. Bu durumu örneğin devletler üstü bölgesel örgütlenme modeli olarak yapılandırılan Avrupa Birliği'nde görmek mümkündür. Birlik üyesi devletlerin vatandaşlarının kural olarak tüm Birlik dâhilinde serbest dolaşım ve çalışma, hizmet sunma ve sermaye transferi gibi birçok konuda eko-

nomik faaliyetlerde bulunma hakları tanınmıştır. Hatta daha da ileri gidilerek bu geniş kapsamlı yabancılık statüsünün kısmen vatandaşlık kurumuna dönüşümü de sağlanmış ve böylece ulusal vatandaşlık kurumuyla kesişme gerçekleşmiştir.

Günümüzde Avrupa Birliği vatandaşlığı²⁰, dünya vatandaşlığı²¹ gibi devlet dışı (ulusötesi, *transnational*) yeni tür vatandaşlık kurumlarının ortaya çıkmaya başlamış olduğu görülmektedir²². Esas itibarıyla yabancılar üzerine inşa olunan bu tür yeni tip kurumlar henüz devlet vatandaşlığı kurumunu tümenden ikame edici bir mahiyete bürünmemiş olsalar da²³ devlet vatandaşlığı kurumunun içerdiği statülere (yerel seçimlerde oy kullanma ve aday olma haklarının tanınması gibi) yönelebilmekte ve böylece devlet vatandaşlığı kurumunun varlığını ve işlevini sorgulanır hâle getirebilmektedir. Bu tür devlet dışı kimlik ve statüler giderek devlet vatandaşlığı kurumunu erozyona uğratacağa benzemektedir.

Aynı şekilde devletlerin iç hukuklarında yabancılara tanınan statüler de içerik olarak doğrudan vatandaşlık statüsüne yöneltebilmektedir. Bu duruma örnek olarak 5901 sayılı Kanun'un 28. maddesi başta olmak üzere kanunlar (örn. YUKK

20 Normal vatandaşlık için kullanılan genel kavram İngilizce "Nationality", Almanca "Staatsangehörigkeit" iken Avrupa Birliği söz konusu olduğunda kullanılan kavram İngilizce "European Union citizenship", Almanca "Die Bürger der Europäischen Union".

21 Dünya vatandaşlığının ise henüz hukuki bir temeli bulunmayıp daha ziyade sosyo-psikolojik olarak milletlerarası topluma aidiyeti ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Dünya vatandaşlığının felsefi temelleri bakımından Kant'ın dünya vatandaşlığı düşüncesi ve ebedi barış özlemine ilişkin açıklamalarının önemli bir yeri bulunmaktadır. Bkz. Habermas, J. (2005). "Öteki" Olmak "Öteki"yle Yaşamak, Aka, İ., (Çev), 3. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 6.

22 Öğretide, küreselleşme ile ulusal devletin öneminin azaldığı, toplumun çok kültürlü bir yapıda Avrupa Birliği vatandaşlığı adı altında bütünleşebileceği yönünde görüşler ifade edilmektedir. Bkz. a.g.e. s. 15.

23 Gerçekten de Avrupa Birliği vatandaşlığı, yalnızca üye devletlerin vatandaşlığının üzerine kurulan, onu tamamlayan bir statü olarak işlev görmektedir. Bkz. Can, H. (2022). *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 124 vd.

m. 44, UİK m. 10/4)²⁴ ile tanınan bazı özel yabancılık statüleri verilebilir. Sözü edilen yabancılık statüleri doğrudan Türk vatandaşlığı statüsüne yöneltilmekte olup içeriği itibarıyla koşullu da olsa vatandaşlık statüsünün içeriğine konumlandırılmaktadır.

B. ÜLKESEL ALAN

1. Cumhuriyet Öncesi (Osmanlı) Dönem

Temelleri itibarıyla İslami devlet anlayışı üzerine inşa olunan Osmanlı İmparatorluğu'nun sınırları içinde yaşayan kişilerin statüleri ilk önce dini esaslara göre belirlenmiştir. Bu çerçevede kişiler genel olarak Müslim ve gayrimüslimler olmak üzere iki sınıfa ayrılmıştır. Osmanlı sınırları içinde yaşayan Müslim kişiler hangi milletten olduğu fark etmeksizin tebaa olarak kabul edilmiştir. Osmanlı sınırları içinde yaşayan gayrimüslim kişiler ise özel bir statüye tabi tutulmuştur. Tanzimat sonrası düzenlemelerde yabancı statüsünün belirlenmesinde dinî esaslar yerine hukuki ve siyasi bir bağı ifade eden tabiiyet esasından hareket edilmeye başlanmıştır.

Osmanlı'da yabancılara ilişkin sorunlu konuların başında kapitülasyonlar gelmiştir²⁵. Osmanlı'nın tanıdığı kapitülasyonlar Batılı devletlerin vatandaşları lehine geniş ayrıcalık ve kolaylıklar içermiştir. Osmanlı'nın zayıflamaya başlamasıyla bunlar amacından saptırılarak Osmanlı'nın içişlerine ve düzenine müdahale aracı hâline getirilmiştir. Osmanlı'da zaman içerisinde genelleşip süreklilik kazanan imtiyazlara duyulan tepkinin dozajı da giderek artmıştır. 1850'li yıllardan itibaren kapitülasyonların kaldırılması için çok çaba sarf edilmiş olsa

24 Krş. ayrıca 25/9/1981 tarih ve 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunun 3. maddesi.

25 Osmanlı İmparatorluğu'nda 14. yüzyıldan itibaren kimi devlet ve tebaaya lütuf şeklinde ayrıcalık ve kolaylıklar tanınmıştır. İmtiyazlar genelde gümrük ve bazı ticari faaliyetlere ilişkin olmakla birlikte, ülke içinde yargılama faaliyetinde bulunmaya kadar uzanabilmektedir.

da uzunca bir süre bunda bir sonuç alınamamıştır. Birinci Dünya Savaşı'nın koşullarından da istifade edilerek kapitülasyonlar 26 Ağustos 1914'te tek taraflı olarak kaldırılmış ve oluşan yeni durum hemen uygulamaya konulmuştur. Bu çerçevede gümrük vergileri %14-15'e yükseltilmiş, vergiler bizzat toplanmaya başlanmış, yabancı posta idareleri kapatılmış, Osmanlı mahkemeleri yetkili hâle getirilmiştir. Ayrıca kapitülasyonların yerine ikame edilecek hukuki düzeni tayin etmek için bir komisyon kurulmuştur. Osmanlı sınırları içinde bulunan yabancıların hukuki durumları da yeniden düzenlenmiş ve bu çerçevede 23 Şubat 1915 (1330) tarihli Memâlik-i Osmaniye'de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat²⁶ çıkarılmıştır. Özellikle milletlerarası özel hukuk ve yabancılar hukuku alanlarında önem arz eden bu düzenleme kapitülasyon imtiyazlarından yararlanan Batılı devletlerin itirazı ile karşılaşmıştır. Birinci Dünya Savaşı'nın ardından Osmanlı İmparatorluğu, çok ağır koşullar içeren Sevr Antlaşması'yla kapitülasyonlar rejimini genişletilmiş şekliyle yeniden kabul etmek zorunda kalmıştır.

2. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet Dönemi'nin hemen başında kapitülasyonlar Lozan Antlaşması'yla tamamen kaldırılmıştır. Kaldırılması istenen hususlardan bir diğeri de Yunan Ortodoks Patrikhanesiydi. Yunanistan tarafından şiddetli bir itirazla karşı çıkılan bu talep Lozan Konferansı müzakerelerinde tam olarak karşılanamamıştır. Bu konuda bulunabilen ara çözüm de yalnızca Patrikhanenin politik herhangi bir faaliyette bulunmaması şartıyla varlığını sürdürmesi olmuştur. Lozan Antlaşması ile birlikte, yabancıların tabi olacağı rejimi tespit etmek ve 7 yıl sürecek bir geçiş dönemi için yürürlükte olacak bir antlaşma (İkamet ve Adlî Selâhiyet Antlaşması) da akdedilmiştir. 21

26 Muvakkat Kanun 22.11.1982 tarihinde yürürlükten kalkmıştır.

maddeden oluşan antlaşma ile Türkiye’de yabancıların giriş, ikamet şartları, adli salahiyet, borç ilişkileri düzenlenmiştir.

Cumhuriyetin ilk yıllarında yabancılar hukukunun esasları Lozan Antlaşması hükümleri de gözetilerek yeniden belirlenmiştir. Cumhuriyet Dönemi’nin ilk anayasası olan 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda öncelikle “*Türkiye ahalisi din ve ırk ayrımı farkı olmaksızın Türk ıtlak olunur.*” hükmüne yer verilerek yabancıların kim olduğu da bu şekilde tayin edilmiştir. Yabancılar hakları (temel hak ve özgürlükler dâhil) tanınırken onlardan ise diğer yükümlülüklerinin yanı sıra ülkenin kanun ve nizamlarına uymaları beklenmiştir. Bu genel yükümlülüğe ilaveten haklara karşılıklılık (mütekabiliyet) ve karşı işlem (misilleme) esasları çerçevesinde bazı sınırlamalar getirilmiştir. Kanunlarda yabancılar tanınan hakların bir kısmı karşılıklılık şartına bağlanmış ya da karşı işlem tedbirine konu edilmiştir. Yabancı devletlerin kendi ülkelerinde Türk vatandaşlarının mülkiyet haklarını ihlal eden işlemlerine karşılık verilmesi için özel bir kanun (28/05/1927 tarih ve 1062 sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu²⁷) çıkarılmıştır.

Cumhuriyet anayasalarında güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı yabancılar için de geçerli kılınmıştır. Fakat yabancıların statüsüne ilişkin özel bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Doğrudan yabancıların hukuki durumuna yönelik ilk düzenleme 1961 Anayasası ile getirilmiştir. 1961 Anayasası’nın “Yabancıların durumu” başlıklı 16. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme 1981 Anayasası’nda muhafaza edilmiştir.

Devletlerin egemenlik alanlarında yabancılar yönelttiği eylem ve işlemlerin hukuk dâhilinde olması gerekir. Bu min-

27 Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih: 15/6/1927, Sayı: 608, Yayımlandığı Düstur Tertip: 3, Cilt: 8, Sayfa: 669.

valde gözetilmesi gerekenlerin başında yabancılara da sağlanması zorunlu olan temel insan hakları koruması ile yabancılar konusunda devletlere yüklenen diğer yükümlülükler (özellikle milletlerarası akdi yükümlülükler) gelmektedir. Bu konularda iç hukukumuzdaki düzenlemelerin yetersiz olduğu sonradan anlaşılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) özellikle mülteci ve sığınmacıların korunması ile ilgili olarak 1990-2010 yılları arasında ülkemiz aleyhine bir dizi ihlal kararı vermiştir. AİHM'in vermiş olduğu ihlal kararlarına gerekçe oluşturan nedenlerden biri iç hukukumuzda yabancıların (özellikle sığınmacıların) hukuki durumlarının yasal teminatlarla bağlanmamış olmasıydı. Diğer yandan iç hukukumuzun 2000'li yılların başlarında Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlanması da diğer hukuk alanlarında olduğu gibi yabancılar hukukunun reformunu da gerektirmiştir. Tüm bu durumların yabancılara yönelik yeni düzenlemelerin yapılmasında önemli etkileri olmuştur.

İç hukukumuzda yabancıların hukuki durumlarında son yıllarda yapılan düzenlemelerle önemli iyileştirmeler sağlanmıştır. Gerçekten de getirilen yapısal değişikliklerle yabancıların hukuki durumlarına ilişkin temel konularda daha sağlam ve daha belirgin bir kanuni çerçeve kazandırılmış, yabancıların adalete erişim imkânları güçlendirilmiş, sığınma ve diğer insani nedenlerle durumları gözetilmesi gereken yabancılara önemli koruma ve kolaylıklar tanınmıştır. Böylece Türk yabancılar hukukunun milletlerarası hukuktan kaynaklanan gereklilikleri karşılama noktasında öteden beri ifade edilen eksikler genel ölçüde giderilmiştir. Gerçekten de yabancıların ülkeye giriş, ülkede bulunma ve ülkeden çıkarılma, çalışma, yatırım yapma, iş kurma, taşınmaz edinimi vb. konularda kanuni düzenlemelerimiz genel olarak milletlerarası standartlara uygun olup yabancılara hak tanıma konusunda oldukça ileri düzeye ulaşmıştır. Şu hâlde yabancıların iç hukukumuz-

da geniş haklarla donatılan bireyler konumuna getirilmiş olduğu söylenebilir.

Hâl böyle olmakla beraber, yabancıların hukuki durumlarına ilişkin kanuni belirsizliklerin ortaya çıkabileceği ya da bu çerçevede idari veya yargısal uygulama sorunlarıyla karşılaşılacağı de gözden uzak tutulmamalıdır. Muhtemel belirsizlik ve uygulama sorunları anayasal düzeyde de söz konusu olabilir ki bu çalışmanın konusu yapılmaktadır.

Bu bağlamda son olarak ülkemizde bulunan -yerleşik- yabancı sayısının son yıllarda artmış ve profillerinin de değişmiş olduğuna dikkat çekilmelidir. Yabancılar konusunda yaşanan bu nicel ve niteliksel değişimlerin yeni sorunları da beraberinde getirdiği ve getireceği şüphesizdir. Sosyal uyum ve kabullenme sorunlarıyla yüzleşilmesi son derece muhtemeldir. Daha şimdiden yabancıların topluma ve düzene uyum sorunlarının ötesinde toplumun yapısıyla örtüşmeyen yeni sosyal yaşam biçimlerine rastlanılmaktadır. Gelişen bu aykırı ve ayırık durumlar nedeniyle toplumda hem yabancılara karşı ön yargı ve kabullenme sorunları hem de onların yaşam biçimlerine yönelik endişeler baş göstermektedir²⁸. Yabancılara tanınan geniş hakların gereklerinin yerine getirilmesi de ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

IV. 1982 ANAYASASI'NIN YABANCILAR REJİMİ

A. GENEL ÇERÇEVE

1982 Anayasası'nın²⁹ yabancılara ilişkin düzenleme sistemi ve içeriği genel olarak şu şekilde özetlenebilir:

28 Nitekim sosyal medyada toplumda yabancıların sayısının kontrolsüz bir şekilde artması ve toplumsal değer ve yaşam biçimlerine aykırı hal ve hareketleri sonucunda oluşan tepkiyi dillendirmek için “sessiz istila” sloganı altında paylaşımlar yapılmış ve filmler yayınlanmıştır.

29 Hukuk sistemimizde yakın bir dönemde yeni bir anayasanın kabul edilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle mevcut Anayasamızın başta bu olası yeni anayasadan ayırt edilebilmesini sağlamak üzere çalışma kapsamında olabildiğince “1982 Anayasası” olarak isimlendirilmesi tercih edilmiştir.

1982 Anayasası'nda yabancılar hukuki kişi olarak esas alınmakta ve bu çerçevede onlara yönelik bir dizi güvence sağlanmaktadır. Gerçekten de Anayasa'nın birçok düzenlemesi yabancıları da ilgilendirmektedir. Hatta Anayasa'nın kimi düzenlemeleri doğrudan yabancıların durumlarına yönelmektedir. Bu düzenlemeler şunlardır:

"Yabancıların durumu

Madde 16 – Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir."

"II. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı

Madde 74-... karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir."

1982 Anayasası'nın bu düzenlemeleri dışında diğer düzenlemelerinin önemli bir kısmı da yabancıları ilgilendirmektedir. Yabancılar anayasal güvenceler sağlayan bu düzenlemelerin başında Anayasa'nın 10 ve 12. maddeleri gelmektedir. Her iki maddenin genel teminatları yabancıları da koruma altına almaktadır.

1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin diğer hükümlerinin önemli bir kısmı da yabancıları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Örneğin kişinin maddi ve manevi varlığının ve bütünlüğünün korunması hakkı (m. 17), kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (m. 19), özel hayatın gizliliği (m. 20), din ve vicdan özgürlüğü (m. 24) gibi temel çekirdek hakları yabancılar da koruma sağlamakta ve prensip itibarıyla yabancıları vatandaşlarla eşit koşullarda dikkate almaktadır. 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerinin bazıları ise yalnızca Türk tabiiyetinde olanlarla sınırlanmıştır. Genellikle siyasi nitelikli hak ve özgürlüklere ilişkin olan bu düzenlemeler aksi belirtilmediği sürece yaban-

caları kapsamaz ve bu nedenle onlara yönelik koruyucu etkiler göstermezler.

1982 Anayasası'nda yabancılara ilişkin milletlerarası hukuk standartları da referans alınmış ve bu doğrultuda onlara kanunlar karşısında öncelik tanınmıştır. Nitekim Anayasa'da gerek temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında (m. 16) gerekse usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda (m. 90/5) milletlerarası hukuk kurallarının esas alınması öngörülmüştür. Yine 2010'da yapılan Anayasa değişikliği ile iç hukuk düzenimize getirilen bireysel başvuru usulünde de doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi referans alınmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu anayasal çerçevede yabancıların bireysel başvurularını inceleyip karara bağlamaktadır³⁰.

Özetle; 1982 Anayasası'nda yabancıların hukuki durumları en azından bir hukuk devletinde olması gerektiği kadar güvence altına alınmıştır. Gerçekten de bir yandan yabancıların temel hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmından yararlanmasına imkân verilmiş, diğer yandan da bu çerçevede milletlerarası hukukun sağladığı güvenceler hazırda tutulmuştur. Bu şekilde Türk yabancılar hukukunun milletlerarası hukuka entegrasyonu da sağlanmıştır.

B. YABANCILARIN ANAYASAL STATÜLERİNE İLİŞKİN SORUNLAR

1. Genel Olarak

1982 Anayasası yabancıların hukuki durumlarına ilişkin esaslı bir güvence sistemi getirmekle beraber, düzenleme sis-

30 Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Solak, F. (2020). *Yabancıların Temel Hak ve Özgürlüklerinin Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*, İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 111 vd.

tematiği ve içeriğinde bazı belirsizlikler bulunmaktadır. Esas itibarıyla yabancı-vatandaş ilişkisi bağlamında ortaya çıkan bu belirsizliklere ilişkin üç temel sorun göze çarpmaktadır. Birbiriyle ilintili olan bu sorunlara dair sorular şunlardır:

- Anayasal yönden yabancılar Türk uyruklular/vatandaşlar ile eşit statüde midir? Bu bakımdan Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi (m. 10) ne anlama gelmektedir?
- Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve müdahale edilmesi bakımından yabancıların durumu Türk uyrukluları/vatandaşlarınkinden farklı mıdır ve bu bağlamda Anayasa'nın 16. maddesinin anlamı ve işlevi nedir? Verilecek cevaba göre Anayasa'nın 16. maddesinin lafzına yabancıların durumlarına ilişkin olarak ilave güvence getirdiğine dair bir anlam yüklenebilir mi?
- Anayasa'da, yabancılar için güvence altına alınmayan temel hak ve özgürlüklerin kapsam alanlarında yabancılara kanunla haklar tanınabilir mi? Yabancıların bu şekilde yararlandırılma durumları anayasaya aykırılık oluşturur mu?

Bu sorulara verilecek cevaplar yabancıların anayasal statüleri ve bununla da Türk yabancılar hukukunun anayasal temellerinin açıklığa kavuşturulması bakımından büyük önem taşımaktadır.

2. Yabancıların Vatandaşlar ile Eşitliği Sorunu

a. Statüsel Eşitsizliğin Yabancı Aleyhine Bozulması

Eşitliğin bilindiği üzere çeşitli anlamları vardır. 1982 Anayasası bağlamındaki anlamı ise aynı durumda bulunan kişilerin belirtilen nedenlere bağlı olarak ayrımcılığa maruz bırakılmadan işleme tabi tutulmasıdır. Nitekim, Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10/1 maddesinde bu şekilde

bir hüküm içermektedir. Hükme göre, “Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”

1982 Anayasası’nın bu eşitlik düzenlemesi bakımından öncelikle yabancıların bireysel durumları ile genel-soyut yabancı statülerini birbirinden ayırt etmek gerekir. Anayasa’nın 10/1 maddesinde belirtilen durumlar çerçevesinde yabancıların da kişi/birey olarak anayasanın eşitlik güvencesinden yararlanacakları konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yabancılar, kişi/birey olarak, aynı hukuki durumlarda dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımcılığa maruz bırakılamaz. Aynı hukuki durumda bulunan yabancılara da eşit davranılmalıdır. Yabancıların aynı hukuki durumlarda münferit birey olarak belirtilen nedenlerle ayrımcılığa maruz bırakılamaması bizzatihi Anayasa’nın emridir. Ancak bu yasağın ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak ele alınması mümkün olmayıp mutlaka Anayasa ve AİHS kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olması gerekir³¹. Ayrımcılık iddiasının dinlenebilmesi için yabancıнын kendisiyle benzer durumdaki kişilere yönelik farklı uygulamaların meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir³².

1982 Anayasası’nda yabancılara da eşitlik güvencesi sağlanmış olsa da Anayasa’nın 10/1 maddesinin eşitlik teminatından hareketle vatandaş ile yabancı arasında mutlak bir eşitliğin (yani statüsel bir eşitliğin) kurulmuş olduğu sonucuna varılamaz. Her şeyden önce 1982 Anayasası’nın 10/1 maddesinde sayılan sebepler arasında yabancılık (ulusal köken) vafına açıkça yer verilmiş değildir. Yine yabancılık vasfı madde hükmünün “benzeri sebeplerle” ibaresi kapsamında da

31 Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33.

32 Adnan Oktar, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 50.

ele alınamaz. Aksi hâlde yabancılara ilişkin özel bir rejimin varlığından bahsedilememesi ve böylece yabancılar hukuku denen bir alanın oluşmaması gerekirdi. Hâlbuki gerek iç hukukta (anayasa, kanunlar vs.) gerekse milletlerarası hukukta yabancılara yönelik rejimler söz konusu olabilmektedir.

Anayasa'nın Başlangıç (ön söz) kısmındaki

"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;" (6. paragraf) ve

"TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur." (9. paragraf)

şeklindeki hükümler de vatandaşların yabancılardan farklılaştırıldığı yönündeki kanıya destek çıkmaktadır.

Anayasa'da vatandaşlar karşısında yabancılara sırf yabancı olma vasıflarına bağlanan bir eşitlik güvencesi sunulmuş değildir. Yani doğrudan vatandaş-yabancı temelinde bir ayrımcılık yasağı öngörülmemiştir. 1982 Anayasası'nın 10/1 maddesinin eşitlik düzenlemesi de kişilerin yabancı olmalarına bağlanan ayrımcı muamele, kısıtlama veya yasaklamalara karşı herhangi bir güvence sağlamamaktadır. Kaldı ki 1982 Anayasası'nda, kimi temel hak ve özgürlüklerin yabancılara hiç tanınmadığı gibi, tanınanların da yabancılar için özel olarak sınırlandırılmasına imkân verilmiştir. Hâl böyle olduğu içindir ki, kanunlarla yabancılara yönelik bir dizi -ayrımcı- kısıtlama ve yasaklama getirebilmektedir. Bu itibarla öğretide şu şekilde açıklanan görüşlere³³ tümenden katılmamız mümkün değildir.

33 Gören, Z. (2016). "Genel Eşitlik İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, s. 3280; Solak, F. (2020). s. 185.

“Anayasamızın 10’uncu maddesinde düzenlenmiş olan genel eşitlik ilkesi, herkes için geçerli olduğundan yabancılara da Türk vatandaşlarına davranıldığı gibi eşit davranılmalıdır. Münhasıran vatandaşlara özgü nitelikteki temel hak ve özgürlükler dışında yabancılar ile vatandaşlar arasında ayırım gözetilemez. Türk vatandaşlığına sahip olma koşulu, sadece Devlet faaliyetine katılmaya yönelik haklar ve ödevler bakımından aranmalıdır.”

Elbette eşitlik, yukarıda da ifade edildiği üzere yabancılar için de söz konusu olabilir. Ancak bunun için yabancıların vatandaşlarla aynı hukuksal durum içinde olmaları gerekir. Yabancılar, iç hukuk veya milletlerarası hukuktan kaynaklanan haklarının kullanmaları çerçevesinde Anayasa’da belirtilen nedenlere dayanan ayrımcılıklara karşı eşitlik güvencesinden yararlanacakları konusunda şüphe yoktur. Durum böyle olsa da Anayasa’da eşitlik güvencesinin doğrudan vatandaş-yabancı ilişkisi bağlamında ele alınmadığı hatırlatılmalıdır. Yani yabancıların vatandaşlarla statüsel olarak mutlak bir eşitliği bulunmamaktadır.

Anayasal temel hak ve özgürlükler bakımından yabancılar her zaman Türk vatandaşları ile aynı konumda bulunmazlar. Gerçi Anayasa’da kimi temel hak ve özgürlüklerden yabancıların da yararlanmasına imkân verilmiştir. Örneğin yaşam hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığının ve bütünlüğünün korunması hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi temel çekirdek hakların büyük bir kısmı bu şekildedir. Ancak bu hak ve özgürlükler yabancılar için de tanınsa da onlar için sınırlandırılmasında başka bir rejim geçerli kılınmaktadır. Ayrıca kimi temel hak ve özgürlükler ise yalnızca vatandaşlara yönelmektedir. Aksi anlaşılmadıkça yabancıların bu hak ve özgürlüklerden yararlanması söz konusu olamayacaktır. Siyasi nitelikli hak ve özgürlükler bu türdendir.

Öte yandan 1982 Anayasası'nda yabancılar ile vatandaşlar arasında -tam- bir statüsel eşitlik öngörülmemiş olsa da kanuni düzenlemelerde bazen ve belli statüdeki yabancılar ile vatandaşlar arasında eşitlik esas alınmış olabilmektedir. Örneğin 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 28/1 maddesinde, *"Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler."* hükmüne yer verilerek eşitlik esası izlenilmiştir. Yine 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'un 5. maddesinde de *"Bu kanun kapsamına girenler; çalıştıkları kamu, özel kuruluş veya işyerinde uygulanan personel, sosyal güvenlik, çalışma, çalıştırma ve diğer konulara ilişkin mevzuat hükümlerine tâbidir."* hükmüyle çalışma ve sosyal güvenlik bakımından Türk vatandaşları ile Türk soylu yabancılar eşit işlem yapılması esassından hareket edilmiştir. Bu durumların anayasaya aykırı olup olmadığı tartışmaya açıktır. Bu noktadaki görüşümüz bu düzenlemelerin bu hâliyle anayasaya aykırı olmadığı yönündedir. Fakat bu yaklaşımız benzer statüyle donatılan diğer yabancılar (daimi ikamet izni sahipleri, turkuaz kart sahipleri vb.) için aynı kesinlikte bulunmamaktadır.

Öte yandan yabancılik (ulusal köken) milletlerarası düzenlemelerde mutlak bir ayırım yasağı olarak öngörülebilmiştir. Örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 2), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 14), 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında Sözleşme (m. 1/a), 118 sayılı Vatandaşlarla Vatandaş Olmayanlara Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Davranma Hakkında Sözleşme (m. 3/1) ve Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmada (m. 18) yabancılar yönelik ayırımcı uygulamalar yasaklanmıştır.

Yabancıların vatandaşlarla eşit tutulma zorunluğunu içeren milletlerarası antlaşmaların birçoğuna ülkemiz taraftır. Taraf olunan milletlerarası antlaşmaların yabancıların vatandaşlarla eşit tutulma zorunluğuna ilişkin hükümleri kanunlarla yabancılara getirilecek sınırlamaların uygulanmasına engel oluşturmaktadır (Any. m. 16 ve 90/5).

b. Statüsel Eşitsizliğin Yabancı Lehine Bozulması

i. Genel Olarak

1982 Anayasası'na ilişkin tespit ve açıklamalar aynı durumlarda statüsel eşitliğin yabancı aleyhine bozulabileceğini tasavvur etmek sorunsuz gözükmekle beraber, eşitliğin yabancı lehine bozulması bakımından ise bu tasavvur kesinlik arz etmemektedir. Anayasa'nın eşitliğin vatandaş aleyhine, yabancı lehine bozulduğu hâllere ilişkin bakışı öncekinden ayrı inceleme gerektiren bir husus olarak gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi, meseleyi önüne gelen bir iptal isteminde ele almıştır³⁴. İptale konu düzenleme ile mesleki hizmetler kapsamında çalışacak yabancılara akademik ve mesleki yeterlilik ile ilgili işlemleri tamamlanıncaya kadar bir yılı geçmemek üzere ön izin verilebilmesi, mesleki eğitim alanı dışında istihdam edilecek yabancı uyruklu personel için 27/02/2003 tarih ve 4817 sayılı -mülga-Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da belirtilen görüşlerin alınmaması ve usulüne uygun olarak yapılan başvuruların Bakanlık tarafından en geç otuz gün içinde sonuçlandırılması öngörülmüştür. 2010 yılında yapılan bu kanun değişikliği³⁵ ile mesleki hizmetler kapsamında çalışacak yabancılar için akademik ve

34 AYM, E.2010/30, K.2012/7, 19/1/2012.

35 Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası 3951, Tarih: 28/1/2010, RG. 5/2/2010-27484.

mesleki yeterlilikleri tamamlanuncaya kadar bir yıl süreli ön izin sistemi temelinde çalışma imkânı sağlanmıştır³⁶.

Bu kanuni düzenlemenin iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda düzenleme ile mühendis ve mimarların mesleklerinin icrası için aranan koşulların yabancı-vatandaş ayrımı yapılarak düzenlendiği, yurt dışında bulunan yükseköğretim kurumlarından mezun olan Türk vatandaşlarının mesleklerini yapabilmeleri için bahsedilen koşullar geçerli iken yabancılar için kolaylık sağlandığı, aynı okulu bitiren ve dolayısı ile aynı hukuksal durumda bulunan yabancılar için bu koşulların aranmamasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. İptal başvurusunda düzenleme ile mühendis ve mimarların mesleklerinin icrası için aranan koşulların yabancı-vatandaş ayrımı yapılarak düzenlendiği, yurt dışında bulunan yükseköğretim kurumlarından mezun olan Türk vatandaşlarının mesleklerini yapabilmeleri için bahsedilen koşullar geçerli iken yabancılar için kolaylık sağlandığı, aynı okulu bitiren ve dolayısı ile aynı hukuksal durumda bulunan yabancılar için bu koşulların aranmamasının eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil ettiği vurgulanmıştır.

ii. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi, 27.2.2003 tarih ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin 3 ve 4. fıkraları ile 6. fıkrasında yer alan "otuz gün" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine oy birliğiyle karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin 19/1/2012 tarihli bu kararında yabancı-vatandaş eşitliği mülâhazasına ilişkin şöyle bir değerlendirme bulunmaktadır:

36 Yapılan kanun değişikliği ile 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 12. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

“Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi-
nin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca
aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun
karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önle-
mektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve toplu-
luklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin
ihlali yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik
öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden
aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve
konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için
değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar
aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa
Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

Türk vatandaşları ile yabancılar farklı hukuksal konumda-
dırlar. Zira vatandaşlık ayrı bir hukukî statü kazandırmakta-
dır. Vatandaşlık statüsü gereği çalışma izni konusunda Türk
vatandaşlarından genel hükümler dışında yabancılardan is-
tendiği gibi ek belgeler getirmeleri, belli işlemleri ve prosedür-
leri tamamlamaları istenmemektedir.

Çalıştıkları işlerin mahiyeti bakımından da yabancılar ile
Türk vatandaşları aynı konumda değildirler. Yabancı olup
Türkiye’de çalışmak isteyenler genellikle doğrudan yabancı
yatırımı tamamlamak veya uluslar arası bir projede çalışmak
ya da nitelik itibarıyla sağlanmasında güçlük bulunan alan-
larda istihdam edilmek gibi durumlarda geçici süreyle ülkemi-
ze gelmektedirler. Bu yönüyle yabancılar, Türk vatandaşları
ile aynı hukuksal konumda olmadıklarından bunlar arasında
eşitlik karşılaştırılması yapılamaz.”

iii. Değerlendirme

Mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’un
12. maddesinde değişiklik getiren bu düzenleme 28/7/2016
tarih ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu’nda yer veril-

meyerek ortadan kaldırılmıştır. Böylece iddia edilen anayasa-ya aykırılık durumu da ortadan kalkmıştır. Bununla beraber, ileride benzer durumlarla karşılaşılması ihtimal dâhilinde olduğundan, yabancılara getirilen kolaylıkların eşitlik ilkesi, daha doğru bir ifadeyle anayasaya uygunluk yönünden ele alınmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, meseleyi yalnızca anayasanın eşitlik ilkesi ve bununla ilgili düzenlemesi açısından ele almıştır. Yukarıda da izah edildiği üzere, 1982 Anayasası'nın 10/1 maddesinin eşitlik düzenlemesi doğrudan vatandaş-yabancı ayrımı temelinde yapılan ayrımcılıklara yönelik bir yasak içermemektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı doğrudur. Ancak meselenin (kanunla yabancılara daha geniş hakların tanınması) söz konusu düzenlemenin ötesinde de boyutlarının olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Anayasa Mahkemesi kararında bu yönere hiç eğilmemiştir.

Vatandaş-yabancı arasındaki eşitlik durumunun yabancı lehine olacak şekilde bozulmasının hangi sonuçlarının (Anayasa'ya aykırılık hâlleri) olacağı hususu izah gerektirmektedir. Yabancı-vatandaş ilişkisindeki eşitlik hususu, daha doğru bir ifadeyle vatandaş ile yabancı arasındaki statüsel ayrışma 1982 Anayasası'nın 10/1 maddesinin ötesinde ele alınması gereken bir konudur. Bu nedenle somut olayda ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasının değerlendirilmesinde yalnızca Anayasa'nın 10/1 maddesi ile sınırlanmayıp Anayasa'nın genel sistematığı ve içeriği gözetilerek bir sonuca varılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, işin mahiyeti (büyük uluslararası proje, kalifiye personel temin zorluğu) ve yabancılara geçici süreyle ülkemize gelmesini fiili-hukuki durum olarak görmüş ve bu yönden yabancı ile vatandaş arasında farklılık bulunduğu, bu nedenle farklı durumlar nedeniyle eşitlik karşıla-

tırılması yapılamayacağını ifade etmiştir. Bu gerekçeye katılmıyoruz. Yabancı-vatandaş ilişkisi bakımından “aynı -hukuksal- durum”un mu yoksa “farklı/ayrı -hukuksal- durum”un mu söz konusu olduğu tartışma götürmekle birlikte, mevcut olaydaki hukuki durum bakımından vatandaş-yabancı ayrımı dışında hiçbir farklılığın bulunmadığı söylenmelidir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi her şeyden önce yaşamını yurt dışında sürdüren, akademik ve mesleki eğitimlerini orada tamamlayan Türk vatandaşları için anlaşılabilir ve savunulabilir gözükmemektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında aynı durumlarda (mevcut olayda Türkiye dışında ikamet etme ve yurt dışından akademik ve mesleki yeterlilik elde edilme) statüsel eşitliğin yabancı aleyhine bozulabilmesi mümkündür. Ancak aynı durumlarda statüsel eşitliğin yabancı lehine (vatandaş aleyhine) bozulabileceğini kabul etmek kolay gözükmemektedir. Gerçi bu noktada *Er*, bazı haklar yabancılar için öngörülmemiş olsa dahi yabancıların haklardan yararlanmasını Türk vatandaşlarından daha kolay hâle getirmeyi yasaklayan genel bir kuralın Anayasa’da bulunmadığını, bu nedenle bir haktan yararlanmayı yabancılara kolaylaştıran veya vatandaşlardan daha fazla hak tanıyan bir düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmayacağını savunmaktadır³⁷. Ancak bu yaklaşıma karşı sorulması gereken soru, burada yalnızca yabancıların haklardan yararlanmasını Türk vatandaşlarından daha kolay hâle getirmeyi yasaklayan bir kuralın (eşitlik kuralı) Anayasa’da açıkça öngörülüp öngörülmediği değil, bilakis böyle bir yasağın Anayasa’nın genel yapısı ve içeriğinden çıkarılıp çıkarılamayacağıdır. Kaldı ki Anayasa’da yabancılara daha geniş haklar tanınabileceğine dair bir açıklık da bulunmamaktadır. Burada ayrıca, halka mensup olan bireylerin devletle bağı

37 *Er*, S. (2014). “Yabancıların Çalışma İzinleri ve Ön İzin Müessesesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 2, S. 4, s. 218.

gösteren vatandaşlık statüsünün önemi de göz önünde bulundurulmalıdır. Gerek haklar gerekse ödevler bakımından devletin kendi vatandaşları ile özel bir hukuki ve siyasi bağı bulunmaktadır. Vatandaşlar tabiiyetleri ve sadakatlerinin bir gereği olarak yabancılardan daha çok yükümlülük altına da girebilirler, tıpkı askerlik yükümlülüğünde veya olağanüstü hâllerde yerine getirmek zorunda oldukları hizmetlerde olduğu gibi. Fakat aynı durumun hakların tanınması yönünden de geçerli olması gerekir. Vatandaşların aynı durumlarda özel bir haklı sebebi bulunmaksızın yabancılardan daha az haklardan yararlanması tabiiyet (himaye-sadakat) ilişkisi açısından da savunulabilir gözükmemektedir. Kanun değişikliğinin gerekçesinde belirtilen hususlar bu tür bir eşitsizliğin kurulumu için haklı sebep oluşturamaz.

1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlük rejimi bakımından yabancıların durumu daha zayıf gözükmektedir. Anayasa'nın vatandaşlar için güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerin bir kısmı yabancılara hiç tanınmamış, tanınanların ise yabancılara yönelik olarak sınırlandırılabilmesine imkân verilmiştir. Hakların tanınması konusunda yabancılar lehine getirilecek her düzenleme aynı durumlarda bulunan vatandaşların anayasal haklarının dolaylı sınırlandırılması anlamına da gelebilecek ya da en azından öyle yorumlanabilecektir. Bunun ise Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemiyle bağdaşacağı söylenemez.

Yabancıların diploma ve ruhsatlarını denklik süreci henüz tamamlanmadan ön izin sistemiyle ülkemizde kullanabilmesine olanak sağlayan kanuni düzenlemenin benzeri vatandaşlar için öngörülmüş değildir. Vatandaşlar da yurt dışından diploma, ruhsat gibi ehliyetler edinebilir ve yaşamlarını da orada sürdürebilirler. Ne var ki yapılan kanun değişikliğinde vatandaşlar için akademik ve mesleki yeterliliklerin denkliği için böyle bir geçiş süreci getirilmemiştir. Vatandaşların yurt

dışından edindikleri diploma, ruhsat vb. ehliyetleri ülkemizde denkliğini tanıtırmadan kullanma hakları tanınmamıştır. Bu surette vatandaşların özellikle çalışma ve sözleşme özgürlüğüne dolaylı müdahale durumları ortaya çıkmakta ve bu da anayasanın temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma sistemiyle açıklanabilir gözükmemektedir.

27/02/2003 tarihli ve 4817 sayılı -mülga- Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinde yapılan değişiklikte Türk vatandaşlarına hak tanımama yoluyla temel hak ve hürriyetlerine dolaylı olarak sınırlama getirilmiştir. Bu durum 1982 Anayasası'nın statüsel yönden vatandaş-yabancı ayırımına dayanan yapısına (lafzına ve ruhuna) uygun olmadığı gibi, ölçülü de değildir³⁸. Bu konuda kanun değişikliğinin yalnızca yabancılarla sınırlı tutulmasının gerekliliği anlaşılmamıştır. Elbette kanun değişikliğinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, büyük yatırımlarda özellikle yabancı sermayeli büyük yatırımlarda uzman yabancı personelin istihdamına -da- ihtiyaç duyulabileceğinden mesleki diploma ve ruhsatların tanınması konusunda özel bir düzenlemeye gerek vardır. Bu yönden bir kanun değişikliğine gerek duyulmuş olması anlaşılabilir bir durumdur, fakat özel düzenlemeyle getirilen imkânın aynı durumda bulunan Türk vatandaşlarına tanınmamasının bir izahı bulunmamaktadır. Türkiye'de yatırım yapan yabancı şirketin uzman personelleri arasında Türk vatandaşları da olabilir. Bu nedenle Türkiye dışında ikamet eden Türk vatandaşları için de diploma, ruhsat vb. belgelerin kullanılması konusunda benzer kolaylıkların sağlanması gerektirdi.

1982 Anayasası'nda yabancılara daha geniş haklar verilebileceği konusunda kesinlik bulunmamasına karşın yaban-

38 Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının Anayasanın sözüne ve ruhuna ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı açıkça hükme bağlanmaktadır.

cıların temel hak ve özgürlüklerinin daha katı sınırlandırılabilmesine imkân verilmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere, 1982 Anayasası'nın 16. maddesi uyarınca yabancıların temel hak ve özgürlüklerine 13. maddesinin güvencelerinin ötesine geçen sınırlamalar getirilebilir fakat bunun tersi öngörölmüş değildir. Hâl böyleyken aynı durumda/konuda yabancılara haklar tanınırken vatandaşlara tanınmaması vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin dolaylı bir şekilde sınırlandırılmasına hatta bazı durumlarda tümüyle boş çıkartılmasına yol açabilir.

Hâlbuki Anayasa Mahkemesine göre de devlet sahip olduğu kurucu unsur niteliğini taşıyan üstün kudretine dayanmak suretiyle ölkede yerleşik olan ve devletin diğeri asli - maddi unsurunu oluşturan insan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır³⁹. Yine Anayasa Mahkemesine göre yabancı bir ölkede mülk edinmek, çoğu kez o ölkede seyahat etmek, çalışmak veya yerleşmek gibi isteklerin bir uzantısıdır. Ölkede mülk edinerek yaşamını kısmen ya da tamamen orada sürdüreceği olan yabancınn her türlü davranışına katlanacak olan, onunla belli bir yöre ya da çevrede yaşamı paylaşmak zorunda kalan vatandaş olacaktır. Bu itibarla vatandaşımızın kendi ölkesinde mülk edinmesine katlanamayan bir devlet uyuğundan her hâlde bu hakkın esirgenmesi gerekecektir. Aksine bir durum ise yabancıya tanınmış bir imtiyaz sayılacaktır⁴⁰. Hukuk sistemimizde yabancıya vatandaş karşısında imtiyaz niteliği taşıyan hakların tanınması kabul edilebilir değildir.

7/2/2003 tarih ve 4817 sayılı -mülga- Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da olması gereken rejim 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda (YUKK) ifadesini bulmuştur. Nitekim YUKK'un 88/2 maddesinde,

39 AYM, E.1984/14, K.1985/7, 13/6/1985.

40 AYM, E.1984/14, K.1985/7, 13/6/1985.

uluslararası koruma başvuru sahibine, başvurusu reddedilen veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilere sağlanan hak ve imkânların Türk vatandaşlarına sağlanan hak ve imkânlardan fazla olacak şekilde yorumlanamayacağı açıkça belirtilmektedir.

Benzer bir düzenleme, ülkemizin de taraf olduğu Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme’de de benimsenmiştir. Mültecilere sağlanan haklar, vatandaşlara sağlanan haklarla sınırlı tutulmuştur. Bundan daha fazlasına sahip olamazlar.

Bununla birlikte, vatandaşlar ile yabancılar arasında vatandaşlar aleyhine olumsuz etkileri olan ayrımlar bazen milletlerarası sözleşmelerin sonucu olarak ortaya çıkabilmektedir. Uygulamada bu tür durumlar özellikle yabancı yatırımcıların korunmasında görülmektedir. Yabancı yatırımcıyı ev sahibi devletin haksız müdahalelerinden korumak için yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları çeşitli güvenceler sağlanmaktadır. Yabancılarla anlaşmalarla sağlanan güvenceler bazen vatandaşların sahip olduğundan daha kapsamlı olabilmektedir. Örneğin bir yatırıma ait taşınmaz kamulaştırıldığında yatırımcının vatandaşlığı önem arz etmektedir. Şayet kamulaştırılan yatırımın sahibi yabancı ise esas itibarıyla farklı bir statüye (yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları statüsüne) ve buna bağlı olarak farklı tazminat kriterlerine tabi tutulacaktır. Buna mukabil kamulaştırılan yatırımın sahibi Türk gerçek veya tüzel kişisi ise tabi tutulacağı statü 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ve bu Kanun’un öngördüğü tazminat esasları olacaktır. Her iki statü arasında bariz farklar söz konusudur. Örneğin Türk yatırımcının taşınmazı kamulaştırıldığında kamulaştırma bedelinin peşin veya şartlara bağlı olarak eşit taksitlerle nakden ödenmesi söz konusudur. Oysa yabancı bir yatırımcının taşınmazı kamulaştırıldığında, bedelin ivedilikle, etkin ve de yeterli şekilde ödenmesi gereklidir. Şu hâlde yatırımın kamulaştırılmasına

bağlı ödenecek tazminat bakımından Türk yatırımcı ile yabancı yatırımcı eşit esaslara tabi olmamaktadır⁴¹. Bu şekildeki uygulamaların Anayasa'nın vatandaş-yabancı ayrımlarında dengenin vatandaş aleyhine bozulmasına yol açtığı şüphesizdir. Ancak bu durumun Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler rejimi ile bağdaştığı söylenemez. Türk vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerinin dolaylı sınırlanmaları söz konusu olabilir. Yabancılar yararlandırma getiren durumların yabancılar için imtiyaz niteliği taşımasına bilhassa dikkat etmek gerekir.

1982 Anayasası'nın 90/5 maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiş olmakla birlikte, kanun hükümleri karşısında uygulanma önceliği bulunan milletlerarası antlaşma hükümlerinin anayasanın belirlemiş olduğu ilke ve kurallarını ihlal edebileceği sonucuna da varılamaz. Zira anayasalar hukuk/siyasal düzenlerin temel normudur.

41 Giray, AİHS'in 1 nolu Ek Protokolünün 1. madde hükmünün yerli ve yabancı yatırımcı ayrımı yapılmaksızın tüm kamulaştırılan yatırımlar için uygulanması halinde söz konusu yerli-yabancı farklılığının giderilmiş olacağını düşüncesindedir. Nitekim Protokolün 1/1 maddesinde açıkça "kişinin, ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mülkiyetinden yoksun bırakılabileceği" belirtilmiştir. Giray'a göre, Türkiye'nin imzaladığı iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları yatırım hukuku bakımından sözleşmedeki düzenlemelerle sınırlı olarak birer uluslararası hukuk normu olarak dikkate alınabilir. Bu takdirde Türk yatırımcılar bakımından da gelecekte Türkiye'de bulunan yatırımlarına ait bir taşınmaz kamulaştırıldığında tazminatın ivedilikle etkin ve de yeterli şekilde ödenmesi söz konusu olabilecektir. Bkz. Giray, F. K. (2013). *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 207-208.

1982 Anayasası'nın hükümleri; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz (m. 11). Anayasa Mahkemesi; kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (m. 148/1). Aynısı milletlerarası hukuk kuralları için geçerli olmalıdır. İç hukuk düzenimizde milletlerarası antlaşmalar Anayasa'dan üstün değildir.

Milletlerarası antlaşma hükümleri de Anayasa'nın ilke ve kuralları ile bağdaşmalıdır. 1982 Anayasası'nın 90/5 maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvuru yolunun kapatılmış olması, milletlerarası antlaşma hükümleri ile yol açılan milletlerarası ihlallerin bizatihi Anayasa tarafından tolere edildiği anlamına gelmez. Milletlerarası antlaşmalarının Anayasa Mahkemesine götürme yolunun kapatılmış olmasının nedeni, Anayasa Mahkemesinin şekli kaynağını milletlerarası alanda bulan milletlerarası antlaşmalar hakkında iptal kararı vermeye yetkili olmamasındadır, bunun ötesi bir durum veya bundan başkası değildir. Anayasa'ya aykırı milletlerarası antlaşma hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilememesi, aykırı milletlerarası antlaşma hükümlerinin iç hukukumuzda uygulanmasına otomatik cevaz verildiğini göstermez, aksi takdirde bunun anlamı anayasal düzenin milletlerarası antlaşmalarla ihlaline, bozulmasına, sarsılmasına açık kapı bırakılması, katlanılması demek olur. Oysa hiçbir egemen devlet kendi anayasal düzeninin bu şekilde ihlaline müsamaha edemez, gösteremez. Bu itibarla Anayasa'ya aykırı milletlerarası antlaşma hükümleri, iç hukuk düzenimizde Anayasa Mahkemesince iptal edilemezse de kanun hükmünde/üstünde etki de gösteremez. Sonuç olarak burada, aynı hukuki durumda

bulunan vatandaş-yabancılar arasındaki dengenin yabancılar lehine bozulmasına yol açan milletlerarası antlaşma hükümlerinin iç hukukumuzda uygulanmalarının anayasal sorun oluşturacağı tespiti yapılabilir.

3. Yabancıların Temel Hak ve Özgürlüklerinin Sınırlanması ve Müdahaleye Maruz Bırakılması Sorunu

a. Genel Olarak

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının anayasaya uygunluk yönünden 1982 Anayasası'nın 13 ve 16. maddelerinin birlikte mi uygulanacağı yoksa 16. maddenin özel düzenleme olarak tek başına mı uygulanacağı hususu da belirsiz gözükmektedir. Aynı şekilde yabancıların temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelerin ihlal oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesinde de hangi anayasal düzenlemenin esas alınacağı da tartışmaya açık gözükmektedir. Gerekçesi aşağıda açıklanacağı üzere, bu husustaki görüşümüz yabancılar özel olarak getirilecek temel hak ve özgürlük sınırlanmalarının esas itibarıyla 1982 Anayasası'nın 16. maddesinin (90. maddesiyle bağlantılı olarak) uygulanması gerektiği yönündedir. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin uygulaması ise tam tersi yöndedir. Öğretide de Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına benzer görüşler savunulmaktadır. Katılmadığımız bu uygulama ve görüşlere göre yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması ve müdahaleye maruz bırakılmasında 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde aranan koşullar (özüne dokunmama vb.) ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerde belirtilen kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gibi sınırlama nedenlerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Bu tartışmadan bağımsız olarak yabancıların temel hak ve özgürlüklerine getirilecek her sınırlamanın ve bunlara yapılacak her müdahalenin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı ol-

maması gerektiği vurgulanmalıdır. Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü öngören 11. maddesi, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu belirterek, kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağını açıkça hükme bağlamaktadır⁴².

b. Anayasa Mahkemesinin Uygulaması

Anayasa Mahkemesi, özellikle de bireysel başvurularda, yabancılara yönelik sınırlandırma ve müdahalelerin Anayasa'da teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlali yol açıp açmadığını Anayasa'nın 13 (temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması) ve 15 (temel hak ve özgürlüklerin durdurulması) maddelerine göre de değerlendirmektedir⁴³.

c. Değerlendirme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlük sınırlandırmasına ilişkin genel düzenlemesinin (m. 13) yabancılara ilişkin bu konuda özel düzenlemenin (m. 16) bulunması nedeniyle kural olarak özel düzenlemenin kapsamında uygulanmayacağı görüşünde olup Anayasa Mahkemesinin yaklaşımından ayrılmaktayız.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Yapılacak sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine ay-

42 Demirkol, M. (2017). "Kişi Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Karşısında Anayasa Madde.13, Bu Hükme Aykırı Yasal Düzenleme ve Faaliyetlerin Anayasa Madde 11 Açısından Değerlendirilmesi", *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, Özel S., s. 17-27.

43 Örneğin Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda vermiş olduğu bir karar için bkz. *Peri Kırık*, B. No: 2015/19795, 9/1/2019.

kırı olamaz.” şeklinde bir güvence sistemi oluşturulmuştur. Sınırlamalara karşı güvence sistemi iki farklı esasa dayandırılmıştır. İlk esasta, doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelmekte ve bu çerçevede sınırlandırıcı bir takım ölçütler getirmektedir. Bu ölçütlere göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Diğer esas ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yapısal konuların da gözetilmesine dayanmaktadır. Buna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalar, Anayasa’nın geneline (sözü ve ruhuna), demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet’in gereklerine ve ölçülülük ilkesine (Cumhuriyet’in temel niteliklerine) aykırı olamaz.

Anayasa’nın 2. maddesi ile bağlantılı olarak 11. maddesi uyarınca bu yapısal konulara ilişkin yasaklamaların yabancılara yönelik temel hak ve özgürlük sınırlamalarında da geçerli olacağı konusunda şüphe yoktur. Türkiye Cumhuriyeti; demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir (m. 2). Anayasa hükümleri; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa’ya aykırı olamaz (m. 11). 1982 Anayasası’nın bu hükümlerine aykırı temel hak ve özgürlük sınırlamalarının yabancılar için de geçerli olmayacağı barizdir.

Dolayısıyla 1982 Anayasası’nın 16. maddesinin 13. maddesinin yalnızca ilk grupta yer alan sınırlama ölçütlerine yönelik olarak dışlayıcı etkiler göstereceği şeklinde anlamak gerekir.

Bu noktada bir hususa daha dikkat çekmek gerekir. 1982 Anayasası’nın 16. maddesinin yalnızca yabancılar için özel olarak getirilen temel hak ve özgürlük sınırlamalarını konu edinmektedir. Temel hak ve özgürlük sınırlamasının münha-

sıran yabancılara yönelmesi ya da yabancıyı vatandaştan ayırıştırıcı etkilerinin olması gerekir. Dolayısıyla 16. madde, vatandaş ve yabancı ayırımına dayanmadan yapılan genel temel hak ve özgürlük sınırlamalarında uygulanma alanı bulmayacaktır. Temel hak ve özgürlükler, yabancılar için her zaman özel olarak sınırlanmasına gerek olmayabilir. Kanun koyucu yabancılar için daha katı bir temel hak ve özgürlük sınırlaması getirmeyi amaçlamamış olabilir. Yabancıların vatandaştan ayırıştırılmadığı durumlarda genel hükümlerin uygulanma ve etki alanı açılacaktır. Bu şekilde yapılan temel hak ve özgürlük sınırlamalarının anayasaya uygunluğu hususu tümüyle 13. maddeye göre değerlendirilecektir.

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının anayasaya uygunluğu bakımından 1982 Anayasası'nın 13 ve 16. maddelerinin birlikte mi uygulanacağı yoksa 16. maddenin özel düzenleme olarak tek başına mı uygulanacağı hususundaki yaklaşım farklılığının sonuçları itibarıyla büyük bir öneminin olmadığını da belirtmemiz gerekir. Zira Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlandırmaya ilişkin olarak getirilen güvencelerin hemen hepsi milletlerarası hukukta da sağlanmaktadır. Öngörülen anayasal teminatların neredeyse tamamı milletlerarası hukukta (örn. AİHS) yabancılar için de tanınmakta ve milletlerarası alanda sağlanan bu güvenceler Anayasa'nın 16. maddesi ve 90/5 maddesine istinaden yabancıların temel hak ve özgürlüklerine getirilen iç hukuk sınırlanmalarına ve müdahalelerine karşı gelmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sınırlama nedenleri ve ölçütleri milletlerarası hukuk (özellikle AİHS) kapsamında da düzenlenmiş olduğundan sonuçta önemli bir farklılık ortaya çıkmayacaktır. Sonuçta Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sınırlama nedenleri ve ölçütleri, Anayasa'nın 16. maddesi çerçevesinde sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olma

zorunluluğu⁴⁴ üzerinden dolaylı olarak gözetilecektir. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümleri, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin çatışma durumlarında kanun hükümleri karşısında öncelik taşıyacaktır⁴⁵. Bu nedensel irtibatlanmanın dışında düzenleme yönünden de benzerlikler bulunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 16. maddesi çerçevesinde de sınırlamanın kanunla yapılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yabancılar konusuna ilişkin olarak son yıllarda vermiş olduğu kararlarının neredeyse tamamı bireysel başvurulara yönelik olarak vermiştir⁴⁶. Ancak bu durum da yabancıların temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin anayasaya aykırılık (ihlal) değerlendirilmesinin münhasır şekilde Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında yapılmasına dayanak oluşturamaz. Temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için sınırlandırılmasına ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar burası için de geçerlidir.

Anayasa'nın başlangıç hükümlerinde yer alan ifadeler Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin esasen -öncelikle- vatandaşlara yönelik olarak düzenlendiğini göstermektedir. Hâl böyleyse temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için sınırlandırılması ve müdahale edilmesinde başka bir rejimin geçerli olduğunun esas alınmasında bir beis olmaması gerekir.

44 Yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin sınırlamaların milletlerarası hukuka uygun olması koşulu yabancılar bakımından ek bir sınırlama oluşturmayıp, yapılacak sınırlamaların sınırını oluşturmaktadır. Gören Z. (2016). s. 3280-3281.

45 Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Aybay, R. (2007). "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", *TBB Dergisi*, S. 70, s. 187-213; Akkutay, A. İ. (2007). "Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, s. 415-447.

46 Geçmişte Anayasa Mahkemesinin özellikle yabancıların taşınmaz edinimi konusunda 1980'li ve 2000'li yıllarda iptal kararları da vermiş olduğu görülmektedir.

Uygun'un belirttiği gibi “Yabancıların temel hak ve özgürlüklerden yararlanması konusu daha çok milletlerarası hukuk, milletlerarası özel hukuk disiplinlerini ilgilendirmekte yasa ve milletlerarası anlaşmalar yapılmasını gerektirmektedir”⁴⁷. Anayasa’ımızda da bu doğrultuda hareket edilmiştir.

Bu bağlamda yabancılar için getirilen “mütekabiliyet koşulu”na da değinmek gerekir. Konu Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezinde 21 Kasım 1985 tarihinde düzenlenen “Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul İktisabı”⁴⁸ konulu bir toplantıda tartışılmıştır. Toplantıda *Teziç*, karşılıklılık ilkesinin anayasal düzeyde bir ilke olmadığını, kanun ile getirilmiş olduğunu ifade ederek Anayasa Mahkemesinin davada kanunun kanuna uygunluğunu denetler duruma girdiğini belirtmiştir⁴⁹. *Duran* ise karşılıklılık ilkesinin basit bir yasa hükmü olmadığını ve Türkiye Cumhuriyeti’ni inşa eden temel bir ilke, anayasal düzeyde bir referans norm olarak kabul edilebileceğini ileri sürmüştür⁵⁰. *Uygun*, Anayasa’da açık bir kural olarak karşılıklılık ilkesi düzenlenmedikçe bu ilkeye dayanılarak iptal kararı verilmesinin tartışmaya yol açmasının kaçınılmaz olduğuna dikkat çekerek karşılıklılık ilkesinin Anayasa’da yer almadığı, bu ilkenin yasa ile getirilmiş olduğunu belirterek Anayasa Mahkemesinin kanunun kanuna uygunluğunu denetler duruma girmesinin doğru olmadığını ifade etmiştir⁵¹.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın Başlangıç kısmının 4. paragrafında yer alan “hak eşitliği” ilkesinden hareketle kar-

47 Uygun, O. (1991). 1982 Anayasası’nda Tekel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 23-24.

48 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama. Merkezi. (1985). “Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul İktisabı”, MHB, C. 5, S. 2.

49 a.g.e. s. 128.

50 a.g.e. s. 133-134.

51 Uygun, O. (1991). s. 260.

şılıklılık ilkesine ulaşmıştır. Mahkeme, hak eşitliği ilkesinin içeriğinin belirlenmesinde yabancılar hukukunun ve aynı zamanda Cumhuriyet dönemi hukuk politikasının bir ilkesi olan karşılıklılık ilkesinden yararlanmış ve bu ilkedен vazgeçilmesini Türkiye'nin “*dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olması*” özelliğini ortadan kaldırıci nitelikte görmüştür⁵². Başlangıç kısmının Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri, Anayasa'nın özünü, Anayasa'ya egemen olan yaklaşımı ifade ettiği göz önüne alındığında bu kısmın 2. paragrafı doğrultusunda yazılan kararın hiçbir anayasal dayanağının olmadığı söylenemez. Anayasa Mahkemesi kararında, “karşılıklılık ilkesi”, Başlangıç kısmının 4. paragrafı uyarınca Anayasa'nın özünden çıkarılan bir ilke olarak görülmüştür.

Cumhuriyet Dönemi hukuk siyasetinin bir ilkesinin (mütekabiliyet koşulu) “ölçü norm” olarak kullanılmasının Anayasa hukuku bakımından en önemli yönü, Başlangıç kısmında yer alan bir ilkenin bağımsız bir hukuk kuralı olarak değerlendirilmiş olmasıdır⁵³. Uygun, bu yaklaşımı Anayasa'ya uygunluk denetimi açısından son derece sakıncalı bulmaktadır. Görüşüne göre açıklık ve kesinlikten yoksun, gerçek hukuk kuralları olmaktan uzak ilkelerle dolu olan başlangıç hükümlerinin bağımsız hukuk-kuralları şeklinde yorumlanması durumunda, Mahkemenin “norm denetimi”nden “yerindelik denetimi”ne kayması kaçınılmaz olacaktır⁵⁴.

52 AYM, E.1984/14, K.1985/7, 13/6/1985 ve AYM, E.1986/18, K.1986/24, 9/10/1986 tarihli kararları. Karara göre, “*Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esaslı uluslararası ilişkilerinde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır... Toprak edinme konusundaki karşılıklılık esaslı, diğer konulardaki karşılıklılık esasından farklıdır: Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.*”

53 Anayasa Mahkemesi, geçmişte birçok kararında başlangıç hükümlerine yer vermiş, fakat bu hükümlerin anayasa yargısındaki rolünü yalnızca Anayasa metninde yer alan kuralların yorumlanmasına bir katkı sağlamakla sınırlı tutmuştu.

54 a.g.e. s. 261-262.

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin mütekabiliyet koşuluna bağlanarak sınırlandırılmasına ilişkin anayasal dayanağın Anayasa'nın önsöz kısmında yer verilen *"Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak,"* ibaresine isnat ettirilip ettirilemeyeceği tartışmasından bağımsız olarak, 1982 Anayasası'nın 16. maddesinin yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olduğu sürece mütekabiliyet koşuluna bağlanmasına imkân verdiğini belirtmek gerekir. 16. madde çerçevesinde mütekabiliyet koşuluna isnat eden bir sınırlama Anayasa'nın eşitlik teminatına da aykırılık oluşturmayacaktır.

1982 Anayasası'nın 16. maddesinde yabancılar için sınırlamaya konu olabilen temel hak ve özgürlükler belirtilmediğinden tüm hak ve özgürlükler madde kapsamında ele alınabilecektir. Bununla beraber, maddede milletlerarası hukuka yapılan gönderme, birçok temel hak ve özgürlüğü kanunla sınırlamanın dışına çıkarmakta ya da sınırlamanın kapsamını daraltmaktadır. Zira milletlerarası insan hakları hukuku yurarda da açıklandığı üzere temel hakları evrensel değerler olarak kabul etmekte ve temel hak süjeliği bakımından vatan-
daş yabancı ayrımını istisnalar dışında reddetmektedir.

4. Yabancıların Anayasal Güvenceye Bağlanmayan Hakları Sorunu

1982 Anayasası'nda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin bir kısmı yabancılar için geçerli kılınmamıştır. Yabancıların anayasal teminata bağlanmayan konularda hukuki durumlarının ne olacağı sorusuyla karşılaşilmektedir. Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için sınırlandırılması özel olarak düzenlenirken, yabancılar için güvence altına alınmayan temel hak ve özgürlüklerin kendilerine yönelik etkisinin ne olacağı açık bırakılmıştır. Burada ortaya çıkan soru, Anayasa'da temel hak ve özgürlük güvencesi su-

nulmayan alanlarda yabancılar için kanunlarla haklar tanınıp tanınmayacağı noktasındadır.

Bu bakımdan kesin bir değerlendirme yapabilmek için 1982 Anayasası'nın ilgili hükümlerine yakından bakmak gerekir. Eğer hüküm kapsadığı alan bakımından yabancılar hak tanıma yolunu tümünden kapatmakta ya da sınırlandırmakta ise yabancılar o alanda kanunla hak veya güvence tanınamayacak ya da yalnızca izin verilen ölçüde tanınabilecektir. Anayasa'da yabancılar tümünden kapatılmayan temel hak ve özgürlük alanlarında ise yabancılar kanunlarla kısıtlı bir şekilde de olsa hak ve güvenceler tanınabilecektir.

Alanı Yabancılar Tümünden Kapalı Hâle Getirmeyen Düzenleme Örneği	Alanı Yabancılar Tümünden Kapalı Hâle Getiren Düzenleme Örneği
1982 Any. m. 38/11 <i>"Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez."</i>	1982 Any. m. 67/1 <i>"Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir."</i>

1982 Anayasası'nın 38/11 maddesi bakımından Türk vatandaşlığını kaybederek yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olan eski Türk vatandaşlarının suçluların geri verilmesi açısından hukuki konumlarının ne olacağı sorunuyla karşılaşmaktadır. 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 28. maddesinin kapsamına girenler Türk vatandaşı olmamalarına rağmen Türk vatandaşlarının sahip olduğu birçok haktan -aynen- yararlanırlar. Fakat bu yabancıların tıpkı vatandaşlar gibi geri verme yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirsiz gözükmemektedir⁵⁵. Bu sorun yalnızca teorik tartışmaların konusu olarak kalmamış, uygulamada da

55 Bkz. Ulutaş, A. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 142-146.

baş göstermiştir. Nitekim bir maddi olayda; Türk vatandaşlığından çıkarak Alman vatandaşlığına geçen bir kişi tarafından 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 28/1 maddesi gereğince Almanya'ya iade edilmeyeceği ileri sürülmüştür. Yaşanan tartışmaların akabinde Bakanlar Kurulunun 13/10/2008 tarihli kararı ile ilgilinin Almanya'ya iadesine karar verilmiştir. Hâlbuki 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 28. maddesi kapsamına giren kişiler, Türk vatandaşı olmamalarına rağmen Türk vatandaşlarının sahip olduğu birçok haktan -aynen- yararlanmaktadır. Bu kişilerin tıpkı vatandaşlar gibi geri verme yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirsizlik arz etmektedir⁵⁶.

56 Bkz. a.g.e. s. 142-146. Öğretide bu bakımdan bir anayasal belirsizliğin veya sorunun bulunmadığı da ifade edilmektedir. Bu yöndeki görüşlere göre, Anayasanın bu düzenlemesi, milletlerarası hukuk ve geri verme hukuku ışığında düşünüldüğünde bir belirsizlik kanaatine götürmez. Suçluların geri verilmesi alanında temel milletlerarası hukuk ilkesi “*geri ver veya yargıla!*” ilkesidir. İkili veya çok taraflı sözleşmenin şartları oluşmuşsa talep edilen devletin geri verme yükümlülüğü vardır. Örnek olarak, talep edilen ülke vatandaşının iadesini kabul etmiyorsa, BM “Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele” sözleşmesinin ilgili maddesinin şu fıkrası uygulanacaktır: “*Suç isnat edilen bir kişi ülkesinde bulunan bir Taraf Devlet, bu maddenin uygulandığı suçlarda, bu kişiyi sırf kendi vatandaşı olduğu gerekçesiyle iade etmez ise, anılan Taraf Devlet iade isteyen Taraf Devletin isteği üzerine, vakit geçirmeksizin, kovuşturma amacıyla, olayı kendi yetkili makamlarına iletacaktır.*” Anglo-sakson ülkeler vatandaşın iadesini kabul ederken özellikle Kıta Avrupası ülkeleri anayasal veya kanuni düzenlemelerle bu yolu kapatmaktadır. Vatandaşlığın tespitinde esas olan iade tarihindeki vatandaşlık durumudur. Doğuştan Türk vatandaşı olsa da bir kişi Türk vatandaşlığından çıkmış ve iade tarihinde artık Türk vatandaşı değilse kural olarak vatandaş muamelesi görmeyeceği açıktır. Kanun koyucunun bu statüdeki kişilere tanıdığı haklar yine kanunla belirlenmiştir ve hakların içinde vatandaş gibi iade edilmeme hakkı yoktur. Dolayısıyla bu durumdaki bir kişinin iade açısından yabancı muamelesi göreceği açıktır. Anılan olayda Bakanlar Kurulu kararı isabetlidir. İade işlemi yargısal ve siyasi boyut taşıyan karma bir işlemdir. Yargı hukuki koşulları oluştuğunda iadeye karar vermek zorundadır. Ama hükümet siyasi sebeplerle (örneğin talep eden ülkenin ülkemizin iade taleplerini reddediyor olması) yabancıyı mavi kartlı olup olmamasına bakmaksızın iade etmeyebilir. İade ikili veya çok taraflı anlaşma temelinde yapıldığında Anayasanın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun bir parçası olmaktadır. Dolayısıyla bu yönden anayasal bir sorundan bahsedilmesi çok isabetli görünmemektedir.

1982 Anayasası'nın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38. maddesi hükmünden böyle bir yasaklayıcı ya da tıkayıcı/kapataıcı bir sonuç çıkmamakta, sadece vatandaşlara güvence sağlama amacı güdülmektedir. Bunun ötesine geçecek bir anlam ya da kısıtlayıcı bir etki çıkmamaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Anayasa'da vatandaşlara tanınan her güvencenin her hâlükârda yabancılara yönelik olarak olumsuz etkilerinin olacağı söylenemez. O hâlde vatandaşlara tanınan anayasal güvencenin mefhumu muhalifinden hareketle ve Suçluların İadesine Dair Anlaşma hükümleri veya cezai konularda iki taraflı adli işbirliği anlaşmaları hariç olmak üzere, yabancının suç nedeniyle yabancı ülkelere iade edilebileceğini hatta iadelerinin zorunlu olduğunu söylemek doğru değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin hükmünden yalnızca vatandaş dışındaki tüm kişilerin (mavi kart statüsünde bulunanlar da dâhil) suç nedeniyle iade edilebileceği sonucuna varılabilir. Özetle; vatandaşlara tanınan anayasal güvencenin mefhumu muhalifinden hareketle yabancının suç nedeniyle yabancı ülkelere iadelerinin anayasal zorunluluk olduğu sonucuna varılması isabetli gözükmemektedir.

1982 Anayasası'nın 67/1 maddesi düzenlemesinin ise alanı yabancılara tümünden kapattığını düşünmekteyiz. Madde hükmüne göre, “*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.*” Bu tür siyasi faaliyetler Türk vatandaşları ile sınırlı tutulmuştur. Yukarıda ileri sürülen gerekçe (“yalnızca anayasal güvenceye bağlanmamış olma”) burada esas alınamaz. Zira bu konularda kanunlarla yabancılara haklar tanınması Türk vatandaşlarının anayasal haklarını etkin bir şekilde kullanmalarına müdahale oluşturacaktır. Anayasa'nın buna cevaz vermesi düşünülemez. Hâlbuki suç işleyen yabancının yabancı ülkelere iadesine ilişkin kanunlarla kısıtlama ve yasaklama

getirilmesinin Türk vatandaşlarının iadesine ilişkin anayasal güvenceleri zedeleyeceği söylenemez.

V. YABANCILARIN ANAYASAL STATÜSÜNE DAİR MÜLAHAZALAR

Felsefi temelleri bakımından -teşkilatlandırılmış- toplum sözleşmesi⁵⁷ olarak da addedilebilen devlet anayasaları, devlet sisteminin temel yapısını, yönetim biçimini, organlarını (oluşum, yetkileri ve birbirleri ile olan ilişkilerini) düzenleyen ve toplum bireylerinin hak ve özgürlüklerini güvence altına alan kurallar bütünüdür. Kısacası devlet anayasaları devletin temel yapısı ve işleyişi yanında toplum bireylerinin hak ve özgürlüklerini de konu edinir.

Bu açıklamalar ışığında Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasası'nın şekli düzenlemesini (şekli kaynağını) oluşturan 1982 Anayasası'na yakından bakılacak olursa isminin "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası" olduğu ve bu şekliyle de bir devlet anayasası niteliğini taşıdığı ve Türk vatanı ve milletinin ebedi varlığını ve yüce Türk devletinin bölünmez bütünlüğünü teminat altına almayı amaçladığı (Başlangıç hükümleri) görülmektedir.

Her ne kadar 1982 Anayasası kişi yönünden yabancıları da ilgilendiren düzenlemeler içerse de düzenleme amacı ve konusu itibarıyla öncelikle Türklere (Türk vatandaşlarına) yönelmektedir. Anayasa'da yabancılar hukuki kişi olarak dikkate alınmakla beraber, çeşitli yönlerden vatandaşlardan ayrıştırılmaktadır. Ayrışmanın en açık emaresi vatandaş ve yabancı kavramlarına ayrı ayrı yer verilmiş olmasıdır. Bunun dışında, vatandaşların aksine yabancıların genel statülerine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmediği gibi, başlangıç hükümlerinde yalnızca Türk vatandaşları esas alınmakta ve açıkça zikredil-

57 Bkz. Rousseau, J. J. (2015). *Toplum Sözleşmesi*, Alper, A., (Çev.), İstanbul: Oda Yayınları.

mehtedir. Nitekim Anayasa'nın başlangıç hükümlerinde her Türk vatandaşının Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanacağına ve topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh." arzu ve inancı içinde huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu belirtilmiştir. Görülüyor ki Anayasa'nın Başlangıç hükümlerinde yalnızca Türk vatandaşları muhatap alınmıştır. Yabancılar yönelik böyle bir muhatap alma ya da vurgulama söz konusu değildir. Anayasa'nın Başlangıç hükümlerinde belirtilen temel ilkeler bağlayıcıdır⁵⁸. Bu ilkeler Türkiye Cumhuriyeti devletinin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

1982 Anayasası'nda düzenlenen temel hak özgürlükler bakımından da vatandaşlar ile yabancılar arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bazı hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvenceler yabancılar için hiç tanınmamıştır. Örneğin burada, siyasi hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelerin neredeyse tamamının yabancılar için tanınmamış olduğu ve ayrıca yabancıların suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemeyeceğinin de anayasal teminata bağlanmamış olduğu söylenebilir⁵⁹. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından da yabancılar ile vatandaşlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yabancılar için özel/farklı bir rejim (m. 16) öngörülmektedir.

1982 Anayasası'nda düzenlenen temel hak ve özgürlükler öncelikle Türk milletinin hâlihazırdaki görünümünü (halkı)

58 Anayasa Mahkemesinin yabancılar mülk satışı ile ilgili vermiş olduğu iptal kararı Anayasanın başlangıç kısmında ifade edilen "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin (...) karşısında korunma göremeyeceği" ilkesine dayandırılmıştır. Bkz. AYM, E.1984/14, K.1985/7, 13/6/1985.

59 Demet Hussen Najem, B. No: 2019/438, 27/7/2022.

oluşturan bireyler için söz konusudur ve bu nedenle öncelikle de onlara yönelmektedir. Bu bakımdan yabancılara ise temel hak ve özgürlüklerin yalnızca tanınmasından söz edilebilir. Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlüklere “toplum bireyleri” (Türk vatandaşları) aslen sahip olurken yabancılardan ise bazı temel hak ve özgürlüklerden tanıma yoluyla yararlandırılması söz konusudur.

Aynı hukuki durumlarda haklı veya gerekli bir sebep bulunmadıkça yabancılar lehine getirilecek her hak ve kolaylık yabancıya “toplum bireyleri” (vatandaş) karşısında tanınan bir imtiyaz niteliği taşıyacaktır. Yabancılara tanınan imtiyazlar Cumhuriyet’in ilk dönemlerinde tümünden ortadan kaldırılmış olup yeniden kabulleri mümkün değildir. Anayasa uyarınca devlet, sahip olduğu kurucu unsur niteliğini taşıyan üstün kudretine dayanmak suretiyle asli-maddi unsurunu oluşturmuş insan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır.

1982 Anayasası’nda vatandaşlar ile yabancılar arasında statüsel bir ayrışma esas alınmış olsa da yabancılar tümünden sarfı-nazar edilmiş değildir. Gerçekten de Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı -tanıma yoluyla da olsa- yabancılara da yönelmektedir. Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinde yabancılar bir yandan özel olarak ele alınmakta (m. 16 ve 74), diğer yandan da “herkes”, “kimse”, “kişi”, “hiç kimse”, “teşebbüs”, “çalışan”, “işçi”, “işveren” gibi genel kavramlara yer verilerek zımni bir şekilde yabancılar da temel hak ve özgürlüklerin kapsamına dâhil edilmektedir⁶⁰.

60 Bununla beraber, bu kavramların yalnızca Türk uyruğu altında bulunan kişiler dâhilinde geçerli olduğu da ileri sürülebilir. Somutlaştırma yapılacak olursa, burada “Türk vatandaşlarından hiç kimse”, “Her Türk vatandaşı”, “Türk işçisi” vs. gibi kavramsallaştırmalara başvurulabilir ve böylece şu sonuç çıkarımına ulaşılabilir: Bu kavramlar, kelime anlamları itibarıyla tek başına/kendiliğinden yabancıların da temel hak ve özgürlükler için

Her ne kadar yabancılara yönelik anayasal teminata bağlamalar devlet anayasalarının zorunlu unsurları arasında yer almasa da insan haklarına saygılı bir devletin gereği olarak ortaya çıkmaktadır. İnsan haklarına saygılı bir hukuk devleti yönelimi ise Türkiye Cumhuriyeti devletinin temel niteliklerinden biridir. Bu yönelim 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde açıkça öngörülmektedir. O hâlde, temel hak ve özgürlüklerin yabancılara yönelik olarak da anayasal teminata bağlanması Türkiye Cumhuriyeti için her şeyden önce insan haklarına saygının bir gereği ve ifadesidir. Ayrıca bu yönelim milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin karşılanması amacını da hizmet etmektedir. Bu nedenle insan haklarına saygılı bir hukuk devleti yöneliminin gözetimi tüm devlet organ ve kurumlarına görev olarak yüklenmektedir.

Yabancıların vatandaşlar ile statüsel eşitliğinin Türk hukukunda hedeflenen bir ilke olup olmadığı tartışılrsa da bu bağlamdaki kanuni düzenlemelere bakıldığında, yabancıların bazı haklardan yararlanmasına imkân verildiği, bazı haklardan yararlanmaların ise bir kısım ilave şartlara bağlandığı veya tümünden kapatıldığı görülmektedir.

Özetle, 1982 Anayasası temel hak ve özgürlüğü muhataplığı bakımından esas itibarıyla Türk vatandaşlarına yönelmekle beraber, durum elverdiği üzere insan haklarının gereklerini ve bu çerçevedeki milletlerarası yükümlülükleri karşılamak üzere yabancıları da nazara almaktadır.

VI. SONUÇ

Tarihin çeşitli dönemlerinde farklı muamelelere maruz kalan yabancılar ilk başlardaki korunmasız durumlarından

muhatap alındığına dair bir güvence veya referans sunmaz, mamafih Anayasanın genel yapısı ve içeriğinin buna imkân sağladığı ölçüde bu yönde etki göstermeye elverişli olabilirler. 1982 Anayasası buna imkân sağladığı söylenebilir. Nitekim Anayasanın 16. maddesi bu kavramların yabancıları da kapsadığına işaret etmektedir.

temel hak ve özgürlük güvenceleriyle donatılan hukuki kişi konumuna doğru gelişen bir süreç yaşamıştır. Yabancılar uygulanan kısıtlama ve yasaklamalar ticaret, küreselleşme, serbest piyasa ekonomisine geçiş ve insan haklarının gelişiminin etkisiyle belirli prensipler çerçevesinde giderek azalmaya başlamıştır. Günümüzde birçok devletin eskiden vize ve ikamet izinleri başta olmak üzere çok zor alınan hakları yabancılar daha kolay bir şekilde tanıma yoluna gittiği görülmektedir. Ülkemizde de yabancılar başlarda getirilen sınırlamaların bir kısmı zaman içinde tümünden kaldırılmış, bir kısmına da muafiyetler getirilmiştir. Bazı konularda ise vatandaş olma şartına dayalı kısıtlamalar devam etmektedir.

Yabancılar, hukuki durumlarında yaşanan değişim ve dönüşümlere karşın statüsel olarak vatandaşların konumlarına henüz ulaşılabilmiş değildir. Vatandaş karşısındaki ayrışma ve statüsel farklılıklar işin özünde devam etmektedir. Bu ayrışma ve farklılıklar aslında devlet (özellikle de ulus devlet) oluşumunun bir gereği ve sonucudur. Devlet anayasalarının temel işlevi vatandaş-yabancı ayrımını beraberinde getirmektedir. Günümüzde devletlerin egemenlik anlayışı ve yapılarında önemli değişimler olsa da kuruluş amaç ve işlevleri kendi tabiiyeti altında bulunanların diğerlerinden farklı bir konumda ele alınmasını gerektirmektedir. Devletlerin anayasal sistemlerinde yabancılar statüsel olarak vatandaşlardan farklı bir yerde konumlanmakta ve daha ziyade de geri planda bulunmaktadır.

Yabancılar hukuk sistemimizde de hukuki kişi olarak geniş haklara sahip olmakla birlikte, vatandaşlar karşısında statüsel bir ayrışmanın içinde bulunmaktadır.

Yabancılar getirilecek her kolaylık ve imkânın imtiyaz niteliği taşımasına özellikle dikkat edilmelidir. Yabancılar haklar verilebilir, koruma sağlanabilir, ancak bunlar vatan-

daşlar karşısında imtiyaz (ayrıcalık) veya kapitülasyon mahiyetinde olamaz.

Yabancıların statüsel durumlarına ilişkin anayasal belirsizlikler söz konusudur. Bu belirsizlikler önemli uygulama sorunlarına yol açmaktadır. Bu nedenle, 1982 Anayasası'nın yabancılara ilişkin düzenleme sistematığı ve içeriğinde hatalı, muğlak veya eksik gözüken hususların giderilmesine yönelik değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede her şeyden önce Anayasa'nın birinci kısmında devletin halk (millet) unsuruna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilebilir. Şüphesiz böyle bir düzenleme devletin dayandığı unsurlarının ortaya konulması bakımından yerinde olacaktır. Getirilecek düzenlemede millet/halka ilişkin temel konular (Türk kimliği, değerleri, egemenlik vs.) dışında Türk vatandaşları, Türk vatandaşlığından ayrılanlar/çıkarılanlar, Türk soylular ve Türk olmayanlar (yabancılar) gibi devletin halk unsuru ile ilgili ve ilintili konular da hükme bağlanabilir. Bu gaye doğrultusunda 1982 Anayasası'nın "Türk vatandaşlığı" düzenlemesinin bulunduğu yerin (m. 66) değiştirilmesi de yerinde olacaktır. Türk vatandaşlığının Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde (66. maddede) değil, "Genel Esaslar" başlıklı birinci kısmında Türk milleti bağlamında ele alınması, amaca daha uygun gözükmektedir. Ayrıca 1982 Anayasası'nın "Türk vatandaşlığı"na ilişkin 66. maddesinde kimlerin Türk vatandaşı olduğu, vatandaşlığın hangi esaslara göre kazanılıp kaybedileceği, vatandaşlık teminatı ve yargı güvenceleri düzenlenmiş olsa da vatandaşlık statüsünün içeriğine (amaç, ilkeler, statüye bağlanan genel yüküm ve haklar: sadakat-tabiiyet yükümlülükleri, himaye ve talep hakları vb.) ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Yapılacak düzenlemeyle vatandaşlık statüsünün içeriği daha da belirgin hâle getirilmelidir.

Türk olmayanların (yabancılar) hukuki durumları kapsamında ise 1982 Anayasası'nın konuya ilişkin dağınıklığını ve belirsizliklerini gidermek üzere yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Olası düzenlemede; anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin belirtilen sınırlamalar dâhilinde yabancılar için de geçerli olacağı genel kuralının yanında hak ve özgürlüklerden yabancılara tanınmayacak olanları ya da tanınacak olanların hangi ölçülerde tanınacağı ve sınırlanabileceği daha açık bir şekilde belirtilebilir. Ayrıca yapılacak düzenlemelerde yabancılara imtiyaz tanıma yolu açılmamasına dikkat edilmelidir. Bu doğrultuda yabancılara tanınan temel hak ve özgürlüklerin sağlayacağı koruma ve güvencelerin hiçbirinin imtiyaz durumlarını önlemek üzere tebaayı temsil esasının ötesine geçemeyeceği kuralı açıkça öngörülebilir. Yabancılara tanınan temel hak ve özgürlüklerin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği şeklindeki düzenleme (m. 16) ise bu çerçevede varlığını devam ettirebilir.

KAYNAKÇA

- AKKUTAY, Ali İbrahim (2007). “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S.1-2, ss. 415-447.
- AYBAY, Rona (2007). “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, S. 70, ss. 187-213.
- ALTUĞ, Yılmaz (1971). *Yabancıların Hukuki Durumu*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul: Menteş Matbaası.
- CAN, Hacı (2023). *Mavi Kartlı Yabancılar*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- CAN, Hacı (2022). *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- CAN, Hacı ve TUNA, Ekin (2022). *Yabancılar Hukuku - Genel Kısım*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÇELİKEL, Aysel ve ÖZTEKİN GELGEL, Günseli (2017). *Yabancılar Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.
- DEMİRKOL, Mustafa (2017). “Kişi Hak Ve Hürriyetlerinin Korunması Karşısında Anayasa Madde.13, Bu Hükme Aykırı Yasal Düzenleme ve Faaliyetlerin Anayasa Madde. 11 Açısından Değerlendirilmesi”, *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*, Özel S., ss. 17-27.
- ER, Selami (2014). “Yabancıların Çalışma İzinleri ve Ön İzin Müessesesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 2, S. 4, ss. 176-221.
- ERGÜL, Ergin (2012). “Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri”, *Türk İdare Dergisi*, S. 475, ss. 213-228.
- GİRAY, Faruk Kerem (2013). *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

- GÖREN, Zafer (2016). “Genel Eşitlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, ss. 3279-3303.
- GÖĞER, Erdoğan (1979). *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sevinç Matbaası.
- HABERMAS, Jürgen (2005). “Öteki” Olmak “Öteki”yle Yaşamak, Aka, İlknur, (Çev.), 3. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- MİLLETLERARASI HUKUK VE MİLLETLERARASI MÜNASEBETLER ARAŞTIRMA VE UYGULAMA. MERKEZİ. (1985). “Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul İktisabı”, *MHB*, C. 5, S. 2.
- NOMER, Ergin (1962). *Teb’a ile Yabancıların Hukukî Müsavâtı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- ÖZKAN, Işıl (2019). “Yeni Vatandaşlık Türleri: Çağdaş Bir Tipoloji Mi?”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel S., ss. 2205-2251.
- POYRAZ, Tuğba (2019). *Yabancıların Çalışma İzinlerinin Tabi Olduğu Hukukî Rejim*, Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ROUSSEAU, Jean Jacques (2015). *Toplum Sözleşmesi*, Alper, Ali, (Çev.), İstanbul: Oda Yayınları.
- SCHINDLER, Dietrich (1948). “Gedanken zum Wiederaufbau des Völkerrechts”, içinde *Recht, Staat, Völkergemeinschaft*, Zürich: Schulthess & Co A.G., ss. 238-239.
- SOLAK, Fatih (2020). *Yabancıların Temel Hak ve Özgürlüklerinin Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*, İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ULUTAŞ, Ahmet (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

UYGUN, Oktay (1991). *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM, E.1984/14, K.1985/7, 13/6/1985

AYM, E.1986/18, K.1986/24, 9/10/1986

AYM, E.2010/30, K.2012/7, 19/1/2012

Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013

Adnan Oktar, B. No: 2013/1123, 2/10/2013

Peri Kırık, B. No: 2015/19795, 9/1/2019



ANAYASA TARİHİMİZDEN BİR KEŞİF: TÜRKİYE'DE KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ İLK DEFA NE ZAMAN DENENDİ?

*A Discovery from Our Constitutional History: When Was the
First Attempt of Constitutional Review of Laws in Türkiye?*

Doç. Dr. Serkan YOLCU*

ÖZET

Türkiye’de kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi altmış yıl önce Anayasa Mahkemesinin kurulması ile ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesinin kurulmasından önce kimi girişimler olsa da bunların kurumsal bir düzenlemeye imkân vermediği bilinmektedir. Öte yandan Osmanlı Dönemi’nde anayasaya uygunluk sorununun parlamento dışında çözümüne dair bulgu ise bugüne kadar bulunmamaktaydı. Oysa 1876 Anayasası anayasanın üstünlüğünü tanıyan katı bir anayasadır. Bu bağlamda cumhuriyet öncesinde kanun–anayasa ilişkisinde anayasaya öncelik tanınması gerektiğine dair kimi görüşler olduğu bilinse de bunların pratikte karşılığı olduğu bugüne kadar gözlemlenmemiştir. Başka bir ifade ile bir kanun ile anayasanın çatışması hâlinde anayasaya üstünlük verilmesi ihtimaline dair bir denetiminin var olduğu bilinmemekteydi. Bu çalışma kanunların anayasaya uygunluğunun

* İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, serkan.yolcu@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2951-4406. Beni bu yazıyı yazmaya içtenlikle teşvik ettiği ve olaya ışık tutmama vesile olduğu için Prof. Dr. Barış BAHÇECİ’ye minnettarım. Ayrıca bu yazıyı yazmak için ihtiyaç duyduğum motivasyonu tüm içtenliğiyle sağlayan Prof. Dr. Erdal ONAR’a sonsuz teşekkürler.

denetiminin II. Meşrutiyet Dönemi'nde günümüz Danıştayının kökenindeki kurum olan Şurayı Devlet tarafından çağdaş yorum teknikleri kullanılarak yapıldığını ortaya koymaktadır. Divanı Muhasebat bir bütçe kanununun anayasaya uygunluğu hakkında şüpheyeye düşmüş ve Şurayı Devlete görüş sormuştur. Bunun üzerine Şurayı Devlet istişari nitelikte bir kararla anayasaya aykırı kanunun hüküm ve sonuç doğurmayacağına hükmetmiş ve bu karar Meclisi Mebusan'da büyük bir tartışmaya konu olmuştur. Bu çalışmanın amacı kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin Türkiye'de bilinen-den çok daha önce denendiği gerçeğine ışık tutmaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasaya Uygunluk Denetimi, Şurayı Devlet, Meclisi Mebusan, Anayasa Mahkemesi, Divanı Muhasebat

ABSTRACT

Constitutional review in Türkiye emerged sixty years ago with the foundation of the Constitutional Court. Although there were some attempts before the foundation of the Constitutional Court, it is known that these attempts did not enable an institutional arrangement. During the Ottoman era, on the other hand, there has been no finding yet about a solution to the problem of the constitutionality of laws, outside the parliament. However, the Constitution of 1876 is a rigid constitution that adopts the principle of constitutional supremacy. In this context, although it is known that there were some ideas arguing that supremacy must be given to the constitution vis-a-vis the law before the proclamation of the Republic, it has not been observed yet that these opinions were implemented in practice. In other words, it has not been known that there was a review as to the possibility of granting supremacy to the constitution in case of a conflict between the law and the constitution. This study reveals that during the Second Constitutional Era (İkinci Meşrutiyet), the review of constitutionality was carried out by Şurayı Devlet, which was the origin of today's Danıştay (Council of State), by applying modern interpretation techniques. Divanı Muhasebat (Court of Accounts) hesitated about the constitutionality of a budget act and asked Şurayı Devlet for its opinion. In response, in an advisory decision, Şurayı Devlet ruled that an unconstitutional law shall be null and void. This decision became the subject of a great debate in Meclisi Mebusan (Chamber of Deputies). This study aims to reveal that the review of the constitutional review has been attempted in Türkiye much earlier than is known.

Keywords: Constitutional review, Şurayı Devlet, Meclisi Mebusan, Divan-ı Muhasebat, Constitutional Court

GİRİŞ

Türkiye'nin anayasacılık deneyimi henüz keşfedilmemiş gerçekler barındırmaktadır. Özellikle anayasal kurumların kökeni konusundaki tarihsel bulgular heyecan verici gelişmelere ışık tutabilir. Cumhuriyetin yüzüncü yılının yol açtığı büyük ve haklı coşku elbette 2023 Türkiye'sinde gündemin ilk sırasını meşgul edecektir. Bu meşguliyetin Türk hukuk tarihine ışık tutmak bakımından zengin bir katkı ortaya çıkarması da muhtemeldir. Ancak bu esnada anayasacılık tarihimizden bugüne değin hiç dikkat çekmemiş bir olay anayasa hukuku kitaplarımızda bir bilgi değişikliğine kapı aralamaktadır. Bu, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin Türkiye tarihinde bilinenden çok daha önce, II. Meşrutiyet Dönemi'nde denendiğidir. Başka bir ifade ile anayasa yargısının Türkiye'deki kökeni bugüne dek bildiğimizin aksine Cumhuriyet öncesinde gözlemlenmektedir.

II. Meşrutiyet yılları (1908-1918) hukuk ve diğer disiplinler açısından birçok incelemeye konu olmuşsa da bu dönemin anayasacılık ve özel olarak parlamento deneyimi nispeten daha az ilgi görmüştür¹. Bunda Meclisi Mebusan tutanaklarının uzun süre eski harflerle kalmış olmasının etkisi yadsınmaz. Bu bağlamda meclis tutanaklarının yeni harflere aktarılmasının bir dönüm noktası olduğu söylenebilir. Nitekim bu sayede bu yazı II. Meşrutiyet Dönemi'nin günümüz Türkçesine dökülmüş meclis tutanakları içinde Türkiye'nin anayasacılık serüveninin henüz fark edilmemiş çok önemli bir gelişmesi-nin izini sürmektedir.

1 Bu dönemin anayasal gelişmelerini ele alan iki önemli istisna için bkz. Tunaya, T. Z. (1985). "1876 Kanun-u Esasî ve Türkiye'de Anayasa Geleneği", *Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, Cilt 1, İstanbul, s. 27-45. Tanör, B. (1985). "Anayasal Gelişmelere Toplu Bir Bakış", *Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, Cilt 1, İstanbul, s. 10-26. Ayrıca Türk hukukunda II. Meşrutiyet Dönemi'ni kapsamlı olarak inceleyen yeni bir araştırma için bkz. Bahçeci, B. (2023). *Türk Hukukunda II. Meşrutiyet (1909-1920): Panoramik Bir Dönem İncelemesi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Bu yazının iddiası şudur: Türkiye’de kanunların anayasa uygunluğunun denetimi mevcut araştırmaların tespit ettiğinden çok daha önceye, II. Meşrutiyet’e uzanmaktadır. O dönem (Rumi 1914 sonu, Miladi 1915 başı), bütçe kanununun bir hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla Divanı Muhasebat (DM) üzerinden Şurayı Devlet (ŞD) marifetiyle buna teşebbüs edilmiş ve söz konusu kanun hükmünün anayasaya aykırılığı Şurayı Devlet tarafından tespit edilmiştir. Bu olay Meclisi Mebusan’da ateşli bir tartışmayı tetiklemiştir. Tartışmanın odak noktasındaki Şurayı Devlet kararı ise bugüne dek kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda bilmediğimiz bir olguyu açığa çıkarmaktadır: Türkiye’de anayasa yargısının kökeni cumhuriyet öncesine uzanmaktadır.

Bu yazının amacı kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine yönelik tarihimizdeki bu ilk girişimin 1914 sonlarında Meclisi Mebusan’da nasıl gündeme geldiğine ve Şurayı Devlet’in bahsi geçen kararına ışık tutmaktır. Bunun için önce Türkiye’de anayasa yargısının bilinen öyküsü hatırlanacak, ardından 1914’te bahsi geçen kararın ortaya çıkmasına yol açan gelişmeler aktarılacak ve olayın iki aktörü arasındaki etkileşimin detayları açıklanacaktır. Nihayet çalışma ilgili Şurayı Devlet kararının içeriğini inceleyerek kararın anayasa tarihimiz bakımından neden bir ‘keşif’ olarak nitelenmesi gerektiğini açıklayacaktır.

I. TÜRKİYE’DE ANAYASA YARGISININ KISA ÖYKÜSÜ

Erdal Onar’ın yirmi sene önce yayınladığı muazzam eserinde aktardığı gibi “ülkemizde kanunların anayasaya uygunluğunun merkezi bir yargı organı eliyle denetlenmesi düşüncesini ileri süren öncülerden” biri Ziya Gökalp’tir². Henüz Cumhuriyet ilan edilmeden önce (1922) anayasa yar-

2 Onar, E. (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Öncüler*, Ankara, s. 196-197.

gısına ihtiyaç olduğu düşüncesini dile getiren Gökalp, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi fikrini “Türkiye’de de Amerika’da olduğu gibi bir (Yüce Mahkemenin) tesisine ihtiyaç var. Bu mahkeme, ... hususî kanunların teşkilâtı esâsiye kanununa muvafık olup olmadığını, ... tedkik vazifesile mükellef olmalıdır” diyerek ifade etmiştir³. Yeni bir araştırmaya göre ise Ziya Gökalp aslında 1922 tarihli yazısından çok daha önce bir İttihat Terakki Cemiyeti toplantısında Amerika’da uygulanan anayasaya uygunluk denetimini temel hakların korunması gereğini açıklarken örnek vermiştir. Gökalp’in 1916’da şunu ifade ettiği aktarılmaktadır: “Hürriyeti asriye hukuk-ı ferdiyeye riayettir. Hukuk-ı ferdiyeyi muhafaza için kanun yapmalıdır. ... Amerikada parlamentonun yaptığını Kanun-i Esasiye mugayir diye Mahkeme-i Aliye men edebiliyor.”⁴

Gökalp’in fikirleri ne Cumhuriyeti ilan eden 1923 anayasa değişikliğinde ne de 1924 Anayasasında karşılık bulmuştur. 1924 Anayasası döneminde bu fikir yüksek yargı kararları tarafından da benimsenmemiştir. Nitekim anayasaya uygunluğun yargısal denetimi sorununun ilk defa Yargıtay’da 1927’de⁵ ve 1931’de⁶ gündeme geldiğini daha önceki çalışmalardan biliyoruz⁷. Ancak bunlar kendilerinden sonraki içtihadı etkili olmamış, yıllar boyunca anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili başka bir gelişme yaşanmamıştır. Nihayet anayasaya aykırı kanunların ihmal edilmesi düşüncesi 1949’da Akşehir

3 Gökalp, Z. (18 Kanunuevvel 1338 (1922)). “Yüce Mahkeme”, *Küçük Mecmua*, 1. Sene, S: 27, s. 12-13. Tam metin için bkz. Gülenler, S. ve Uzun, C. D. (2020). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi: Tarihsel Perspektiften Olaylar, Kişiler ve Kararlar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 26-27.

4 1916-1917 Kızılkonak Evrakı Toplantı Zabıtları, 18 Teşrin-i evvel 1332, Aslanmirza, B. (2021). İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin Kızıl Konak *Evrakı*, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s. 56.

5 Yargıtay Genel Kurulu’nun 20 Nisan 1927 tarihli ve E.50/K.59 sayılı kararı

6 Yargıtay Genel Kurulu’nun 4 Şubat 1931 tarihli ve E.109/K.11 sayılı kararı

7 Onar, E. (2003). s. 166-168.

hâkimi Refik Gür'ün baktığı davada (Hazine v. Kurt) uygulanacak kanun anayasaya aykırı olduğu için uygulamayacağı yönünde karar verip, Yargıtay'ın bozma kararına direnene kadar dikkat çekmemiştir. 1952'de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu meseleyi nihai olarak sona erdirmiş ve anayasaya uygunluğun denetimini yapma işinin mahkemelere ait olmadığına hükmetmiştir⁸. Dolayısıyla 1952 Türkiye'sinde Gökalp'in tasavvuruna uygun bir yargısal denetim mekanizmasının yeşermesi fırsatı kullanılamamıştır. Sonraki gelişmeler ise bir anayasa mahkemesi kurulması fikrini, dünyadaki gelişmelerle paralel olarak, hızlandırmış ve bir kurum olarak Anayasa Mahkemesi ancak 1961 Anayasası ile hukukumuzda dahil olabilmıştır.

Anayasa yargısının Türkiye'deki gelişim çizgisinin Osmanlı Dönemi'ndeki izleri daha az ilgi çekmiştir. Kuşkusuz bunda 1876 Anayasası (Kanunu Esasi) ile çizilen düzenin etkisi yadsınamaz. 1876 Anayasası katı bir anayasa olmasına (m. 116) ve kendi üstünlüğünü ilan etmesine (m. 115) rağmen siyasal denetimi öncelmiş, anayasaya uygunluğun incelenmesi görevini Meclisi Ayan'a vermiştir (m. 64). Tarık Zafer Tunaya, ne 1876 Anayasası'nın hazırlanması aşamasında ne de 1909 değişiklikleri esnasında kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi düşüncesinin gündeme geldiğini, Meclisi Mebusan'ın anayasaya aykırı kanunlar çıkarabileceğinin hatıra bile gelmediğini ifade etmektedir. Ancak özellikle 'geçici kanun' (kanun-ı muvakkat) uygulamasının muazzam bir hızla uygulanmasını takiben 1915 (1916) yılında Halep mebusu Artin Efendi (Boşgezenyan) tarafından, mahkemelerin önlerine gelen davalarda anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini gözetmeleri gerektiği ve bu açıdan bir anayasaya aykırılık

8 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 3 Aralık 1952 tarihli kararı. Kararın tam metni için bkz. Gür, A. R. (1953). *Demokrasiler ve Demokrasimiz*, Akşehir: Nasreddin Matbaası, s. 121-124.

iddiasının ciddi görülmesi hâlinde kanunun ihmal edilmesi gerektiği yönünde bir anayasa değişikliği teklif edilmiş ancak teklif anayasa komisyonu tarafından reddedilmiştir⁹.

Artin Boşgezenyan'ın anayasa değişikliği teklifi mahkemelerin 1876 Anayasası ile kanunlar arasında bir uyumsuzluk gördükleri takdirde Anayasayı uygulamayı tercih ederek hüküm vermeye mecbur olduklarına ilişkin bir fıkra eklenmesini önermiştir. Halep mebusunun teklifi incelenmek üzere Layiha Encümeni'ne sevk edilmiş, meclis genel kurulunun gündemine ise yaklaşık bir yıl sonra gelmiştir. Ancak Ocak 1916 (1917)'da teklif sahibi genel kurulda düşüncelerini paylaştıktan sonra Encümen tarafından teklif hakkında “görüşmeye gerek olmadığı” (müzakereye mahal olmadığı) görüşü paylaşılmış, mebuslar da bu görüşü onaylanarak teklif ele alınmamıştır¹⁰.

Artin Efendi'nin kabul görmeyen teklifinin “dönemin şartları içinde düşünüldüğünde oldukça radikal bir adım olduğu” esasen yanlış değildir.¹¹ Bununla birlikte çalışmanın bundan sonraki kısmı Artin Efendi'nin önerisinden daha önce kanunların anayasaya uygunluğu sorununun Şurayı Devlet nezdinde bir çözüme bağlandığını ve bunun anayasa tarihimizde bugüne değin farkında olmadığımız önemli bir ‘keşif’ olduğunu göstermeye çalışacaktır.

II. BİR ANAYASA YARGISI KEŞFİ: 1914'TE NE OLDU?

Artin Boşgezenyan'ın kabul görmeyen anayasa değişikliği teklifi Türk hukukunda bugüne kadar kanunların anayasaya uygunluğu için yargı organına yetki vermeyi öngören bildiği-

9 Tunaya, T. Z. (1980). *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, s. 143-144.

10 Örsten Esirgen, S. (2020). “Osmanlı Parlamentosunda Anayasaya Aykırılık Tartışmaları”, İnönü Üniversitesi Hukuk *Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, s. 429-430.

11 Gülenler, S. ve Uzun, C. D. (2020). s. 24.

miz en eski –başarısız– girişimdi. Dolayısıyla bugüne kadar 1876 Anayasası döneminde yargı organlarının “bir davada uyguladıkları kanun hükmünün anayasaya uygun olup olmadığı yolunda bir denetim gerçekleştirildiği görülmemiştir” tespiti doğruluğunu korumuştur¹². Ancak Meclisi Mebusan tutanaklarında karşımıza çıkan bir olay anayasaya uygunluk denetiminin aslında bizzat 1876 Anayasası bünyesindeki kurumlar tarafından ve Artin Efendi’nin anayasa değişikliği teklifinden daha önce denendiğini göstermektedir. Bu olayın bir yanında Divanı Muhasebat, diğer yanında Şurayı Devlet yer almaktadır.

A. OSMANLI PARLAMENTOSUNDAKİ TARTIŞMALAR

Olay Osmanlı parlamentosundaki ateşli tartışmalar sayesinde gün yüzüne çıkmaktadır. Meclisi Mebusan’ın III. Devresi (Rumi) 1 Kanunuevvel 1330’da (M. 14 Aralık 1914) başlamış ve çeşitli kesintilerden sonra 21 Aralık 1334’e (1918) kadar sürmüştür¹³. Bu devrede Meclisi Mebusan’da 29 Kanunuevvel 1330 (1914) (M. 11 Ocak 1915) günü yapılan 1331 (1915) yılı bütçe görüşmelerinde, Divanı Muhasebat Riyaseti (Sayıştay Başkanlığı) bütçesinin üzerinde görüşmeler başladığında, bir milletvekili tarafından DM’nin bir önceki senenin bütçe kanununun (1330 senesi Muvazenei Umumiyye Kanunu) bir hükmünü anayasaya aykırı bularak incelemesi için ŞD’ye havale ettiği ve bunun üzerine ŞD’nin daha önce eşi benzeri görülmemiş bir karara imza attığı dile getirilmiştir. Tutanak ilk kez okunduğunda olup biten biraz zor anlaşılrsa da yeniden satır araları okunduğunda muazzam bir ‘anayasa tarihi keşfi’ görülmektedir: Hukuk tarihimizdeki ilk anayasaya uygunluk denetimi bilinenden çok daha önce gerçekleşmiştir¹⁴.

12 Onar, E. (2003). s. 163.

13 Güneş, İ. (1997). *Türk Parlamento Tarihi-Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet*, I. Cilt, Ankara: TBMM Vakfı Yayınları, s. 270.

14 MMZC, 26 Kanunuevvel 1330 (1914) (M. 11 Ocak 1915), Devre: III, İçtima Senesi: I, C. I, 11. İnikad, 144.

Bu keşfi açıklayabilmek için önce Meclis tutanaklarına odaklanmak gereklidir. Meclisi Mebusan'da 29 Aralık 1914 (R.) günü DM bütçesi görüşülmeye başlandığında kürsüye çıkan Kütahya Mebusu Abdullah Azmi Efendi¹⁵ sözlerine şöyle başlamıştır:

“Divanı Muhasebatın mezuniyet vermesi ile şimdiye kadar vaki olmamış bir hadise vücuda gelmiş, o da Meclisi Mebusan ve Ayandan çıkıp da kanuniyeti takarrür eden bir kanunun Kanunu Esasiye muhalefetinden bahisle mevkii tatbikten kaldırılması keyfiyetidir ki, Şurayı Devlete de bir karar verdirmiştir¹⁶.”

Buradan anlaşılıyor ki Divanı Muhasebat, usulüne uygun olarak parlamentoda kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiş 1330 (1914) senesi bütçe kanununun bir hükmünün anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Şurayı Devlete başvurmuş ve Şurayı Devlet bu konuda bir karar vermiştir. Meclis tutanaklarında bu karara ilişkin bir bölüm yer almamakla beraber, ŞD'nin anayasaya aykırı kanunun ihmal edilmesi yönünde bir karar aldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu olay Türk anayasa tarihinde daha önce farkında olmadığımız bir gerçeği gün yüzüne çıkarıyor: II. Meşrutiyet Dönemi'nde usulüne göre yürürlüğe girmiş bir kanunun anayasaya uygunluk denetimi bir ŞD kararıyla yapılmıştır.

Abdullah Azmi Efendi, Divanı Muhasebat'ın Meclisin kabul ettiği Bütçe Kanunu'nun (1330 senesi muvazene-i umumiye kanunu)¹⁷ dördüncü maddesinin anayasaya aykırı olması

15 Abdullah Azmi Efendi (TORUN) (1869-1937) İstanbul Hukuk Mektebi, Meclis-i Meb'ûsân I., II. ve III. Dönem Kütahya, IV. Dönem Eskişehir Mebusu - I. Dönem Eskişehir Milletvekili - 3. ve 4. İcra Vekili Heyeti Umûru Şer'îye Vekili. *TBMM Albümü (1920-2010)* (2010), 1. Cilt, 1920-1950, Ankara: TBMM Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü Yayınları, s. 29, https://www.tbmm.gov.tr/TBMM_Album/Cilt1/Cilt1.pdf (Erişim Tarihi: 1/3/2023).

16 MMZC, 11. İnikad, 29 Kanunuevvel 1330, s. 144.

17 Kanun metni için bkz. Düstur, II. Tertip, Cilt 6, s. 1077 (10 Ramazan

nedeniyle “ihmali veya iptali ihmalinden evladır” iddiasında bulunduğunu ve bu suretle meseleyi ŞD’ye göndererek “Şu-rayı Devletten bir karar istihsaline de muvaffak olduğunu” belirtmektedir. Bahsi geçen 1330 (1914) Bütçe Kanunu’nun 4. maddesi şöyledir: “Bin üçyüz otuz sene-i maliyesi için Meclisi umuminin esnayı tatilinde hükûmetçe tahsisatı munzamma ita edebilecek olan hidemat yalnız işbu kanuna merbut (S) cetvelinde tadad edilenlerdir¹⁸.” Bu hüküm hükûmete parlamento-nun toplantıda olmadığı durumda kanuna ekli cetvelde sayılan hizmetler için ‘ek ödenek’ kullanma yetkisi vermektedir.

Meclis tutanaklarından hükûmetin bütçe kanununun bu hükmüne dayanarak iki kanunu muvakkat çıkardığı anlaşılmaktadır. Tutanağa göre bu harcamanın konusu ise Burdur ve Isparta’da meydana gelen deprem kaynaklıdır¹⁹. Düstur fihristinde Meclis’te bahsi geçen konuda hükûmetin ek bütçe kullanmasına yönelik bir düzenleme yer almamaktadır²⁰. Buna karşın meclis tutanağında, Burdur ve Isparta depreminden etkilenen halka yardım için 5000 ve Bağdat’a aktarılan 20000 lira tahsisatı fevkaladeye ihtiyaç görüldüğü ve bunlar için hükûmet tarafından masarifi gayri melhuza faslına ilave yapan iki kanunu muvakkat neşredildiği bilgisi yer almaktadır²¹. Bu geçici kanunlara

1332/03.08.1914)

18 *Osmanlı Bütçeleri 1909-1918* (2000). Ankara: Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 2000/358, s. 358.

19 Isparta-Burdur hattında 4 Ekim 1914’te gerçekleşen bu şiddetli deprem çok büyük bir yıkıma yol açmıştır. Depremde Isparta ve Budur şehirlerinin neredeyse tamamı yıkılmış, 2300’ün üzerinde insan yaşamını yitirmiştir. Çakıcı, B. (2001). “1914 Isparta ve Burdur Depremi”, *Tarih Boyunca Anadolu’da Doğal Afetler ve Deprem Semineri Bildiriler* (22-23 Mayıs 2000), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Araştırma Merkezi, s. 219-220.

20 Akman, M. (2007). “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Osmanlı Hukuk Mevzuatı II, II. Tertip Düstur’un Tarihi Fihrist ve Dizini”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 4, <https://hukuktarihimerkezi.istanbul.edu.tr/tr/content/turk-hukuk-tarihi-arastirmalari/turk-hukuk-tarihi-arastirmalari> (Erişim Tarihi 1/3/2023).

21 MMZC, 11. İnikad, 29 Kanunuevvel 1330, s. 146.

ulaşılamasa da başka bir çalışmada deprem sonrası hükûmetin deprem bölgesine mesarifi gayrı melhuze tertibinden önce 1000 lira, daha sonra ise 4000 lira daha gönderdiği belirtilmektedir²².

Meclis'teki tartışmadan sorunun bütçe kanununun verdiği "ek ödenek" yetkisinin hükûmet tarafından "olağanüstü ödenek" biçiminde kullanılması olduğu anlaşılıyor. Abdullah Azmi Efendi hükûmetin harcamayı Usulü Muhasebe Kanunundaki düzenlemeye dayanarak yaptığını vurgulayarak, Divanı Muhasebat'ın daha önce görülmemiş bir olayın meydana gelmesine sebep olmasını kabul edilemez bir hata olduğunu, çünkü Meclisi Mebusan açıldığı günden beri, anayasaya aykırılık sorunun hiç ortaya çıkmadığını belirtmiştir. Buna müteakip bu affolunmaz hata nedeniyle Divanı Muhasebata bütçe verilmeyerek üyelerin azledilmesini teklif etmiştir²³. Ancak DM'ye bütçe verilmeyerek üyelerinin görevine son verilmesinin teklifi kabul edilmemiştir.

Abdullah Azmi Efendi, bütçe kanununun "ek ödenek" (tahsisatı munzamı) kalemindeki parayı olağanüstü bir durum için kullanmasının zaten kanunla öngörüldüğünü²⁴, dolayısıyla anayasaya aykırı bir durum olmadığını ileri sürmüştür. Abdullah Azmi Efendi Isparta ve Burdur depremi dolayısı ile hükûmetin kaynağa ihtiyaç duyduğunu ve bunun için de bütçe kanunundaki "ek ödenek" imkânını kullanmasının en doğal hakkı olduğunu, hâlbuki Usulü Muhasebe Kanunu'nun olağanüstü masraf ile ek masraf arasında bir ayrım yaptığını, bu

22 Çakıcı, B. (2001). s. 230. Yazar ayrıca Vilayet-i Hususi ödeneğinden de 4000 lira daha gönderildiğini belirtmektedir.

23 MMZC, 11. İnikad, 29 Kanunuevvel 1330, s. 144-145. Bunun üzerine Ali Cenani Bey Divanı Muhasebat'ın kasti bir şey yapmadığını, özensizce davranmış sayılabilirse de Divanı Muhasebat'ın bir anayasal kurum olduğunu hatırlatarak bütçesini reddetme teklifinin yersiz olduğunu, Rıza Paşa ise bu olayda esas Şurayı Devletin lağvedilmesi gerektiğini dile getirmiştir.

24 Muhtemelen burada Usulü Muhasebe Kanunundaki düzenleme kastediliyor.

düzenlemenin çok açık olduğunu, dolayısıyla bir hukuka aykırılığın söz konusu olmadığını vurgulamıştır. 1910 tarihli Usulü Muhasebe Kanunu'nun 10'uncu maddesinin iki farklı ödenegi tanımladığını hatırlattıktan sonra, DM'nin bu ayrımı bilmemesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Gerçekten de Usul-i Muhasebe-i Umumiye Kanunu (m. 10) "tahsisatı munzama" ve "tahsisatı fevkalade" şeklinde iki ayrı ödenek tanımlamakta, kanunun 11'inci maddesi ise bu her iki ödenegin kanuna dayanması gerektiğini düzenlemektedir²⁵.

B. DİVANI MUHASEBAT'IN ŞURAYI DEVLET'E BAŞVURUSU

Buraya kadar aktarılan sorun Meclis'te bundan sonra yaşanacak tartışma ile daha derin bir boyut kazanmıştır. Sorunu ve çözümü açıklayabilmek için Divanı Muhasebatın neden Şurayı Devletten bir karar istediğini açıklamak gerekir. Parlamentoda söz alan dönemin DM Başkanı Tefik Bey (Biren) tam olarak bunu yapmıştır. Deneyimli bir bürokrat olan Tefik Bey (Biren) 19 Kanunuevvel 1330'da (1914) DM başkanı olarak atanmıştır. Dolayısıyla Meclis'teki ateşli tartışma onun başkanlığının onuncu gününe denk gelmektedir²⁶. Öte yandan DM'nin bu dönemdeki hukuksal konumu da zikredilmelidir. Çünkü 1862'de kurulan DM, 1876 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle anayasal bir kurum hâline gelmiştir. Anayasa'nın 105, 106 ve 107'nci maddeleri bu kurumu düzenlemektedir. 1876 Anayasa-

25 14 Şubat 1327/9 Rebiülevvel 1330 (27 Şubat 1912) tarihli Usul-i muhasebe-i umumiye kanunu muvakkatı, Takvimi Vekayi ile neşir ve ilanı 6 Mart 1328, Sayı 1087. Aslında bütçenin tüm detaylarına yer veren bu ilk kanun 1910'da yapılmıştır (Usul-i muhasebe-i umumiye kanunu, Düstur II. Tertip, 2. Cilt, s. 300, 28 Cumadelula 1328/05.06.1910). Ancak 1912'de yeni bir kanun yapmak yerine bir geçici kanun ile yeniden düzenlenmiş ve bu haliyle uzun süre yürürlükte kalmıştır. Burada kanunun 1912 tarihli versiyonuna atıf yapılmaktadır. Kanunun günümüz Türkçesine şuradan erişilmiştir: *Osmanlı Bütçeleri 1909-1918* (2000). s. 593-600.

26 Tefik Biren Sayıştay Başkanlığı görevini 4 Mart 1919'a kadar sürdürmüştür. *Kuruluşundan Cumhuriyet'e Sayıştay Tarihi (1862-1923)* (2012). T.C. Sayıştay Başkanlığı 150. Kuruluş Yılı Dönümü Yayınları, s. 175-176.

sı kısa bir süre sonra askıya alınmışsa da DM varlığını devam ettirmiştir. Öyle ki DM için hazırlanan bir kanun tasarısı Meclis süresiz olarak tatil edildiği için kanunlaşma sürecini tamamlayamamış, buna karşın 1879'da "Divan-ı Muhasebatın Suret-i Teşkil ve Vezaifine Dair Kararname" adıyla yürürlüğe konulmuştur²⁷.

Daha önce Şurayı Devlet üyeliği ve daire başkanlığı yapmış deneyimli bir bürokrat olan Tevfik Biren, olayı kendi hatırlarında şöyle aktarmaktadır:

"Bir keresinde Divanı Muhasebatın benden evvelki devrede cereyan etmiş olan bir muamelesinden dolayı Mebusan Meclisi huzuzunda Divanı Muhasebatı müdafaa mecbur kalmıştım. Divana tayin edildiğimin dokuzuncu günü idi. O gün sıra, bütçeyi tedkik etmekte olan Mebusan Meclisinde Divanı Muhasebat işlerinin tedvirine gelmişti. Ben de icabınca sorulacak şeyler hakkında izahat vermek üzere aynı gün Meclise gitmiştim. ... Mebuslardan biri (Abdullah Azmi Efendi) ortaya bir mesele attı ve Kanun-ı Esasinin 101. Maddesine dayanarak, Uumum Divanı Muhasebat Azasının azline ve Divan bütçesinin reddine lüzum gösterdi. Diğer biri de bu teklifi Divanı Muhasebatın lağvı manasına alarak, asıl Şurayı Devletin lağvedilmesi icab ettiğini ileri sürdü. Eğer bu mebus Kanunu Esasiyi okumuş olsaydı, bu iki Dairenden hiçbirinin lağvedilemeyeceğini öğrenmiş bulunacaktı. Hasılı o günkü celsede Divanı Muhasebata çeşitli şekillerde hücumlar vaki oldu"²⁸.

Tevfik Biren'in parlamento kürsüsünde yaptığı konuşma

27 *Kuruluşundan Cumhuriyet'e Sayıştay Tarihi (1862-1923)* (2012). s. 29.

28 Hürmen, F. R. (Haz.) (2006). *Bürokrat Tevfik Biren'in II. Abdülhamid, Meşrutiyet ve Mütareke Hatıraları*, Cilt II, İstanbul: Pınar Yayınları, s. 124.

konunun teknik boyutunu aydınlatmaktadır. Biren, Meclis'teki konuşmasında önce, zaman zaman parlamentonun toplanmasına çok az zaman kaldığı hâlde hükûmet tarafından geçici kanunlar (kanunu muvakkat) yoluyla kaynak yaratıldığı ve bunların anayasaya ve diğer mali kanunlara aykırı olarak aktarımların yapıldığını hatırlatmıştır²⁹. Daha sonra Tevfik Biren sorunun özünü şöyle açıklamıştır: Biren, 1330 Bütçe Kanunu'nun 4. maddesindeki düzenlemenin, hükûmetin Kanun'daki cetvel (S) dışında "ek ödenek" (tahsisatı munzamma) alamayacağını düzenlediğini, ancak bu konuda 1876 Anayasası'nın 101. maddesinin³⁰ üstün norm olduğunu belirtmiştir. Daha sonra DM'nin bu iki hüküm (Bütçe Kanunu m. 4 ile Anayasa m. 101) arasında tereddütte kaldığından meseleyi ŞD'ye havale ederek anayasadaki düzenlemeye rağmen kanunla ek ödenek alınıp alınamayacağını ŞD'ye sorduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla ŞD'ye ulaşan sorun bütçe kanununun ilgili anayasa kuralına uygunluğudur. Bu bağlamda Tevfik Biren, bir kanun hükmü bir anayasa kuralına aykırı olduğu takdirde anayasaya göre karar almak gerektiğini vurgulamıştır³¹. Yani bir kanun ve anayasa kuralının çatışması hâlinde ikincisini birincisine tercih ettiğini açıkça belirtmiştir. Nihayet Tevfik Biren hatıralarında Meclis'te bazı mebusların "kanunların hükmüne tabi şekilde hareket etmeye mecbur olan Divanı Muhasebatı ve onun bu hareketini tasvib eden Şurayı Devleti hırpalamaya kalkıştıklarını" yazmaktadır³².

29 Aynı yönde başka örnekler ve değerlendirmeler için bkz. Örsten Esirgen, S. (2022). "Türk Hukuk Tarihinde Kanun-I Muvakkat Kavramı ve Uygulanması", *AÜHF Dergisi*, C. 71, S. 1, s. 502-504.

30 MADDE 101.- Meclisi umuminin münakit bulunmadığı esnada esbabı mucbireyi fevkalâdeden dolayı muvazene haricinde masraf ihtiyarına lüzumu kavi tahakkuk eder ise mesuliyeti heyeti vükelâya ait olmak ve Meclisi Umuminin küşadı akabinde ana dair kanun lâyhası Meclisi Umumiye verilmek üzere o masrafın tesfiyesi için iktiza eden mebalighin tarafı hazireti padişahiye arz ve istizan ile sadır olacak iradei seniye üzerine tedarik ve sarfı caiz olur.

31 MMZC, 11. İnikad, 29 Kanunuevvel 1330, s. 147.

32 Hürmen, F. R. (2006). s. 124.

Anlaşıyor ki hükmet, kanunda ek ödenek kaleminin belirlendiği cetvel dışında bir kaynak için geçici kanun (kanunu muvakkat) çıkartmış ve bunu uygulaması için DM'ye göndermiştir. Tevfik Biren'in açıklamalarından DM'nin geçici kanunu uygulamamak gibi bir yetkisi olmadığını vurguladığı, dolayısıyla sorunu bütçe kanununda aradığı görülmektedir. Keza Tevfik Biren hatıralarında Meclis'in o dönem fazlasıyla yürütme gücünün etkisi altında bulunduğunu ve anayasanın hükûmete sıkı şartlar altında geçici kanunlar yapmasına izin veren 36'ncı maddesine fazla geniş manalar atfederek kanunu muvakkat adıyla kararlar çıkarılmasının önünü almaktan aciz bulunduğunu ifade etmiştir³³.

Neticede Meclis'teki hararetli tartışma Meclis Başkanı Halil Bey'in (Menteşe) konunun üstünü örtüp DM bütçesinin oylanması için yaptığı yönlendirme ile kapanmıştır. Hızla yapılan oylama ile DM bütçesi kabul edilmiş, konu kapanmıştır. Meclis'in ertesi günkü oturumda (30 Kanunuevvel 1330) konu bir kez daha gündeme gelmiş ancak geçiştirilmiştir. Meclis Başkanı konunun bir mebus tarafından tekrar gündeme getirilmek istenmesi üzerine şöyle demiştir:

“Kanunu esasi kavanini adiyeden birisiyle tearuz ettiği zaman, bizde o tearuzu hal ve fasıl edecek ayrı bir ali heyet mevcut olmadığından dolayı kanunun ahkamını Kuvvei İcraiyye icra eder ve Kanunu Esasiye mugayere-ti bilahire Meclisi Alinizde müzakere edilerek tadil edilir, kabul edilir. Her yerde bu suretledir. Zaten usul de budur ve bu suretle müzakerenin kifayetine de karar verilmiştir ve binaenaleyh, bu da bu suretle zapta geçer³⁴.”

Nihayet belirtmek gerekir ki Meclis'te kopan fırtınanın odak noktasındaki ŞD kararının okunması Meclis'te önerilmiş ise de

33 a.g.e. s. 124.

34 Onikinci İnikad 30 Kânunuevvel 1330 (1914), s. 166.

bu gerçekleşmemiştir. Bunun neden yapılmadığını açıklamak mümkün olabilir. Çünkü Meclis'teki tartışmanın sonunda Halil Menteşe, Kanun ile Anayasa arasındaki çatışmaya ilişkin şu sözleriyle konuyu kapatmıştır:

“Kanunu Esasi ile bir kanunu adi tearüz ettiği zaman, mesele, ... yalnız cemahiri müttetikai Amerika'da bir heyet aliyyeye tevdi ediliyor, diğer memleketlerde bunu fasledecek bir heyet yoktur. ... Kanunu Esasiye mugayir olduğu anlaşılrsa dahi, meclisi umumice yeni bir kanun ile mevkii meriyetten red edilinceye veya hükmü tadil oluncaya kadar, kuvvei icraiyye için kavanini saire gibi muta olur³⁵.”

Halil Menteşe kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminin ABD'de yapılageldiğini biliyor. Ancak bir kanun Anayasa'ya aykırı olsa bile yerine yenisi yapılmadıkça ya da başka bir kanun ile değiştirilmedikçe uygulanmaya devam edeceğini hatırlatmıştır. Belki de Menteşe bunu bilerek yapmıştır. Çünkü ŞD'nin Anayasa'ya uygunluk sorununa dair yorumu Meclis'te okunsaydı tam da Halil Bey'in söyledikleri ile çatışan bir durum ortaya çıkacaktı. Bu durumda, tüm ısrarlara rağmen kararın Meclis'te okunmaması daha anlamlı hâle geliyor. Çünkü Halil Bey hiçbir kurumun kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyemeyeceğini vurgularken ŞD'nin aksi ihtimali tartışan kararını Meclis'te okumak pek de ikna edici bir çözüm olmazdı.

III. ŞURAYI DEVLET'İN TARTIŞILAN KARARINDA ANAYASAYA UYGUNLUK SORUNU

Hukuk tarihimizde kuşkusuz en önemli dönüm noktalarından biri 1868'de Şurayı Devletin kurulmasıdır. ŞD kurulduğu günden itibaren esaslı değişikliklere uğrasa da birden fazla yetki ile donatılmıştır. Bunlar yasama, danışma-denetim ve yargı-

35 MMZC, 11. İnikad, 29 Kanunuevvel 1330, s. 150.

lama yetkileridir³⁶. Bu yazıda bahsi geçen olayın ŞD'nin yasama sürecindeki rolü veya yargılama yetkisine ilişkin bir konu olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü olayda usulüne göre yürürlüğe girmiş bir kanun hükmünün anlamı üzerinde tereddüt söz konusudur. ŞD'nin yasama ile ilgili yetkisi talep üzerine kanun tasarılarının hazırlanması, yargı yetkisi ise hükûmet ile şahıslar arasındaki davalara bakmak ve devlet memurlarının yargılanmasına özgülenmiştir. Dolayısıyla bu yazının konusu olan karar ancak ŞD'nin 'danışma/denetim' yetkisi ile ilgilidir. Danışma ve denetim yetkisinin ise ŞD'nin kuruluşundaki varlık sebebi olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda ŞD bir yandan devletin yüksek dairelerinden gelen talep üzerine her çeşit iş ve mesele hakkında görüş bildirmeye öte yandan ise kanunların nasıl uygulandığını gözetme, tespitlerde ve tekliflerde bulunmaya yetkilendirilmiştir³⁷.

Şurayı Devlet ilk kurulduğu günden itibaren yapısında ve fonksiyonlarında pek çok değişiklik yaşamıştır. Daire sayısı, dairelerin yapısı ve görevleri II. Meşrutiyet Dönemi'nde birkaç defa değişmiştir. Bu yazıya konu olay gerçekleştiği dönemdeki son değişiklik 1912 tarihli'dir. Bu son değişikliğe göre o dönemde (1914) genel kurul dışında ŞD üç daireden (Mülkiye, Tanzimat ve Maliye-Nafia-Maarif) meydana gelmekteydi. Ayrıca ŞD'nin başında da Halil Bey (Menteşe) bulunmaktaydı. Bu dönemde Halil Bey aynı zamanda Meclisi Mebusan reisi olduğu için ŞD başkanlığı vekaletle yönetilmiştir³⁸.

36 Şurayı Devletin yetkileri Nizamname-i Esasi (1868) ve Nizamname-i Dahili (1869) ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eraslan, Z. (2018). *Şurayı Devletten Danıştaya: Yapısal ve Fonksiyonel Dönüşüm (1868-922)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 78-85

37 Eraslan, Z. (2018), s. 125-127.

38 a.g.e. s. 159, 164. Halil Mentese anılarında şöyle yazmaktadır: "Said Halim Paşa kabinesine 1329'da Şurayı Devlet Reisi olarak iştirak ettim." Halil Bey yeni seçilen Meclisin (1914) kendisini meclis başkanı seçmesi üzerine (Mayıs 1914) Şurayı Devletten ayrıldığını belirtmektedir. *Osmanlı Mebusan Meclisi Reisi Halil Mentese'nin Anıları* (1986). İstanbul: Hürriyet Vakfı Yayınları, s. 162-163.

Divanı Muhasebatın başvurusu üzerine verilen ŞD kararı- na ancak yoğun bir arşiv araştırma sürecinin ardından erişmek mümkün oldu³⁹. Meclis tutanaklarında bahsi geçen ve Osmanlı Arşivinden erişilen karar ŞD'nin Maliye ve Nafia Dairesinden çıkmış 24 Teşrinisani 1330 (M. 7 Aralık 1914) tarihli ve 757 nolu karardır⁴⁰. Karar oybirliği ile verilmiştir ve açıkça yukarıda bahsi geçen 1330 senesi Bütçe Kanunu'nun 4. maddesinin 1876 Anayasası ile çeliştiği için uygulanma kabiliyeti olmadığını söylemektedir.

Sorun 1 Teşrinisani 1330'da DM'den ŞD'ye havale edilmiş ve ŞD Maliye ve Nafia dairesinde görüşülmüştür. Meselenin ŞD önüne gelmesinin sebebi, Maliye bütçesine 513 bin kuruş eklenmesi hakkında geçici kanunun yapılmasında tereddüt edilmesi üzerine 1330 Bütçe Kanunu'nun 4. maddesinin ŞD tarafından yorumlanması talebidir. Dolayısıyla karar DM'nin ek ödenek yaratan bir geçici kanun ile ilgili tereddüde düşmesi ve bunun üzerine ŞD'den Bütçe Kanunu'nun 4. maddesinin yorumunu istemesinin bir sonucudur.

Karar, önce 1876 Anayasası'nın 101'inci maddesini, ardından 1330 Bütçe Kanunu'nun tartışmaların odağındaki 4. maddesini zikretmiştir. Akabinde ŞD bir ön tespitte bulunmuş ve olağan kanunlarla Anayasa arasındaki hiyerarşik ilişkiyi vurgulamak için *“anayasanın bahsi geçen 101. maddesi özel olarak değiştirilmedikçe başka bir kanun ile yürürlükten kaldırılması yoluna gidilemeyeceğini”* belirtmiştir⁴¹. Bundan sonra DM'nin kendisine danıştığı soruna dair iki olasılığı tartışmıştır. Buna göre DM 1330 Bütçe Kanunu'nun 4. maddesinin yorumunda şu iki ihtimal arasında kalmıştır:

39 Bu karara erişmek ve Osmanlıcadan günümüz Türkçesine çevriyazısını sağlamak konusunda gösterdikleri destek için Dr. Zeki ERASLAN'a ve Kemal GURULKAN'a içtenlikle teşekkür ederim.

40 Devlet Arşivleri Başkanlığı, Osmanlı Arşivi, BOA, BEO. 4325.324325.2 (Kararın arşivde yer alan Osmanlıca sureti yazının sonuna eklenmiştir.)

41 *“Kânûn-ı Esâsinin sâlıfu'z-zikr 101. Maddesi ale'l-usûl ta'dil edilmedikçe diğer bir kânûn ile ıskât-ı mer'iyeti cihetine gidilemeyeceği esâsına göre.”*

Birinci İhtimal: 1330 Bütçe Kanunu’nun 4. maddesine göre geçici kanun olmaksızın (S) cetvelinde sayılan hizmetlere dâhil olmayan hizmetlere ek ödenek verilemez ve geçici kanun ile herhangi bir hizmet için ödenek verilebilir⁴².

İkinci İhtimal: 1330 Bütçe Kanunu’nun 4. maddesinin yapılmasındaki amaç hükümde salt “hükûmetçe” tabiri olarak kullanılması nedeniyle (S) cetvelinde sayılan hizmetler dışındaki hizmetler için geçici kanun ile bile ek ödenek verilemeyeceğini belirtmektir⁴³.

Bu yorum sorununa ŞD şöyle yanıt vermiştir: “muvâzene-i kânûniyenin 4. Maddesi “S” cedveline gayr-ı dâhil hidemât için kânûn-ı muvakkatla tahsisât-ı munzama i’tâsını men’ maksadıyla tahrîr edilmiş olmayıp ma’amâfih böyle bir ma’na-ya muhavvel olsa dahi Kânûn-ı Esâsinin ol bâbdaki sarahata nazaran bir sûretle hâiz-i hükm ve te’sir olamayacağı derkâr bulunduğundan mebhûsün anı kânûn-ı muvakkatin i’lâlinde tereddüde mahal olmadığına arzı tezekkür kılınmıştır.”

Kararın ‘hüküm’ kısmı olarak görülebilecek bu en önemli kısmında birden fazla tespit yer almaktadır. Birincisi ŞD’ye göre 1330 Bütçe Kanunu’nun 4. maddesi (S) cetveline dâhil olmayan hizmetler için geçici kanunla ek ödenek verilmesini yasaklamak amacıyla yapılmamıştır. İkincisi bir an için 4. maddede bu anlama (S cetveline dâhil olmayan hizmetler için geçici kanunla ek ödenek verilmesinin mümkün olmadığı) gelse bile 1876 Anayasası’nın bu konudaki düzenlemesi (m. 101) karşı-

42 “...muvâzene-i umûmiye Kânûnunun 4. Maddesi kânûn-ı muvakkat olmaksızın “S” cedvelinde ta’dad edilen hidemâtdan gayriya tahsisât-ı munzama i’tâ edilemeyeceği ve kânûn-ı muvakkatle her hangi bir hizmet için tahsisât i’tâ olunabileceği...”

43 “...işbu maddenin vaz’ındaki maksadın maddede “hükümetçe” ta’biri mutlak olarak zikredilmiş olmasına nazaran “S” cedvelinde gösterilen hidemâtdan gayriya kânûn-ı muvakkat ile dahi tahsisât-ı munzama i’tâ olunamayacağını beyandan ibaret olacağı da muhtemel bulunmuş...”

sında hüküm ve sonuç doğurmayacağı malumdur. Üçüncüsü, DM'nin üzerinde şüpheye düştüğü geçici kanunun çıkarılması için tereddüt edilmesine gerek yoktur.

Karardaki en çarpıcı kısım şu ifade olsa gerek: *“bütçe kanununun 4. maddesine (S) cetveline dahil olmayan hizmetler için geçici kanunla ek ödenek verilmesinin mümkün olmadığı şeklinde yorumlansa bile 1876 Anayasasının bu konudaki düzenlemesi (m. 101) karşısında hüküm ve sonuç doğurmayacağı malumdur.”* Bu ifade ile Şurayı Devlet anayasa ile kanun arasındaki ilişkiyi hatırlatıp tartışılan kanuna dair ikinci yorumun tercih edilmesi hâlinde kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olacağı için hüküm doğurmayacağını belirtmektedir. Yani kanun ile anayasa çatışırsa anayasa karşısında kanunun hükümsüz kalacağını, bu durumda kanunun ihmal edip Anayasa'nın dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

Karardaki ifade bu yazıldığı zaman için muazzam ve fakat bugüne dek bilmediğimiz bir argümantasyondur. Gerçekten de ŞD'nin yorumunun incelikli bir akıl yürütmeye dayandığını belirtmek gerekir. Çünkü bir yandan kanunun amacına ilişkin bir tespitte bulunurken aksi yorumun kabul edilmesi hâlinde anayasa aykırılık söz konusu olacağı için kanunun geçersiz hâle geleceğini söyleyerek, ustalıkla anayasaya uygunluk denetimi yapmıştır. Kararın konusu Anayasa'ya aykırılığı tespit etmek olmadığı hâlde, kanun üzerindeki iki yorumdan birinin Anayasa'ya aykırılık doğuracağını belirterek, ŞD'nin çağdaş anayasa hukuku literatüründe kullanılan “anayasaya uygun yorum” yöntemini kullandığını söylemek mümkün. Yani ŞD bu kararda bir normun belirli bir biçimde yorumlanması gerektiğini aksi hâlde normun Anayasa'ya aykırı hâle geleceğini söylemektedir.

Bu tutum modern anayasa mahkemelerinin yaptığı anayasaya uygunluk denetimi ile birebir örtüşmektedir. Modern

anayasa mahkemeleri sadece norm denetimi ile yetinmeyip kanun hükümlerinin nasıl yorumlanacağı konusunda da karar vermektedir. Böyle yapıldığında denetlenen kanun “anayasa mahkemesinin yorumladığı şekliyle anayasa uygun” ya da bir kanun hükmünün “anayasallığı belli bir yorum kaydına bağlanmış” olur⁴⁴. Bu genellikle *anayasaya uygun yorum* yöntemi olarak anılmaktadır. Bu bağlamda anayasaya uygun yorumun izleyen alıntıda açıklanan niteliği Şurayı Devletin kurduğu hükmü aydınlatmaktadır. Başka bir ifadeyle ŞD’nin kararı bahsi geçen yorum yönteminin şu özelliği ile örtüşmektedir:

“Anayasaya uygun yorumun önşartı bir normun birden fazla yoruma elverişli yani çok anlamlı olması gerektiğidir. Norma yüklenebilecek bütün anlamlar anayasa ile örtüşmüyorsa, kuşkusuz bu durumda normun normun anayasaya aykırılığı açıktır, iptal kararı verilmelidir. Buna karşılık, norm birden fazla anlama izin veriyor ve bu anlamlardan bazıları anayasaya aykırı, bazıları anayasaya uygun düşüyorsa, normun anayasaya uygunluğuna karar verilmesi ve anayasaya uygun düşen yorumun geçerli sayılması gerekir.”⁴⁵

Alman hukukundan mülhem *anayasaya uygun yorum* yönteminde anayasaya uygunluğu denetlenen norm “belli bir yorum kaydı ile anayasaya uygun” bulunmakta, bu yorum dışında kalan diğer yorumlarda metin anayasaya aykırı hâle gelmektedir. Böylece “ilgili yasanın anayasaya aykırı bulunan ruhu bertaraf edilmiş olur.”⁴⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihadında görülen bu yöntem zaman zaman Türkiye’de de Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanılmakta, AYM iptal davalarında kimi zaman “tereddütlü hükme anayasa uygun bir anlam atfederek” ret kararı verebilmektedir. Mahkemenin “bu

44 Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınları, s. 73.

45 a.g.e. s. 74.

46 Boyar, O. (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum* (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 170

yorumundan başka türlü yorumlanırsa, bu durumda kanun anayasaya aykırı hâle gelir, iptal edilmesi gerekir⁴⁷.” Nihayet belirtmek gerekir ki anayasaya uygun yorum yöntemi ile “geleceksel yorum faaliyetinden öte, normu uygulayacak olanlara yönelik bir kayıtlama vardır.” Çünkü “yorum aşaması zaten tamamlanmış ve metnin anayasaya aykırı anlamlar içerdiği sabit olmuştur. Ancak Mahkeme, burada metne anayasaya uygun bir anlam vermektedir.”⁴⁸ Bu bakımdan ŞD’nin incelenen kararı tam olarak bu son tespitin berrak bir yansıması niteliğindedir.

Şurayı Devlet ne ilk kurulduğu gün ne de II. Meşrutiyet Dönemi’nde elbette bir anayasa mahkemesi değildi, kanunları iptal etmek konusunda da yetkilendirilmemişti. Ayrıca Maliye ve Nafia dairesinin verdiği karar ŞD’nin yargısal fonksiyonu kapsamında ortaya çıkmamıştır. Bu ŞD’nin kendisine danışılması üzerine verdiği istişari nitelikte bir karardır, yani hukuken bağlayıcılığı yoktur. Ancak ŞD ilk çağdaş anayasa mahkemesi henüz Avusturya’da kurulmamışken Türkiye’de anayasaya uygun yorum tekniğini kullanarak anayasa mahkemelerinin çok sonraları izleyeceği yolu kullanmıştır. Tek başına bu gerçek 757 sayılı Şurayı Devlet kararını anayasa yargısının Türkiye serüveni için yeterince özel kılmaktadır.

SONUÇ

Bu olayın merkezinde 1876 Anayasası’nın 101’inci maddesi ile 1330 Bütçe Kanunu’nun 4’üncü maddesi yer almaktadır. Meclis’te bu hükümler arasında kopan yorum fırtınası, âdeti bir anayasa forumu yaratmış ve mesele bir mali hukuk sorunu olmaktan çıkıp hukuk teorisi tartışmasına dönüşmüştür. Tartışmanın odağındaki Şurayı Devlet kararının anayasaya uygunluk bakımından yaptığı tespit ise Meclis’teki itirazların boşuna olmadığını göstermektedir. Bu bakımdan 7 Aralık 1914 sayılı ŞD kararı Türk hukuk tarihinde ilk anayasaya uygunluk

47 Gözler, K. (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 955-956.

48 Boyar, O. (2008). s. 170

denetiminin bugüne dek bildiğimiz girişimlerden daha önce ama oldukça etkileyici bir tonda ve sağlam bir argümanla yapıldığının ispatıdır. Öyleyse ŞD kararındaki yorum bugünün jargonuyla bir kanunun anayasaya uygunluğunun denetiminin gerçekleştiği tarihimizdeki ilk uygulama olarak kayıtlara geçmelidir.

Şurayı Devlet üzerine yapılan bir çalışmada ŞD'nin bir "anayasa mahkemesi" niteliğinde olduğu yazmaktadır⁴⁹. Ancak başka bir çalışmada haklı olarak ŞD'ye böyle bir nitelik atfetmenin abartılı ve gerçeği yansıtmadığı eleştirisi yapılmıştır⁵⁰. İlginç olan birinci görüş ŞD'nin neden bir anayasa mahkemesi olarak nitelenebileceğini gerekçelendirmemesine rağmen, bu yazıya konu olan ŞD kararı, sonucu itibarıyla ŞD'nin bir anayasa mahkemesi gibi hareket ettiğini göstermektedir. Kuşkusuz ŞD'yi bugünün terminolojisiyle bir "anayasa mahkemesi" olarak nitelemek başlı başına sorundur. Ancak Meclisi Mebusan'da yaşanan hararetli tartışmalar ve 7 Aralık 1914 tarihli karardan öğrendiğimize göre kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ŞD tarafından fiilen gerçekleştirilmiştir.

Cumhuriyetin yüzüncü yılı aynı zamanda hukuk tarihimizden bir anayasa yargısı keşfinin gün yüzüne çıktığı tarih olarak da kayıtlara geçmektedir. Türk anayasa tarihinde bir *Marbury v. Madison* (1803) anı, 1914 sonlarında bir Şurayı Devlet kararında yaşanmıştır. Dolayısıyla önce Ziya Gökalp'in daha sonra ise

49 Canatar, M. ve Baş, Y. (1998). "Şura-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", *OTAM*, S. 9, s. 120. "Şura-yı Devlet, kendisine havale olunan hususları müzakere ve tedkik etmekle memur olmakla birlikte, bu konulardaki görüş ve kararları, ilgili daireler ile hususi memurlarına ait olduğundan, Şura-yı Devlet hiçbir şekilde icra işlerine yani yürütmeye müdahale etme hakkına sahip değildi. Ancak, kanun ve nizamların bir bütün olarak uygulanmasına nezaret etmeye, yanlış şekilde uygulanmaları durumunda ilgili mercilere durumu beyan etmeye izinli idi. Kısaca kanun ve nizamlara dair görüş bildiren bu kurum, yürütme organlarına kesinlikle müdahale edemez, sadece bunların uygulanmasına nezaret eder ve yanlış uygulamaları üst mercilere bildirebilirdi. Bu açıdan bir nevi Anayasa Mahkemesi hükmündedir"

50 Eraslan, Z. (2018). s. 119-120.

Refik Gür'ün kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi için açmaya çalıştıkları kanalın zaten açık olduğunu keşfetmek ancak Cumhuriyetin yüzüncü yılında mümkün olabilmıştır. Sadece bunu anayasa tarihimize not etmek yeterince değerlidir.

Şûrâ-yı Devlet, Maliye ve Nafia, Aded 757

Fî 18 Muharrem sene [1]333 ve fî 24 Teşrîn-i sâni sene [1]330



KAYNAKÇA

- AKMAN, Mehmet (2007). "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı II, II. Tertip Düstur'un Tarihi Fihrist ve Dizini", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 4, ss. 41-368, <https://hukuktarihimerkezi.istanbul.edu.tr/tr/content/turk-hukuk-tarihi-arastirmalari/turk-hukuk-tarihi-arastirmalari> (Erişim Tarihi: 1/3/2023).
- ASLANMİRZA, Burak (2021). *İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin Kızıl Konak Evrakı*, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- BOYAR, Oya (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum* (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- CANATAR, Mehmet ve BAŞ, Yaşar (1998). "Şura-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", S. 9, ss. 111-148.
- ÇAKICI, Bayram (2001). 1914 Isparta ve Burdur Depremi, *Tarih Boyunca Anadolu'da Doğal Âfetler ve Deprem Semineri Bildiriler* (22-23 Mayıs 2000), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Araştırma Merkezi.
- ERASLAN, Zeki (2018). *Şuray-ı Devletten Danıştaya: Yapısal ve Fonksiyonel Dönüşüm (1868-922)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda (2020). "Osmanlı Parlamentosunda Anayasaya Aykırılık Tartışmaları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, ss. 422-435.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda (2022). "Türk Hukuk Tarihinde Kanun-ı Muvakkat Kavramı ve Uygulaması", *AÜHF Dergisi*, C. 71, S. 1, ss. 477-513.
- GÖKALP, Ziya (18 Kanunuevvel 1338 (1922)). "Yüce Mahkeme", *Küçük Mecmua*, 1. Sene, S: 27, s. 12-13.
- GÖZLER, Kemal (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÜLENER, Serdar ve UZUN, Cem Duran (2020). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi: Tarihsel Perspektiften Olaylar, Kişiler ve Kararlar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

- GÜNEŞ, İhsan (1997). *Türk Parlamento Tarihi-Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet*, I. Cilt, Ankara: TBMM Vakfı Yayınları.
- HÜRMEN, Fatma Rezan (Haz.) (2006). *Bürokrat Tevfik Biren'in II. Abdülhamid, Meşrutiyet ve Mütareke Hatıraları*, Cilt II, İstanbul: Pınar Yayınları.
- METİN, Yüksel (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınları,
- ONAR, Erdal (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Öncüler*, Ankara.
- Osmanlı Bütçeleri (1909-1918)* (2000). Ankara: Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 2000/358, s. 358.
- Osmanlı Mebusan Meclisi Reisi Halil Mentеше'nin Anıları* (1986). İstanbul: Hürriyet Vakfı Yayınları.
- SAYIŞTAY BAŞKANLIĞI (2012). *Kuruluşundan Cumhuriyet'e Sayıştay Tarihi (1862-1923)*, T.C. Sayıştay Başkanlığı 150. Kuruluş Yıl Dönümü Yayınları.
- TANÖR, Bülent (1985). "Anayasal Gelişmelere Toplu Bir Bakış", *Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, Cilt 1, İstanbul.
- TBMM Albümü (1920-2010)* (2010). 1. Cilt, 1920-1950, Ankara: TBMM Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü Yayınları, https://www5.tbmm.gov.tr/TBMM_Album/Cilt1/Cilt1.pdf (Erişim Tarihi: 1/3/2023).
- TUNAYA, Tarık Zafer (1980). *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul: Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları.
- TUNAYA, Tarık Zafer (1985). "1876 Kanun-u Esasî ve Türkiye'de Anayasa Geleneği", *Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, Cilt 1, İstanbul.



MEDENİ USUL HUKUKUNDA İSPAT HAKKININ HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Right to Proof in terms of the Principle of Legal
Certainty in Civil Procedure Law*

Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ*

ÖZ

Hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan ispat hakkı, Kanunda belirtilen süre ve usule uygun kullanılmalıdır. İspat hakkı, hukuki dinlenilme hakkının yanı sıra silahların eşitliği ilkesi ile de yakından ilişkilidir. Silahların eşitliği ilkesi, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerinin yargılama hukukundaki yansımaları oluşturur. Ayrıca hukuk devletinin bir unsuru olarak kabul edilen hukuki güvenlik ilkesi ile ispat hakkı arasında önemli bir bağ bulunmaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin toplumsal yaşamına öngörülebilirlik sağlamaya yönelik olarak, kuralların, idari uygulamaların ve yargı kararlarının belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik temel şartlarını sağlaması şeklinde ifade edilmektedir. Hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkeleri; hukuki belirlilik, istikrar ve öngörülebilirliktir. İspat hakkının bu alt ilkeler ile olan ilişkisi önem taşımaktadır. İspat hakkını düzenleyen kuralların açık, basit ve anlaşılır olması gerekmektedir. Hukuki istikrar gereği kuralların ve uygulamasının istikrarlı olması gerekir. Hukuki öngörülebi-

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nokumus@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3087-6789.

İrliğin sağlanması bakımından taraflar yargılama sürecinde özellikle ispat hakkının kullanımı bakımından hukuki olarak öngörülebilir durumda olmalıdırlar. Bu öngörülebilirlik hukuk kuralları ve mahkeme kararları bakımından sağlanmalıdır. Hukuki güvenliğin sağlanması bakımından tam ispat ölçüsü de önemlidir. Tam ispat ölçüsü bulunan hallerde, hâkimde vakıanın ispatı konusunda herhangi bir tereddüt olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: İspat, ispat hakkı, hukuki güvenlik, hukuki belirlilik, ispat ölçüsü.

ABSTRACT

The right to present evidence, which is an element inherent in the right to a fair trial, must be exercised in accordance with the specified time and procedure in the law. The right to present evidence (right to prove) is closely related not only to the right to be heard but also the principle of equality of arms, which is the reflection of the principles of the rule of law and equality in procedural law. Additionally, there is an important connection between the principle of legal certainty, which is considered an element of the rule of law, and the right to present evidence. The principle of legal certainty means that rules, administrative practices, and judicial decisions are to fulfil the basic requirements of being precise, certain and foreseeable so as to ensure predictability for individuals in their social lives. The sub-principles of legal certainty are legal clarity, stability, and foreseeability. The relationship between the right to present evidence and these sub-principles is of great significance. The rules governing the right to present evidence should be clear, simple and comprehensible. As per the requirement of legal stability, both the rules and their application should be consistent. In terms of ensuring legal predictability, the parties should be legally able to foresee the facility of the right to present evidence, particularly during the litigation process. This predictability should be ensured in terms of legal rules and court decisions. For ensuring legal certainty, the standard of proof is also important. In cases where there is a full standard of proof, the judge will not have any doubt about establishing the facts.

Keywords: Proof, right to prove, legal certainty, legal clarity, standard of proof.

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹ m. 189’da ispat hakkı ve kanuni sınırları düzenlenmiştir. Bir davada taraflar ispat hakkını bu hüküm çerçevesinde, kanunda belirtilen usullere uygun olarak kullanırlar. İspat hakkı, anayasal ilkelerle de ilişkili bir haktır. Zira Anayasa m. 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi² m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından önemli bir unsur olarak karşımıza çıkan hukuki dinlenilme hakkı, ispat hakkını da içermektedir.

Bunların yanı sıra hukuki güvenlik ilkesi ile ispat hakkı arasında da önemli bir bağ bulunmaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında değinilen bir ilke ve hukuk devletinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar³.

Bu çalışmada temel amaç, ispat hakkının hukuki güvenlik ilkesi bakımından değerlendirilmesidir. Bu çerçevede ilk olarak ispat hakkı ve bu hakkın sınırları üzerinde durulacaktır. Daha sonra hukuki güvenlik ilkesi ve bu ilkenin alt unsurları olarak ifade edilen hukuki belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik ilkeleri doğrultusunda ispat hakkı ele alınarak hukuk kuralları ve yargı kararları bakımından bunların görünümlerine değinilecektir.

1 RG. 4 Şubat 2011, S. 27836, Kabul Tarihi. 12/01/2011.

2 Tam adı “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme” dir. Bu sözleşme 04/11/1950 tarihinde Roma’da kabul edilmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun (RG. 19 Mart 1954, S. 8662) ile onaylamıştır.

3 Örneğin bkz. *Burcu Meydan Ayvaz*, B. No: 2020/24323, 29/3/2023, § 40.

I. GENEL OLARAK İSPAT HAKKI

İspat, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların somut olarak iddia edildiği gibi gerçekleştiği konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere gerçekleştirilen inandırma faaliyetidir⁴. İspat hakkı ise taraflara iddialarını dayandırdıkları vakıaları yargılama içinde ileri sürebilme, bu vakıaların doğruluğunu deliller vasıtasıyla ispat edebilme, delillere erişebilme, delillerin toplanması faaliyetine katılabilme ve delillerin toplanması sonunda verilen karar hakkında açıklamada bulunabilme şeklinde ifade edilmektedir⁵.

- 4 Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası E. (2022). *Medenî Usul Hukuku*, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 423; Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2022). *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 333; Tanrıver, S. (2021). *Medeni Usul Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması)*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 819; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2021). *Medeni Usul Hukuku*, 28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 451; Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Tıpkı Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 9; Atalay, O. (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 1585; Postacioğlu, İ. E. (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 527; Belgesay, M. R. (1950). *İspat Teorisi*, İstanbul, s. 5; Atalay, O. (2001). *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 5; Atalay, O. (2009). *Delil Kavramı Üzerine*, içinde Gürzumar, Ö. B. ve Pekcanıtez, H. (Ed.), *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 129; Okumuş, N. (2010). *Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum: Atatürk Üniversitesi SBE, s. 3; Başözen, A. (2010). *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 12; Kuru, B. ve Aydın, B. (2022). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 238; Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2023). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 463; Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2023). *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, § 15, kn. 1, s. 255; Albayrak, H. (2013). *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 27.
- 5 Bkz. Bolayır, N. (2014). *Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları*, içinde Hanağası, E. ve Göksu, m. (Ed.), *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 558; Benzer tanımlar için bkz. Börü, L. (2016). *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 25; Toraman, B. (2014). "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Dokuz*

İspat hakkına ilişkin olarak hukukumuzda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenleme yapıldığı görülmektedir⁶. HMK m. 189'un başlığı "ispat hakkı" şeklindedir⁷. Bu hükme göre; "*Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir*". HMK m. 189/1'in gerekçesine göre; bu düzenleme ile ispat hakkı kavramı, kanuni sınırları belirtilmek suretiyle bir davanın her iki tarafına da tanınmış olmaktadır. Böylece ispat, bu maddede taraflar bakımından sadece bir yük olmanın ötesinde aynı zamanda kanuni bir hak olarak düzenlenmiştir.

Kanun koyucu hükümde ispat hakkını düzenlemekle birlikte, kapsam ve içeriğini açıklamamıştır. Bununla birlikte, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin ispat aracı olarak mahkeme tarafından dikkate alınamayacağı ve kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususların, başka delillerle

Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16., Özel Sayı., s. 1493; Çiftçi, P. (2018). *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 18; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2021). s. 451-452; Kılıçoğlu, E. (2021). *Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 2-4.

6 İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda da ispat hakkının açık bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun 152. maddesinin başlığı "İspat hakkı" şeklindedir. Bu hükme göre; "(1) Taraflardan her birinin, şekline uygun ve süresi içinde getirmiş olduğu elverişli delillerin mahkemece dava dosyasına alınmasını isteme hakkı vardır. (2) Hukuka aykırı yoldan elde edilen delil, gerçeğin bulunmadığı menfaatin üstün gelmesi durumunda dikkate alınabilir" (Atalay, O. (2017). s. 1588); Ayrıca bkz. Oberhammer, P., Domej, T. ve Haas, U. (2014). *Kurzkomentar ZPO*, 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 821-822; Gasser, D. ve Rickli, B. (2014). *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkomentar*, 2. Nachgeführte Auflage, Zürich: Dike Verlag, s. 150.

7 Anayasa m. 39'da da "İspat Hakkı" başlığını taşıyan bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Kişinin Hakları ve Ödevlerinin düzenlendiği ikinci bölümde yer alan bu düzenlemeye göre; "Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır".

ispat olunamayacağı düzenlenerek, bu hakkın sınırları çizilmiştir⁸.

İspat hakkı, aynı zamanda HMK m. 27’de hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak yer almaktadır⁹. Ayrıca delil sözleşmesini düzenleyen m. 193’te “*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir*” denilmek suretiyle ispat hakkına değinilmiştir.

II. İSPAT HAKKININ SINIRLARI

İspat hakkının tam ve etkin kullanılamaması ya da ispat hakkına ölçülülük ilkesine aykırı olarak getirilecek sınırlamalar medeni yargılamanın amaçlarından biri olarak kabul edilen gerçeğe ulaşılmasını da engelleyecektir. Yargılamada gerçeğe ulaşılmasını sağlayacak, hukuki barışın ve güvenliğin de temin edildiği bir yargısal süreç ancak ispat hakkının tam anlamıyla tesis ve temin edilmesine bağlıdır¹⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ispat hakkına ilişkin düzenleme yapılmakla birlikte, aynı zamanda bu hakkın sınırlarının da çizildiği görülmektedir. Bu çerçevede, ispat hakkının belirtilen süre ve usule uygun kullanılması, hukuka uygun yollarla kullanılması, senetle ispat kuralının uygulanmadığı durumlarda kullanılması ve delillerin caiziyeti kurumunun izin verdiği ölçüde kullanılması gerekir¹¹.

8 Toraman, B. (2014). s. 1484-1485.

9 Bkz. Özkes, M. (2003). *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 106; Tanrıver, S. (2004). “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53., s. 208; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). s. 426; Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2023). § 4. kn. 15. s. 77; Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2023). s. 463; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2021). s. 356; Kuru, B. ve Aydın, B. (2022). s. 239; Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özkes M. (2022). s. 200; Okumuş, N. (2018). “Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK M. 439/ 2, F)”, *EBYÜHFD*, C. XXII., S. 1-2., s. 199.

10 Çiftçi, P. (2018). s. 63.

11 Atalay, O. (2017). s. 1590.

Her şeyden önce HMK m. 189/1’de, tarafların kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahip oldukları belirtilmiştir¹². Bu sebeple tarafların ispat hakkını kullanırken öncelikle kanunda belirtilen süre içinde ve usulüne uygun şekilde kullanmaları gerekir. İkinci olarak HMK m. 189/2’de hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı öngörülmüştür¹³. Buna göre taraflar ancak hukuka uygun yollardan elde ettikleri delilleri, ispat hakkı çerçevesinde yargılamada kullanabileceklerdir¹⁴. HMK m. 189/2’nin gerekçesine göre; hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında

- 12 İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nun ispat hakkını düzenleyen 152. maddesinde de tarafların “şekline uygun ve süresi içinde” getirmiş oldukları delillerin mahkemece dava dosyasına alınmasını isteme haklarının olduğu belirtilmiştir. Bkz. Oberhammer, P., Domej, T. ve Haas, U. (2014). s. 766; Gasser, D. ve Rickli, B. (2014). s. 150.
- 13 Mülga HUMK’da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bununla birlikte Anayasa m. 38/VI’da yer alan kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin hiçbir ayırım yapılmadan yargılama hukukunun tüm dallarında geçerli olduğu ifade edilmekteydi (Pekcanitez, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*, içinde Gürzumar, O. B. ve Pekcanitez, H. (Ed.), *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 803; Tutumlu, M. A. (2010). *Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri*, içinde Arkan, S. (Ed.), *Fırat Öztan’a Armağan*, C. II., Ankara: Turhan Kitabevi, s. 2159; Tanrıver, S. (2007). *Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi*, içinde *Makalelerim I*, Ankara: Asil Yayınları, s. 30; Okumuş, N. (2010). s. 59).
- 14 HMK m. 189/ 2 hükmünün değerlendirilmesi için bkz. Kılıçoğlu, E. (2021). s. 367-451. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nun ispat hakkını düzenleyen 152. maddesinde 2. fıkrada hukuka aykırı delillere ilişkin olarak; “Hukuka aykırı yoldan elde edilen delil, gerçeğin bulunmasındaki menfaatin üstün gelmesi durumunda dikkate alınabilir” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bkz. Oberhammer, P., Domej, T. ve Haas, U. (2014). s. 768-771; Gasser, D. ve Rickli, B. (2014). s. 150-151. Bu düzenleme ile Türk hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda hukuka aykırı delillerin, gerçeğin bulunmasındaki menfaatin üstün gelmesi durumunda dikkate alınmasının mümkün olduğu görülmektedir.

tarafarca sunulan delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından resen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmesine dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir.

Hukuka aykırı deliller, konusu bakımından yasak deliller, temel hakları ve özel hayatı korumak amacıyla yasaklanan deliller ve elde edilmesinde uygulanan yöntem sebebiyle yasaklanan deliller şeklinde olabilir¹⁵. Dava konusu olmayan ya da taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan hususlarda sunulan deliller değerlendirilmez. Ayrıca özel yaşam alanına giren, gizli kalması gereken vakıalar da ispat konusu olamaz¹⁶. Delil elde edilirken uygulanan metot hukuka aykırı ise, bu delil de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş bir delil olur¹⁷. Bu durumda ispatı istenen konu yasak değildir. Ancak delilin elde edilmesinde yasak metot uygulanmıştır¹⁸. Delilin elde edilişinde hukuka aykırılık unsuru, maddi hukuka aykırılığı ifade etmektedir. Maddi hukuka aykırılık ise maddi hukuku oluşturan pozitif hukuk kurallarını ifade eder¹⁹. Anayasa Mahkemesi²⁰ de hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller bakımından, hukuka aykırılık ile kastedilenin tüm pozitif hukuk kurallarıyla birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılık olduğunu belirtmiştir²¹.

İspat hakkının sınırlamalarından bir diğeri de senetle ispat zorunluluğudur. Senetle ispat zorunluluğu²² HMK m. 200'de

15 Pekcanıtez, H. (2009). s. 792; Okumuş, N. (2010). s. 60.

16 Atalay, O. (2017). s. 1593.

17 Pekcanıtez, H. (2009). s. 791.

18 Atalay, O. (2017). s. 1593.

19 Bkz. Kılıçoğlu, E. (2021). s. 59-60.

20 AYM, E.1999/2, K.2001/2, 22/6/2001.

21 Kılıçoğlu, E. (2021). s. 60.

22 Senetle ispat zorunluluğunun medeni usul hukukunda geçerli olan en

düzenlenmiştir. Bu düzenleme sebebiyle uygulamada çoğunlukla hukuki işlemlerin kesin delille ispatı zorunluluk arz etmektedir²³. Bu durumda tarafların özgür şekilde ispat hakkını kullanabilmeleri için serbestçe delil sunmaları gerekirken bu imkân sınırlandırılmakta ve hukuki işlemlerin ispatında senetle ispat zorunluluğu getirilmektedir²⁴. Doktrinde senetle ispat zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin, ispat hakkının ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir²⁵. Bu düzenleme ile işlem güvenliği korunmak istenmiştir²⁶. Aynı zamanda kesin delille ispat kuralı olarak da ifade edilen bu düzenlemenin temelinde kamu yararı ve kamu düzeniyle yakından ilişkili bulunan hukuki güvenliği temin amacı yatmaktadır²⁷.

Senetle ispat zorunluluğu, kamu düzenine ilişkin değildir. Taraflar, delil sözleşmesi yaparak bu zorunluluğu ortadan kaldıracabilecekleri gibi delil başlangıcı (HMK m. 202) ve

katı şekilcilik kuralı olduğu hakkında bkz. Ermenek, İ. (2000). “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4., S. 2., s. 142-180. Şekilciliğin usul hukukuna ilişkin yararları arasında hukuki güvenliğin sağlanması, tarafların yargılamanın sonucunu önceden kestirilebilmesi, tarafların ve mahkemelerin işlemleri ne zaman ve nasıl yapacaklarını önceden bilmeleri, yargı organlarının keyfilikliğini önlemesi ve taraflar arasında eşitliğin sağlanması gibi hususlar sayılmaktadır (Ermenek, İ. (2000). s. 146).

23 Senetle ispat zorunluluğu aynı zamanda kesin delille ispat zorunluluğu olarak ifade edilmektedir. Hatta senetle ispat zorunluluğu yerine kesin delille ispat zorunluluğu denilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmektedir. Senet, ispat yükü kendisine düşen tedbirli bir tarafın hukuki işlemin yapıldığı sırada sağlayabileceği bir delil olduğundan, kesin delillerin en önemlisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak senetle ispat zorunluluğuna ilişkin açıklamalar diğer kesin deliller için de geçerlidir (bkz. Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). s. 464).

24 Atalay, O. (2017). s. 1610.

25 Hanağası, E. (2016). *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 428-429. Aksi görüş için bkz. Yıldırım, M. K. (2017). *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 127-128.

26 Toraman, B. (2014). s. 1516.

27 Hanağası, E. (2016). s. 429; Yavaş, M. (2009). *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 62.

senetle ispat kuralının istisnalarının (HMK m. 203) bulunması durumunda söz konusu işlemin takdiri delillerle de ispatına imkân tanınarak bu kural yumuşatılmaktadır²⁸. Senetle ispat zorunluluğuna ilişkin katı ispat sistemi yanında delil sözleşmesine ilişkin düzenlemeler, gelişen ekonomik koşullar ile bilimsel ve teknik gelişmeler karşısında, ispata ilişkin sorunların aşılmasında önemli bir araç niteliğindedir²⁹.

İspat hakkının sınırlanması bakımından son olarak hâkim, bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına karar verir (HMK m. 189/4). Bu düzenleme sebebiyle hâkim delillerin incelenmesine geçmeden önce, gösterilen delilin ispat konusu vakıanın incelenmesinde ispat aracı olarak kullanılabilip kullanılamayacağını belirler ve gerekiyorsa delillerin ibrazını reddeder. Böylece delilin henüz inceleme ve değerlendirme aşamasına geçilmeden, dava malzemesi hâline gelmesi önlenmiş olur³⁰.

III. İSPAT HAKKININ BAZI TEMEL YARGISAL HAKLARLA İLİŞKİSİ

İspat hakkının temeli, Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkına dayanmaktadır³¹. Hukuki dinlenilme hakkının yanı sıra ispat hakkı silahların eşitliği ilkesi ile de ilişkilidir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri*

28 Toraman, B. (2014). s. 1516; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). s. 464; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2021). s. 502-503; Kuru, B. ve Aydın, B. (2022). s. 274. Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2023). s. 508; Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özekes M. (2022). s. 399.

29 Konuralp, H. (2009). s. 63.

30 Atalay, O. (2017). s. 1613.

31 Bolayır, N. (2014). s. 557.

önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Bu düzenlemede hak arama hürriyetinin, yargıya ulaşılabilirliğin sağlanması ve ilgililere yargılama sürecinde hukuki dinlenilme hakkının temin edilmesi şeklinde iki yönüne yer verilmiştir³². Bu kapsamda ispat hakkının ilk olarak hukuki dinlenilme hakkı ile olan ilişkisine değinmek gerekir.

Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama sonucunda hukuki durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın bir süjesi olarak, yargılama hakkında bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli karar vermesini sağlayan, sürpriz kararlarla karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir³³. Hukuki dinlenilme hakkı, Anayasa m. 36'da ifade edilen iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümüdür³⁴. Hukuki dinlenilme hakkı, Anayasa tarafından korunan bir temel hak olması sebebiyle hukuki dinlenilme hakkına aykırılık aynı zamanda Anayasa'ya da aykırılık teşkil eder³⁵. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da bir unsuru olması sebebiyle, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık aynı zamanda adil yargılanma hakkının da ihlali sayılır³⁶.

Hukuki dinlenilme hakkının gereklerine uygun şekilde

32 Kılıçoğlu, E. (2021). s. 10.

33 Özekes, M. (2003). s. 31.

34 a.g.e. s. 29-30; Tanrıver, S. (2004). s. 204; Okumuş, N. (2018). s. 195; Kılıçoğlu, E. (2021). s. 10.

35 Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda hukuki dinlenilme hakkının unsuru olarak ispat hakkından söz etmiştir. Örneğin bkz. AYM, E.2016/10, K. 2016/36, 5/5/2016.

36 Pekcanıtez, H. (2000). Hukuki Dinlenilme Hakkı, içinde Gören, Z. (Ed.), *Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 754; Tanrıver, S. (2004). s. 204; Okumuş, N. (2018). s. 195; Kılıçoğlu, E. (2021). s. 10-11.

kullanılmasını sağlamak; bu kapsamda taraflara iddia ve savunmalarını ispat ve diğer tarafın ileri sürmüş olduğu maddi vakıaları tartışabilmek ve onları çürütebilmek amacıyla delil gösterebilmelerine imkân tanımak, mahkemenin, yargılama süreci içerisinde yerine getirmesi gereken en temel ödevlerinden birisini oluşturmaktadır³⁷.

Hukuki dinlenilme hakkı ve unsurları HMK m. 27’de düzenlenmiştir. Bu hükümde ifade edilen hukuki dinlenilme hakkının unsurları; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması (m. 27/2, a), açıklama ve ispat hakkı (m. 27/2, b), mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi (m. 27/2, c) şeklindedir³⁸. HMK m. 27’nin gerekçesine göre; bu hükümde açıklama ve ispat hakkının hukuki dinlenilme hakkının içeriğine dâhil olduğu belirtilmiştir. Açıklama ve ispat hakkı çerçevesinde taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler.

İspat hakkının ilişkili olduğu bir diğer ilke de silahların eşitliği ilkesidir. Bu ilkeye ilişkin düzenlemenin temeli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan adil yargılanma hakkına dayanmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, özel hukuka ait uyumsuzluklarda, tarafların iddia ve delillerini, kendisini davanın diğer tarafı karşısında belirgin bir dezavantaj içinde bırakmayacak şartlar altında ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanağa sahip olması zorunluluğu olarak tanımlanmaktadır³⁹.

37 Tanrıver, S. (2021). s. 820.

38 İsviçre FMUK’nun hukuki dinlenilme hakkının düzenlendiği 53. maddesinin ilk fıkrasında, tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra, ikinci fıkrada, bu hakkın içeriği bağlamında sadece, üstün bir kamusal ya da özel yarar söz konusu olmadığı sürece, tarafların, dosyayı inceleyebilecekleri ve bundan örnek alabileceklerini belirtmekle yetinmiştir (bkz. Toraman, B. (2014). s. 1496).

39 Hanağası, E. (2016). s. 37.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan hakkaniyete uygun yargılanma unsuru bağlamında, kendisine vurgu yapılan hakkaniyetten maksat, yargılamanın başından itibaren taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu eşitliğin yargılama süresince devam ettirilmesidir⁴⁰. Bunun sağlanabilmesinin aracı ise silahların eşitliği ilkesi olarak ifade edilmektedir⁴¹. Silahların eşitliği ilkesi, hukuk devleti ve eşitlik ilkelelerinin yargılama hukukundaki yansıma şekillerinden biridir⁴².

Silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından, taraflar arasında tam bir eşitliğin gözetilerek dengenin kurulmasını ve bu dengenin yargılama boyunca korunmasını diğer bir ifadeyle mücadelenin eşit silahlarla gerçekleştirilmesini ifade eder⁴³. Örneğin, mahkemece taraflardan birinin hukuka aykırı yollardan elde etmiş olduğu delillere, bir hukuk davasında geçerlilik tanınır- sa bu durum silahların eşitliği ilkesinin göz ardı edilmesi anlamına geleceğinden, adil yargılanma hakkının ihlali şeklinde nitelendirilebilecektir⁴⁴.

Silahların eşitliği ilkesi gereğince, yargılamanın her iki tarafına da ispat hakkı tanınmalı, iddia ve savunmalarına ilişkin delillerini gösterebilme, delillerin toplanması faaliyetine katılabılme ve sundukları delilleri karşılıklı olarak tartışabilme imkânı tanınmalıdır⁴⁵. Anayasa Mahkemesine göre silahların

40 Pekcanitez, H. (1997). "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2., s. 45; Tanrıver, S. (2021). s. 439.

41 a.g.e. s. 439.

42 a.g.e. s. 411; Özekes, M. (2003). s. 49.

43 Tanrıver, S. (2021). s. 439; Özekes, M. (2003). s. 49.

44 Tanrıver, S. (2021). s. 443.

45 Hanağası, E. (2016). s. 393-394; Özekes, M. (2003). s. 123-124. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun işçilik alacağına ilişkin görülmekte olan bir davada, mahkeme tarafından verilen kesin süre içinde ücret bordrosu asılları davalı tarafından dosyaya sunulmadığından yalnız ücret alacağının ödendiğine yönelik savunmaya itibar edilerek davanın kabulüne karar verilip verilemeyeceği hususunu ele aldığı bir kararında, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak açıklama ve ispat hakkına ilişkin

eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir⁴⁶.

Anayasa Mahkemesinin verdiği bir karara göre, yargılama sırasında tanık dinletme ve bilirkişi görüşüne başvurulması hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup bu ilke ve yargılamaya etkin katılım hakkı ile çelişmeli yargılama ilkesi, adil yargılanma hakkının somut görünüm-leridir. Taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını amaçlayan silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşitliğin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını ifade etmekte olup bu usule ilişkin güvence gereği uyumsuzluğun her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmalıdır⁴⁷.

şu ifadelerle yer verilmiştir; *Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanır. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" olarak da ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre silahların eşitliği ilkesi, davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dâhil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu şeklinde ifade edilmiştir (İnceoğlu, S. (2018). Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, s. 115 (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/2/2022 tarihli ve E.2020/(22)9-700, K.2022/207 sayılı kararı).*

46 Ali Tulumcu, B. No: 2017/18458, 10/2/2021, § 34; Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32.

47 Yusuf Sulusaray, B. No: 2020/2316, 12/1/2023, §§ 32-33.

IV. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ ve İSPAT HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. GENEL OLARAK HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ

Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin bir unsuru olarak kabul edilmektedir⁴⁸. Anayasa Mahkemesinin 2003 tarihli bir kararında hukuki güvenlik ilkesi şu şekilde ifade edilmiştir; *“Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır”*⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında da hukuki güvenlik ile belirlilik ilkelerinin, hukuk devletinin ön koşullarından olduğunu belirtmiştir. Bu karara göre; *“Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir”*⁵⁰. Anayasa mahkemesinin pek çok kararında bu karara yollama yaptığı görülmektedir⁵¹.

48 Köküsarı, İ. (2015). *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 23-25; Çiftçi, P. (2018). s. 347-348; Döner, A. (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 146-155; Atar, Y. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 110-113.

49 AYM, E.2003/30, K.2003/38, 29/4/2003; Ayrıca bkz. Gülhan İpek, B. No: 2020/3539, 3/5/2023, § 35; Merve Raşa, B. No: 2020/3429, 3/5/2023, § 36; Cihangir Akyol, B. No: 2021/33759, 23/2/2023, § 47.

50 AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.

51 Örneğin bkz. Talet Şanlı, B. No: 2017/20526, 17/1/2023, § 61; Ümran Özkan,

Dar anlamda yapılan tanıma göre hukuki güvenlik, bireylerin toplumsal yaşamına öngörülebilirlik sağlamaya yönelik olarak, kuralların, idari uygulamaların ve yargı kararlarının belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik gibi temel şartları taşımalarını ifade eder. Geniş anlamda yapılan tanıma göre hukuki güvenlik ise, hukukun varlığı, kanunlarla ifade edilmesi, uyuşmazlıkların bağımsız ve kesin karar veren mahkeme ve benzeri organlar tarafından karara bağlanması ve bu kararların icra edilebilirliği ile ortaya çıkan hukuk sistemine ve devlete duyulan güveni ifade eder⁵². Hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşmesini sağlamak amacıyla üç temel ilke oluşturulmuştur. Bu ilkeler; hukuki belirlilik, istikrar ve öngörülebilirliktir⁵³. İspat hakkının, hukuki güvenlik ilkesinin bu alt ilkeleri ile olan ilişkisi önem taşımaktadır. Bu kapsamda her bir alt ilke bağlamında ispat hakkı ele alınacaktır.

B. HUKUKİ BELİRLİLİK ve İSPAT HAKKI

Hukuki güvenlik ilkesinin ilk alt unsuru (ilkesi) olarak hukuki belirlilik karşımıza çıkmaktadır. Hukuki belirlilik (legal clarity), hukuki güvenliğin bir alt ilkesi olarak hukuk kurallarının, bu kuralların uygulamasının ve uygulamada uyuşmazlık çıktığında verilecek olan mahkeme kararlarının, açık, anlaşılır ve bu doğrultuda davranışları yönlendirebilir vaziyette olması şeklinde ifade edilmektedir⁵⁴. Anayasa Mah-

B. No: 2019/13338, 8/3/2023, § 11; *Delil Metin*, B. No: 2019/1419, 18/1/2023, § 33.

52 Köküarı, İ. (2015). s. 21; Döner, A. (2022). s. 147. Benzer tanımlar için bkz. Köksoy, M. (2018). *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 23-24; Erdoğan, M. (2017). *Anayasal Demokrasi*, 13. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 118; Ermenek, İ. (2013). "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 9., S. 26., s. 44-45.

53 Köküarı, İ. (2015). s. 26; Döner, A. (2022). s. 147-155; Atar, Y. (2021). s. 110-111. Bu ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köküarı, İ. (2015). s. 67-190.

54 a.g.e. s. 69; Döner, A. (2022). s. 147; Atar, Y. (2021). s. 110. Köksoy, M. (2018). s. 32; Çağlar, S. (2013). *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 191.

kemesi de belirlilik ilkesini yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşku-ya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi şeklinde ifade etmektedir⁵⁵.

Hukuk devletinde belirlilik, devletin kendi girişimiyle koyduğu kural ve aldığı kararları kişilere duyurmasıyla sağlanır. Türk hukukunda kanunlar ve diğer düzenleyici işlemlerin Resmî Gazete’de yayımlanması ve Resmî Gazete’de yayımlanmak zorunda olmayanların ise ilgililere bildirilmesi zorunluluğu hukuk devletinin belirlilik ilkesini gerçekleştirmeye yöneliktir⁵⁶.

1. Hukuk Kuralları Açısından Belirlilik ve İspat Hakkı

Hukuki belirlilik ilkesi gereğince, ilk olarak hukuk kurallarının açık ve anlaşılır olması gerektiği ifade edilebilir⁵⁷. Kuralların açık ve anlaşılır olması, şekli bir unsur olarak görülse de anlaşılamayan, muğlak ve birden fazla anlama gelen ifadelerle dolu metnin, eşitliğe ve istikrara aykırı uygulamalara neden olabilmesi sebebiyle esasa etkili olan bir unsurdur⁵⁸.

Anayasa Mahkemesine göre belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşku-ya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek

55 Bkz. AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.

56 Döner, A. (2022). s. 148.

57 Bkz. Köküsarı, İ. (2015). s. 70-80; Döner, A. (2022). s. 147; Atar, Y. (2021). s. 110; Bkz. AYM, E.2006/124, K.2009/146, 15/10/2009.

58 Köküsarı, İ. (2015). s. 73.

düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir⁵⁹.

İspat hakkı açısından her şeyden önce bu hakkı düzenleyen kuralların açık, basit ve anlaşılır olması gerekmektedir⁶⁰. Bu sebeple kanun koyucu ispat hakkına ilişkin düzenlemeleri yaparken bu hakkın içeriği ve sınırlarını açık bir şekilde ifade etmelidir. İspat hakkının düzenlendiği HMK m. 189’da, tarafların kanunda belirtilen süre ve usulüne uygun olarak ispat hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Bu sebeple ispat hakkının kullanımı bakımından sadece bu hükmün değil, Kanun’da yer alan ispat ve delillere ilişkin diğer hükümlerin de düzenlenirken açık ve anlaşılır olması hukuki belirlilik açısından önemlidir.

Hukuki belirlilik bakımından özellikle ispat hakkını sınırlandırıcı düzenlemelerin de açık ve anlaşılır olması önem taşımaktadır. Bu durum aynı zamanda hukuki öngörülebilirliğin de ön koşuludur. Çünkü açık olmayan ve içeriği belirsiz olan ispat hakkına ilişkin bir kuralın, taraflar açısından öngörülebilir olması da mümkün değildir⁶¹. İspat hakkının kullanımı bakımından Kanun’un belirli delillerle ispatını emrettiği hususların başka delillerle ispat olunamayacağı belirtilmiştir. HMK’nın ispat ve delillere ilişkin hükümleri incelendiğinde, kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususa örnek olarak senetle ispat kuralları verilebilir⁶². Nitekim HMK m. 200/1 “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk Li-

59 Bkz. AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.

60 Çiftçi, P. (2018). s. 350.

61 a.g.e. s. 351.

62 Bkz. Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). s. 463-480; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2021). s. 452.

rasını⁶³ geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iki bin beş yüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz” şeklindedir.

Senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralın medeni usul hukukunda geçerli olan en katı şekilcilik kuralı olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁶⁴. Medeni usul hukukunda şekilciliğin en önemli işlevi ise hukuki güvenliğin sağlanmasıdır. Bu sayede mahkeme ve taraflar neyi ne zaman yapacaklarını rahatlıkla bilebilirler ve yargılamanın sonucunu az çok tahmin edebilirler⁶⁵. Bu sebeple senetle ispat zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin hukuki güvenliği sağladığı ifade edilebilir.

Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmemiş olduğu hâllerde kanunda düzenlenmemiş deliller (HMK m. 192) dâhil her türlü delile başvurulabilir. Ancak kanunun belirli delillerle ispat zorunluluğu öngördüğü hâllerde, sadece kanunda öngörülen delillere başvurulabilir⁶⁶. Türk hukukunda Kanun’da düzenlenmemiş olan delillerin kullanılabilmesi sebebiyle, delil sistemleri bakımından serbest delil sisteminin kabul edildiği görülmektedir⁶⁷.

63 2023 yılı için bu oran 14.800 TL’dir.

64 Bkz. Ermenek, İ. (2000). s. 169.

65 a.g.e. s. 159.

66 Kale, S. ve Keser, S. (2015). “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21., S. 2., s. 711.

67 Delillerle ilgili sistemler, genel olarak delil sistemleri ve delillerin değerlendirilmesi bakımından delil sistemleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel olarak delil sistemlerine ilişkin yapılan ayrım da ilk sistem bir yargılamada kullanılabilecek delillerin tek tek belirtildiği “katı delil sistemi”dir. Bu sistem içerisinde kanunda belirtilen deliller dışında başkaca bir delilin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sistem içerisinde Kanun’da belirtilen deliller dışında başkaca bir delilin kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin Alman hukukunda bu delil sistemi kabul edilmiştir. Diğer delil sistemi ise “serbest delil” sistemidir. Bu sistem içerisinde, deliller belirtilmiş olsa da, deliller konusunda bir sınırlandırma yapılmamıştır; yani ispat aracı olabilecek her şey, delil olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda da geçerli olan sistem serbest delil sistemidir

İspat kurallarının açık ve anlaşılır olmaması hâline örnek olarak HMK m. 193/2’de yer alan delil sözleşmesine ilişkin düzenleme verilmektedir⁶⁸. Bu düzenlemeye göre, “*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir*”⁶⁹. Bu düzenleme, delil sözleşmelerinin taraflardan birinin lehine olarak diğer tarafın hukuki dinlenilme hakkını ihlal edecek veya sınırlandıracak şekilde kullanılmasına karşı alınmış olan önemli bir tedbirdir⁷⁰. Özellikle güçlü olan tarafın, diğer tarafın ispat hakkını tamamen ortadan kaldıracak veya güçleştirecek şekilde delil sözleşmesi yapmaya zorlaması durumunda yapılan delil sözleşmeleri geçerli olmaz⁷¹. Yapılacak bir delil sözleşmesi ile taraflardan birinin silahlarının elinden alınması, taraflar arasındaki usuli dengenin bozulmasına sebep olur⁷². Bu sebeple taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz kabul

(Atalay, O. (2017). s. 1733; Okumuş, N. (2010). s. 3-4; Kale S. ve Keser S. (2015). s. 704). Delillerin değerlendirilmesi bakımından ise, kanuni delil sistemi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi olmak üzere iki delil sistemi bulunmaktadır. Türk hukukunda kanunda belirtilen istisnalar dışında, hâkim kural olarak delilleri serbestçe takdir eder. Belli meblağı geçen hukuki işlemlerin kesin delille ispatı zorunluluğu söz konusudur. Bu nedenle hukukumuzda delillerin değerlendirilmesi bakımından belirli meblağı geçen hukuki işlemler bakımından kanuni delil sisteminin, bunun dışında ise delillerin serbestçe değerlendirilmesini esas alan karma bir delil sisteminin kabul edildiği söylenebilir (Atalay, O. (2017). s. 1734-1735; Okumuş, N. (2010). s. 4; Kale S. ve Keser S. (2015). s. 704-705).

68 Çiftçi, P. (2018). s. 353.

69 Doktrinde bu düzenlemenin dürüstlük kuralının tekrarından ibaret olduğu belirtilmiştir (bkz. Kuru, B. ve Budak, A. C. (2011). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 85., S. 5., s. 5). Bu düzenleme hakkında yapılan olumlu ve olumsuz eleştiriler için bkz. Hatipoğlu, T. (2020). *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sözleşmeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 137-140.

70 Hanağası, E. (2016). s. 440-441; Sungurtekin Özkan, M. (2009). “Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku”, *DEÜHFD*, C. 11., Özel Sayı, s. 570.

71 Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). s. 519; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2021). s. 481; Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2023). § 15. kn. 48. s. 278.

72 Hanağası, E. (2016). s. 442.

edilmiştir⁷³. Ancak bu hükümde yer alan “imkânsız kılan” ve “fevkalade güçleştiren” kavramlarının belirsiz olmaları sebebiyle hukuki belirlilik ilkesini zedelediği ifade edilmektedir⁷⁴.

Hukuki belirlilik ilkesinin bir diğer gereği olarak taraflar, ispat hakkının ihlali durumunda hangi hukuki yollara başvuru-
rabileceklerini önceden bilebilmelidirler. Taraflar, ispat hakkının ihlali durumunda buna karşı ne şekilde, hangi sürede ve hangi merciye itirazda bulunabileceklerini öngörebilecek durumda olmalıdırlar⁷⁵. İspat ve delillere ilişkin olarak hukuki belirlilik ilkesini zedeleyici nitelikte bir hüküm HMK m. 119’da yer almaktadır. HMK m. 119/1, f gereğince davacı, iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini dava dilekçesinde belirtmelidir. Aksi durumda davacının nasıl bir yaptırımla karşılaşacağı düzenlenmemiştir⁷⁶.

2. Yargı Kararları Açısından Belirlilik ve İspat Hakkı

Hukuk kurallarının belirli olmasının yanı sıra yargı kararlarında belirliliğin sağlanması hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Yargı kararlarının tarafları tam anlamıyla tatmin edebilmesi için açık ve anlaşılır olması gerekir. Ayrıca üst yargı mercileri tarafından yapılan denetimin sağlıklı işleyebilmesi için de kararlar açık ve anlaşılır olmalıdır⁷⁷. İspat hakkının güvence altına alınması bakımından mahkeme kararlarının belirli olması hususu önem taşımaktadır⁷⁸.

73 Doktrinde bu düzenlemede yer alan “ispat hakkının kullanılmasını fevkalade güçleştiren” ölçütünün silahların eşitliği ilkesi bakımından da sorun yaratabilecek nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bu ifade, taraflar arasında silahların eşitliğini fevkalade bozan münhasır delil sözleşmeleri geçersiz olup, bu ölçünün altındaki eşitsizlikler bu ilkenin ihlali sonucunu doğuramaz şeklinde anlaşılabilir. Bu düzenlemenin taraflar arasında sağlanması gereken makul düzeyde eşitlik ölçüsünden uzaklaşması sebebiyle silahların eşitliği ilkesine ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırı olduğu ifade edilmektedir (bkz. a.g.e. s. 445).

74 Çiftçi, P. (2018). s. 353.

75 a.g.e. s. 351.

76 a.g.e. s. 352.

77 Köküarı, İ. (2015). s. 96.

78 Çiftçi, P. (2018). s. 354.

Yargısal kararlar, yargı organlarınca, uyuşmazlığın sonuçlandırılması için hukuki gerekçeye dayandırılmış irade açıklamalarıdır⁷⁹. Mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirir. Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür (HMK m. 294/1). Hükümde bulunması gereken hususlar HMK m. 297’de belirtilmiştir⁸⁰. Kararda bulunması gereken bütün unsurların hukuki dinlenilme hakkı bakımından da önemli olduğu ifade edilmiştir⁸¹. İspat hakkı bakımından kararda mahkeme kararında tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesinin, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerinin belirtilmesi önemlidir. Bu sebeple mahkeme kararı kaleme alınırken ispat hakkının ihlali sonucunun doğmaması için bu hususlara dikkat edilmelidir.

Hukuki belirliliğin sağlanması bakımından önemli olan bir diğer husus da mahkeme kararlarında gerekçe bulunmasıdır. Kararların gerekçeli olması ispat hakkına hizmet eden önem-

79 Özekes, M. (2003). s. 166.

80 Bu hükme göre; (1) Hüküm “Türk Milleti Adına” verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar: a) Hükmü veren mahkeme ile hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin ad ve soyadları ile sicil numaraları, mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa hükmün hangi sıfatla verildiğini. b) Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adreslerini. c) Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri. ç) Hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini. d) Hükmün verildiği tarih ve hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin imzalarını. e) Gerekçeli kararın yazıldığı tarihi. (2) Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

81 a.g.e. s. 167.

li bir güvencedir⁸². Gerekçe, mahkemenin tespit ettiği mad-di vakıalar ile hüküm sonucu arasında köprü görevi yapar⁸³. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması anayasal bir zorunlu-luktur. Zira Anayasa m. 141/3 hükmünde, bütün mahkemele-rin her türlü kararlarının gerekçeli yazılacağı ifade edilmiştir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması aynı zamanda hukuki dinlenilme hakkının da bir gereği olarak HMK m. 27/2, c’de ifade edilmiştir⁸⁴. Bunun yanı sıra HMK’da pek çok hükümde gerekçeye ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin hükmün kapsamına ilişkin olarak düzenlenen HMK m. 297/1, c’de tarafların iddia ve savunmalarının özetini, an-laştıkları ve anlaşılmadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hak-kında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değeriendi-rilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin hükümde bulunması gerektiğine yer verilmiştir. Ayrıca HMK m. 298/2’de gerekçeli kararın tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. HMK m. 294/4’e göre ise zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hâllerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir.

Hâkim, gerekçe sayesinde kendi kendini denetleme imkânı bulurken, üst mahkeme de bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir. Taraflar ise ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi

82 Çiftçi, P. (2018). s. 355-356.

83 Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). s. 531; Kuru, B. ve Aydın, B. (2022). s. 354; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2021). s. 631-632.

84 Bekri, M. N. (2014). “Gerekçeli Karar Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 216. Mahkeme kararlarının yanı sıra hakem kararlarının da gerekçeli olması gerekmektedir (HMK m. 436/ 1, c). Hakem kararlarında gerekçe hakkında bkz. Özbay, İ. (2001). “Hakem Kararlarında Gerekçe”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXI., S. 2., s. 298-318. Hakem kararında gerekçe bulunmaması durumunda tarafların hukuki dinlenilme hakkına aykırılık sebebine dayanarak iptal davası açmaları mümkündür (bkz. Okumuş, N. (2018). s. 200-203).

anlayabilirler⁸⁵. Hüküm, ne kadar haklı olursa olsun, gerekçesiz olması durumunda tarafları doyurmaz⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin tesisinde önemli bir araç olarak işlev gördüğünü belirtmektedir. Zira kişiler ancak gerekçeli karar vasıtasıyla somut olayın hukuk kuralları karşısında nasıl konumlandırıldığını öğrenebilmekte ve buna karşı etkili bir savunma geliştirme imkânı bulabilmektedir⁸⁷. Yargıtay da mahkemenin keyfîlikten uzak şekilde, hukuka ve kanuna uygun karar verip vermediğinin ancak gerekçeden anlaşılacağı, bu sebeple mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereği olduğunu ifade etmektedir⁸⁸.

Kararların gerekçeli olmasının, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olduğu, tarafların yargılamada dikkate alındığı ile açıklama ve delillerinin değerlendirildiğinin bir göstergesi olduğu doktrinde de ifade edilmektedir⁸⁹. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, hukuk devletinin vazgeçilmez bir sonucu olarak hukuka duyulan güveni ve hukuk barışını sağlar, yargı organlarının bağımsız ve tarafsızlığının bir gereği ve bunu dışa yansıtan bir unsur olmakla birlikte keyfî kararların önüne geçer ve kararların denetimini sağlar⁹⁰. İspat hakkı bakımından mahkeme, iki tarafın iddia

85 Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2022). s. 531; Kuru, B. ve Aydın, B. (2022). s. 354-355.

86 Kuru, B. ve Aydın, B. (2022). s. 355.

87 Bkz. *Gülhan İpek*, § 35.

88 Örneğin bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 22/05/2017 tarihli ve E. 2017/5353, K. 2017/6076 sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 25/01/2018 tarihli ve E. 2016/8831, K. 2018/696 sayılı kararı Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 25/01/2018 tarihli ve E. 2015/39741, K. 2018/654 sayılı kararı.

89 Korkmaz, C. (2017). "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *YBHD*, S. 3., s. 240.

90 Özekes, M. (2003). s. 174.

ve savunmaları ile delillerini tam olarak tartışmalıdır. Sadece bir tarafın iddialarının esas alınarak gerekçe oluşturulması ya da taraflardan birinin delili değerlendirilirken diğer tarafın delilinin dikkate alınmaması hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturur⁹¹.

Hukuki belirlilik ilkesinin bir diğer gereği olarak da kararlar ilgililere tebliğ edilmeli ve yayımlanmalıdır. HMK m. 301/1'e göre, *"Hüküm yazılıp imza edildikten ve mahkeme mührü ile mühürlendikten sonra, nüshaları yazı işleri müdürü tarafından taraflardan her birine makbuz karşılığında verilir ve bir nüshası da gecikmeksizin diğer tarafa tebliğ edilir. Hükmün bir nüshası da dosyasında saklanır"*. Kararın taraflara tebliği özellikle hukuki dinlenilme hakkının temini bakımından da önemlidir⁹². Zira hukuki dinlenilme hakkının ilk unsurunu, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması oluşturmaktadır. Tarafların yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olmalarının engellenmesi durumunda hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olur⁹³. Tarafların yargılamanın aşamaları hakkında usulüne uygun

91 a.g.e. s. 179. Gerekçe, delillerin değerlendirilmesi bakımından da önemlidir (bkz. Yıldırım, M. K. (1990), *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 198-207).

92 Tebligatın yapılması bakımından fiziki tebligatın hukuki güvenlik ilkesi bakımından güvenceli olmadığı ve elektronik tebligatın hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilmesine katkı sağladığı hakkında bkz. Varol, A. ve Baştürk, İ. (2015). "Hukuki ve Teknik Boyutuyla Elektronik Tebligat ile Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1., s. 263-278.

93 Yargıtay kararlarında da tarafların ispat hakkını kullanımı bakımından kanuna uygun olarak tebligat yapılmasının gerekliliği ifade edilmiştir. Örneğin Yargıtay bir kararında, "... Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapıp hüküm verilmesi kural olarak mümkün değildir. Kişi kendisini ilgilendiren davadan tam olarak bilgi sahibi olmalı ve açıklamada bulunma ve ispat hakkını tam ve eşit olarak kullanmalıdır. Bu ise dava dilekçesi ve duruşma gününün davalıya kanuna uygun olarak tebliğ edilmesini gerektirir..." şeklinde belirtmiştir (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27/10/2011 tarihli ve E. 2010/17304, K. 2011/17480 sayılı kararı). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14/03/2016 tarihli ve E. 2015/14211, K. 2016/4899 sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 04/07/2017 tarihli ve E. 2016/2713, K. 2017/8245 sayılı kararı.

olarak bilgilendirilmesi gerekir⁹⁴. Ayrıca kararların yayımlanması gerekliliği de ispat hakkının gerçek anlamda temini için hukuki güvenlik ilkesi bakımından da önemlidir⁹⁵.

C. HUKUKİ İSTİKRAR ve İSPAT HAKKI

Hukuki güvenlik ilkesini sağlamaya yönelik ilkelerden biri olan hukuki istikrar, hukukta ve uygulamasında istikrar, hem normların hem de bunların uygulamasının devamlılık arz etmesi olarak ifade edilmektedir⁹⁶. Hukuki istikrarın hukukun sistem olarak devamlılığı ve var olan kuralların ve uygulamasının istikrarlı olması şeklinde iki yönü bulunmaktadır⁹⁷.

1. Hukuk Kuralları Açısından Hukuki İstikrar ve İspat Hakkı

Hukuk kuralları oluşturulmakla, bireylere ve uygulayıcılara düzenlemiş olduğu alanla ilgili olarak belirli bir süre devam edecek bir uygulama öngörerek zamanla bireyler ve uygulayıcılarda oluşan güven aracılığıyla istikrar inancına dönüşür⁹⁸. Hukuki istikrar, hukuk kurallarının hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği anlamına gelmeyip kural ve uygulamaların sıklıkla ve keyfi olarak değiştirilememesini ifade eder⁹⁹. Hukuk kurallarının zaman içerisinde teknolojik gelişmelere de paralel olarak değişimi ihtiyacı ortaya çıkabilir.

94 Özekes, M. (2003). s. 86; Arslan R., Yılmaz E., Taşpınar Ayvaz S. ve Hanağası E. (2022). s. 186; Özbay, İ. ve Yardımcı, T. E. (2021). *Tebliğat Hukuku*, 7101 Sayılı Kanun ile Güncellenmiş ve Son Değişiklikler İşlenmiş 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 17; Tanrıver, S. (2004). s. 207; Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2023). § 4. kn. 13. s. 76-77; Pekcanıtez, H. ve Yeşilırmak, A. (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. III, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 2766; Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2023). s. 114-115; Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2021). s. 355; Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes M. (2022). s. 200.

95 Çiftçi, P. (2018). s. 355.

96 Köküsarı, İ. (2015). s. 103; Döner, A. (2022). s. 148; Atar, Y. (2021). s. 110. Köksoy, M. (2018). s. 43.

97 Köküsarı, İ. (2015). s. 103; Atar, Y. (2021). s. 110-111. Köksoy, M. (2018). s. 43.

98 Köküsarı, İ. (2015). s. 104.

99 Döner, A. (2022). s. 148.

İspat hakkını düzenleyen kuralların da zamanla değiştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Ancak ispat kurallarında ani, hızlı ve büyük gelişimler hukuki istikrarı bozup bazı ispat hakkı ihlallerine sebep olabilir. Bu sebeple ispat kurallarında değişiklik yapılırken hukuki güvenliğin sağlanması için ma- kul değişiklikler yapılmalıdır¹⁰⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ispat hakkına ilişkin düzenlemelerden senetle ispat zorunluluğunun düzen- lendiği m. 200'de öngörülen parasal sınır, her yıl yeniden de- ğerleme oranı esas alınarak değişikliğe uğramaktadır. Parasal sınırların bu şekilde her yıl yeniden hesaplanarak değişmesi sebebiyle gerek hâkim gerekse taraflar tarafından işlemin ya- pıldığı zamanki miktar ve değeri esas alınarak parasal sınırla- ra ilişkin cetvellere bakmak suretiyle belirleme yapılmak zo- rundadır. Örneğin bu parasal sınır 2022 yılı için 6.640 TL iken 2023 yılı bakımından 14.800 TL'dir. Bu durum hukuk devleti- ne ve hukuk güvenliğine aykırı görülmektedir¹⁰¹.

2. Yargı Kararları Açısından Hukuki İstikrar ve İspat Hakkı

Yargı kararlarında istikrar, mahkemelerin önceki karar- larında verdiği hükümlerle tutarlı kararlar vermesi şeklinde ifade edilmektedir¹⁰². Mahkeme kararlarının istikrarlı olması bakımından önemli unsurlardan birisi içtihat birliğidir. Ge- rekli usullere uyulmadan içtihat değiştirilmesi¹⁰³ veya farklı

100 Çiftçi, P. (2018). s. 359.

101 Pekcanıtez, H. (2019). "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, S. 144., s. 417-418; Pekcanıtez, H. (2017). "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci", *TBB Dergisi*, S. 133., s. 213-214.

102 Köküarı, İ. (2015). s. 116; Çiftçi, P. (2018). s. 359.

103 Yargıtay'ın güncel bir kararında içtihat değişikliğine gidilmesi durumunda yeni ilkelerinin hemen uygulamaya konulmasının, dairenin önceki görüşüne güvenerek dava açanlaryönünden hukuki güvenlik, hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik ve sürpriz karar yasağı ilkelerinin ihlaline yol açacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple, benimsenen yeni görüşün

daireler arasındaki içtihat farklılıklarının giderilmemesi hukuki güvenlik ilkesini ihlal eder¹⁰⁴. İctihat birliğinin sağlanması bakımından, mahkemeler belirli uyuşmazlık türlerinde belirli ispat imkânlarını taraflara sağlarken hukuki istikrardan sapılması ispat hakkı ihlallerine sebep olabilir¹⁰⁵.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, Yargıtayın aynı dairesinin diğer içtihadıyla çelişecek şekilde karar verilmesi söz konusu olduğundan, makul bir gerekçe de ortaya konulmadan ve sonrasında istikrarlı bir şekilde uygulanmadan benzer nitelikteki uyuşmazlığın zıttı olacak şekilde davanın neticelenmesinin hukuki belirsizliğe yol açtığını belirtmiştir. Mahkeme tarafından başvuru için öngörülemez nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmıştır ve açıklanan gerekçelerle başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁶. Anayasa Mahkemesinin bu tespiti, mahkeme kararlarının farklılığının hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Bu konuda özellikle yeni bir kanun hükmünün uygulanması bakımından verilen bir içtihadın yerleşik hâle gelmesinden önce farklı yorumlanarak karar verilmesi doğaldır. Bu sebeple iç-

Yargıtay Kararları Dergisi ya da başkaca yollarla duyurulmasından itibaren makul bir süre sonra uygulamaya konulması, dairenin görüşüne güvenilerek açılan davalarda ise, önceki uygulamaya devam edilmesi uygun görülmüştür. Kararda bu durum, "... Davacının dava tarihi itibarıyla Dairenin önceki görüşüne güvenerek davasını belirsiz alacak davası şeklinde açtığı anlaşılmaktadır. Bu hâlde davacının bu güveni boşa çıkarılmamalı; dava tarihi itibarıyla iki Dairenin birleşmesinden önceki Daire uygulaması gereğince davanın belirsiz alacak davası şeklinde açabileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik ve sürpriz karar yasağı ilkelerinin ihlaline yol açılmış olur..." şeklinde belirtilmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15/02/2023 tarihli ve E. 2022/17925, K. 2023/2356 sayılı kararı).

104 Ermenek, İ. (2013). s. 47.

105 Çiftçi, P. (2018). s. 360.

106 Bkz. Aşır Tunç, B. No: 2015/17453, 22/1/2019, § 68.

tihat farklılığı tek başına hakkaniyete uygun yargılanmanın ihlal edildiği anlamına gelmemektedir¹⁰⁷. Fakat farklı kararlar verilmesi ile mahkemelerin hangi içtihat yönünde karar verebilecekleri konusundaki tereddütleri, belirsizlik ve sürpriz kararların verilebilmesi ihtimalini ortaya çıkarır. Bu durum, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvene zarar verir. Bu güvenin sağlanması için Yargıtayın kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir. İctihatların birleştirilmesi bu istikrarın sağlanması bakımından önemli araçlardan biridir¹⁰⁸.

D. HUKUKİ ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK VE İSPAT HAKKI

Hukuki öngörülebilirlik, bireylerin kuralları ve bu kuralların uygulanmasının sonuçlarını tahmin ederek ve planlayarak yaşamını sürdürmesini sağlar¹⁰⁹. Öngörülebilirlik, bireylerin belirli bir kesinlik içinde, işlem ve eylemlerinin sonucunda uygulanacak hukuki yaptırımı önceden bilebilmeleri, bir kanunun idareye nasıl bir müdahale yetkisi verdiğini ve eylem veya işlemlerinin sonuçlarını kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmaları şeklinde belirtilmektedir¹¹⁰. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda hukuki öngörülebilirliği, hukuki güvenliğin bir unsuru olarak ifade etmektedir¹¹¹.

107 Pekcanıtez, H. (2019). s. 385-386.

108 a.g.e. s. 386-387.

109 Köküarı, İ. (2015). s. 138; Döner, A. (2022). s. 149; Erdoğan, M. (2017). s. 118; Köksoy, M. (2018). s. 36; Çağlar, S. (2013). s. 188.

110 Özpolat, H. (2018). "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri", *TAAD*, C. 9., S. 33., s. 620-621.

111 Örneğin mahkemenin bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: Hukuki güvenlik ilkesi "öngörülebilirliği" sağlayan işleviyle hukuk devletin ayrılmaz bir parçası olarak, bireylere hem devlet hem de toplumun diğer üyeleri karşısında "ilkesel", "kurumsal" ve "işlevsel" güvenceleri birlikte sağlar. Bu ilke çerçevesinde; bir hukuk devletinde devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olmasının mevcut normlarla kural altına alınması "ilkesel" korumayı oluştururken, söz konusu bu normların mahkemelerce uygulanarak hukuksal uyumsuzlukların çözülmesi ise "kurumsal" güvence olarak kabul edilir. Diğer taraftan hukuksal uyumsuzlukları kesin olarak çözen mahkeme kararlarının kamu

1. Hukuk Kuralları Açısından Hukuki Öngörülebilirlik ve İspat Hakkı

İspat hakkı bakımından taraflar uyuşmazlık öncesinde dava açmayı düşündüklerinde ispat hakkı prosedürü konusunda kendi konumlarını belirleyebilmelidirler. Bunun sağlanabilmesi için ispat hakkını düzenleyen ve sınırlandıran hukuki düzenlemelerin açık ve belirli olması gerekmektedir. Bu bakımdan ispat hakkı sınırlamalarında hâkimin takdir yetkisi olmamalı ve bunlar açıkça kanunla düzenlenmelidir¹¹². Kanuni delil sistemi hâkimin keyfî karar vermesini önlediği gibi, bu sistemde davayı kaybeden taraf, kararı daha kolay kabullenebilir¹¹³. Ayrıca taraflar yargılamada ileri sürecekleri delillerin ne gibi etki ve sonuçlarının da olduğunu önceden bilebilmelidir. Örneğin bir taraf yargılamada senet deliline ya da tanık deliline başvurması durumunda bunun sonuçlarının ne olacağını kanuni düzenlemeler sayesinde önceden bilebilir olmalıdır.

2. Yargı Kararları Açısından Hukuki Öngörülebilirlik ve İspat Hakkı

Hukuki öngörülebilirliğin sağlanması hukuk kuralları dışında mahkeme kararları bakımından da kendini göstermektedir. Bu noktada mahkeme kararlarının istikrarlı olmasıyla da bağlantılı olarak, taraflar yargılama sürecinde özellikle ispat hakkının kullanımı bakımından hukuki olarak öngörebilir durumda olmalıdırlar.

Taraflar yargılama sürecinde mevcut delilleri ile yargılamanın ne kadar lehlerine olduğunu bilebilmeli ve bu doğrultuda da davayı kazanma imkânları konusunda öngörü sahibi ola-

otoritelerince yerine getirilmesi “işlevsel” güvenceyi oluşturur (Bkz. *Arman Mazman*, B. No: 2013/1752, 26/6/2014, § 63).

112 Çiftçi, P. (2018). s. 364.

113 Yavaş, M. (2009). s. 62.

bilmelidirler¹¹⁴. Mahkeme kararlarının öngörülebilir olması sürpriz karar verme yasağı çerçevesinde de kendini gösterir. Sürpriz karar verme yasağı, yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun yürütülmesi hâlinde tarafların öngöremedikleri bir kararlarla karşılaşmamalarıdır¹¹⁵. Bu kapsamda taraflar bir davada kaybetme veya kazanma ihtimallerini mevcut hukuk kuralları ve içtihatlar çerçevesinde hesaplamaya çalışırlar¹¹⁶.

Anayasa Mahkemesi, yargısal kararlardaki değişikliklerin, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceğini ve böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvenin zarar görebileceğini belirtmiştir¹¹⁷. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin sağlık raporlarının doğruluğunu kabul eden ve ispat yükünün işverene düştüğüne dair ilk derece mahkemelerinin kararlarını istikrarlı biçimde onadığına ve bu nedenle, hukuki belirlilik ilkesi ışığında, başvurucuda kendi davasında verilecek karara ilişkin makul bir güvenin oluştuğunun kabulünün gerekeceğine karar vermiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin sağlık raporu ile ispat yükü bakımından farklı bir değerlendirme yapması, her ne kadar takdir yetkisi kapsamında kabul edilebilirse de mevcut başvurunun koşullarında öngörülebilir olmadığını ve gerekçelendirmeye ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir¹¹⁸.

114 a.g.e. s. 364.

115 Özekes, M. (2003). s. 185.

116 a.g.e. s. 185.

117 Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmayı yönüyle olumludur. Ancak, uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkarır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir (bkz. *Türkan Bal*, B. No: 2013/6932, 6/1/2015, § 64).

118 Bkz. *Türkan Bal*, § 65.

V. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ VE İSPAT ÖLÇÜSÜ

İspat ölçüsü, iddia edilen bir vakıanın hâkim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilip bu vakıaya dayanılarak karar verilebileceğini; diğer bir ifadeyle hâkimin dayanılan vakıayı ispatlanmış kabul edebilmesi için gereken kanaatinin derecesini ifade eder¹¹⁹. İspat ölçüsü bazı hâllerde tam ispat şeklinde karşımıza çıkarken bazı hâllerde ise yaklaşık ispat yeterli kabul edilmektedir. İddia edilen bir vakıanın ispatlanmış sayılabilmesi için kesinlik sınırındaki ihtimal derecesi esas alınmışsa tam ispattan söz edilir¹²⁰. Yaklaşık ispatta ise hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir ancak bu vakıanın gerçekleşmeyebileceği konusunda bir ihtimal de her zaman bulunmaktadır¹²¹. İddia olunan bir vakıanın ispatlanmış sayılabilmesi için ağır basan ihtimal derecesi esas alınmışsa yaklaşık ispattan söz edilir¹²².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kural (m. 200) ile ispat ölçüsünün bir yönüyle objektifleştirildiği belirtilmektedir. Kesin delille ispat zorunluluğu olarak da ifade edilen bu durumda, hâkimin delilleri takdir yetkisi kısıtlandığından bu delillerle ispat edilen bir vakıanın gerçekliği konusunda hâkimde hiçbir tereddüt oluşturmayacaktır ve buradaki ispat ölçüsü tam ispattır¹²³.

Anayasa m. 138/1'de ifade edildiği üzere, “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler”. Burada ifade edilen

119 Atalay, O. (2017). s. 1714; Atalay, O. (2001). s. 38; Başözen, A. (2010). s. 112; Tanrıver, S. (2021). s. 856. İspat ölçüsü teorileri hakkında bkz. Albayrak, H. (2013). s. 299-312.

120 Tanrıver, S. (2021). s. 857; Atalay, O. (2017). s. 1718-1719; Başözen, A. (2010). s. 114-115; Albayrak, H. (2013). s. 29.

121 Atalay, O. (2017). s. 1720; Albayrak, H. (2013). s. 30-31.

122 Tanrıver, S. (2021). s. 857; Türk hukukunda yaklaşık ispat ölçüsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Albayrak, H. (2013). s. 342-364.

123 Atalay, O. (2017). s. 1717.

hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre hüküm vermeleri ve HMK m. 198'de yer alan kanuni istisnalar dışında hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceğine ilişkin hükümler, ispat ölçüsünün tespitinde dikkate alınması gereken çerçeve normlardır¹²⁴. Hâkimde oluşacak vicdani kanaat ölçüsü, ispat ölçüsüne de esas oluşturmaktadır¹²⁵. Delillerin değerlendirilmesinin ise ispat ölçüsünden sonra geleceği, yani onu izleyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede hâkim, uygulanacak normdaki ispat ölçüsünü öncelikle belirlemeli; daha sonra bu ölçü çerçevesinde kendisinde kanaat oluşup oluşmadığını değerlendirmelidir¹²⁶.

Doktrinde bir görüşe göre yaklaşık ispatta, ispat ölçüsü düşürülmekle birlikte, delil sisteminin aynen geçerli olduğu ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle kesin delille ispatı gereken hususlar yine kesin delillerle ispat edilmelidir¹²⁷. Bir diğer görüş ise yaklaşık ispat durumunda hem serbest delil sistemi hem de bu delillerin serbestçe değerlendirilmesi sisteminin geçerli olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, yaklaşık ispat hâlinde, iddia olunan vakıanın bütün delillerle ispatı mümkündür. Hâkim bu deliller aracılığıyla kendi yaklaşık kanaatini oluşturur. Kanuni delil sistemi ve kesin delillerle ispat zorunluluğu kuralı yaklaşık kanaatin bünyesine uygun değildir¹²⁸.

Yaklaşık ispat hâlleri ya acele karar verilmesi gereken hâller veya tam ispatın mümkün olmadığı, tam ispatın beklenemeyeceği istisnai hâllerdir. Kanun açıkça veya dolaylı olarak yaklaşık ispata imkân tanımadıkça hâkim tam ispatı aramalıdır¹²⁹. Hukuki güvenliğin sağlanması bakımından tam ispat

124 Başözen, A. (2010). s. 113; Tanrıver, S. (2021). s. 856.

125 Atalay, O. (2017). s. 1716.

126 Başözen, A. (2010). s. 114.

127 Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2022). s. 588.

128 Albayrak, H. (2013). s. 114.

129 Atalay, O. (2017). s. 1720.

ölçüsü önemlidir. Hukuki güvenlik ilkesinin unsurlarından biri olan hukuki öngörülebilirlik, tarafların yargılama sürecinde mevcut delilleri ile yargılamanın ne kadar lehlerine olduğunu bilebilmelerini ve bu doğrultuda da davayı kazanma imkânları konusunda öngörü sahibi olabilmelerini gerekli kılar¹³⁰. Tam ispat ölçüsü söz konusu olduğunda, örneğin senetle ispat zorunluluğunun olduğu bir davada hâkimde vakıanın ispatı konusunda herhangi bir tereddüt olmayacaktır. Yaklaşık ispat ise bir yönüyle hukuki güvenliği sağlamak için hâkimin önüne gelen uyuşmazlığın nihai olarak çözümü kavuşturulması noktasında kolaylık sağlasa da bir vakıanın doğruluğu hakkında tam bir kanaat oluşmadan karar verilmesine yol açtığı için hukuki güvensizlik yaratabilir.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ispat hakkına yer vermekle birlikte, bu hakkın kapsam ve içeriği belirtilmemiştir. Ancak bu hakkın sınırları kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Buna göre hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin ispat aracı olarak mahkeme tarafından dikkate alınamayacağı gibi kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususların başka delillerle ispat olunamayacağı düzenlenmiştir.

İspat hakkının kullanımı ve bu hakka ilişkin yapılan hukuki düzenlemeler bakımından, hukuki güvenlik ilkesi ve bu ilkenin alt unsurları olarak kabul edilen hukuki belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik ilkelerinin sağlanması önem taşımaktadır. Bu kapsamda belirlilik ilkesi gereğince ilk olarak kanun koyucu ispat hakkına ilişkin düzenlemeleri yaparken bu hakkın içeriği ve sınırlarını açık bir şekilde ifade etmelidir. İspat hakkının düzenlendiği HMK m. 189'da ispat hakkı ve bu hakkın sınırlarına yer verilmiştir. Ancak bu hükümde ispat hakkının sınırlarına yer verilmekle birlikte, ispat hakkının kapsam ve

130 Bkz. Yuk. Başlık II, D, 2.

içeriğinin açıklanmadığı görülmektedir. Hukuki belirlilik açısından ispat kurallarına ilişkin taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olacağının düzenlendiği HMK m. 193/2 hükmü eleştirilmektedir. Hukuk kurallarının belirliliğinin yanı sıra mahkeme kararlarının da açık ve anlaşılır olması, gerekçe içermesi ve taraflara tebliğ edilmesi hususları önem taşımaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkelerinden biri de hukuki istikrardır. İspat kurallarında değişiklik ihtiyacı ortaya çıkması durumunda, bu değişiklikler yapılırken hukuki güvenliğin sağlanmasına dikkat edilmelidir. Hukuki istikrarın sağlanması bakımından ispat hakkını düzenleyen kurallarda ani ve büyük değişimler hukuki istikrarı bozarak ispat hakkını ihlal edebilmektedir. Taraflar yargılama sürecinde özellikle hukuki olarak öngörebilir durumda olmalıdır. Mevcut delilleri ile yargılamanın ne kadar lehlerine olduğu ve davayı kazanma imkânları konularında öngörü sahibi olabilmelidir. Sürpriz karar verme yasağının bu öngörülebilirliği sağladığı ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

- ALBAYRAK, Hakan (2013). *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema ve HANAĞASI, Emel (2022). *Medenî Usul Hukuku*, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ATALAY, Oğuz (2001). *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- ATALAY, Oğuz (2009). Delil Kavramı Üzerine, içinde Gürzumar, Osman Berat ve Pekcanıtez, Hakan (Ed.), *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I* (ss. 129-138), Ankara: Yetkin Yayınları.
- ATALAY, Oğuz (2017). *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık.
- ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim ve ERDOĞAN, Ersin (2023). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ATAR, Yavuz (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- BAŞÖZEN, Ahmet (2010). *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- BEKRİ, M. Nedim (2014). "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., ss. 203-228.
- BELGESAY, Mustafa Reşit (1950). *İsbat Teorisi*, İstanbul.
- BOLAYIR, Nur (2014). Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları, içinde Hanağası, Emel ve Göksu, Mustafa (Ed.), *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 1* (ss. 555-585), Ankara: Yetkin Yayınları.
- BÖRÜ, Levent (2016). *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- BUDAK, Ali Cem ve KARAASLAN, Varol (2023). *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ÇAĞLAR, Selda (2013). *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ÇİFTÇİ, Pınar (2018). *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- DÖNER, Ayhan (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERDOĞAN, Mustafa (2017). *Anayasal Demokrasi*, 13. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- ERMENEK, İbrahim (2000). "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4., S. 2., ss. 142-180.
- ERMENEK, İbrahim (2013). "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 9., S. 26., ss. 3-55.
- GASSER, Dominik ve RİCKLİ, Brigitte (2014). *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*, 2. Nachgeführte Auflage, Zürich: Dike Verlag.
- GÖRGÜN, L. Şanal, BÖRÜ, Levent ve KODAKOĞLU, Mehmet (2021). *Medeni Usul Hukuku*, 28.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- HANAĞASI, Emel (2016). *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- HATİPOĞLU, Tahsin (2020). *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sözleşmeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- KALE, Serdar ve KESER, Salih (2015). “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21., S. 2., ss. 701-726.
- KILIÇOĞLU, Evren. (2021). *Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KONURALP, Haluk (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Tıpkı Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KORKMAZ, Cansu (2017). “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *YBHD*, S. 3., ss. 215-276.
- KÖKSOY, Mesut (2018). *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KÖKÜSARI, İsmail (2015). *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KURU, Baki ve AYDIN, Burak (2022). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- OBERHAMMER, Paul, DOMEJ, Tanja ve HAAS, Ulrich (2014). *Kurzkomentar ZPO*, 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- OKUMUŞ, Nagehan (2010). *Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum: Atatürk Üniversitesi SBE.
- OKUMUŞ, Nagehan (2018). “Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK M. 439/ 2, F)”, *EBYÜHFD*, C. XXII., S. 1-2., ss. 191-208.

- ÖZBAY, İbrahim (2001). “Hakem Kararlarında Gerekçe”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXI., S. 2., ss. 299-322.
- ÖZBAY, İbrahim ve YARDIMCI, Taner Emre (2021). *Tebliğat Hukuku*, 7101 Sayılı Kanun ile Güncellenmiş ve Son Değişiklikler İşlenmiş 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÖZEKES, Muhammet (2003). *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZPOLAT, Haşim (2018). “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri”, *TAAD*, S. 33., ss. 609-622.
- PEKCANITEZ, Hakan (1997). “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2., s. 35-55.
- PEKCANITEZ, Hakan (2000). “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, içinde Gören, Zafer (Ed.), *Seyfullah Edis’e Armağan* (ss. 753-791), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını .
- PEKCANITEZ, Hakan (2009). *Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*, içinde Gürzumar, Osman Berat ve Pekcanitez, Hakan (Ed.), *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. I (ss. 789-850), Ankara: Yetkin Yayınları.
- PEKCANITEZ, Hakan (2017). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Erozyon Süreci”, *TBB Dergisi*, S. 133., ss. 211-260.
- PEKCANITEZ, Hakan (2019). “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, S. 144., ss. 383-419.
- PEKCANITEZ, Hakan ve YEŞİLİRMAK, Ali (2017). *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. III, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz ve ÖZEKES, Muhammet (2022). *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- POSTACIOĞLU, İlhan E. (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral (2009). “Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku”, *DEÜHFD*, C.11., Özel Sayı., ss. 553-574.
- TANRIVER, Süha (2004). “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53., ss. 191-215.
- TANRIVER, Süha (2007). Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, içinde *Makalelerim I* (ss. 1985-2005), Ankara: Asil Yayınları.
- TANRIVER, Süha (2021). *Medeni Usul Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması)*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- TORAMAN, Barış (2014), “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16., Özel Sayı., ss. 1483-1523.
- TUTUMLU, Mehmet Akif (2010). Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, içinde Arkan, S. (Ed.), *Fırat Öztan’a Armağan*, C. II (ss. 2155-2162), Ankara: Turhan Kitabevi.
- VAROL, Asaf ve BAŞTÜRK, İhsan (2015). “Hukuki ve Teknik Boyutuyla Elektronik Tebligat ile Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1., ss. 263-278.
- YAVAŞ, Murat (2009). *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil (1990). *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul: Kazancı Yayınları.

YILDIRIM, Mehmet Kamil (2017). *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Burcu Meydan Ayvaz, B. No: 2020/24323, 29/3/2023.

Türkan Bal, B. No: 2013/6932, 6/1/2015.

Arman Mazman, B. No: 2013/1752, 26/6/2014.

Aşır Tunç, B. No: 2015/17453, 22/1/2019.

Talet Şanlı, B. No: 2017/20526, 17/1/2023.

Ümran Özkan, B. No: 2019/13338, 8/3/2023.

Delil Metin, B. No: 2019/1419, 18/1/2023.

Ali Tulumcu, B. No: 2017/18458, 10/2/2021.

Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013.

Yusuf Sulusaray, B. No: 2020/2316, 12/1/2023.

Gülhan İpek, B. No: 2020/3539, 3/5/2023.

Merve Raşa, B. No: 2020/3429, 3/5/2023.

Cihangir Akyol, B. No: 2021/33759, 23/2/2023.

AYM, E.2003/30, K.2003/38, 29/4/2003.

AYM, E.2006/124, K.2009/146, 15/10/2009.

AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.

AYM, E.2016/10, K.2016/36, 5/5/2016.

Yargıtay Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/2/2022 tarihli ve E. 2020/(22)9-700, K. 2022/207 sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 22/05/2017 tarihli ve E. 2017/5353, K. 2017/6076 sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 25/01/2018 tarihli ve E. 2016/8831, K. 2018/696 sayılı kararı.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 25/01/2018 tarihli ve E. 2015/39741, K. 2018/654 sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27/10/2011 tarihli ve E. 2010/17304, K. 2011/17480 sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14/03/2016 tarihli ve E. 2015/14211, K. 2016/4899 sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 04/07/2017 tarihli ve E. 2016/2713, K. 2017/8245 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15/02/2023 tarihli ve E. 2022/17925, K. 2023/2356 sayılı kararı.



İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA YATAY ETKİ VE ANAYASA MAHKEMESİNİN KAVRAMA BAKIŞI

*The Horizontal Effect in the Protection of Human Rights and the
Perspective of the Constitutional Court*

Dr. Öğr. Üyesi Seyithan KAYA*

ÖZ

İnsan hakları günümüzde devletlerin ve kültürlerin sınırlarının ötesinde bütün insanlık tarafından kabul gören ve ortak koruma mekanizmalarına sahip olan değerler sisteminin ve hukuk mekanizmalarının meşru zeminini oluşturmaktadır. Bu işlevi ile insan hakları tek tek bireyleri koruyarak aslında aynı zamanda değerleri, hukuk sistemini ve toplum düzenini korumakta ve gelişmesine katkı sunmaktadır. Bu itibarla insan haklarının önemi ve etkisi ihmal edilmemeli ve sürekli olarak gelişimi konusunda daha fazla gayret gösterilmelidir. Ancak tarihsel süreç içerisinde kimi dönemlerde insan hakları ihlal ya da ihmal edilmiştir. Bu ihlal ve ihmaller çoğunlukla dikey, ancak bazen de yatay şekilde gerçekleşmiştir. İnsan haklarının dikey olarak ihlal edilmesi durumunda olayın taraflarından biri hep devlet olmuştur. İnsan haklarının yatay ihlallerinde ise devlet doğrudan olmasa bile dolaylı olarak taraf olmuştur. Bilhassa savaş ve ekonomik bunalım gibi olağanüstü dönemlerde insan hakları daha fazla görmezden gelinmiş, yani ihmal ve hatta doğrudan ihlal edilmiştir.

* Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, kayaseyithann@gmail.com.tr, ORCID: 0000-0002-4943-4534.

Fakat bütün olumsuzluklara rağmen insan hakları hem teorik hem de koruma mekanizmaları anlamında gelişmiş ve güçlendirilmiştir. Nihai olarak bütün insanlığın üzerinde uzlaştığı temel husus, insan haklarını daha fazla geliştirmek ve daha iyi bir biçimde güvence altına almak olmuştur. Bu amaç doğrultusunda ulusal ve uluslararası kurumlar oluşturulmuştur. Ulusal düzeydeki önemli kurumlardan biri de Anayasa Mahkemesidir. Türk Anayasa Mahkemesi, özellikle bireysel başvuru mekanizmasının kabul edilmesinden sonra, insan haklarını koruma ve geliştirme konusundaki işlevini titizlikle yerine getirmektedir. Çalışmada, insan haklarının yatay ve dikey etkileri açıklanmak suretiyle, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru ile ilgili önemli bazı kararları doğrultusunda insan haklarının korunmasında yatay etkinin önemi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yatay ve Dikey Etki, İnsan Hakları, Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, İdare.

ABSTRACT

Human rights, today, form the legitimate basis for a system of values and legal mechanisms, that are universally accepted and equipped with common protective mechanisms transcending national borders and cultures. By virtue of this function, human rights not only protect individual rights, but also contribute to the preservation and development of values, the legal system, and the social order. Therefore, the significance and influence of human rights should not be underestimated, and continuous efforts should be made to promote their ongoing progress. Nevertheless, human rights have been violated or neglected at various points throughout history. These transgressions have primarily occurred vertically, but occasionally, also horizontally. In cases of vertical human rights violations, one of the parties involved has consistently been the state. Conversely, in cases of horizontal human rights violations, the state has been indirectly involved, even if not directly. Particularly during extraordinary periods times of war and economic crises, human rights have been more frequently disregarded, or worse, neglected and directly violated. However, despite these setbacks, human rights have devolved and strengthened, both in theory and in terms of protective mechanisms. Ultimately, the fundamental consensus of all humanity has been to enhance and better safeguard human rights. In pursuit of this goal, national and international institutions have been established. One of the most significant institutions at the national level is the Turkish Constitutional Court. The Turkish Constitutional Court, especially after the adoption of the individual application mechanism, diligently fulfills its function in safeguarding and advancing human rights. In this study, the significance of horizontal impact in the protection of human rights is examined, by elucidating both the horizontal

and vertical effects of human rights, drawing from several significant decisions of the Constitutional Court concerning individual applications.

Keywords: Horizontal and Vertical Effect, Human Rights, Individual Applications, Constitutional Court of the Republic of Türkiye, Administration.

GİRİŞ

İnsan hakları kavramı “insanın insan olmasından dolayı sahip olduğu hakların tamamı”¹ şeklinde tanımlanmaktadır. İnsan haklarının öznesi olmak için insan olarak doğmak yeterlidir. Zira insan hakları insanın kendi doğasından² kaynaklanan haklardır. İnsan haklarını herkesin onurlu bir şekilde³ yaşayabilmesi için sahip olduğu⁴ ve korunması gereken haklar olarak da ifade etmek mümkündür.

İnsan hakları aslında insani varoluşu anlamlı kılan ve asgari düzeyde de olsa insanca bir yaşam sağlayan değerler sistemidir⁵. Bu nedenle insan haklarını pozitif hukuktan kaynaklanan haklar olarak ifade etmek doğru değildir. Aksine insan haklarını ahlaki değerlerden kaynaklanan, doğrudan insanın onuru ve doğası⁶ ile ilgili olan bir değerler sistemi olarak ifade

- 1 Donnelly, J. (1995). *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Erdoğan, M. ve Korkut, L., (Çev.), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 29. İnsan hakları, temel haklar ve anayasal haklar kavramları hakkında geniş bilgi için bkz. Gören, Z. (2020). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 461-474; Kuçuradi, İ. (2011). *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, s. 69-76; Erdoğan, M. (2012). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Yayınları, s. 117 vd.; Çaha, Ö. (1996). “Birey-Devlet İlişkisi Çerçevesinde Türkiye’de İnsan Hakları”, *Liberal Düşünce*, C.1, S. 1, s. 101-107; Sodiki, A. (2012). “Vatandaşların Anayasal Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesi’nin Rolü (Endonezya Anayasası’na Dayalı Bir Değerlendirme)”, *Anayasa Yargısı*, C. 29, s. 259-298; Kaya, E. (2014). “Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4, s. 573-605; Yüksel, M. (2007). “İnsan Haklarının Sosyo-Tarihsel Temelleri”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 25, s. 1-19; Şahin, A. (2010). “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *AÜHFD*, C. 59, S. 4, s. 716-717.
- 2 İnsan hakları ve insan doğası teorileri hakkında detaylı bilgi için bkz. Donnelly, J. (1995). s. 32 vd.
- 3 İnsan onuru (human dignity) kavramı için bkz. Kuçuradi, İ. (2011). s. 69-76; Kaya, E. (2014). s. 596.
- 4 Donnelly, J. (1995). s. 27.
- 5 Sunay, R. (2015). “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, C. 1, s. 9-52.
- 6 Donnelly, J. (1995). s. 74-76; Uygun, O. (2000). “İnsan Hakları Kuramı”, Tankuter, K. (Edt.), *İnsan Hakları*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 14.

etmek daha doğru olur. Bir değerler sistemi olan insan haklarının kapsamı ve hangi yollarla korunacağı meselesi hukuki, bilimsel, felsefi ve bilhassa siyasi anlamda sürekli olarak tartışılmaktadır. Genel olarak insan hakları alanı sürekli olarak genişletilmekte ve bu bağlamda temel hak ve hürriyetler tasnif edilmeye çalışılmaktadır⁷. Bu tasniflerden biri 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yapılan tasniftir. Buna göre insan hakları Birinci Kuşak Hakları (Medeni ve Siyasi Haklar/Klasik Haklar)⁸, İkinci Kuşak Hakları (20'nci yüzyılda gelişen Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar)⁹ ile Üçüncü Kuşak Hakları (çevre, gelişme ve barış hakkı gibi dayanışma hakları) diye sınıflandırılmaktadır¹⁰. Georg Jellinek tarafından geliştirilen ve "*Jellinek Üçlüsü*" olarak ifade edilen tasnife göre temel hak ve hürriyetler üç gruba ayrılır: Negatif statü hakları, pozitif statü hakları, aktif statü hakları¹¹.

Bu noktada tartışılan husus, idarenin/devletin yukarıda belirtilen hakları koruma ve geliştirme konusundaki sorum-

7 İnsan hakları ve temel haklar kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. Gören, Z. (2020). s. 461 vd.

8 Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nde düzenlenen medeni/kişisel ve siyasi haklar: Yaşama hakkı, kölelik yasağı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, seyahat hakkı, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, özel hayat hakkı, ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, azınlıkların korunması, hukuk önünde eşitlik, keyfi tutuklanma yasağı.

9 Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, BM Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı tarafından tanımlanıp korunan Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar: Çalışma hakkı, sendikal haklar, adil ve uygun işte çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması hakkı, yaşama ve sağlık standardı hakkı, eğitim hakkı, kültürel yaşama katılma hakkı.

10 Uygun, O. (2000). s. 21 vd. Son zamanlarda doktrinde su hakkı, bilimin kötüye kullanılmaması (insan kopyalamama) hakkı gibi dördüncü kuşak haklarının da tartışılmakta olduğunu ifade etmeliyiz. Bu konuda bkz. Turhan, A. (2013). "İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, s. 357-378.

11 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Jellinek, G. (1913). *L'Etat Modern et son droit*, C. II, Paris: Girard et Brière, s. 51-57.

luluğunun kapsamıdır. İnsan haklarını koruma ve geliştirme konusunda dar anlamda idarenin geniş anlamda ise devletin negatif (müdahale etmeme) ve pozitif (olumlu edimde bulunma) yükümlülükleri vardır¹². Günümüzde, devletin negatif yükümlülüğünden ziyade daha aktif ve maliyetli olan pozitif yükümlülüğü, yani geliştirme ve koruma yükümlülüğü gideerek artmaktadır¹³. Ulaşılan çağdaşlık seviyesi, devletlere daha fazla sorumluluk yüklemektedir. Dolayısıyla devletlere kişilerin haklarını koruma ve geliştirme konusunda daha fazla sorumluluk düşmektedir. 17'nci ve 18'inci yüzyıllardaki gibi insan hakları konusunda devletten hareketsiz kalmasının beklenmesinden, yani devlete karşı “*gölge etme başka ihsan istemez*” düşüncesinden daha ileri bir aşamaya, insan haklarını tanıma, koruma, uygulama ve geliştirme aşamasına geçilmiştir¹⁴.

Bu aşamada devletin insan haklarını ihlal etmeme yükümlülüğü ile beraber bir insanın da başka bir insanın haklarını ihlal etmesini engellemesi, bu sayede ayrıca bireyin haklarını koruması ve geliştirmesi yükümlülüğü bulunduğu düşüncesi hâkim olmaya başlamıştır. Diğer bir ifadeyle insan haklarının kendine has yapısından dolayı, insan hakları ihlalleri hem birey ile devlet hem de birey ile birey arasındaki ilişkilerde ortaya çıkabileceği düşüncesi kabul edilmeye başlanmıştır. Bu bakımdan insan haklarının etkisinin çift yönlü olduğundan bahsetmek gerekir. İnsan haklarının yapısı gereği ilk etki, birey ile devlet/idare arasındaki “*insan haklarının dikey etkisi*” dir. İkinci etki ise birey ile birey arasındaki ilişkilerde görünüm

12 Erdoğan, M. (2012). s. 117 vd.; Çetin, E. (2015). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 54-60; Boyar, O. (2013). “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde İnceoğlu, S., (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 54.

13 Çetin, E. (2015). s. 55.

14 Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülüğü olarak tanıma, koruma ve tedarik etme yükümlülüğü hakkında ayrıca bkz. Erdoğan, M. (2012). s. 117-121.

kazanan “*insan haklarının yatay etkisi*”dir. İnsan haklarının dikey etkisi egemenlik yetkisine sahip ve daha güçlü olan devlet ile birey arasındaki ilişkilerde ortaya çıkar ve muhatabı insan haklarına sahip olamayan devlettir¹⁵. Bu konudaki insan hakları ihlalleri de tek taraflı olarak daha güçlü konumda olan devlet tarafından gerçekleştirilmektedir¹⁶. Bu nedenle insan haklarının ilk ortaya çıkışında, devlet ile birey arasındaki ilişkileri düzenlemek, daha güçlü konumda olan devleti sınırlandırmak, devleti hukuka saygılı davranmaya ve uygun hareket etmeye zorlamak gibi fikirler yatmaktadır.

Gelinen nokta itibarıyla artık kişiler arasındaki ilişkilerde de insan hakları hukuku kurallarının geçerli olabileceği, diğer bir ifadeyle iki özel hukuk kişisi arasında da insan haklarının etkisi olabileceği kabul edilmeye başlanmıştır. Eşit konumda olan ve temel hak ve hürriyetlere sahip olan iki birey arasındaki uyumsuzlıklardan da insan hakları ihlallerinin ortaya çıkabileceği, özellikle Alman hukukunda, kabul edilmiş ve şekillenmiştir¹⁷.

Çalışmada öncelikli olarak insan haklarının korunmasında önemi olan yatay etki kavramı açıklanacak ve devamında Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında yatay etkiye ne kadar yer verdiği incelenmek suretiyle Mahkemenin yatay etkiye ilişkin yaklaşımı ortaya konulacaktır.

15 Boyar, O. (2013). s. 56.

16 İnsan haklarının devlete karşı olma niteliğiyle ve devletin negatif yükümlülüğüyle doğrudan ilgilidir. Bkz. Erdoğan, M. (2012). s. 117-119.

17 Çetin, E. (2015). s. 75-76; Ergül, O. (2013). “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanın Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, *Erdal Onar’a Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 438-440. Anayasal hakların yatay etkisi için bkz. Chirwa, D. M. (2006). “The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective”, *Journal of Uwc Faculty of Law*, C. 10, S. 2, s. 31-34.

I. İNSAN HAKLARININ YATAY ETKİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

İnsan hakları, evrensellik ve doğuştan olmak gibi farklı nitelikleri haizdir. Klasik anlayışta insan hakları siyasi niteliklidir ve devlete karşı ileri sürülebilir. Bu yaklaşım insan hakları ve temel hürriyetlerin korunması bakımından sorumlu olanın yalnızca devlet olduğu prensibine dayanır¹⁸. Ancak zamanla bu yaklaşım terk edilmiştir. Zira artık özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde ve özel hukuk kurallarının uygulanmasında da insan hakları ve temel hürriyetlerin ilke olarak dikkate alınması düşüncesi gelişmiştir.

Bu bakımdan ilk yaklaşımın sonucu olan dikey etkinin yanı sıra insan hakları ve temel hürriyetlerin özel hukuk ilişkilerinde, yani aynı statüde olanlar arasındaki hukuki uyumsuzluklarda da etkisinin olduğu fikri benimsenmeye başlanmıştır. Çalışmanın bu kısmında dikey etki özet olarak yatay etki ise daha detaylı bir biçimde incelenerek AYM'nin konuya bakışı önemli bazı kararları çerçevesinde tespit edilecektir.

B. İNSAN HAKLARININ DİKEY ETKİSİ

İnsan hakları, insan olmanın tabiatından kaynaklı ve doğuştan kazanılan haklardır. Dolayısıyla bu hakların kazanılmasında bir sözleşmenin kurulması veya hak kazandırıcı bir idari işlemin yapılmasına gerek yoktur. İnsan hakları, insan onurunun¹⁹ ve tabiatının bir sonucu olduğundan eşit bir şekilde herkesin sahip olduğu haklardır. Ancak bu düşüncenin ortaya çıkması pek de kolay olmamış; insanlık için nispeten daha geç dönemlerde gerçekleşmiştir. İnsan haklarının sis-

18 İnsan haklarının devlete karşı olma özelliği için bkz. Erdoğan, M. (2012). s. 117-121.

19 İnsan onuru kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. Gören, Z. (2020). s. 564-572.

tematik olarak tanımlanıp doktrin hâline gelmesi ise ancak 17'nci yüzyıldan itibaren mümkün olabilmiştir²⁰. Bu dönemlerde genel olarak insan hakları ihlalleri de idarenin/devletin işlem ve eylemlerinden kaynaklanmıştır. Bu nedenle insan hakları teorisi konusundaki ilk gelişmeler, insan haklarının bireye karşı daha güçlü konumda bulunan devlete karşı korunması hususunda ortaya çıkmıştır. İnsan hakları ihlallerini yapanlar da genellikle devletin görevlileri, yani kamu görevlileri olmuştur. Bu nedenle insan hakları ilk olarak devlet ile birey arasındaki dikey ilişkilerde, diğer bir ifadeyle farklı hukuki kişilikler arasında ortaya çıkmıştır. Devlet ile birey arasındaki bu ilişki insan haklarının dikey etkisi olarak ifade edilmektedir²¹. Temel hak ve hürriyetlerin anayasalar tarafından

20 13'üncü yüzyılda (1215 yılında) Kral tarafından ilk olarak imzalanan, kralın yetkilerini kısıtlayan ve halka bazı hak ve hürriyetleri tanıyan "Magna Carta Libertatum" dışında insan hakları teorisine ilişkin asıl gelişmeler 17'nci ve 18'inci yüzyıllarda olmuştur. 17'nci yüzyılda "doğal haklar" adı altında insan haklarını ilk dile getiren *John Locke*'dur. *Locke*'u 1791 tarihli "Rights of Man" adlı kitabı ile Thomas Paine takip etmiştir. Yine 17'nci yüzyıldaki 1628 tarihli "Petition of Rights/Haklar Dilekçesi", 1679 tarihli "Habeas Corpus Act", 1688 tarihinde İngiliz Parlamentosunca kabul edilen "Bill of Rights/Haklar Bildirisi" insan haklarına ilişkin en önemli belgelerdir. İnsan haklarının tarihi, kökeni ve felsefesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doebling, K. (2002). *Genel Devlet Kuramı*, Mumcu, A. (Çev.), İstanbul: İnkılap Yayınevi, s. 259-269; Ünal, Ş. (1994). "İnsan Haklarının, Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 1, s. 41-74; Erdoğan, M. (2012). s. 127-134; Gören, Z. (2020). s. 467 vd.

21 Sunay, R. (2015). s. 11; Öktem Songu, S. (2013). "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. Özel Sayı, s. 624; Poroy, M. A. (2006). "Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 3, s. 1005; Williams, A. ve Phillipson, G. (2011). "Horizontal Effect and the Constitutional Constraint", *Modern Law Review*, C. 74, S. 6, s. 3-5; Dönmezkuş, D. (2019). *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 21-2; Karan, U. (2006). *Türkiye'de Sosyal Hakların Mahkemeler Önünde İleri Sürülebilirliği ve Yüksek Yargı Organlarının Sosyal Haklara Yaklaşımı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (İnsan Hakları Hukuku), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 10; Çetin, E. (2015). "İHAS'ın 8-11. Maddeleri Kapsamında Özel Hukuk İş ilişkisinde Çalışanların Haklarının Korunması", içinde VII. *Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu*, Ankara: Sistem Ofset Yayıncılık, s. 321-346.

güvenceye alınmasının ilk amaçlarından biri de temel hak ve hürriyetlere sahip olan bireyi devlete karşı korumaktır. Diğer bir anlatımla bireye karşı daha güçlü konumda olan devletin iktidarını ve müdahalesini sınırlandırmaktır. Bu gelişim çerçevesinde hak ve hürriyetlerin keyfî müdahaleye açık olduğu toplumlarda insan hakları ve temel hürriyetlerin korunması devletin ve siyasi iktidarın sınırlandırılması adına anayasacılık hareketleri ortaya çıkmıştır. Bu fikir ve daha sonra fiiliyata dönüşen düşünce hareketinin temelinde de devletin haklara yönelik keyfî müdahaleleri vardır²². Dolayısıyla insan hakları öncelikli olarak dikey etki etrafında gelişme göstermiştir.

C. İNSAN HAKLARININ YATAY ETKİSİ

1. Genel Olarak Yatay Etki Kavramı

İnsan hakları ve temel hürriyetlerin felsefesinde kişiyi devlet otoritesine karşı korumak, devlet otoritesini sınırlandırmak ve devletin keyfî muamelede bulunmasını engellemek fikri yatmaktadır. Bu nedenle başlangıçta bireyi devlete karşı koruma fikri esas alınmıştır. Ancak artık dördüncü kuşak haklarının tartışıldığı bu dönemde bireyi devlete karşı koruma fikri, gerekli etkinliği sağlama konusunda yetersiz kalmaktadır. İnsan haklarının tam anlamı ile gerçekleşebilmesi, korunabilmesi ve bireyin daha onurlu bir hayat sürdürebilmesi için bireyin sadece idarenin eylem ve işlemlerine karşı korunması yeterli değildir. Aynı zamanda bireyin temel hak ve hürriyetlerinin diğer bireylerden gelecek saldırılara karşı ve hatta dijital teknolojilere karşı da korunması gerekir²³. Zira bu, devletin koruma yükümlülüğü kapsamındadır²⁴. Ancak

22 Anayasacılık kavramı, Anayasacılığın fikri ve tarihsel temelleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Keskin, E. (2020). *Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 27 vd.

23 Temel hak ve hürriyetlerin dijital teknolojilere karşı korunması hakkında bkz. Kurt, T. (2023). "Panoptikondan Data Diktatörlüğüne: Özgürlüğün Sonu mu?", *TOGÜHFD*, C. 1, S. 2, s. 154-157.

24 Erdoğan, M. (2012). s. 119-120.

bu şekilde birey, temel hak ve hürriyetleri bakımından yeterli korumaya kavuşmuş olur. Bireyin refah ve güven içinde yaşayabilmesi için sadece idarenin işlem ve eylemlerinden değil, aynı zamanda diğer bireylerin fiillerinden de emin olması gerekir. Bu nedenle sadece dikey ilişkilerde ortaya çıkan ihlallerden değil, aynı zamanda birey ile birey arasındaki ihlallerden de bireyin korunması gerekir.

Birey ile birey arasındaki ilişki, insan haklarının yatay etkisi olarak ifade edilmektedir. İnsan haklarının yatay etkisi kavramı için yaygın olarak Alman hukukunda “*üçüncü taraf etkisi/third party effect*” anlamında “*drittwirkung*”, Amerikan hukukunda ise “*devlet eylemi doktrini*” anlamında “*state action doctrine*” ifadeleri tercihen kullanılmaktadır²⁵. Yatay etki kavramı da doğrudan yatay etki “*direct horizontal effect/unmittelbare drittwirkung*” ve dolaylı yatay etki “*indirect horizontal effect/mittelbare drittwirkung*” şeklinde ikili bir ayırımı tabi tutulmaktadır. Gören ise “*üçüncü taraf etkisi*” kavramı yerine “*üçüncü kişilere etki*” kavramını kullanmıştır²⁶.

25 “Devlet eylemi doktrini (state action doctrine)” hakkında detaylı bilgi için bkz. Garbdaum, S. (2003). “The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights”, *Michigan Law Review*, C. 102, s. 412 vd.; Dönmezkuş, D. (2019). s. 119 vd.

26 Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gören, Z. (2001). “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, içinde *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar I*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 1-33; Collins, H. (2012). “On the (In) compatibility of Human Rights Discourse and Private Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, C. 7, www.lse.ac.uk (Erişim Tarihi: 7/1/2021), s. 1-44; Alexy, R. (2012). *A Theory of Constitutional Rights*, Julian, R., (İngilizceye Çev.), Oxford: Oxford University Press, s. 352 vd.; Ergül, O. (2013). s. 438-440; Şahin, A. s. 717; Williams, A. ve Phillipson, G. (2011), s. 5-13; Dönmezkuş, D. (2019). s. 49 vd.; Phillipson, G. (1999). “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: A Bang or a Whimper?”, *The Modern Law Review*, C. 62, S. 6, s. 826-827; Perdecioğlu, İ. E. (2020). “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, *TAAD*, C. 11, S. 43, s. 54-55.

2. Yatay Etki Kavramının Önemi

İnsan haklarının dikey etkisi ve bu uygulamadan kaynaklanan insan hakları ihlallerini önlemek uzun yıllardan beri kabul edilen konulardır. Bilindiği üzere son dönemlere kadar insan hakları hukukuna ilişkin anayasal düzenlemeler devlet ile birey arasındaki ilişkileri düzenlemeye ve buradan kaynaklanan ihlalleri önlemeye yönelik olmuştur. Buna bağlı olarak devletten kaynaklanan insan hakları ihlalleri de dikey insan hakları ihlalleri olarak ifade bulan devlet ile birey arasında meydana gelen ilişkilere yöneliktir²⁷.

Bu bağlamda anayasal hükümlerle devletlere insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve geliştirmek için birtakım görevler ve yükümlülükler verilir. Ancak yatay ilişkilerde, son dönemlere kadar, devletlere ya çok az yükümlülük yüklenilmiş ya da hiç yükümlülük yüklenilmemişti²⁸. Zira insan haklarına ilişkin anayasal hükümler genel olarak yatay ilişkiler üzerinde (birey-birey) değil, dikey ilişkiler üzerinde (devlet-birey ilişkilerinde) belirginleşmekteydi.

Birey ile birey arasındaki ilişkiler (yatay ilişkiler) ise daha ziyade özel hukukta düzenlenir ve buradan kaynaklanan uyuşmazlıklar da çoğunlukla adli yargıda çözülür²⁹. Ancak geline nokta itibarıyla toplumda adaletin tesis edilmesi

27 Sunay, R. (2015). s. 11; Şahin, A. (2010). s. 717.

28 Knox, J. H. (2008). "Horizontal Human Rights Law", *The American Journal of International Law*, C. 102, S. 1, s. 1.

29 05/05/2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 148'inci maddesinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan bireysel başvuru yolunun getirilmesi ile beraber özel hukuk kişilerinin anayasa yargısına süje olarak katılması mümkün kılınmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesine sadece dikey ilişkilerden kaynaklanan hak ihlallerinden dolayı bireysel başvuru yapılabilmektedir. Yatay ilişkilerden kaynaklanan hak ihlallerinden dolayı AYM'ye başvurmak mümkün değildir. Fakat gelecekte yatay ilişkilerden kaynaklanan hak ihlallerinin de anayasa yargısının konusu olabileceği kanaatindeyiz. Türk Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaya, S. ve Kurt, T. (2023). *Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 177 vd.

ve bireyin yaşamını insan onuruna yaraşır bir biçimde sürdürebilmesi için birey ile devlet ilişkilerinde ortaya çıkan insan hakları ihlallerinin önlenmesi yeterli olmadığından özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan bazı uyuşmazlıklarda da insan haklarının dikkate alınması gerektiğinin kabul edilmesi gerekir.

Bu yönde dikey etki ile beraber yatay etkinin de anayasalarla düzenlenmesi ve korunması hususu bilhassa son yıllarda doktrinde tartışılmaktadır. Artık özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan bazı ihlallerin de insan hakları ihlalleri olarak kabul edilmesi ve anayasa hukukunun konuları arasına dâhil edilme gereği sıkça dile getirilmektedir.³⁰ Zira artık devletlerin sadece insan hakları ihlallerinden kaçınarak, yani sadece negatif yükümlülüklerini yerine getirerek insan haklarını korumakta yetersiz kalındığı, dolayısıyla devletlerin bireyler arasındaki yatay ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da insan haklarını korumaları gerektiğine dair görüşler giderek artmaktadır³¹.

Anayasa hükümlerinin yatay ilişkilerde uygulanmasına ilişkin anayasalarda ya da kanunlarda açık düzenlemelerden bahsetmemiz mümkün değildir.³² Yatay etki konusu, daha

30 Anayasa hükümlerinin özel hukuk alanında; özel hukuk kurallarının anayasaya uygunluk denetimi (norm denetimi), özel hukuktaki boşlukların anayasal hükümlere uygun olarak giderilmesi ve anayasal normların doğrudan özel hukuka uygulanması şeklinde farklı etkilerinin olabileceği doktrinde ifade edilmiştir. Kaneti, S. (1989). "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 6, s. 20 vd.

31 Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alexy, R. (2012). s. 354 vd.; Knox, J. H. (2008). s. 19; Doebring, K. (2002). s. 262-265; Çetin, E. (2015). s. 74 vd.; Boyar, O. (2013). s. 56 vd.; Poroy, M. A. (2006). s. 1006-1011; Sunay, R. (2015). s. 12 vd.; Dönmezkuş, D. (2019). s. 52 vd.; Gülerci, A. F. (2022), "Anayasa ve Özel Hukuk İlişkileri Bağlamında Ticari Nitelikli Mülkiyet Hakkının Korunması, *AkdHFD*, C. 12, S. 1, s. 246 vd.

32 Anayasal hükümlerin özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanmasına ilişkin tartışmalar hakkında bz. Boyar, O. (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 88-89; Gülerci, A. F. (2022). s. 250 vd.

çok doktrindeki tartışmalarda ve mahkeme kararlarında yer bulmuştur. Anayasal hükümlerin yatay ilişkilerde uygulanabilmesi sorunu bilhassa 1950'li yıllardan itibaren Alman doktrininde ve Alman mahkeme kararlarına konu edinilmiş ve tartışılmıştır³³. Ancak konuya ilişkin tartışmalar günümüzde de canlılığını korumakta ve giderek artmaktadır. Alman doktrininde tartışılmaya başlanan anayasal hükümlerin yatay ilişkilerde uygulanması sorunu artık hukukumuzda da yoğun bir biçimde tartışılmaktadır³⁴.

Bu konudaki temel sorunlardan biri yatay insan hakları ihlallerinden dolayı devletin sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Buna cevap olarak yatay insan hakları ihlallerinden de devletin sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Zira devletin bireyleri koruma yükümlülüğünden hareketle bireyler arasındaki ihlalleri önlemek de devletin temel görevlerinden biridir³⁵. Devletin insan haklarını koruma, insan hakkı ihlallerini önleme ve ihlal durumunda ilgili kişiler hakkında soruşturma açma, yargılama ve gerektiğinde ihlalleri telafi etme amacı ile tazminat ödeme gibi birtakım yükümlülükleri vardır³⁶. Devletin bu yükümlülükleri hem dikey insan hakları ihlallerinde hem de yatay insan hakları ihlallerinde söz konusudur.

33 Federal Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.1975 tarihli kasdi çocuk düşürmeye dair kararı ve 15.01.1958 tarihli kararı, Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin 11.03.1966 tarihli kararı, Federal İş Mahkemesi'nin 02.12.1954 tarihli kararı için bkz. Doebling, K. (2002). s. 262-266.

34 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Collins, H. (2012). s. 1-44; Alexy, R. (2012). s. 354-355; Gören, Z. (2001). s. 1-33; Doebling, K. (2002). s. 262-266; Boyar, O. (2013). s. 56 vd.; Çetin, E. (2015). s. 74 vd.; Dönmezkuş, D. (2019). s. 116-119; Gedik, Ö. (2023). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi (Anayasa Mahkemesinin ilk elli yılı: 1962-2012)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 124-127.

35 Knox, J. H. (2008). s. 2. Benzer görüşler için bkz. Ergül, O. (2013). s. 438-439; Şahin, K. (2013). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 3, s. 63. Devletin koruma yükümlülüğü için ayrıca bkz. Erdoğan, M. (2012). s. 119-120.

36 Sunay, R. (2015). s. 27.

3. “Yatay Etki”nin Türleri

Doktrinde yatay etki farklı türlerde ele alınmakta ve incelenmektedir³⁷. Ancak temelde iki ayrımdan söz etmek çalışmanın konusu ve metodolojisi açısından yeterli görülmektedir. Bu ikili ayrım “doğrudan yatay etki” ve “dolaylı yatay etki” şeklindedir³⁸.

a. Doğrudan Yatay Etki

Doğrudan yatay etki (*direct horizontal effect*), insan haklarına ilişkin anayasal hükümlerin özel hukuk uyumsuzluklarında da uygulanması olarak ifade edilir. Alman doktrininde anayasal hükümlerin kişiler arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulanması konusunda bazı görüş farklılıkları vardır³⁹. Bu teoriye ilişkin Alman doktrinde farklı görüşlerin olmasıyla beraber Federal Alman Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu *Lüth* kararı önemli bir etkiye sahiptir. Öneme binaen *Lüth* kararının kısa bir özetinin aktarılmasında fayda vardır: “Olay, Aktivist Erich Lüth tarafından, yapımcı Veit Harlan’ın Unsterbliche Geliebt (Immortal Lover) isimli filmine yönelik boykot çağrısı yapılmasına dayanmaktadır. Lüth’e göre, Nazi sempatzanı Harlan’ın faaliyetleri Alman ulusunun itibarını zedelemektedir. Filmin yapımcısı ve dağıtımcısı, boykot hareketinin yasaklanması talebiyle Hamburg Bölge Mahkemesi’ne başvurmuştur. Söz konusu yasaklama talebi, Mahkeme tarafından Alman Medeni Kanunu’nun 826. maddesi kap-

37 Doğrudan yatay etki (*direct horizontal effect*) kavramına ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Lane, L. (2018). “The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, S. 5, s. 16-26; Erdoğan, M. (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları, s. 288-308.

38 Dolaylı yatay etkinin farklı görünüm şekilleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Dönmezkuş, D. (2019). s. 103 vd.

39 Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Alexy, R. (2012). s. 354-358; Boyar, O. (2013). s. 56-59; Dönmezkuş, D. (2019). s. 52 vd.; Lane, L. (2018). s. 5-88; Perdecioğlu, İ. E. (2020), s. 56 vd.

samında kabul edilmiştir. Kararın onanması üzerine, Lüth, mahkeme kararıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia ederek anayasa şikâyeti yoluna başvurmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi ise mahkeme kararının Temel Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir."⁴⁰ Mahkemenin bu kararı ile beraber temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal hükümlerin kişiler arasındaki yatay ilişkilerde doğrudan uygulanabilirliği mümkün kılınmıştır. Mezkûr karar bu teorinin yerleşmesi açısından da önemli bir etki ve öneme sahiptir⁴¹. Kararda açık bir biçimde özel hukuk hükümlerinin temel haklarla ilgili değerler sisteminde uygun olması ve bu tür hükümlerin onun ruhuna uygun olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir⁴². Kararda temel haklara ilişkin hükümlerin özel hukuk ilişkilerinde de doğrudan uygulanacağı kabul edilmiş olsa da günümüzde insan haklarının doğrudan yatay etkisine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Alexy, anayasa ile güvence altına alınmış olan anayasal haklara ilişkin normların nesnel ve bağlayıcı normlar olduğunu, bu nedenle anayasal normların bireyler arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda uygulanması ve özel hukuku doğrudan etkilemesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir⁴³.

Boyar, anayasal hükümlerin özel hukuk uyuşmazlıklarında doğrudan uygulanmasının sınırlı da olsa mümkün olduğunu ve bunun da *doğrudan yatay etki* teorisinin ortaya çıkması-

40 Quint, P. E. (1989). "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory", *Maryland Law Review*, C. 48, S. 2, s. 252-258; Dönmezkuş, D. (2019). s. 195-196; Chirwa, D. M. (2006). s. 31-34; Perdecioğlu, İ. E. (2020). s. 55-56.

41 Bu karar hakkında detaylı bilgi için bkz. Chirwa, D. M. (2006). s. 31-34; Quint, P. E. (1989). s. 252-258 vd.; Boyar, O. (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, s. 177-183; Dönmezkuş, D. (2019). s. 88 vd.

42 Chirwa, D. M. (2006). s. 32.

43 Alexy, R. (2012). s. 354-355.

na sebep olduğunu belirtmiştir⁴⁴. Yazar, aynı zamanda insan haklarının doğrudan etkisinin daha sınırlı olması gerektiğini savunan bazı görüşlere de yer vermiştir. Özel hukuk kişilerinin sahip oldukları gücün açık bir biçimde kötüye kullanılması durumunda anayasal hükümler doğrudan uygulanabilecektir⁴⁵. Bu da temel hak ve hürriyetlere ilişkin bazı anayasal hükümlerin yatay ilişkilerdeki doğrudan etkisi şeklinde ifade edilmektedir.

Collins, insan haklarının yatay etkisini doğrudan yatay etki ve dolaylı yatay etki olarak ikiye ayırarak inceler. Yazar, bireyler arasında meydana gelen özel hukuka ilişkin bazı uyumsuzluklarda temel haklara ilişkin anayasal hükümlerin uygulanabilirliğini örnekler üzerinden hareketle somutlaştırmaya çalışmıştır⁴⁶.

Doehring, temel hakların objektif değerleri somutlaştırdığını, bu nedenle temel hakların sadece devlete karşı değil bireylere karşı da ileri sürülebileceğini ve bireylerin de artık objektif nitelikte olan bütün bu değerlere ortak kılındığını ifade etmiştir⁴⁷.

Dönmezkuş, Aharon Barak'ın "insanın değerinin, hayatının ve özgürlüklerinin kutsallığı, insan haklarının özel hukukta uygulanmasını zorunlu kılmaktadır." cümlesine atıf yaparak temel hakların hem devlete hem de özel hukuk kişilerine karşı korunması gerektiğini belirtmiştir. Bireyin devlet ve özel hukuk kişilerinden gelecek tehditlere karşı korunmaya alınması temel hakların amacına uygun düşmektedir⁴⁸.

44 Doktrindeki farklı görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Boyar, O. (2013). s. 56-58.

45 a.g.e. s. 56-58.

46 İnsan haklarının doğrudan/dolaylı yatay etkisi (direct/indirect horizontal effect) hakkında detaylı bilgi için bkz. Collins, H. (2012). s. 1-44.

47 Doehring, K. (2002). s. 263.

48 Dönmezkuş, D. (2019). s. 77.

Bu açıklamalardan hareketle artık günümüzde temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal hükümlerin bireyler arasında meydana gelen ve aslında özel hukukun konusunu teşkil eden uyuşmazlıklarda da uygulanabileceği düşüncesi yaygınlık kazanmaktadır. Devletin koruma görevinden hareketle, devletin bireyi hem kendisine karşı hem de özel hukuk kişilerine karşı koruma zorunluluğunun bulunduğu belirtilmelidir. Bu, bireyin insan onuruna yaraşır bir şekilde yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan bir korumadır. Zira kişi hürriyetlerine yönelik tehditler hem devletten hem de özel hukuk kişilerinden gelmektedir⁴⁹.

Netice itibarıyla bu teoriye göre temel haklara ilişkin anayasal hükümler sadece devlete karşı değil, aynı zamanda bireylere karşı da ileri sürülebilir. Zira anayasal hükümler sadece devleti değil bireyleri de bağlayan objektif ve bağlayıcı hukuk kurallarıdır. Devlet gibi bireyler de birbirlerinin temel hak ve hürriyetlerine saygı göstermek zorundadırlar⁵⁰. Bu bağlamda kişiler, özel hukuktan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklarda temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal hükümlerin uygulanmasını talep edebilirler.

b. Dolaylı Yatay Etki

Dolaylı yatay etki (*indirect horizontal effect*) teorisine göre insan haklarına ilişkin anayasal hükümlerin bireyler arasındaki ilişkilerde doğrudan ileri sürülmesi mümkün değildir. Zira temel hakların yükümlüsü bireyler değil, devlettir. Diğer bir ifadeyle doktrinde insan haklarına ilişkin anayasal hükümlerin bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanmasının ve bireylerin bu hakları birbirlerine karşı ileri sürmelerinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁵¹. Ancak

49 a.g.e. s. 77.

50 Ergül, O. (2013). s. 441-442.

51 Bu konudaki bazı tartışmalar için bkz. Doehring, K. (2002). s. 262-263; Boyar, O. (2013). s. 58; Çetin, E. (2015). s. 80; Lane, L. (2018). s. 26-29;

temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal ilkelerin dolaylı olarak da olsa uygulanabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁵². Anayasal hakların yatay ilişkilerdeki etkisinin dolaylı nitelikte olduğunu Alexy, "İnsan haklarının dolaylı etkisinden kastedilenin, temel haklara ilişkin anayasal hükümler objektif nitelikte olduğundan özel hukuktaki ilişkileri etkilemesinin, bireyler arasındaki uyuşmazlıklara dolaylı olarak uygulanmasının mümkün olabileceği..." biçiminde açıklamıştır⁵³.

Dolaylı yatay etkinin hâkimin kanun hükümlerini yorumlaması sonucu olarak ortaya çıkabileceği, dolayısıyla dolaylı etkinin muhatabının hâkimler olduğu Alman, Kanada ve Türk doktrinde dile getirilmektedir⁵⁴. Aslında devlet, bireyler arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak kanunları yorumlama yetkisine sahip olduğundan dolaylı olarak olaya müdahil/taf olmaktadır. Kanunları yorumlama yetkisini kullanma hakkı da devlet adına karar verme merciinde olan hâkimlere ait olduğundan ve bu görevin de anayasaya uygun olarak icra edilmesi zorunluluğundan hareketle temel haklara ilişkin anayasal hükümlerin bireyler arasındaki dolaylı etkisinin varlığı kabul edilmektedir⁵⁵.

Temel haklara ilişkin anayasal hükümlerin bireyler arasındaki yatay ilişkilerde (anayasal hükümlerin özel hukuk uyuşmazlıklarında) uygulanması, devletin temel haklarla il-

Perdecioğlu, İ. E. (2020). s. 58 vd.

52 Doktrinde anayasal hakların dikey ve yatay etkisinin kutupsal konumları arasında, "dolaylı yatay etki" olarak ifade edilen üçüncü bir konumun olduğu, bu ara veya melez konumun, anayasal hakların doğrudan yalnızca hükümete karşı ileri sürülmesine rağmen, yine de belli bir dereceye kadar özel hukuk kişilerine karşı da ileri sürülebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Dolaylı yatay etkinin somut uygulama örnekleri için bkz. Garbdaum, S. (2003). s. 398.

53 Alexy, R. (2012). s. 354-355.

54 Collins, H. (2012). s. 1-44; Alexy, R. (2012). s. 353-357; Garbdaum, S. (2003). s. 398; Ergül, O. (2013). s. 450 vd.; Boyar, O. (2013). s. 58; Çetin, E. (2015). s. 79-80.

55 Boyar, O. (2013). s. 58; Dönmezkuş, D. (2019). s. 85 vd.

gili sübjektif kamu hakları anlamında sorumlu olmasının bir neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle temel insan haklarına yönelik ihlaller ister bireyler tarafından isterse devlet tarafından gerçekleşmiş olsun sorumluluk devlete ait olacaktır. Zira devletin bireyin temel haklarını koruma sorumluluğu vardır. Bu nedenle yatay insan hakları ihlallerinde de bireyin muhatabı hak ihlalinin gerçekleştiren birey ve yasa- ma organı ile idare organlarıdır⁵⁶. Dolayısıyla idare, bireyler arasındaki ilişkilerde kendini koruma bakımından daha zayıf konumda olan bireyi daha güçlü olan başka bir bireye, birey gruplarına ve kamu gücünü kullanan kamu görevlilerine karşı korumakla yükümlüdür.

4. İnsan Haklarının Yatay Etkisine İlişkin Bazı Hukuk Normları

İnsan haklarının yatay etkisine ilişkin gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta açık hukuki düzenlemeler bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla insan haklarının yatay etkisi kavram olarak doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak aşağıda da görüleceği üzere bazı normlarda açık bir biçimde olmasa da insan haklarının birey ile birey arasındaki ilişkilerde de geçerli olacağı ifade edilmiştir. Burada öncelikli olarak konuya ilişkin 1982 Anayasasındaki bazı normlar, devamında ise uluslararası hukukta insan haklarının yatay etkisine ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır.

a. Ulusal ve Karşılaştırmalı Hukukta Yatay Etkiye İlişkin Normlara Örnekler

Yatay etkiye ilişkin olarak 1982 Anayasası'nın "*Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*" başlıklı 11'inci maddesinin birinci fıkrasındaki "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*" hükmü bu bağlamda değerlendirilebilir.

⁵⁶ Alexy, R. (2012). s. 353-357.

Anayasanın bu maddesindeki “Anayasa hükümleri... ..kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” kısmında anayasa hükümlerinin kamu gücüne sahip olmayan bireyleri de bağlayacağı açıkça ifade edilmiştir⁵⁷. Bu düzenleme anayasa hükümlerinin sadece dikey ilişkilerde, yani kişi ile devlet arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda değil aynı zamanda yatay ilişkilerde, yani birey ile birey arasındaki ilişkilerde de uygulanacağını, geçerli olacağını ve kişileri bağlayacağını ifade etmektedir⁵⁸. Nasıl ki devletin/idarenin bütün işlem ve eylemlerinin anayasaya uygun olarak yapılması gerekli ise aynı şekilde kişilerin de kendi aralarındaki ilişkilerde anayasaya uygun olarak hareket etmeleri gerekmektedir.

Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlıklı 12’nci maddesinin ikinci fıkrasındaki “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” hükmü de yine temel haklara ilişkin anayasal hükümlerin bütün kişiler açısından bağlayıcı ve yatay ilişkilerde de geçerli olduğunu ifade etmektedir.

Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” başlıklı 14’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki, “Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.” şeklindeki hükmünden de anayasal hükümlerin kişiler arasındaki yatay ilişkilerde geçerli olacağı anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlı-

57 Aynı husus 1961 Anayasasının 8’inci maddesinin ikinci fıkrasında da benzer olarak şöyle düzenlenmiştir: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

58 Bu hususun Türk doktrininde de kabul edildiği hakkında bkz. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2011). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, s. 125 vd.; Ergül, O. (2013). s. 441; Gören, Z. (2001). s. 1-33.

ğı” başlıklı 17’nci maddesinin birinci fıkra hükmü yatay etki bağlamında değerlendirilmelidir. Bu hükme göre, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme konusundaki yükümlülük idareye/devlete aittir. Diğer bir anlatımla kişilerin anayasayla korunan kişilik haklarının ihlal edilmesini engelleme sorumluluğu idareye/devlete aittir.

Anayasanın ilgili hükümlerine göre idare/devlet burada iki şekilde temel hak ve hürriyetleri korumakla yükümlüdür. Birincisi, idare/devlet öncelikli olarak kişiyi kendisinden gelebilecek ihlallere karşı korumalıdır. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin dikey ihlalleri önleme sorumluluğu doğrudan idareye/devlete aittir ve bu konuda tartışma söz konusu değildir. İkincisi, üçüncü kişilerden gelebilecek hak ihlallerinin engellenmesi ya da giderilmesidir. Anayasanın ilgili hükümlerine göre idare/devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerini üçüncü kişilere karşı korumakla da yükümlüdür. Dolayısıyla idarenin/devletin yatay ilişkilerde meydana gelen hak ihlallerini önleme yükümlüğü de bu hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir. İdare hem devletin keyfî müdahalelerine hem de üçüncü kişilerin saldırı ve müdahalelerine karşı kişileri korumakla yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle idarenin/devletin pozitif ve negatif yükümlülüğü sadece devlet ve birey ilişkileri ile sınırlı olmayıp aynı zamanda kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini de kapsamaktadır. AYM bireysel başvuruya ilişkin bir kararında bu hususu şöyle açıklamıştır: “Anayasa’nın 17. ve Sözleşme’nin 8. maddesi esas olarak kamu görevlilerinin keyfî müdahalelerine karşı bireyi korumayı amaçlasa da söz konusu maddeler sadece devletin bu tür müdahalelerde bulunmasından kaçınmasını sağlamayı amaçlamamaktadır. Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında mündemiç negatif yükümlülüğe, bireyin maddi ve manevi varlığına etkin

bir saygının sağlanması için gerekli pozitif yükümlülükler eklenebilir. Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde, kişisel itibarının korunmasını isteme hakkına saygının güvence altına alınması amacıyla bir takım tedbirler alınmasını gerektirebilir. Bu tedbirlere, kişisel itibarın üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunması hususunda da başvurulabilir.”⁵⁹ Karardan da anlaşılacağı üzere Anayasa devlete bazı yükümlülükler yüklemektedir. Devletin hak ihlali yapmaktan kaçınması, negatif durması ve üçüncü kişilerden gelen hak ihlallerini gidererek pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 1’inci maddesinin üçüncü fıkrasının “*Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.*” şeklindeki hükmünün geniş yorumlanmasından hareketle anayasal hükümlerin herkesi bağladığı yorumu Federal İş Mahkemesi tarafından yapılmıştır⁶⁰. Mahkeme bazı kararlarında, işçinin evlenme veya çalışma hürriyeti gibi temel haklarını kullanmasını engelleyen sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağını belirtmiştir⁶¹. Almanya’da insan hakları ve temel hürriyetlerin yatay etkisi Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 1958 tarihli *Lüth* kararıyla somutlaşmıştır.

Portekiz Cumhuriyeti Anayasası’nın “geçerlilik” başlıklı 18’inci maddesinin birinci fıkrasında da bu konuya ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme şu şekildedir: “*Haklara, özgürlüklere ve güvencelere ilişkin anayasa kuralları, kamu kurumlarına ve özel kişilere doğrudan uygulanır ve onları bağlar.*” Görüldüğü üzere burada anayasal hükümlerin özel hukuk kişileri-

59 İlhan Cihaner (2), B. No. 2013/5574, 30/6/2014, § 52. Aynı yönde AİHM’nin kararları için bkz. *Mater/Türkiye*, B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 52; *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; *Von Hannover/Almanya (no 2)*, B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 98.

60 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ergül, O. (2013). s. 444.

61 Dönmezkuş, D. (2019). s. 58.

ni de bağladığı açıkça ifade edilmiştir. Portekiz Cumhuriyeti Anayasasının bu düzenlemesinin 1982 Anayasasının 11'inci maddesindeki düzenleme ile de benzerlik arz ettiği, anlam itibarı ile de aynı hükme yer verildiği anlaşılmaktadır.

b. Uluslararası Hukukta Yatay Etkiye İlişkin Normlara Örnekler

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 1'inci maddesindeki, *"bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdan ile donatılmışlardır. Birbirlerine kardeşlik içinde davranmalıdırlar."* düzenlemesi ile bireylerin birbirleri ile olan ilişkilerinde eşit haklara sahip oldukları ifade edilmiştir. Bu hükümden hareketle uluslararası belgelerdeki/sözleşmelerdeki bazı hükümlerin yatay ilişkilerde de uygulanabileceği yorumu yapılabilir. Bu hükümlerin sadece devletleri değil, aynı zamanda bireylerarası ilişkilerde bireyleri de bağladığı neticesine varmamız mümkündür.

Evrensel Bildiri'nin 29'uncu maddesinin ikinci fıkrasında ki, *"Herkes, haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refah gereklerinin karşılanması amacıyla yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir"* şeklindeki düzenlemede yatay etki açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle temel haklara ilişkin bu tür hükümler bireyler arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanabilir. Diğer bir ifadeyle temel haklara ilişkin uluslararası bazı düzenlemeler doğrudan ya da dolaylı olarak bireyler arasındaki özel hukuk uyumazlıklarında da dikkate alınabilir.

Evrensel Bildirinin 29'uncu maddesinin birinci fıkrasında ki, *"Herkesin, kişiliğinin özgürce ve tam gelişmesine olanak sağlayan topluluğa karşı ödevleri vardır."* hükmü ile bütün bireylerin birbirleri ile olan ilişkilerinde hukuk kurallarına riayet

etmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Bütün bireylerin birbirlerine karşı ödev ve sorumluluklarının olduğu ifade edilerek aslında dolaylı olarak bu tür hükümlerin bireyler arasındaki ilişkilerde geçerli olacağı belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aynı konuyu düzenleyen 17'inci maddesindeki, *“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm; bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya bunların Sözleşme’de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”* hükmünden sözleşme hükümlerinin devletleri, hükümetleri, toplulukları ve aynı zamanda bireyleri de bağlayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Sözleşmedeki bu hükümle devletlerle beraber topluluklar ve kişiler de özne hâline getirilerek kendilerine insan hakları ve temel hürriyetleri ihlal etmeme ya da koruma sorumluluğu yüklenmiştir. Diğer bir ifadeyle insan hakları ile temel hürriyetleri üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı koruma yükümlülüğü topluluklara ve kişilere yükletilerek insan haklarının dolaylı yatay etkisi kabul edilmiştir.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA YATAY ETKİNİN İZLERİ

A. GENEL OLARAK

Kıta Avrupa hukuk sisteminde ve dolayısıyla Türk hukukunda anayasa kurallarının, görölmekte olan bir davada doğrudan uygulanamayacağı genel olarak kabul edilmektedir⁶². Bu durum Avrupa modeli anayasa yargısıyla ilgilidir. Zira Avrupa modelinde, Amerikan modelinde olduğu gibi, derece mahkemelerinin normun anayasaya aykırı olduğuna kanaat getirmesi hâlinde normu ihmal edip doğrudan anaya-

62 Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 1152-1154.

sanın ilgili hükmünü uygulayabilmesi mümkün değildir⁶³. Bu bağlamda anayasal normları yorumlama ve (gerek norm denetimi gerekse bireysel başvuru sırasında) uygulama yetkisi sadece Anayasa Mahkemesine ait bir yetkidir⁶⁴.

Doktrinde kimi yazarlarca bu anayasal normların doğrudan uygulanabilir olduğuna ilişkin görüşler⁶⁵ ileri sürülmüş olsa da, kanaatimizce de anayasal normlar oldukça soyut ve çoğu zaman detaydan uzaktır⁶⁶. Kaldı ki anayasal normların uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi hâlinde her mahkeme normlar hiyerarşisi gereğince ilk olarak anayasayı uygulamak zorunda kalacak, alt normların da anayasa normuyla çatışması hâlinde bu çatışmayı çözecektir. Ancak bu, kıta Avrupa hukuk sisteminde yer alan ve Avrupa modeli anayasa yargısına sahip olan hukukumuz açısından mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetler olarak ifade edilen anayasal haklara ilişkin normların kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanmasının mümkün olamayacağı düşünülmektedir. Derece mahkemelerinin kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda anayasal normları uygulayabilmesi bahsedildiği üzere teorik zeminden uzak olduğu gibi mevzu hukuk çerçevesinde de mümkün gözükmemektedir. Ancak doktrinde farklı görüşler de bulunmaktadır. Örneğin *Teziç*'e göre Anayasa m. 117/e, açıkça anayasa kurallarının doğrudan uygulanabileceğini düzenlemektedir. Bu hususta *Teziç*'in görüşlerine kaynak olarak sunduğu Yargıtay Genel Kurulunun 14/9/1983 tarih ve E.1980/4-1714, K.1983/803 sayılı

63 Kaya, S. ve Kurt, T. (2023). s. 54-58.

64 Gözler, K. (2018). s. 1152-1154. AYM'nin norm denetimine ilişkin yetkileri ile insan haklarının korunması ve geliştirilmesine dair işlevleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaya, S. ve Kurt, T. (2023). s. 167.

65 Konunun anayasaların değiştirilmesi bağlamında incelenmesine ilişkin bkz. *Teziç*, E. (2016). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 242.

66 *Teziç*'e göre 10982 Anayasası ayrıntılı olarak düzenlendiği için bazı durumlarda anayasal normların doğrudan uygulanabilir olduğunu düşünmek gerekir. Bkz. *Teziç*, E. (2016). s. 242.

kararı da dikkat çekicidir. Kararda anayasaya aykırı kanunların değil, doğrudan anayasa hükümlerinin uygulanabileceği hatta uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁷.

Her ne kadar doğrudan yatay etkinin kabul edilemeyeceğinden söz edilse de dolaylı yatay etkinin kabul edilebilir nitelikte olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında AYM'nin yatay etki yaklaşımını beniseyip benimsemediği, kararlarında dolaylı yatay etkiye yer verip vermediği örnek bazı kararlar üzerinden incelenecektir. Diğer bir ifadeyle Yüksek Mahkemenin kararlarında dolaylı yatay etkinin izleri aranacaktır.

B. ÖRNEKLERLE BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA “YATAY ETKİ”

1. “Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu” Kapsamında

a. Genel Olarak

Somut olayda başvuru, maliki olduğu taşınmazı dernek şubesi olarak kullanmaya başlamıştır. Bunun üzerine aleyhine açılan işyeri olarak kullanımın önlenmesi davası neticesinde taşınmazın dernek şubesi olarak kullanımına son verilmesine karar verilmiş ve başvuru bu kararın mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur⁶⁸.

Uyumsuzluk, taşınmazın bulunduğu binanın birinci katının maliki olan ve aynı dairede muhasebecilik yapan kişinin dernek faaliyetlerinin yasak işlerden olduğunu ileri sürmesi ve dava açmasıyla başlamıştır. Dava açılması üzerine ilk derece mahkemesi davayı, davacının kendi dairesini muhasebecilik ofisi olarak kullandığı ve binada mesken olarak kullanılan daire olmadığını dikkate alarak iyiniyet kurallarının bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir⁶⁹. Ancak Yargıtay, temyiz incelemesinde Kat Mülkiyeti Kanununun 24'üncü maddesi

67 Konuya ilişkin bkz. Teziç, E. (2016). s. 242.

68 *Türkiye Emekliler Derneği*, B. No: 2012/1035, 17/7/2014, § 1.

69 İlgili mahkeme kararına (19/4/2011 tarih ve E. 2010/193, K. 2011/619 sayılı karar) konu olay hakkında bkz. *Türkiye Emekliler Derneği*, §§ 7-12.

gereğince tapuda mesken olarak kayıtlı bir bağımsız bölümün bu tür bir amaçla kullanılabilmesinin bağımsız bölüm maliklerinin oy birliğiyle aldığı karara bağlı olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bunun üzerine ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma ilamına uyararak yeniden karar vermiş ve bu karara ilişkin yapılan temyiz başvurusu neticesinde karar düzeltilerek onanmıştır⁷⁰. Devamında başvuru, uyuşmazlığa ilişkin kararların mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle AYM'ye başvuru yapmıştır.

b. Kararda Yatay Etkinin Görünümü

Başvuruya konu olay, iki özel hukuk kişisi arasında meydana gelen uyuşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte bu uyuşmazlığın temelini Kat Mülkiyeti Kanununun 24'üncü maddesi gereğince tapuda mesken olarak kayıtlı olan bağımsız bölümün, bu tür bir amaçla kullanılabilmesi için bağımsız bölüm maliklerinin oy birliğiyle karar alınmasını gerekli gören kanun hükmü oluşturmaktadır⁷¹.

İlgili başvuru dolayısıyla Mahkeme, bu bağlamda Anayasanın 35'inci maddesi ile AİHS ek 1 Nolu Protokolün 1'inci maddesine göre mülkiyet hakkının kamu yararı nedeniyle ve ancak kanunla sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Görülmektedir ki, mülkiyet hakkı herkese tanınmakta, ancak gerekli görülmesi hâlinde hak sahipleri, kamu yararı gerekçesiyle mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkilerden yoksun bırakılabilmektedir⁷². Önemle belirtilmelidir ki olağan dönemlerde bu yoksun bırakılma ancak kanunla yapılabilmektedir.

70 Türkiye Emekliler Derneği, § 14.

71 Türkiye Emekliler Derneği, § 17.

72 Türkiye Emekliler Derneği, §§ 29-30. Mahkeme içtihatlarına bakıldığında aynı hususa dikkat edildiği görülmektedir. "Anayasanın 35. maddesi ve (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi paralel düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. İki düzenlemenin ilk cümleleri herkese mülkiyet hakkını tanımakta, ikinci cümlesi ise kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabilceğini ya da mülkünden yoksun bırakılabilceğini hüküm altına almaktadır." Mehmet Akdoğan ve Diğerleri, B. No. 2013/817, 19/12/2013, § 29.

Somut olaydan da anlaşılacağı üzere uyuşmazlığa yol açan ihlal bir kamu eylemi veya işleminden kaynaklanmamaktadır. Adli merciler önüne gelen olay, iki özel hukuk kişisi arasında meydana gelmiştir. Mahkemelerin verdiği karar ise iki özel hukuk kişisi arasında meydana gelen uyuşmazlığı çözmeye yöneliktir. Her ne kadar kanun yapan ve hukuki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan merciler kamu aygıtı olsa da uyuşmazlığa yol açan doğrudan bir kamu organının, yani idarenin eylemi veya işlemi değildir.

Böyle bir durumda devletin sorumluluğunun yalnızca hukuki uyuşmazlığı adil yargılanma hakkı kapsamında çözmekle sınırlı olduğu düşünülebilir. Zira devletin özel hukuk kişileri arasında meydana gelen uyuşmazlığa dâhil olduğu an yargılama faaliyetlerinin başladığı andır. Lakin Yüksek Mahkeme bu yaklaşımı benimsememiştir. Mahkeme kararında, özel hukuk kişileri arasında meydana gelen olaylarda devlete de bazı sorumlulukların atfedilebileceğini, bu sorumluluğun yalnızca adil yargılanma hakkına indirgenemeyeceğini kabul etmiştir⁷³. Ayrıca Mahkemeye göre mülkiyet hakkının korunabilmesi için devletin müdahale etmemesi yeterli değildir⁷⁴.

73 *Türkiye Emekliler Derneği*, § 34. Benzer yönde bkz. *Kâmil İnce*, B. No. 2014/1167, 25/11/2017, § 32.

74 Devletin müdahale etmeme yükümlülüğünün yanı sıra diğer yükümlülükleri de vardır. Bu konuda ayrıca bkz. Erdoğan, M. (2012). s. 117-121. AİHM'nin de benzer yönde içtihatları vardır. Örneğin AİHM, Öneriyıldız/Türkiye Başvurusu'nda bu hususu şöyle ifade etmiştir: "Bu bağlamda, AİHM 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca açık bir şekilde ortaya konan ilkeyi yineleyecektir. Bu hüküm ile koruma altına alınan hakkın samimi, etkin bir şekilde kullanılabilmesi yalnızca Devlet'in müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir; özellikle başvuranın meşru olarak makamlardan bekleyebileceği önlemler ile mülklerinden etkin bir şekilde faydalanabilmesi arasında doğrudan bir bağ olduğu durumlarda pozitif koruma önlemleri gerektirebilir." *Öneriyıldız/Türkiye*, B. No. 48939/99, 30.11.2004, § 134 (Akt. Harris, D. ve diğerleri (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Mehves, B. K. ve Karan, U., (Çev.), Ankara: Şen Matbaa Yayınları, s. 684). AİHM'nin benzer yöndeki içtihatları için bkz. *Zolotas/Yunanistan*, B. No. 66610/09, 29/1/2013, § 39; *Saraç ve Diğerleri/Türkiye*, B. No. 3189/09, 30/3/2021, §§ 70-73; *Kotov/Rusya*, B. No. 54522/00, 3/4/2012, § 109; *Kolyadenko ve Diğerleri/Rusya*, B. No. 17423/05, 20534/05,

Mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunabilmesi ve hak sahibinin mülkünden etkili bir şekilde yararlanabilmesi için devletin bazı pozitif edimlerde bulunması, yani buna yönelik bazı önlemler alması gerekir⁷⁵. Ayrıca Mahkeme, devletin bu yükümlülüğünü Anayasanın 5'inci maddesi bağlamında ele almış ve kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlandıran her türlü engeli kaldırmanın devletin görevleri arasında olduğunu vurgulamıştır⁷⁶. Bu bağlamda devlet, temel hak ve hürriyetlere müdahale etmemenin yanı sıra özel hukuk kişilerinden gelecek müdahaleler karşısında da gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Dolayısıyla somut başvuru ışığında AYM, özel hukuk kişileri arasında meydana gelen uyuşmazlıklar bakımından devlete atfedilecek sorumlulukların olabileceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme bu sorumlulukları, mülkiyetin korunmasına dair başvurulacak iç hukuk yollarının kurulması ve bireylerin mahkemelere başvurarak haklarının korunmasını

20678/05, 23263/05, 24283/05 ve 35673/05, 28/2/2012, § 213; *Budayeva ve Diğerleri/Rusya*, B. No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20/3/2008, § 172.

75 *Türkiye Emekliler Derneği*, § 37. Ancak Mahkemeye göre devlete sorumluluk yüklenmesi her zaman mümkün değildir. Devletin sorumlu olduğuna dair ikna edici gerekçelerin başvuru(lar) tarafından gösterilmesi gerekir. Aksi hâlde özel hukuk kişileri arasında meydana gelen uyuşmazlıklara ilişkin bireysel başvuru yapılması hâlinde başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilir. Bkz. *Hayrettin Kibar ve Diğerleri*, B. No. 2013/2328, 10/3/2015, §§ 21-28.

76 *Türkiye Emekliler Derneği*, § 38. Mahkeme, “miras yolu ile intikal eden tapulu taşınmazların kadastrounun yapılmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği” iddiasıyla yapılan başvuruda da aynı hususa dikkat çekmiş ve devletin Anayasa'nın 5'inci maddesi bağlamında temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasına yönelik tüm engelleri kaldırması ve devletin temel hak ve hürriyetlerin gerçekleştirilmesine yardımcı olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. *Eyyüp Boynukara*, B. No. 2013/2016, 17/2/2016, §§ 39-40. Görülmektedir ki devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamına dâhil edilen durumların varlığı söz konusu ise ilgili uyuşmazlığın iki özel özel hukuk kişisi arasında meydana gelmiş olması, uyuşmazlığın bireysel başvuruya konu olmasına engel değildir ve konunun yalnızca adil yargılanma hakkı bağlamında ele alınması yeterli değildir.

talep etme imkânının sağlanması olarak belirtmiştir⁷⁷. Ayrıca Mahkeme, yapılan yargılamada ilgili yargı organlarının özel hukuk kişilerinin çatışan hakları arasında bir dengeleme ve tercih yaparken “*anayasal yorumla temel hakların korunması*” gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁷⁸. Özellikle bu son ifade çok önemlidir. Zira bu ifade, Mahkemenin *dolaylı yatay etkiye* yönelik bir yaklaşıma sahip olduğunu göstermektedir.

AYM’nin devletin pozitif edim yükümlülüğü kapsamında gördüğü durumlara ilişkin ve özellikle de özel hukuk kişilerinin çatışan hakları arasında bir dengeleme ve tercih yaparken “*anayasal yorumla temel hakların korunması*” yaklaşımı, temel hak ve hürriyetlerin hukuk üzerindeki yayılmacı etkisini göstermektedir. Mahkemenin bu tutumu göstermektedir ki, anayasa normları, diğer hukuk dalları ve uyuşmazlıkları üzerinde de etkilidir. Diğer bir anlatımla aile hukuku, ticaret hukuku, mülkiyet hukuku veya diğer hukuk uyuşmazlıkları doğrudan olmasa da dolaylı olarak anayasal normların etkisi altındadır. Normlar hiyerarşisi bağlamında anayasa normlarının yayılmacı etkisi, diğer ifadeyle hukukun anayasallaşması normaldir⁷⁹. Bununla birlikte, Mahkemenin bu yaklaşımı, dolaylı yatay etkiyi de benimsediğini göstermesi açısından ayrı bir önemi haizdir. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin görev yalnızca AYM’ye ait değildir⁸⁰. Diğer mahkemeler de önüne gelen uyuşmazlıkları çözerken, haklar arasında bir dengeleme yapmalı ve haklardan birini diğerine tercih etmelidir. Bunu yaparken de kanun hükümlerini anayasaya uygun olarak temel hakların korunması amacına göre yorumlamalıdır⁸¹.

77 Türkiye Emekliler Derneği, § 39.

78 Türkiye Emekliler Derneği, § 39.

79 Gözler, K. (2016). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 33.

80 Erdoğan, M. (2019). s. 302.

81 Benzer yönde bkz. a.g.e. s. 302.

2. “İlhan Cihaner (2) Başvurusu” Kapsamında

a. Genel Olarak

Somut olay, ulusal bir gazetede yer alan haber nedeniyle başvuru kişinin kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu iddiasına ilişkindir. Başvurucu konuya ilişkin Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmış ve Mahkeme, 5187 sayılı Basın Kanunu’nda güvence altına alınan basın özgürlüğünün sınırları aşılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Başvurucu kararı temyiz etmiş ve yerel mahkeme kararı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır. Yargıtay ilamının tebliğinden sonra başvuru, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmıştır.

b. Kararda Yatay Etkinin Görünümü

Uyuşmazlık konusu, ulusal bir gazetede yayımlanan haberin kişilik haklarına zarar verdiği iddiasına ilişkindir. Diğer bir ifadeyle olay, iki özel hukuk kişisi arasındaki bir uyuşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Olayın yargıya intikal ettirmesinden önce devletin pozitif ya da negatif herhangi bir müdahilliği olmamıştır.

AYM, başvuru konusu olayı Anayasa’nın “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasındaki “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” hükmü çerçevesinde incelemiştir. Temel hak ve hürriyetleri koruma konusunda devletin iki temel görevi vardır. Birincisi temel hak ve hürriyetlere keyfî olarak müdahale etmemek, ikincisi ise bireyleri üçüncü kişilerden gelen saldırılara karşı korumaktır. Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişisel itibarın korunması yükümlülüğü devlete aittir. Bu bağlamda AYM, kişilerin şeref ve itibarını etkileyen sözel saldırılar ile basın ve yayın yolu ile yapılan yayınları Anayasa’nın 17.

maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirmiştir⁸². Somut olayda çatışan iki hak vardır. Birincisi Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvenceye alınan kişisel itibar ve şeref, yani manevi varlığın korunmasını isteme hakkı ile Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın hürriyeti ve bununla bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma hakkıdır. Yargı mercileri, uyuşmazlıkları çözerken iki temel hak arasında bir denge kurarak hareket etmelidir. Denge kurma konusunda yargı mercilerinin AYM ile AİHM'nin kararlarında belirttiği kriterlere göre hareket etmeleri gerekir⁸³.

AYM, mezkûr başvuruda belirlenen kriterler çerçevesinde başvuruyu incelemiş, somut başvuruya konu edinen yazıyı/haber, başvurucunun görevine, hakkında yürütülen ve şüphelisi olduğu soruşturma kapsamında tutuklanmasına neden olan olaylara ilişkin olmadığı kanaatine varmış ve yazının/haberin başvuranın sahsına yönelik bir hakaret içermediğine karar vermiştir. Netice olarak AYM, mezkûr başvuruda Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında korumaya alınan hakkın ihlal edilmediğini belirtmiştir. Özel hukuk kişilerinden gelen hak ihlallerini denetleme konusunda AYM'nin yaptığı inceleme temel hakların dolaylı yatay etkisini göstermektedir.

3. “Kâmil İnce Başvurusu” Kapsamında

a. Genel Olarak

Somut olay, kambiyo senedine dayalı olarak başlatılan icra takibine konu alacağın tahsili ve bu alacağın istirdadına ilişkindir. Alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibi, borçlunun/başvurucunun imzaya ve borca itirazının reddedilmesi neticesinde kesinleşmiştir. İcra takibinin kesinleşmesinden sonra başvuru, Denizli 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde

⁸² İlhan Cihaner (2), B. No, 2013/5574, 30/6/2014, §, 48.

⁸³ Kriterler için bkz. *Von Hannover/Almanya*, B. No: 59320/00, 24/09/2004, § 63; İlhan Cihaner (2), B. No, 2013/5574, 30/6/2014, §§, 67-73.

menfi tespit davası açmış ve Mahkeme yargılama neticesinde davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi temyiz incelemesi neticesinde kararın bozulmasına karar vermiş ve bu karar üzerine ilk derece mahkemesi bozma ilamına uyarak başvurucunun borçlu olmadığına tespitiyle icra dosyası kapsamında yapılan ödemenin istirdadına karar vermiştir. Mezkûr kararın yeniden temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, kararın onanmasına karar vermiştir. Bunun üzerine başvuru, mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

b. Kararda Yatay Etkinin Görünümü

Uyuşmazlık konusu, kambiyo senedinden kaynaklanan borç ilişkisine ilişkindir. Diğer bir ifadeyle uyuşmazlığın tarafları iki özel hukuk kişisidir. Olayın yargıya intikal ettirmesinden önce devletin pozitif veya negatif herhangi bir müdahilliği olmamıştır.

Mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin başvuruda AYM, başvurucunun mülkiyet hakkına ilişkin kamu otoritelerince doğrudan bir müdahale yapılmadığı, özel hukuk kişileri arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğu hâlde, başvurunun devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri yönünden incelenmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁴. Yüksek Mahkeme, iki özel hukuk kişinin mülkiyet hakkının çatışması hâlinde hangisine üstünlük tanınacağı yetkisinin kanun koyucuya ve derece mahkemelerine ait olduğunu belirtmiştir⁸⁵.

84 *Kâmil İnce*, §§ 1-31. Benzer yöndeki AİHM içtihatları için bkz. *Öneryıldız/Türkiye*, § 134 (Akt. Harris, D. ve diğerleri (2013). s. 684; *Zolotas/Yunanistan*, B. No. 66610/09, 29/1/2013, § 39; *Saraç ve Diğerleri/Türkiye*, B. No. 3189/09, 30/3/2021, §§ 70, 71, 73; *Kotov/Rusya*, B. No. 54522/00, 3/4/2012, § 109; *Kolyadenko ve Diğerleri/Rusya*, B. No. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 ve 35673/05, 28/2/2012, § 213; *Budayeva ve Diğerleri/Rusya*, B. No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20/3/2008, § 172.

85 *Kâmil İnce*, § 32.

AYM, mezkûr kararda takdir yetkisinin kullanılması sırasında menfaatlerin dengelenmesi ve yargılamanın taraflardan biri aleyhine ölçüsüz bir sonuca yol açmaması gerektiğini belirtmiştir⁸⁶. Yüksek Mahkeme, pozitif yükümlülük olarak devletin “mülkiyet hakkına yapılan müdahalelere karşı usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal yolları da içeren etkili hukuksal bir çerçeve oluşturma”sı gerektiğine ve bu kapsamda yargısal ve idari makamların özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda etkili ve adil bir karar vermesini temin etmeye yönelik sorumluluğunun olduğuna karar vermiştir⁸⁷. Görüldüğü üzere devletin pozitif yükümlülükleri, bazı hâllerde özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, mülkiyet hakkının korunması için bazı tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır⁸⁸. Kararda özel hukuk kişilerin çatışan hakları arasında bir dengeleme ve tercih yapılırken “*anayasal yorumla temel hakların korunması*” gerektiğine dikkat çekilmiştir⁸⁹.

4. “Nilgün Halloran Başvurusu” Kapsamında

a. Genel Olarak

Yatay etki bağlamında incelenecek bir karar da Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkindir. Başvuru konusu, başvurunun elektronik iletide kullandığı sözlerinden dolayı karşı tarafa ödediği tazminat nedeniyle düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkindir. Olay, Ankara Üniversitesi’ndeki iki öğretim üyesi arasında vuku bulmuştur. Ankara Üniversitesinde rektör yardımcısı olarak görev yapan başvuru, 2158 kişinin üye olduğu bir elektronik ileti gurubunda üniversite yönetiminin icraatlarını eleştiren öğretim üyesine

86 Kâmil İnce, § 32.

87 Kâmil İnce, § 37. Aynı yönde bkz. Nuran Çıkar, B. No: 2014/10761, 13/9/2017, § 40; Eyyüp Boynukara, B. No: 2013/7842, 17/2/2016, §§ 39-41.

88 Kâmil İnce, § 35; Eyyüp Boynukara, §§ 39-41.

89 Kâmil İnce, § 36; Türkiye Emekliler Derneği, § 39.

bir elektronik ileti ile cevap vermiştir. Başvurucunun ileti içeriğinin hakaret içerdiği gerekçesiyle kendisine karşı Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açılmış, başvurunun manevi tazminat ödemesine karar verilmiş ve karar temyiz talebi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin ilamı ile onanmıştır. Başvuru yollarını tüketen başvuru AYM'ye bireysel başvuru yapmıştır.

b. Kararda Yatay Etkinin Görünümü

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti konusunda devletin hem pozitif hem de negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devlet/idare negatif yükümlülük kapsamında zorunlu olmadıkça düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin gerçek ve etkili bir biçimde korunması için gereken tedbirleri almalıdır⁹⁰.

Olay iki özel hukuk kişisi arasında meydana gelmiştir. Olay yargıya intikal ettirilene kadar devletin müdahilliği söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle devlet tarafından yapılan bir müdahale, yani hak ihlali söz konusu değildir. Bu olayda da Anayasa ile güvence altına alınan iki temel hakkın çatışması söz konusudur. Çatışan haklar düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kişinin manevi varlığının korunması hakkıdır. AYM, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile şöhret ve itibarın korunması haklarının çatışması durumunda haklar arasında bir dengeleme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca şöhreti söz konusu olan kişinin kamu görevlisi olup olmaması durumunun da dengelemede göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmelidir⁹¹.

90 Nilgün Halloran, B. No. 2012/1184, 16/7/2014, § 32. Konu hakkında AİHM'nin görüşleri için bkz. yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43.

91 Nilgün Halloran, § 59.

5. “Hayrettin Kibar ve Diğerleri Başvurusu” Kapsamında

a. Genel Olarak

Yatay etki bağlamında incelenecek bu karar toplu iş sözleşmesine ilişkindir. Başta belirtilmelidir ki sözleşmenin tarafları özel hukuk kişileridir. Devletin doğrudan bir müdahilliği ya da devlet tarafından doğrudan gerçekleştirilen bir hak ihlali söz konusu değildir. AYM’nin kararında olay özet olarak şöyle aktarılmıştır: Başvurucular, tabi oldukları toplu iş sözleşmesi hükümlerinde öngörülen %10’luk zammın yapılan bir protokolle kaldırıldığını ve ücretlerinde indirimle gidildiğini, ayrıca maaşlarından hukuka aykırı birtakım kesintiler yapıldığını belirterek, işveren aleyhine alacak davası açmışlardır. İş Mahkemesi, kesintilerin hukuka uygun olduğu ve davacıların alacakları bulunmadığı gerekçesiyle davaların reddine karar vermiştir. Başvurucuların kararları temyiz etmeleri üzerine kararlar, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından onanmış⁹² ve başvurucular AYM’ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuruda adil yargılanma, mülkiyet ve çalışma haklarının ihlal edildiği belirtilmiştir.

b. Kararda Yatay Etkinin Görünümü

Başvuru içeriğinden de anlaşılacağı üzere uyuşmazlık, temelde iki özel hukuk kişisi arasında ortaya çıkmış ve yargı önüne gelene kadar da devletin herhangi bir eylemi veya işlemi söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla burada iki özel hukuk kişinin haklarının çatışması söz konusudur. Adalet Bakanlığı da dosyaya gönderdiği görüşünde, uyuşmazlığın özel hukuk kişileri arasında gerçekleştiği, devletin bu yöndeki sorumluluğunun pozitif yükümlülükler ile sınırlı olduğu ve pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiği belirtilmiştir. Başvurucular ise Devletin gerekli korumayı sağlayamayarak *dolaylı olarak haklarını ihlal ettiğini* belirtmişler⁹³.

⁹² Hayrettin Kibar ve Diğerleri, §§ 7-12.

⁹³ Hayrettin Kibar ve Diğerleri, §§ 18-19.

AYM, başvuruyu makul sürede yargılanma hakkının ihlali kapsamında incelemiş ve nihayetinde bu hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, başvuru sahiplerinin diğer iddiaları hakkında ise “Mahkemenin kararında bariz takdir hatası veya açık keyfîlik oluşturan herhangi bir durum da tespit edileme” diğinden bahisle “açıkça dayanaktan yoksun olma” nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir⁹⁴. Karardan da anlaşılacağı üzere iki özel hukuk kişisi arasında meydana gelen uyuşmazlıklar AYM tarafından incelenebilmektedir.

6. “Nuran Çıkar Başvurusu” Kapsamında

a. Genel Olarak

Başvuru konusu uyuşmazlık mülkiyet hakkının ihlali iddiasına ilişkindir. Uyuşmazlığın tarafları özel hukuk kişileridir. Dolayısıyla devlet tarafından doğrudan gerçekleştirilen bir hak ihlali söz konusu değildir. Somut başvuru, tapu siciline güvenilerek satın alınan taşınmazın tapu kaydının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde açılan tapu iptali ve tescili davası neticesinde iptal edilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Taşınmazın kayıt malikleri, yüklenici ile yükleniciden arsa paylarını devralan kişilere karşı tapu iptali ve tescili davası açmıştır. Dava dilekçesinde, deprem sonrası imar düzenlemesine göre taşınmaz üzerinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde beş katlı bir yapının inşasına imkân bulunmadığı belirtilmiştir. Davacılar bu nedenle sözleşme gereklerinin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle arsa maliki sıfatıyla tarafı oldukları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile davalılar adına olan tapu kayıtlarının iptaline ve kendi adlarına tesciline karar verilmesini talep etmiştir⁹⁵.

94 Hayrettin Kibar ve Diğerleri, §§ 27-28.

95 Nuran Çıkar, § 12.

Mahkeme, davanın kabulüyle davacılar ile davalı yüklenici arasında düzenlenmiş bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine; davalı pay sahipleri adına olan tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına tapuya tesciline karar vermiştir. Başvurucu, kararı temyiz etmiş; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi hükmün onanmasına karar vermiştir. Başvurucunun karar düzeltme istemi ise Dairenin 27/2/2014 tarihli ilamıyla reddedilmiş ve başvurucu AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur⁹⁶.

b. Kararda Yatay Etkinin Görünümü

Başvuru konusu uyuşmazlık, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmenin feshine ve taşınmazın tesciline ilişkindir. Uyuşmazlığın ortaya çıkmasında devletin doğrudan bir müdahilliği söz konusu değildir. Uyuşmazlık borçlar hukukunun ilgili hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Başvurucu Anayasa'nın 35'inci maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM'ye göre başvuru konusu somut olayda, başvurucunun mülkiyet hakkına yönelik kamu makamları tarafından doğrudan yapılan bir müdahale yoktur. Özel kişiler arası bir uyuşmazlık söz konusudur. Bu nedenle mezkûr başvuruda, devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri yönünden inceleme yapılmamıştır⁹⁷.

Bireysel başvuru yolu, devlet tarafından kamu gücü kullanılarak bireylerin temel haklarına yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen hak ihlallerini gidermek amacıyla ihdas edilmiş ikincil bir koruma mekanizmasıdır⁹⁸. Ancak bazı durumlarda özel kişiler arası ilişkiler sonucu özel kişilerin birbirlerinin haklarına yaptıkları müdahalelerde devlete atfe-

⁹⁶ Nuran Çıkar, §§ 13-16.

⁹⁷ Nuran Çıkar, § 36.

⁹⁸ Bireysel başvurunun hukuki niteliği ve işlevleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaya, S. ve Kurt, T. (2023). s. 161 vd.

dilebilecek sorumluluklar bulunabilmektedir⁹⁹. Anayasa'nın 35'inci maddesinde düzenlenen mülkiyet güvencesi hem devlet tarafından gerçekleştirilen müdahalelere hem de bazı durumlarda özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahalelere karşı anayasal koruma sağlamaktadır¹⁰⁰. Diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkı, kişilere negatif ve pozitif koruma sağlayan bir haktır. Devletin mülkiyet hakkına yönelik haksız müdahalelere karşı bireylerin mülkiyet hakkının korunması ve yapılacak yargılamalar neticesinde özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yapılırken anayasal yorum yöntemiyle temel hakların korunması gerekmektedir¹⁰¹.

Somut olayda iki özel hukuk kişinin çatışan mülkiyet hakkı söz konusudur. Mahkemelerin ve idari makamların iki tarafın menfaatlerini mümkün olduğunca dengelenmesi ve ölçülü hareket etmesi gerekmektedir. Zira menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine ölçüsüzlük oluşması, pozitif yükümlülüklerin ihlaline yol açabilir¹⁰². Görüldüğü üzere somut olayda iki özel kişinin haklarının çatışması söz konusudur. Diğer bir ifadeyle uyumsuzluk, özel hukuk kişileri arasında gerçekleşmiştir. Devletin bu yöndeki sorumluluğu ise pozitif yükümlülüklerine ilişkindir.

7. "Erbil Tuşalp Başvurusu" Kapsamında

a. Genel Olarak

Yatay etki bağlamında aşağıda incelenecek bu karar da ifade ve basın hürriyetine ilişkindir. İfade ve basın hürriyeti bağlamında yatay etkiyle ilişkilendirebileceğimiz bazı hususlar AYM'nin kararlarında yer bulabilmiştir. Buna ilişkin somut bir olayda basın mensubu olan başvurucunun yazdığı

99 Türkiye Emekliler Derneği, § 34.

100 Osmanoglu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 42

101 Nuran Çıkar, §§ 37-41; Türkiye Emekliler Derneği, § 39.

102 Selahattin Turan, B. No: 2014/11410, 22/6/2017, §§ 26-29.

yazılar sebebiyle hakkında şikâyetle bulunulmuş, iddianame düzenlenerek ceza davası açılmıştır¹⁰³. Yargılama neticesinde davaya bakan İstanbul Anadolu 2. Asliye Ceza Mahkemesi 11/12/2014 tarihli kararıyla başvurucunun 1.740,00 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar vermiştir. Karar üzerine gazeteci olan başvuru Mahkeme kararı ile ifade hürriyeti¹⁰⁴ hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur¹⁰⁵.

b. Kararda Yatay Etkinin Görünümü

Olay, gazeteci olan başvurucunun bir kişi hakkında yazdığı yazıların hakaret suçu oluşturduğuna ilişkindir. Uyuşmazlık, temelde iki özel hukuk kişisi, yani iki birey arasında ortaya çıkmıştır. Ayrıca uyuşmazlık yargı önüne gelene dek devletin de herhangi bir eylemi söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla iki özel hukuk kişinin haklarının çatışması söz konusudur. Bu husus AYM tarafından Anayasa'nın 26'ncı maddesinde yer alan ifade hürriyeti ve Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkı bağlamında incelenmiştir¹⁰⁶. Mahkeme, aynı yönde verdiği başka kararlarında da başvuru konusu hakkında benzer olarak özel hukuk kişilerinin haklarının çatışması hâlinde hakların denetlenmesi meselesine vurgu yapmıştır¹⁰⁷. Olayda başvuru-

103 *Erbil Tuşalp*, B. No. 2015/2595, 23/10/2019, §§ 14-17.

104 İfade hürriyetine ilişkin AİHM uygulaması hakkında bkz. Metin, Y. (2007). "Siyasal Muhalefetin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde Korunması", *EÜHFD*, C. XI, S. 3-4, s. 88 vd.

105 *Erbil Tuşalp*, §§ 14-17.

106 *Erbil Tuşalp*, § 37. İfade hürriyeti ve basın hürriyeti bağlamında biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunması bir sınırlama sebebi teşkil eder. Dolayısıyla ifade sahibinin, başkalarının şöhret ve haklarına karşı saygılı olması gerekir. *Erbil Tuşalp*, § 37; *İlhan Cihaner* (2), § 62.

107 "... arasında denge kurulması gerekir." Bkz. *İlhan Cihaner* (2), § 49. Dengeleme testi için bkz. *İlhan Cihaner* (2), §§ 64-73. Mahkeme, Kadir Sağdıç Başvurusu'nda verdiği kararında da bu hususa dikkat çekmiştir. Mahkeme, basın hürriyeti ve ifade hürriyeti ile itibarın korunması hakkı arasında

nun ifade hürriyeti, şikayetçinin de şeref, maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkı, yani itibarına saygı duyulmasını isteme hakkı söz konusudur.

Mahkeme, bu durumda her ne kadar özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık söz konusu olsa da, devletin “*bireyin şeref ve haysiyetine*” müdahale etmemekle ve üçüncü kişilerden gelebilecek saldırıları önlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸. Dolayısıyla bu ifadeden de anlaşılacağı üzere pozitif edim yükümlülüğü bağlamında, meselenin anayasal hak sorunu hâline gelebilmesi için yine devlete atfedilebilecek bir sorumluluğun olması gerekir. Bu da hakların üçüncü kişilere karşı korunması yükümlülüğüyle ilişkilidir¹⁰⁹. Mahkemenin aynı husus başka bir kararında şu şekilde belirtilmiştir: “Bireyin şeref ve itibarı ise Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “manevi varlık” kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür.”¹¹⁰. Görüldüğü üzere ilgili kararda Mahkeme, ifade hürriyeti konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri olduğunu, düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını Anayasa’nın 13’üncü ve 26’ncı maddelerindeki durumlar olmadığı müddetçe engelleyemeyeceğini ve bununla birlikte hak ve hürriyetlere yönelen saldırılara karşı devletin, etkili ve gerçek bir koruma sağlamak adına gerekenleri yapması gerektiğini belirtmiştir¹¹¹. Zira ifade hürriyeti de yalnızca devletin müdahale etmemesi olarak kabul edilirse bu durumda ifadesi nedeniyle kişiler savunmasız hâle gelip hoş-

bir denge kurulmasını gerekli görmektedir. Bu dengenin kurulmasını sağlayabilmek adına bazı kriterler benimsemiştir. Bkz. *Kadir Sağdıç*, B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 58-66.

108 *Erbil Tuşalp*, § 37; *Nilgün Halloran*, § 41.

109 *Erbil Tuşalp*, § 37.

110 *Nilgün Halloran*, § 41.

111 *Nilgün Halloran*, § 32.

görüsüz kişilerin saldırılarına maruz kalabilir veya kişilerin dile getirdiği düşüncelerin yayılması başkalarının engellenebilir¹¹².

Devlet tarafından, bireylerin haklarına yine bireylerden gelebilecek saldırılara ilişkin en önemli koruma mekanizması olarak yargılama yollarının öngörülmesi gerekir. Bu bağlamda yargı organları da çatışan haklar arasında, somut olay açısından ise ifade hürriyeti ile kamunun ve müştekinin menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına gayret göstermelidir. Kaldı ki somut olayda AYM'ye göre buna yönelik bir çaba harcanmamıştır¹¹³. İlk derece mahkemelerince çatışan haklar, konu itibarıyla da ifade hürriyeti ile şeref ve itibarın korunması hakları arasında bir denge kurulması, yani çatışan haklardan hangisinin diğerine adil ve makul bir şekilde tercih edileceği meselesi devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır¹¹⁴.

Görüldüğü üzere AYM, gerek ilk derece mahkemeleri gerekse AYM'nin kendisinin, çatışan iki özel hukuk kişisinin haklarını dengelemesi gerektiğini belirtmiştir. İlk derece mahkemelerinin de AYM gibi çatışan haklar arasında denge kurması kuşkusuz hukukun anayasallaşmasıyla, yani haklara ilişkin anayasal hükümlerin somut hak çatışmalarının dengelenmesi meselesinde etkili olması anlamına gelmektedir. Devletin hiçbir eylemi olmadığı hâlde iki özel hukuk kişinin haklarının çatışmasına dayalı uyuşmazlıklarda da bu dengelemenin yapılması, devamında uyuşmazlığın AYM'nin önüne taşınması ihtimalinde de devletin hiçbir müdahalesinin olmasına rağmen Mahkemenin devletin pozitif edim yükümlü-

112 Bu konuda bkz. Harris, D. ve diğerleri (2013). s. 346.

113 Erbil Tuşalp, § 51.

114 İlk derece mahkemelerinin de dengeleme yapma yükümlülüğü ve buna ilişkin kriterler için bkz. *Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti.* (5), B. No. 2017/4786, 28/1/2020, § 36.

lûğü kapsamında devlete atfedilebilecek bazı sorumlulukların olabileceğini kabul etmesi de dolaylı yatay etkiyle ilgilidir. Zira temel hak ve hürriyetler ve bunlara ilişkin anayasal kurallar, hukukun anayasallaşmasına yol açmakta, dolayısıyla özel hukuk ilişkilerine etki etmektedir¹¹⁵.

3. Örnek Kararlardan Yatay Etkiye İlişkin Çıkarılabilecek Sonuçlar

AYM'nin iki özel hukuk kişisi arasında meydana gelen uyuşmazlıklara ve kişilerin haklarının çatışmasına yönelik kararları incelendiğinde, bu kararlardan bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür:

İlk olarak Mahkeme, özel hukuk kişileri arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda kamu otoritesinin bir müdahalesi olmadığı hâlde pozitif yükümlülüğünden kaynaklı olarak devletin sorumlu olabileceğini belirtmiştir. Mahkemenin bu yaklaşımı anayasal hakların özel hukuk kişileri tarafından da müdahaleye açık olduğunu göstermektedir. Zira devlet, özel hukuk kişilerinin eylemlerine karşı da gerekli tedbirleri almak zorundadır¹¹⁶. Ancak burada önemli olan bireyler arasındaki ilişkilerin doğrudan bir insan hakları ihlali teşkil edip etmeyeceği problemidir. Bilindiği üzere temel hak ve hürriyetler dikey ilişkilerde yalnızca devlete karşı ileri sürülebilir¹¹⁷. Çünkü temel hak ve hürriyetleri devlet ve diğer kişilerden gelecek müdahalelere karşı koruma yükümlülüğü devlete aittir. Bu bağlamda AYM de hak ihlalleri açısından değil, yalnızca devlete atfedilebilecek sorumlulukların olması hâlinde 'hakka yönelen' müdahale bakımından bir anayasal sorun olacağını

115 Hukukun anayasallaşması hususunda ayrıca bkz. Gözler, K. (2016). s. 33.

116 Devlet, haklara müdahale etmeme yükümlülüğünün yanı sıra diğer kişilerden gelebilecek saldırılara karşı da caydırıcı ve önleyici tedbirler almalı, aynı zamanda gerçekleşen saldırıları da cezalandırmalıdır. Daha fazla bilgi için bkz. Erdoğan, M. (2012). s. 119.

117 İnsan haklarının devlete karşı olmasına dair bkz. a.g.e. s. 117.

kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle ancak devlete atfedilen bir yükümlülük söz konusu olduğu zaman özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklar bir anayasal hak sorunu teşkil eder. Dolayısıyla özel hukuk kişilerince yapılan her müdahale temel hak ve hürriyetlerin ihlali olarak değerlendirilemez.

İkinci ve özellikle dikkat edilmesi gereken husus, iki özel hukuk kişinin haklarının çatışması hâlinde pozitif yükümlülük bağlamında derece mahkemelerinin adil ve ölçülü bir dengeleme yapmaları ve bu dengelemeyle “anayasal yorumla temel hakların korunması”nın sağlanmasının gerekliliğidir. Mahkemenin bu yaklaşımı, hukuku anayasallaştırmakta ve tüm hukuki uyuşmazlıklarda anayasanın haklar lehine, bütün mahkemelerin yorum yapmasını zorunlu kılmaktadır¹¹⁸. Bu durum ise bütün mahkemelerin tıpkı AYM’nin yaptığı gibi uyuşmazlıkları yalnızca ilgili mevzuata göre değil anayasal haklar bağlamında çözmesini zorlayıcı nitelikte değerlendirilmektedir.

Yukarıda üzerinde durulduğu üzere hukukun anayasallaşması meselesi insan haklarının korunması bağlamından önemli bir etkiye sahiptir. Kıta Avrupasında ve ülkemizde her normun normlar hiyerarşisinin üzerinde yer alan anayasaya uygun bir şekilde yorumlanması olağan bir durum olarak değerlendirilmese de derece mahkemelerinin özel hukuk kişileri arasında meydana gelen uyuşmazlıkları çözerken anayasal normlar çerçevesinde hukuk kurallarını yorumlamaları ve temel hak ve hürriyetlere koruma sağlayacak şekilde dengeleme yapmalarının gerekliliği insan haklarının dolaylı yatay etkisi olarak ifade edilmektedir.

Devletin/idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanmayan salt iki özel hukuk kişisi arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından devletin sorumluluğu yalnızca ilk hususta belirtildiği gibi adil yargılanmayı sağlamak değil aynı zaman-

118 Benzer yönde bkz. Gözler, K. (2016). 33.

da devlete atfedilecek durumlarda, yani pozitif edim yükümlülüklerinin olduğu hâllerde özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklar da anayasal sorun niteliğine kavuşur. Öte yandan ikinci hususta belirtildiği üzere hukukun anayasallaşması da devletin müdahalesi olmadığı hâllerde dahi özel hukuk kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklar da yine anayasal yorumun konusu olabilmektedir. Nihai olarak AYM'nin kararlarında, tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, dolaylı yatay etkiyi kabul ettiği sonucuna varmamız mümkündür.

SONUÇ

İnsan hakları alanında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin daha iyi korunması temel amaç edinilmiştir. Temel hakların daha iyi korunabilmesi için de insan haklarına ilişkin anayasal hükümlerin sadece dikey ilişkilerde geçerli olmasının yeterli olmadığı görülmektedir. Diğer bir ifade ile temel hakları korumak için sadece kamu gücünü kullanan ve kişilere göre daha güçlü konumda olan devletin/idarenin eylem ve işlemlerini sınırlandırmak ve denetlemek yeterli değildir. Zira mevcut hâlde bireyi sadece devlete karşı korumakla temel hakların taşıyıcısı olan birey yeterince korunamamaktadır.

Bu nedenle artık uluslararası bildiri, sözleşme ve anayasalar ile güvence altına alınmış olan temel hakların diğer kişilerden gelen ihlallere karşı da korunması gerekmektedir. Dolayısıyla temel haklara ilişkin anayasal hükümlerin artık sadece dikey ilişkilerde geçerli kılınmakla sınırlı tutulamayacağı, yatay ilişkilerde de uygulanacağı hususu yoğun bir biçimde tartışılmaktadır. Kişiler arasındaki yatay ilişkilerde, yani özel hukuk uyuşmazlıklarında da anayasal hükümler, doğrudan olmasa bile dolaylı olarak uygulanabilmelidir.

Bu konuda doktrindeki tartışmalar gittikçe yaygınlaşarak temel haklara ilişkin anayasal hükümlerin uygulanma alanı genişlemektedir. Zira ancak bu sayede temel hak ve hürriyetler gerçek anlamda konunmaya alınır. Gelecekte bireyin

toplumda kendini güvende hissedebilmesi ve insan onur ve izzetine yaraşır bir biçimde bir hayat sürdürebilmesi için temel haklara ilişkin anayasal hükümlerin yatay ilişkilerde de uygulanması gerektiği düşünülmektedir.

AYM, bireysel başvuruyla ilişkin çok sayıda kararında derece mahkemelerinin özel hukuk kişilerinin çatışan hakları arasında bir dengeleme ve tercih yaparken “*anayasal yorumla temel hakların korunması*” gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla incelenen kararlardan da anlaşılacağı üzere AYM dolaylı yatay etkiye yönelik bir yaklaşım benimsemiştir. Aynı zamanda AYM’nin bu yaklaşımı, temel hak ve hürriyetlerin hukuk üzerindeki yayılmacı etkisine de işaret etmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımı, dolaylı yatay etkiyi benimsediğini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Netice itibarıyla temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin görev yalnızca AYM’ye ait değildir. Diğer mahkemeler de önüne gelen uyuşmazlıkları çözerken, haklar arasında bir dengeleme yapmalı ve haklardan birini diğerine tercih ederken ölçülülük ve makullük gibi temel ilkelere riayet etmeleri önerilmektedir. Burada da kanun hükümlerinin anayasaya uygun olarak temel hakların korunması amacına göre yorumlanması hususunda hassasiyet gösterilmelidir.

Sonuç olarak insan haklarının yatay etkisi teorisine göre, temel hak ve hürriyetlerle ilgili anayasal hükümleri sadece devlete/idareye karşı değil, aynı zamanda bireylere karşı da ileri sürülebilir. Çünkü anayasal hükümler hem devleti/idareyi hem de bireyleri bağlayan objektif ve bağlayıcı hükümlerdir. Dolayısıyla devlet gibi bireylerin de temel hak ve hürriyetleri ihlal etmeme yükümlülüğü vardır. Bu açıklamalar çerçevesinde özel hukuk kişileri, özel hukuktan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklarda temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal hükümlerin dolaylı da olsa uygulanmasını talep edebilirler.

KAYNAKÇA

- ALEX, Robert (2002). *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, Julian, (İngilizceye Çev.), Oxford: Oxford University Press.
- BOYAR, Oya (2013). “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde İnceoğlu, Sibel, (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)* (ss. 53-80), İstanbul: Beta Yayınları.
- BOYAR, Oya (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi.
- BOYAR, Oya (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- CHIRWA, Danwood Mzikenge (2006). “The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective”, *Journal of Uwc Faculty of Law*, C. 10, S. 2, ss. 21-48.
- COLLINS, Hugh (2012). “On the (In) compatibility of Human Rights Discourse and Private Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, C. 7, ss. 1-44, www.lse.ac.uk (Erişim Tarihi: 7/1/2021).
- ÇAHA, Çaha (1996). “Birey-Devlet İlişkisi Çerçevesinde Türkiye’de İnsan Hakları”, *Liberal Düşünce*, C. 1, S. 1, ss. 101-107.
- ÇETİN, Evra (2015). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÇETİN, Evra (2015). “İHAS’ın 8-11. Maddeleri Kapsamında Özel Hukuk İş İlişkisinde Çalışanların Haklarının Korunması”, içinde VII. *Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu*, Ankara: Sistem Ofset Yayıncılık, ss. 321-346.

- DÖNMEZKUŞ, Dilara (2019). *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.
- DOEHRING, Karl (2002). *Genel Devlet Kuramı*, Mumcu, Ahmet, (Çev.), İstanbul: İnkılap Yayınevi.
- DONNELLY, Jack (1995). *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Erdoğan, Mustafa ve Korkut, Levent, (Çev.), Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERGÜL, Ozan (2013). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanın Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", *Erdal Onar'a Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, ss. 435-487.
- ERDOĞAN, Murat (2019). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Ankara: Lykeion Yayınları.
- ERDOĞAN, Mustafa (2012). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Yayınları.
- GARBDAUM, Stephen (2003). "The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights", *Michigan Law Review*, C. 102, ss. 387-459.
- GEDİK, Ömer (2023). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi (Anayasa Mahkemesinin ilk elli yılı: 1962-2012)*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- GÖREN, Zafer (2020). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖREN, Zafer (2001). "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi", *İçinde Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar I* (ss. 3-33), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

- GÖZLER, Kemal (2016). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÜLERCİ, Altan Fahri (2022). “Anayasa ve Özel Hukuk İlişkileri Bağlamında Ticari Nitelikli Mülkiyet Hakkının Korunması”, *AkdHFD*, C. 12, S. 1, ss. 239-289.
- HARRIS, David, O’Boyle, Michael, BATES ve Buckley, Carla (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bingöllü Kılıcı, Mehveş ve Karan, Ulaş, (Çev.), Ankara: Şen Matbaa Yayınları.
- JELLINEK, Georg (1913). *L’Etat Modern et son droit*, C. II, Paris: Girard et Brière.
- KANETİ, Selim (1989). “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 6, ss. 17-35.
- KAYA, Emir (2014). “Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zeminini”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4, ss. 573-605.
- KAYA, Seyithan ve KURT, Taha (2023). *Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KESKİN, Erdoğan (2020). *Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KNOX, John H. (2008). “Horizontal Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, C. 102, S. 1, ss. 1-47.
- KUÇURADI, Kuçuradi (2011). *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- KURT, Taha (2023). “Panoptikondan Data Diktatörlüğüne: Özgürlüğün Sonu mu?”, *TOGÜHFD*, C. 1, S. 2, ss. 137-162.

- KARAN, Ulaş (2006). *Türkiye’de Sosyal Hakların Mahkemeler Önünde İleri Sürülebilirliği ve Yüksek Yargı Organlarının Sosyal Haklara Yaklaşımı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (İnsan Hakları Hukuku), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- LANE, Lottie (2018). “The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, S. 5, ss. 5-88.
- METİN, Yüksel (2007). “Siyasal Muhalefetin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde Korunması”, *EÜHFD*, C. XI, S. 3-4, ss. 63-104.
- ÖKTEM SONGU, Sezgi (2013). “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. Özel Sayı, ss. 609-650.
- PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (2020). “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, *TAAD*, C. 11, S. 43, ss. 49-77.
- PHILLIPSON, Gavin (1999). “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: A Bang or a Whimper?”, *The Modern Law Review*, C. 62, S. 6, ss. 824-849.
- POROY, Mehmet Akif (2006). “Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 3, ss. 1006-1011.
- QUINT, Peter E. (1989). “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, *Maryland Law Review*, C. 48, S. 2, ss. 247-349.

- SODİKİ, Achmad (2012). "Vatandaşların Anayasal Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesi'nin Rolü (Endonezya Anayasası'na Dayalı Bir Değerlendirme)", *Anayasa Yargısı*, C. 29, ss. 259-298.
- SUNAY, Reyhan (2015). "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, C. 1, ss. 9-52.
- ŞAHİN, Adil (2010). "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", *AÜ-HFD*, C. 59, S. 4, ss. 711-766.
- ŞAHİN, Kemal (2013). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 3, ss. 53-146.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2011). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.
- TEZİÇ, Erdoğan (2016). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.
- TURHAN, Aydın (2013). "İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, ss. 357-378.
- UYGUN, Oktay (2000). "İnsan Hakları Kuramı", içinde Tankuter, Korkut, (Ed.), *İnsan Hakları*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- ÜNAL, Şeref (1994). "İnsan Haklarının, Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 1, ss. 41-74.
- YÜKSEL, Mehmet (2007). "İnsan Haklarının Sosyo-Tarihsel Temelleri", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 25, ss. 1-19.
- WILLIAMS, Alexander ve PHILLIPSON, Gavin (2011). "Horizontal Effect and the Constitutional Constraint", *Modern Law Review*, C. 74, S. 6, ss. 878-910.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Erbil Tuşalp, B. No. 2015/2595, 23/10/2019.

Eyyüp Boynukara, B. No. 2013/2016, 17/2/2016.

Hayrettin Kibar ve Diğerleri, B. No. 2013/2328, 10/3/2015.

İlhan Cihaner (2), B. No. 2013/5574, 30/6/2014.

Kadir Sağdıç, B. No: 2013/6617, 8/4/2015.

Kâmil İnce, B. No. 2014/1167, 25/11/2017.

Mehmet Akdoğan ve Diğerleri, B. No. 2013/817, 19/12/2013.

Nuran Çıkar, B. No: 2014/10761, 13/9/2017.

Nilgün Halloran, B. No. 2012/1184, 16/7/2014.

Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi, B. No: 2014/8649, 15/2/2017
Türkiye Emekliler Derneği, B. No: 2012/1035, 17/7/2014.

Selahattin Turan, B. No: 2014/11410, 22/6/2017.

Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti.
(5), B. No. 2017/4786, 28/1/2020.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Budayeva ve Diğerleri/Rusya, B. No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20/3/2008.

Kolyadenko ve Diğerleri/Rusya, B. No. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 ve 35673/05, 28/2/2012.

Kotov/Rusya, B. No. 54522/00, 3/4/2012.

Mater/Türkiye, B. No: 54997/08, 16/7/2013.

Öneryıldız/Türkiye, B. No. 48939/99, 30/11/2004.

Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16/3/2000.

Saraç ve Diğerleri/Türkiye, B. No. 3189/09, 30/3/2021.

Zolotas/Yunanistan, B. No. 66610/09, 29/1/2013.

Von Hannover/Almanya (no 2), B. No: 40660/08 ve 60641/08,
7/2/2012.

X ve Y/Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985.



KAMU İCRA HUKUKUNDA HAKSIZ ÇIKMA ZAMMININ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Unfair Hike in Public Enforcement Law in the
Light of the Decisions of the Turkish Constitutional Court*

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KARATAŞ*
Arş. Gör. Mehmet Alper ELMALI**

ÖZ

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 55'inci maddesinde vadesinde ödenmeyen kamu alacağına yönelik cebri icra işlemlerine başlanabilmesi için kamu borçlusuna ödeme emri tebliğ edilmesi gerektiğini, 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre ise tebliğ edilen ödeme emrine karşı 15 gün içerisinde vergi davası açılabileceği düzenleme altına alınmıştır. Aynı kanunun 58'inci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca ödeme emrine karşı açılan davada kamu borçlusunun kısmen ya da tamamen haksız çıkması durumunda haksız çıkılan kamu borcunun %10'u oranı ile tahsil edileceği öngörülmüştür. Kamu icra hukuku öğretisinde haksız çıkma zammı olarak kabul edilen bu uygulamaya ilişkin hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin 2021/119 Esas, 2022/48 Karar Sayılı ve 21/04/2022 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, aynı hükme ilişkin 03/02/2011 tarihli ka-

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, mustafa.karatas@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4037-7518.

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, m.alperelmali@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3628-6306.

rarında haksız çıkma zammının hak arama özgürlüğünü engellemediğini kabul etmesine rağmen, 21/04/2022 tarihli kararında ölçülülük ilkesi çerçevesinde yaptığı değerlendirme neticesinde mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğüne haksız müdahale niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Bu çalışmada haksız çıkma zammı uygulamasına ilişkin iptal kararı; ödeme emrine karşı açılan davanın niteliği, haksız çıkma zammının uygulanma amacı, genel icra hukukunda yer alan icra inkâr tazminatı ile olan benzer hukuki niteliği dikkate alınmak ve aynı hükme ilişkin bir önceki karar da göz önünde bulundurmak suretiyle değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Anayasa Mahkemesi, kamu icra hukuku, ödeme emri, haksız çıkma zammı, icra inkâr tazminatı.

ABSTRACT

Article 55 of Law no. 6183 on the Procedure for the Collection of Public Receivables mandates notifying a payment order to the public debtor to initiate compulsory enforcement proceedings for overdue public receivables. Additionally, Article 58 § 1 allows filing a tax lawsuit against the notified payment order within 15 days. According to Article 58 § 5 of the same Law, if the lawsuit deems the public debtor partially or fully at fault, a collection of 10% of the faulted public debt ensues. The Constitutional Court, in its decision numbered E.2021/119, K.2022/48 and dated 21 April 2022, annulled the provision, which is seen as an unfair hike (unjustified additional charge) in public enforcement law doctrine. Despite its earlier decision on 3 February 2011 regarding the same provision, which did not consider this practice as hindering the right to legal remedies, the later decision dated 21 April 2022, as a result of the evaluation made under the principle of proportionality, recognised it as an unjust interference with the right to property and the right to legal remedies. This study evaluates the annulment of the unfair hike (unjustified additional charge) by considering the nature of the lawsuit against the payment order, the intended purpose of the unfair hike, its legal similarity to compensation for denial of enforcement in general enforcement law, and the previous decision on the same provision.

Keywords: Turkish Constitutional Court, public enforcement law, payment order, unfair hike, compensation for denial of enforcement.

GİRİŞ

Gerçek ve tüzel kişi mükelleflerin kamu idaresine karşı maddi ve şekli olmak üzere çeşitli ödevleri bulunmaktadır. Bunlar arasında mükellefin en önemli ve esas ödevi, vergi borcunu kanunlarda belirlenen zamanlarda tam ve doğru bir şekilde ödemesidir. Bu ödev aynı zamanda maddi vergi ödevi şeklinde de adlandırılmaktadır¹. Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 37'nci, 39'uncu ve 40'ıncı maddeleri uyarınca kamu alacaklarının ilgili özel kanunlarında belirtilen sürelerde; aksi öngörülmemişse borçlunun ikametgâhının bulunduğu yer tahsil dairesindeki sorumlu ve yetkili memurlara, makbuz karşılığında ödenmesi gerekmektedir. Asıl olan, kamu borçlusunun vergi borcunu kendi rızası doğrultusunda vadesinde ödemesidir. Ancak kamu borcunun vadesinde ödenmemesi ihtimali karşısında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) 54 vd. maddeleri hükümlerinde cebri icra yoluyla tahsil düzenlenmiştir.

Kamu borçlusunun borcunu vadesinde ödememesi hâlinde AATUHK'nın 55'inci maddesi doğrultusunda tahsil dairesi tarafından kendisine 15 gün içerisinde borcunu ödemesi; ödememe durumunda ise mal bildiriminde bulunması gerektiğine ilişkin ödeme emri tebliğ edilerek icra takibi başlatılmaktadır. Bununla birlikte borçlunun ödeme emrine karşı kanunda öngörülen sebeplere dayanarak vergi mahkemesinde dava açabilmesi mümkündür². AATUHK'nın 58'inci maddesinde belirtildiği üzere borçlunun ödeme emrine karşı vergi mahkemesinde açmış olduğu davanın reddedilmesi hâlinde reddedilen tutar, "*haksız çıkma zammı*" ile birlikte tahsil edilmektedir.

Kamu icra hukuku kapsamında ele alınan haksız çıkma

1 Öner, E. (2022). *Vergi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 76-77.

2 Mutluer, M. ve Dayanç Kuzeyli, N. (2019). *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 332-333.

zammının, esas itibarıyla ödeme emrine karşı mesnetsiz dava açılmasının önlenmesi ve tahsilatın geciktirilmemesi amacıyla uygulandığı kabul edilmektedir³. Bu yönüyle haksız çıkma zammının genel icra hukukunda ele alınan icra inkâr tazminatıyla benzer nitelikte olduğu dile getirilmektedir⁴. Bahse konu amaca yönelik uygulanan haksız çıkma zammı, öğretide ve uygulamada Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda tartışmalı bir görünüm sergilemektedir. Bu bağlamda haksız çıkma zammının düzenlendiği ilgili hükmün Anayasa'nın çeşitli hükümlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle hem 2009 hem de 2021 yıllarında Anayasa Mahkemesine (AYM) iptal başvurusunda bulunulmuştur. AYM'ye 2009 yılında yapılan ilk başvuru reddedilirken 2022 yılında yapılan başvurusu neticesinde ilgili hükmün Anayasa'nın 13'üncü, 35'inci ve 36'ncı maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Bu çalışma ile haksız çıkma zammının düzenlendiği hükmü iptal eden AYM kararının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaca bağlı olarak çalışmanın ilk bölümünde haksız çıkma zammının hukuki altyapısı, tanımı, hukuki niteliği, amacı, uygulanma gerekçeleri ile birlikte ilgili hükmün yer aldığı kanunda ele alınan benzer düzenlemelere yer verilecektir. İkinci bölümde haksız çıkma zammına benzer nitelikte olduğu kabul edilen icra inkâr tazminatı, haksız çıkma zammının desteklenmesi amacıyla ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise haksız çıkma zammına ilişkin hükmün ele alındığı AYM'nin 2011 ve 2022 tarihli kararları, icra inkâr tazminatına ilişkin hususlar da dikkate alınarak ölçülülük ilkesi perspektifinde değerlendirilecektir.

3 Taşkan, Y. Z. (2022). *Vergi Hukuku: Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 276.

4 Karakoç, Y. (2020). *Kamu İcra Hukuku Bilgisi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 154.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. KAMU İCRA HUKUKUNDA HAKSIZ ÇIKMA ZAMMI

1. Hukuki Altyapısı

Haksız çıkma zammı, Anayasa Mahkemesinin E.2021/119, K.2022/48 sayılı ve 21/4/2022 tarihli kararı ile iptal edilmeden önce AATUHK'nın "ödeme emrine itiraz" başlıklı 58'inci maddesinin 5'inci fıkrasında düzenlenmekteydi. Bu maddede ödeme emrine karşı *"itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı % 10 zamlı..."* tahsil edileceği öngörülmekteydi.

2. Tanımı

Haksız çıkma zammı; Danıştayın çeşitli kararlarında, ödeme emrinin tebliği üzerine kamu borçlusu tarafından borcun bulunmadığı, borcun tamamen veya kısmen ödendiği veya borcun zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle açılan davanın tamamen veya kısmen reddedilmesi hâlinde, borçludan haksız çıkılan kamu alacağı kısmının %10 zamlı tahsil edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁵.

3. Amacı ve Hukuki Niteliği

Haksız çıkma zammının amacının ne olduğu ve uygulanma gerekçesi hakkında AATUHK'da doğrudan bir bilgiye yer verilmemektedir⁶. Haksız çıkma zammı uygulaması ile güdülen amacın ne olduğu konusunda öğretide esas itibarıyla benzer görüşler yer almakla birlikte niteliği hususunda farklı görüşlere yer verilmektedir. Haksız çıkma zammı, niteliği itibarıyla ödeme emrine karşı açılan davada davanın borçlu aleyhine

5 bkz. Danıştay Dördüncü Dairesinin 23/02/2005 tarihli ve Esas 2004/2323, Karar 2005/259 sayılı kararı, Danıştay Üçüncü Dairesinin 02/03/2007 tarihli ve Esas 2005/3210, Karar 2007/649 sayılı kararı.

6 Akkaya, M. (2009). Haksız Çıkma Zammı ve Anayasaya Uygunluğu, içinde Akçaoğlu, E ve Solak Akman, İ. (Ed.), *Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan Cilt I*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 340.

sonuçlanan kısmı (tamamı ya da belirli bir kısmı) üzerinden hesaplanmaktadır. Bu bakımdan haksız çıkma zammının ödeme emrine karşı mesnetsiz dava açılmasını önlemeye yönelik olduğu ifade edilmektedir⁷. Dolayısıyla haksız çıkma zammının temelde ödeme emrine karşı mesnetsiz dava açılmasının önlenmesi ve tahsilatın geciktirilmemesi, diğer bir ifadeyle bu durumdaki kamu borçlularının kötü niyetli davranışlarının önlenmesi amacıyla uygulandığı kabul edilmektedir⁸.

Öğretide haksız çıkma zammı, niteliği itibarıyla genel icra hukukundaki icra inkâr tazminatı ile benzer nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁹. Bu açıdan haksız çıkma zammının kişinin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi gerekçesiyle uygulanan önleyici/tedbir niteliğinde bir tazminat olduğu söylenebilmektedir¹⁰. Bununla birlikte haksız çıkma zammının gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî kamu alacağı niteliğinde olduğu kabul edilmekle¹¹ birlikte diğer ferî kamu alacaklarından farklı olarak ceza niteliğinde olduğu da öne sürülmektedir¹².

7 Saraçoğlu, F. ve Dayıoğlu Erul, R. (2019). "Kamu Alacaklarında Haksız Çıkma Zammı Uygulaması ve Anayasa'ya Aykırılığının Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 1., s. 145.

8 Gerçek, A. (2017). *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 231.

9 Karakoç, Y. (2020). s. 154.

10 Saraçoğlu, F. ve Dayıoğlu Erul, R. (2019). s. 144.

11 Haksız çıkma zammı, AATUHK'nın 1'inci maddesi uyarınca ferî kamu alacağı olarak kabul edilmektedir: Budak, T. ve Benk, S. (2011). "Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme", *Business and Economics Research Journal*, C. 2., S. 2., s. 71.

12 Bkz. Yaltı, B. (2012). "Bir Başka Açıdan Haksız Çıkma Zammı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yukos Kararının Düşündürdükleri", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 289., s. 163; Gerçek, A. (2017). s. 231, Sonsuzoğlu, E. (2001). *Türk Vergi Hukukunda Ferî Borç ve Alacak Olarak Faiz*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 61; Doğrusöz, B. (2009). "Haksız Çıkma Zammında Sorunlar", *Yaklaşım Dergisi*, S. 203., s. 274. Haksız çıkma zammının cezai nitelikte olduğunun kabulü halinde, uygulanan haksız çıkma zammına yönelik gecikme zammının uygulanmaması gerektiği de dile getirilmektedir: Aykaç, K. (1976). *Açıklamaları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında*

4. Uygulanma Şartları

a. Genel Olarak

Yukarıda bahse konu edildiği üzere haksız çıkma zammı, öncelikle ödeme emrine karşı dava açılması ve açılan dava neticesinde haksız çıkılması hâlinde uygulanmaktadır. Bu açıdan haksız çıkma zammının iki temel şartın varlığı hâlinde uygulanabileceği söylenebilir: (1) tebliğ edilen ödeme emrine karşı dava açılması ve (2) açılan davanın kısmen ya da tamamen haksız bulunarak reddedilmesi.

b. Tebliğ Edilen Ödeme Emrine Karşı Dava Açılması

AATUHK'nın 55'inci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları uyarınca kesinleşmiş kamu alacağını vadesinde ödemeyen kamu borçlusuna 15 gün içerisinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları gerektiğini, borcun asıl ve ferîlerinin mahiyet ve miktarlarını, borcun ödeneceği yeri, süresinde ödenmemesi veya mal bildiriminde bulunmaması veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması hâlinde uygulanacak müeyyideleri¹³ içeren ödeme emri tebliğ edilmektedir. AATUHK'nın 58'inci maddesi uyarınca ise kendisine ödeme emri tebliğ edilen kamu borçlusunun böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı iddiasıyla¹⁴ tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde yetkili vergi

Kanun ve Genel Tebliğleri, Ankara: Seçkin Kitabevi, s. 233.

13 AATUHK'nın 55'inci maddesi uyarınca kamu borcunun süresinde ödenmemesi veya mal bildiriminde bulunmaması halinde borcun cebren tahsili, 60'uncu maddesi uyarınca borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyiki, 111'inci maddesi uyarınca gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması halinde hapis cezası ile karşı karşıya kalınması söz konusudur.

14 Ödeme emrine karşı sadece bahse konu üç nedene dayanarak dava açılabilmektedir. Dava açma nedenlerinin bu yönde sınırlanması, kamu borcunun tahsili aşamasına geçilmiş olması sebebiyle sadece tahsil aşamasına özgü gerekçelere dayanılması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır: Karakoç, Y. (2000). *Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 120; Gerçek, s. 229. Danıştay da "tarh ve tahakkuk aşamasından geçerek itiraz edilmeksizin kesinleşen vergi ve cezanın

mahkemesinde¹⁵ dava açması mümkündür¹⁶. Vergi mahkemesinde açılacak davaların şekli, incelenmesi ve davaya ilişkin iade hususları İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) yer alan düzenlemelere tabidir¹⁷. Ödeme emrine karşı açılan davalarda İYUK'un 27'inci maddesinin 4'üncü fıkrası gereği yürütmenin kendiliğinden durması söz konusu olmayıp idarenin tahsil işlemlerine devam etmesi mümkündür. Ancak kamu borçlusu, vergi mahkemesinden yürütmeyi durdurma talebinde bulunabilmektedir. Vergi mahkemelerinde ödeme emrine karşı açılan davalara karşı duruma göre istinafa ve/veya temyiz yoluna gidilmesi mümkündür¹⁸.

tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin tebliği üzerine açılacak bir davada, tarh ve tahakkuk aşamasında öne sürülmesi gereken iddiaların incelenmesi... "nin mümkün olmadığına karar vermiştir. Danıştay Yedinci Dairesinin 22/11/1990 tarihli ve Esas 1987/1631, Karar 1990/3709 sayılı kararı. Bununla birlikte ödeme emrinin düzenlenmesine ve tebliğine ilişkin şekle ve usule ilişkin hataların da davaya konu edilmesi mümkün kabul edilmektedir: Gerçek, A. (2017). s. 228.

- 15 Ödeme emrine karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme İYUK'un 37'inci maddesi uyarınca ödeme emrini düzenleyen ve tebliğ eden tahsil dairesinin bulunduğu yer vergi mahkemesidir.
- 16 İlgili maddede esas itibarıyla ödeme emrine karşı vergi itiraz komisyonlarına itiraz edilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Ancak 06/01/1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesi ile *vergi mahkemelerinin görev alanına giren konularla ilgili olarak itiraz komisyonu* ifadesi *Vergi mahkemesi*, *itiraz* ifadesi ise *vergi mahkemesinde dava açılması* olarak değiştirilmiştir. Benzer yönde bilgi için bkz. Kuzucu Yapar, B. (2020), *Türk Hukukunda Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Önlemler*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 37.
- 17 İlgili madde gereği vergi mahkemesinde açılacak davaların şeklinin, incelenmesinin ve davaya ilişkin iade hususlarının kural olarak VUK'ta yer alan düzenlemelere tabi olması gerekir. Ancak vergi davalarına ilişkin VUK'ta yer alan düzenlemeler (m. 379-412), 06/01/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 63'üncü maddesi ile kaldırılmış olup, ilgili kanunda bu hususlarda İYUK'un uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bkz. Gerçek, A. (2017). s. 226.
- 18 İlgili madde gereği, vergi mahkemelerinde ödeme emrine karşı açılan davaların kural olarak en geç 7 gün içinde karara bağlanması ve alınan bu kararların kesin olması gerekmektedir. Ancak vergi davaları idari yargılama usulüne tabi olup, mahkemeye sunulan dilekçeye yönelik 15 gün içerisinde ilk inceleme yapılacak olması (İYUK m. 14), mahkemeye sunulan dilekçeye karşı idarenin 30 günlük cevap verme süresinin bulunması (İYUK m. 16), karşı tarafın yürütmeyi durdurma talebinde bulunması,

c. Açılan Davanın Kısmen ya da Tamamen Haksız Bulunarak Reddedilmesi

Ödeme emri kendisine tebliğ edilen kamu borçlusunun sadece böyle bir borcunun olmadığı, borcun kısmen ödenmiş olduğu ve kamu alacağının zamanaşımına uğradığı nedenlerine veya ödeme emrinin düzenlenmesine ve tebliğine ilişkin şekle ve usule ilişkin hataların varlığına dayalı olarak dava açabileceğinden, söz konusu nedenler itibarıyla haksız çıkması söz konusu olduğunda haksız çıkma zammı uygulanması gerekmektedir¹⁹. Haksız çıkma zammının düzenlenme amacına yönelik olarak kanun metinlerinde herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararları ile doktrin incelendiğinde söz konusu yasal düzenleme sayesinde gereksiz itirazların önüne geçilerek hem mahkemelerin sebepsiz yere meşgul edilmesinin önlenmesine hem de kamu alacağının daha kısa sürede tahsilinin sağlanmasına hizmet ettiği ifade edilmektedir²⁰. Öncelikle kamu borçlusu; borcun

ancak bu talebin reddedilmesi halinde itiraz edilmesinin mümkün olması ve bu itirazın 7 gün içerisinde sonuçlandırılması (İYUK m. 27) gibi hususlar, 7 günlük sürenin maddi anlamda geçerli olamayacağı sonucuna ulaştırabilir. Ayrıca İYUK'un 45'inci ve 46'ıncı maddeleri gereği 2023 yılı itibarıyla tutarı 20.000 TL'yi aşan vergi davalarında istinaf yoluna, 581.000 TL'yi alan vergi davalarında ise temyiz yoluna gidilmesi mümkündür. Bu açıdan ödeme emrine karşı açılan davaların kesin olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Benzer görüş için bkz. Karakoç, Y. (2020). s. 153; Saraçoğlu, F. ve Dayıoğlu Erul, R. (2019). s. 143-144; Aksi görüş için bkz. Taşkan, Y. Z. (2022). s. 276.

- 19 Saraçoğlu, F. ve Dayıoğlu Erul, R. (2019). s. 144. Öte yandan haksız çıkma zammının uygulanabilmesi için ödeme emrine itiraz edilmiş ve söz konusu itirazın reddedilmiş olması yeterlidir. Ancak haksız çıkma zammının tıpkı icra inkâr tazminatında olduğu gibi borçlunun itirazında kötü niyetli olması halinde uygulanmasının daha doğru olacağı da düşünülmektedir. Bu bağlamda kamu borçlusunun itirazında kötü niyetli olması bir ön şart olarak aranmalı ve bu noktada, kanunda belirtilen üst sınıra tabi olmak şartıyla, hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır. Rençber, A. (2014). *Vergi İcra Hukukunda Ödeme Emri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 282.
- 20 Dilemre Öden, B. (2023). "Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Haksız Çıkma Zammının Mükellef Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 1., s. 40.

doğmamış olması, borcun mevcut olmaması, borcun vadesinin gelmemiş olması, borcun tecil veya terkin edildiği, vergi hatasına bağlı olarak kamu borçlusu olmadığı veya tebligatın geçersiz olduğu iddiasıyla “*böyle bir borcunun olmadığını*” öne sürebilir²¹. Bu noktada kamu borçlusunun öne sürdüğü iddialarının mesnetsiz olduğunun anlaşılması ve dolayısıyla borcunun varlığının tespit edilmesi hâlinde haksız çıkması söz konusu olabilecektir. İkinci olarak kamu borçlusu belirli bir kısmını ödediği ancak borcunun geriye kalan kısmını aşan tutarda ödeme emri tebliğ edildiği iddiasıyla “*borcun kısmen ödenmiş olduğunu*” öne sürebilir²². Bu noktada kamu borçlusunun öne sürdüğü iddiasının mesnetsiz olduğunun anlaşılması, diğer bir ifadeyle borcunu kısmen ödemediğinin ya da belirttiği tutardan eksik ödemediğinin tespit edilmesi hâlinde haksız çıkması söz konusu olabilecektir. Üçüncü olarak kamu borçlusu, kamu borcunun tahsil zamanaşımına uğramış olmasına rağmen kendisine ödeme emri tebliğ edildiği iddiasıyla “*kamu alacağının zamanaşımına uğramış olduğunu*” öne sürebilir²³. Bu noktada kamu borçlusunun öne sürdüğü iddiasının mesnetsiz olduğunun, diğer bir ifadeyle borcun zamanaşımına uğramadığının tespit edilmesi hâlinde haksız çıkması söz konusu olabilecektir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki haksız çıkma zammı, davanın tamamen kaybedilmesi durumunda tebliğ edilen ödeme emrinde belirtilen tutarın tamamı, borçlunun kısmen haksız olduğuna karar verilmesi hâlinde ise haksız çıkılan kısmı üzerinden %10 olarak hesaplanmaktadır. Dolayısıyla borcun belirli bir kısmına ilişkin dava açılacak olması ihtimalinde davanın kısmi olduğunun ve borcun ne kadarlık kısmına yönelik olduğunun dava dilekçesinde belirtilmesi kamu borçlusu açısından önem arz

21 Karakoç, Y. (2020). s. 151.

22 Gerçek, A. (2017). s. 228-229.

23 Karakoç, Y. (2020). s. 151.

eder²⁴. Ayrıca Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere açılan davanın; (1) işin esasına girilmeksizin reddedilmesi hâlinde ödeme emrinin İYUK'ta öngörülen yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden hukuki denetiminin yapılmadığı veya (2) feragat nedeniyle davanın karar alınmaksızın hükmüne bağlandığı durumlarda borçlunun tamamen veya kısmen haksız olduğu veya haklı olduğunu tespitine imkân bulunmamaktadır²⁵. Son olarak Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu, haksız çıkma zammının uygulanabilmesi için davanın kısmen ya da tamamen reddine ilişkin hükmün kesinleşmesi gerektiğini kabul etmektedir²⁶.

5. Kamu İcra Hukukundaki Benzer Düzenlemeler

Kamu icra hukukunda haksız çıkma zammı uygulanmasına benzer nitelikte iki örnek düzenlemeye AATUHK'nın 68'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında borçlu elinde veya "*haczedilen mallara karşı istihkak iddiaları*" ve 79'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında "*üçüncü şahıslardaki menkul malların, alacak ve hakların haczi*" hususlarında açılacak davalara ilişkin olarak yer verilmektedir.

24 Yılmaz, K. (2015). *Açıklama ve Örnek Yargı Kararları ile 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması*, İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Bilnet Matbaacılık, s. 610.

25 Bkz. Danıştay Yedinci Dairesinin 11/10/2005 tarihli ve Esas 2002/2457, Karar 2005/2386 sayılı kararı; Danıştay Dördüncü Dairesinin 28/11/2005 tarihli ve Esas 2005/1164 ve Karar 2005/2267 sayılı kararı; Danıştay On Üçüncü Dairesinin 03/05/2010 tarihli ve Esas 2010/733, Karar 2010/3678 sayılı kararı. Bu bağlamda haksız çıkma zammının uygulanabilmesi için ödeme emrine itiraz amacıyla açılan davada hukuki uyumsuzluğun esasına girilmiş olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile ödeme emrine itirazın kanunda öngörülen süreler içinde yapılmadığı gerekçesiyle verilen ret kararında haksız çıkma zammına hükmedilememektedir. Balcı, M. (2021). *Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Uygulamalarında Yaşanan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 20.

26 Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulunun 16/04/2010 tarihli ve Esas 2008/833, Karar 2010/192 sayılı kararı. Benzer yönde bilgi için bkz. Bozdoğan, M. N. ve Bıyık, G. (2017), "Vergi Uyuşmazlıklarının Yargısal Aşamada Çözümlemesinde Mükellef Hakları: Ödeme Emrine İtiraz Özelinde Değerlendirilmesi", *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, C. 6., S. 6., s. 17.

Öncelikle AATUHK'nun 66'ncı ve 67'inci maddeleri uyarınca (1) kamu borçlusunun elinde bulunan bir malın üçüncü kişinin mülkü veya rehini olarak göstermesi veya üçüncü kişinin bu yönde bir iddiasının veya (2) haczedilen malın borçlunun elinde olmadığı ve malın mülkiyet veya rehin hakkı iddiasıyla üçüncü kişinin elinde olduğu iddiasının varlığı, istihkak iddiası olarak kabul edilir. İstihkak iddiaları ilk durumda kamu borçlusu, ikinci durumda alacaklı kamu idaresi tarafından istihkak davası açılması mümkündür. İstihkak davalarında yürütme kendiliğinden durmadığından, davacı tarafından yürütmeyi durdurma talebinde bulunulabilir (m. 68/2). İstihkak davası üzerine yürütmenin durdurulmasına karar verilmekle birlikte davanın reddedilmesi hâlinde dava ya konu malın değerinin %10'u tutarında tazminata hükümlenmesi gerekir (m. 68/3).

İkinci olarak AATUHK'nın 79'uncu maddesine göre üçüncü kişilerdeki menkul malların, alacak ve hakların hacine ilişkin olarak hazırlanacak haciz bildirisi ile üçüncü kişilere *“bundan böyle borcunu ancak tahsil dairesine ödeyebileceği ve amme borçlusuna yapılacak ödemenin geçerli olmayacağı veya elinde bulundurduğu menkul malı ancak tahsil dairesine teslim edebileceği ve malın amme borçlusuna verilmemesi gerektiği, aksi takdirde amme borçlusuna yapılan ödemeler ile malın bedelini tahsil dairesine ödemek zorunda kalacağı”* ve ilgili diğer hususların bildirilmesi gerekir (m. 79/1). Haciz bildirisi tarafına tebliğ edilen üçüncü şahıslar, *“borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı veya haczin tebliğinden önce borcun ödendiği veya malın tüketildiği ya da kusuru olmaksızın telef olduğu veya alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu”* iddiasıyla yedi gün içinde tahsil dairesine itiraz etme hakkına sahiptir (m. 79/3). Ancak süresi içerisinde itiraz edilmemesi hâlinde üçüncü kişilerin haciz bildirisinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde menfi tespit davası açma hakkı bulunmaktadır. Menfi tespit davası açıldıktan

sonra belirli bir teminat karşılığında yürütmenin durdurulması talep edilebilmekte olup bahse konu davasında haksız çıkan üçüncü kişinin haksız çıktığı tutarın %10'u kadarı ayrıca inkâr tazminatı ödemesi gerekir (m. 79/4).

B. HAKSIZ ÇIKMA ZAMMININ GENEL İCRA HUKUKUNDA GÖRÜNÜMÜ: İCRA İNKÂR TAZMİNATI

1. Hukuki Altyapısı

İcra inkâr tazminatı, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) “*itirazın iptali*” başlıklı 67'inci maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

“(1) Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir. (2) Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir”.

2. Tanımı ve Kapsamı

Mahkeme, alacaklının haklı olduğu kanısına varırsa davayı kabul ederek itirazında haksız çıkan borçlu aleyhine, takibe konu alacağın yüzde yirmisinden az olmamak üzere bir tazminata hükmedebilir. İcra inkâr tazminatı olarak adlandırılan söz konusu tazminatın uygulanabilmesi için alacaklının yapılan itiraz sonucunda zarara uğradığını ispat etmesi gerekmektedir. Ancak alacaklı, ödeme emrine itiraz sebebiyle zarara uğradığını ve bu zararın da takibe konu alacağın yüzde yirmisinden fazla olduğunu ispatlarsa mahkeme, yüzde yirmiden daha yüksek bir oranda tazminata hükmedecektir²⁷.

27 Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M. ve Özkes, M. (2021). s. 114.

3. Amacı ve Niteliği

Borçlunun borcun ödemesini ertelemek ve zaman kazanmak adına gerçeği yansıtmayan itiraz sebeplerini ileri sürerek icra takibini durdurması olasıdır. Borçlunun haklı bir nedene dayanmaksızın ödeme emrine itiraz etmesinin önüne geçmek amacıyla borçlu hakkında İİK'nın 67/II, 68/a son fıkra ve 68'inci maddesinin son fıkrası yasal düzenlemeleri ile tazminata, İİK m.68/a, VI uyarınca para cezasına ve temerrüt faizi gibi müeyyidelere hükmedilmesi mümkün hâle getirilmiştir. Ancak yasal düzenlemelerdeki anılan müeyyidelere rağmen borçlu, icra takibini uzatmak için ödeme emrine haksız itirazda bulunabilir²⁸.

İcra inkâr tazminatı uygulamasının temelini; 'dürüstlük kuralına aykırılık' oluşturmaktadır²⁹ ve anılan tazminat ile borçlunun haksız itirazda bulunarak alacağın tahsilini geciktirmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır³⁰. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin kararına göre *icra inkâr tazminatının amacı "... alacağın tahsilini geciktirmeye yönelik haksız itirazları önlemektir. İtirazın iptali davasında borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse istek halinde alacaklı yararına...tazminata hükmedilir. Yasa ile güdülen amaç borçlu olduğu miktarı bilebilecek durumda olan borçlunun ödeme emri üzerine icra borcunu inkâr etmesini önlemek...*³¹"tir.

28 a.g.e. s. 101.

29 Yıldırım, M. K. ve Deren-Yıldırım, N. (2021). s. 134.

30 Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M. ve Özekes, M. (2021). s. 114.

31 Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 07/12/2020 tarihli, 2020/3639 Esas ve 2020/7361 Karar sayılı kararı. Benzer yönde verilen kararlar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 18/02/2019 tarihli, 2017/4280 Esas ve 2019/1198 Karar sayılı kararı; Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 10/03/2016 tarihli, 2015/7252 Esas ve 2016/1843 Karar sayılı kararı.

4. Uygulanma Şartları

a. Genel Olarak

İcra inkâr tazminatının uygulanabilmesi için öngörülen bazı şartlar bulunmaktadır. Öncelikle borçlu hakkında yapılan geçerli³² bir icra takibi bulunmalıdır. İkincisi, söz konusu ödeme emrine borçlu tarafından süresi³³ içinde itiraz edilmiş olmalıdır. Üçüncü olarak itirazın kendisine tebliğ edilmesi üzerine alacaklı, tebliğ tarihinden itibaren bir yıl³⁴ içinde itirazın iptali davası açmalı ve borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesi yönünde talepte bulunmalıdır. Son olarak ise görülecek itirazın iptali davası sonucunda borçlu, itirazında haksız bulunmalıdır³⁵. Öte yandan icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun itiraz ederken kötü niyetle

32 İcra takibinin geçerliliğini etkileyen birden fazla etken bulunmaktadır. İcra takibinin yetkili icra dairesinde yapılmasına ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 16/06/2015 tarihli, 2014/19073 Esas ve 2015/8884 Karar sayılı kararına göre *“Yetkili icra dairesinde takip yapılması itirazın iptali davası şartlarından birisidir. Somut olayda borçlu davalılar takibe itirazlarında icra dairesinin yetkisine de itirazda bulunmuş olup, mahkemece öncelikle icra dairesinin yetkisi ile ilgili bir karar verilmesi gerekirken, bu inceleme yapılmaksızın mahkemenin yetkisine yönelik itirazın değerlendirilmesi doğru olmamıştır.”* Öte yandan icra takibinin hukuken geçerli olabilmesi için birden fazla kişiye karşı başlatılması gerekebilir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 13/04/2016 tarihli, 2015/19317 Esas ve 2016/4728 Karar sayılı kararında belirtildiği üzere *“Davacı vekili, küçük ...’nun yoldan karşıdan karşıya geçerken müvekkili sigorta şirketine sigortalı aracın kendisine çarpması sonucu aracın hasarı nedeniyle ...’nın velisi olarak anne ve babası aleyhine birlikte icra takibi başlatmak yerine yalnızca davalı baba ... aleyhine icra takibi yapmıştır. 4721 sayılı Kanunun 336. maddesine göre; evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar hükmü karşısında itirazın iptali davası için ortada hukuken geçerli bir takibin olması gerekir. Mahkemece geçerli icra takibi bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetli olmamıştır.”*

33 Ödeme emrine itirazın süresi içinde yapılmasının gerekliliğine ilişkin bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 09/12/2014 tarihli, 2014/18052 Esas ve 2014/18035 Karar sayılı kararı.

34 İtirazın iptali davası için öngörülen bir yıllık dava açma süresi, hak düşürücü süre niteliğindedir. Dolayısıyla davanın süresi içinde açılıp açılmadığı mahkeme tarafından resen gözetilmelidir. Bu yönde verilen karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 02/06/2020 tarihli, 2018/1745 Esas ve 2020/730 Karar sayılı kararı; Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 03/06/2022 tarihli, 2021/1 Esas ve 2022/3 Karar sayılı kararı.

35 Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2022). s. 137.

hareket etmesi ve alacağın da bir belgeye bağlanmış olması şartları aranmamaktadır³⁶.

b. Borçlu Hakkında Yapılan Geçerli İcra Takibi Kapsamında Ödeme Emri Tebliğ Edilmesi

Genel icra hukukunda ödeme emri; alacaklının talebine bağlı olarak icra dairesi tarafından borçluya gönderilen, alacaklının takibe konu ettiği asıl alacağın ve ilgili takip masraflarının ödenmesini veya kanunda öngörülen düzenlemeler çerçevesinde takibe karşı çıkmasını, aksi takdirde icra takibinin devam ederek sonraki aşamalara geçileceği anlamına gelen bir çeşit ihtardır. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 61'inci maddesi uyarınca ödeme emri, alacaklının icra dairesine takip talebinde bulunmasından itibaren üç gün içinde borçluya tebliğ çıkarılmaktadır. İcra takibinin bir belgeye dayalı olarak yapılması hâlinde ise takibe konu belgenin tasdikli bir örneği, ödeme emri ile birlikte tebliğ edilmektedir³⁷.

İcra takibi süreci bağlamında borçluya yöneltilen ilk takip işlemi, ödeme emrinin tebliği olmakla beraber, önemli bir işleve ve yere sahiptir. Nitekim bir dava açılırken davalıya -savunma imkânı tanımak adına- dava dilekçesi tebliğ edilerek kendisi hukuki uyuşmazlık hakkında bilgilendirilmektedir. Bu yönüyle de alacağın miktarını ve dayanağını içeren ödeme emri borçluya tebliğ edilerek borçlunun, aleyhinde başlatılan icra takibine karşı koyabilmesi ve ilgili hukuk kuralları çerçevesinde harekete geçmesi hedeflenmektedir³⁸.

İİK'nın 60'uncu maddesindeki düzenleme uyarınca kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlunun yedi gün içerisinde

36 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08/02/2022 tarihli, 2018/1119 Esas ve 2022/92 Karar sayılı kararı.

37 Yıldırım, M. K. ve Deren-Yıldırım, N. (2021). *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 95.

38 Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M. ve Özkes, M. (2021). *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 98.

ilgili ödeme emrine karşı itiraz etme hakkı vardır. Borçlunun itiraz etmemesi hâlinde aynı süre zarfında borcunu ödemesi veya mal beyanında bulunması gerekir. Mal beyanında bulunulmaması hâlinde hakkında tazyik hapsi uygulanabileceği gibi gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda hapis cezası gündeme gelecektir. Borcun ödemesi gerçekleştirilmez veya itiraz edilmez ise icra takibine devam edilmektedir. Ödeme emrine itiraz edilmesi hâlinde ise borçlunun mal beyanında bulunma zorunluluğu ortadan kalkmaktadır³⁹.

c. Borçlunun Tebliğ Edilen Ödeme Emrine Karşı Süresi İçinde İtiraz Etmiş Olması

Borçlu, maddi hukuka veya takip hukukuna ait muhtelif itiraz sebeplerini ileri sürerek ödeme emrine itiraz edebilir. Maddi hukuk bünyesindeki itiraz sebepleri büyük oranda takibe konu alacakla ilgili olmakla beraber, takip hukukuna binaen yapılan itirazların daha çok alacaklının takip yapma yetkisinin yokluğuna ilişkindir. Alacağın mevcut olmadığı, takibe konu edilen alacağın miktarı, alacağı doğuran sözleşmenin geçerliliği, borcun daha önce ödenmiş veya alacağın zamanaşımına uğramış olması gibi sebepler *maddi hukuka*; icra dairesinin yetkili olmadığına ve alacaklı tarafından aynı alacağa ilişkin devam eden mevcut bir takibin olduğuna ilişkin itirazlar ise *takip hukukuna* dayanmaktadır. Öte yandan takibe konu alacağın bir adi senede dayanıyor olması hâlinde; borçlunun, bahse konu adi senetteki imzanın kendisine ait olmadığını belirterek imzaya itiraz etmesi de mümkündür⁴⁰.

İİK'nın 60'ıncı maddesinin 5'inci fıkrasının lafzından anlaşılabacağı üzere borçlunun borca itiraz etmesi hâlinde icra takibi durmaktadır. Dolayısıyla icra takibi işlemlerinin devam

39 Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2022). *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 119-120.

40 Kuru, B. ve Aydın, B. (2021). *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 100-101.

edebilmesi için İİK'nın 67'nci maddesi uyarınca takip talebine itiraz edilen alacaklının itirazın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurmak suretiyle itirazın iptali davası açması gerekmektedir.

d. Alacaklının Süresi İçinde İtirazın İptali Davası Açması

Hakkında başlatılan icra takibine binaen borçlunun borca veya imzaya itiraz etmesi hâlinde; icra takibini başlatan alacaklı tarafından, itirazın kaldırılarak icra takibinin devamının sağlanması amacıyla, itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde genel hükümler çerçevesinde görülmek üzere genel mahkemelerde açılan davaya *itirazın iptali davası* denilmektedir⁴¹. İİK'nın 67'nci maddesinin 1. fıkrasındaki "genel hükümler" ibaresinden kastedilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleridir. Davanın açılacağı mahkeme ise dava konusunu oluşturan alacağın niteliğine göre tayin edilmektedir. Dolayısıyla itirazın iptali davasında görevli mahkeme, genel mahkeme niteliğindeki asliye hukuk mahkemesi veya özel mahkemedir⁴².

e. Açılan Dava Neticesinde Borçlunun Haksız Çıkması

Borçlunun ödeme emrine itiraz ederken 'haksız' veya 'kötü niyetli' olması birbirinden farklı kavramlardır. Diğer bir ifade ile ödeme emrine itiraz eden borçlunun haksız bulunması, onun aynı zamanda kötü niyetli olduğu anlamına gelmemektedir. İtirazın iptali davasında alacaklının haklı bulunarak borçlu aleyhine karar verilmesi, her zaman icra inkâr tazminatı mahkumiyetini gerektirmez. Ancak itiraz eden kişi borçlunun velisi, vasisi veya mirasçısı ise bu kişilerin kötü niyetle itiraz ettiklerinin ispatlanması hâlinde icra inkâr tazminatına hükmedilecektir⁴³.

41 Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2022). s. 131-132.

42 Yılmaz, E. (2016). *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 366.

43 Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M. ve Özkes, M. (2021). s. 114.

Borçlunun itirazında haksız olması, takip tarihi itibarıyla belirlenmektedir⁴⁴. Öte yandan borçlunun itirazın iptali davası açılmadan önce takibe konu alacağın bir kısmını veya tamamını ödemesinin önünde kanunen bir engel yoktur. Dolayısıyla ödemenin yapılması hâlinde ödenen tutar açısından dava açılmasında hukuki menfaat bulunmadığından yalnızca ödeme yapılmayan miktar dikkate alınarak icra inkâr tazminatına hükmedilmelidir⁴⁵.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir karara göre:

“Yapılan bir icra takibinde, ödeme emrinin tebliğinden sonra, takibe itiraz süresi içinde borcun bir miktarının, borçlu tarafından kabulü halinde dahi alacaklının, itirazın iptali davası açmasında hukuki yarar görülmezken, dava tarihi itibarıyla ödenmiş bir alacak yönünden hukuki yararın bulunduğu kabul etmek olanaklı değildir. Ödeme emri tebliği ile ödenen ve ödeme olgusu belirtilerek itiraz edilen durumda alacaklının borcun tamamını itirazın iptali davasına konu etmesi hakkın kötüye kullanmasıdır...Zira ilamsız icra takibinde, yedi (7) günlük ödeme süresi içinde yapılan ödemeler yönünden, borçlu takibe itiraz etmemiş sayılır⁴⁶.”

44 a.g.e. s. 114.

45 Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 15/11/2007 tarihli, 2007/4505 Esas ve 2007/10169 Karar sayılı kararı uyarınca “...Borçlu itirazın iptali davası açılmamış iken itirazına konu borcu kısmen veya tamamen öderse ödeme tutarında alacaklının itirazın iptali davası açmasına gerek kalmayacağı ve böyle bir davayı açmakta hukuki yararı olmayacağı açık olduğu gibi, icra inkâr tazminatı niteliği gereği itirazın iptali davası sonucunda davanın kısmen veya tamamen kabulüne karar verilmesi koşuluna bağlı olarak hükmolunan miktar üzerinden tahsiline karar verilebilecek bir tazminat olup, takibe konu borcun dava tarihinden önce ödenmesi halinde alacaklının ödenen kısım yönünden dava açmakta hukuki yararı olmayacağından ödenen tutar göz önüne alınmadan, borca itirazın tümüyle iptali istemiyle açılan dava, ödenen kısım yönünden reddedileceğinden, bu kısım için de alacaklı yararına icra inkâr tazminatına hükmedilemeyecektir...” Benzer bir karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29/06/2022 tarihli, 2020/445 Esas ve 2022/1077 Karar sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 26/09/2007 tarihli, 2007/7267 Esas ve 2007/11091 sayılı kararı.

46 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21/09/2011 tarihli, 2011/15-494 Esas ve 2011/555 Karar sayılı kararı.

Borçlunun ödeme emrine itiraz ettikten sonra borcunu ödemesi hâlinde alacaklı tarafından itirazın iptali davası açılırsa görevli mahkemenin; itirazın kaldırılması talebinde bulunulursa icra mahkemesinin davayı reddetmesi gerekmektedir.

Bazı durumlarda borçlu, itirazın iptali davasını kaybetse dahi ödeme emrine itirazında haklı bulunabilir. Hem öğretideki hem de Yargıtay kararlarındaki genel kabul ve anlayış çerçevesinde; borçlunun itirazının haksızlığı, alacağın likit olup olmaması ile ilgilidir. *Likit alacaktan kastedilen* ise alacağın miktarının belirli, bilinebilir veya hesaplanabilirliğidir ve bu kavram, farklı özellikteki durumla uygulamada yapılan farklı değerlendirmeler ve çeşitli yorumlar neticesinde içeriği itibarıyla tartışmalara sebep olmaktadır⁴⁷. Dolayısıyla alacağın likit olup olmadığı tayin edilirken her somut olayın kendi özelinde bir değerlendirme yapılmalıdır.

Anılan kavram bağlamındaki anlatıma tekrar geri dönülecek olursa likit bir alacaktan bahsedebilmek için alacak miktarı belirli veya miktarının belirlenebilmesinde gereksinim duyulan tüm unsurlar borçlu tarafından biliniyor veya bilinebilir olmalıdır. Eğer ortada senede dayalı bir alacak ilişkisi varsa borçlu, söz konusu alacak miktarını net bir şekilde bilmektedir⁴⁸. Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin likit alacak ile ilgili bir kararına göre:

“...İtirazın iptâli davalarında İcra ve İflas Kanunu’nun 67’nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, alacaklı yararına icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için; diğer yasal koşullar yanında, takibe konu alacağın likit olması da zorunludur. Her uyuşmazlığın çözümü kendine özgü somut özelliklerine göre değişmekle birlikte, bir uyuşmazlıkta alacağın likit olup olmadığı belirlenirken, alacak ve onun borçlusu

47 Yılmaz, E. (2008). “İcra İnkâr Tazminatı Açısından “Likid Alacak” Kavramı”, *Bankacılar Dergisi*, S. 67., s. 88.

48 a.g.e. s. 376.

birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, likit bir alacaktan söz edilebilmesi için, ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Gerek borç ve gerekse borçlu bakımından, bu koşullar mevcut ise, ortada likit bir alacak bulunduğu kabul edilmelidir...⁴⁹

Öte yandan alacak tartışmalı ve uyuşmazlık sebebiyle yargılamayı gerektiriyorsa likit bir alacaktan söz edilememektedir⁵⁰. Örneğin haksız fiil sebebiyle zarara uğrayan bir kişinin zararını tazmin etmek amacıyla haksız fiili gerçekleştiren aleyhinde ilamsız icra takibi başlatabilmesi mümkündür. Ancak haksız fiilin bahsi geçen kişi tarafından işlenip işlenmediği, işlenmiş olması hâlinde kusur oranı, gerçek zararın miktarı gibi konulara açıklık kazandırılabilmesi için bilirkişi incelemeleri

49 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 01/11/2022 tarihli, 2021/5418 Esas ve 2022/5080 Karar sayılı kararı.

50 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 29/12/2022 tarihli, 2022/15493 Esas ve 2022/18193 Karar sayılı kararına göre: "...Diğer taraftan itirazın iptali davasında icra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için alacağın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkâr tazminatına hükmedilemez. Alacağın likit olması şartıyla itirazın iptali davası sonunda borçlunun itirazının kısmen kabulü hâlinde dahi kabul edilen kısım bakımından icra inkâr tazminatına hükmedilmelidir. İcra inkâr tazminatı, asıl alacak bakımından söz konusu olur. İşlemiş faiz isteği yönünden icra inkâr tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir. Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ya alacağın gerçek miktarının belli ve ... olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması, böylece borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması, başka bir ifadeyle borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa likit bir alacaktan söz edilemez. Şayet alacak tartışmalı ve yargılamayı gerektiriyorsa likit olduğundan söz edilemez. Somut uyuşmazlıkta, Mahkemece, asıl alacağın yüzde yirmisi oranında belirlenen icra inkâr tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş ise de takip konusu alacağın varlığı noktasındaki uyuşmazlığın çözümünün yargılamayı gerektirdiği gözetilmediğinde likit olmadığı anlaşılmaktadır. Şu hâlde, Mahkemece icra inkâr tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozma sebebidir."

vasıtasıyla mahkemelerce tahkikat yapılmalıdır. Diğer bir ifade ile haksız fiilden doğan alacak miktarı borçlu tarafından net bir şekilde bilinemeyeceğinden ödeme emrine itiraz haklı olmakla beraber, borçlu icra inkâr tazminatına mahkûm edilmeyecektir⁵¹. Nitekim Yargıtay 7. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda, haksız fiil sonucunda uğranılan zararın giderilmesine yönelik başlatılan icra takibine karşı yapılan itirazın haklı olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu karara göre:

“Bilindiği üzere ecrimisil, hukuken haklı ve geçerli bir nedene dayanmaksızın taşınmazı kullanan kişinin taşınmaz malikine ödemesi gerekli olan, en azı kira, en çoğu mahrum kalınan gelir kaybı olan haksız işgal tazminatıdır. Haksız fiil alacağı niteliğindeki ecrimisilin varlığı ve miktarı alınacak bilirkişi raporu ve yapılan yargılama neticesinde saptanabilecek olmasına ve dolayısıyla alacak likit olmadığına göre mahkemece icra inkâr tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiş olması da isabetsizdir⁵².”

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA HAKSIZ ÇIKMA ZAMMINA YÖNELİK YAKLAŞIM

A. ANAYASA MAHKEMESİNİN İLK KARARI⁵³

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi (E. 2009/83) ve Eskişehir 1. İdare Mahkemesi (E. 2010/34) tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan itiraz başvuruları, aralarındaki hukuki bağlantı nedeniyle 13/5/2010 tarihinde oybirliğiyle alınan karar çerçevesinde E.2009/83 dosya kapsamında birleştirilmiştir. 6183 sayılı AATUHK'nın 58'inci maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen haksız çıkma zammının, (1) bir ayırım ve sınırlamaya gidilmeksizin reddedilen bütün ödeme emrine itiraz dava-

51 Yılmaz, E. (2008). s. 89.

52 Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 22/06/2022 tarihli, 2021/4281 Esas ve 2022/4480 Karar sayılı kararı.

53 AYM, E.2009/83, K.2011/29, 3/2/2011.

larının sonucunda uygulandığı için yargı yoluna başvurulmasını zorlaştırdığı ve caydırıcı kıldığı, (2) söz konusu %10 oranındaki yaptırım tehdidinin hak arama özgürlüğünü engellediği ve (3) hukuk devleti anlayışı çerçevesinde idarenin yaptığı işlemlerin yargı denetimine tabi kılınmasına ilişkin ilkenin zedelendiğini belirtmek suretiyle Anayasa'nın 2'inci, 13'üncü, 36'ncı ve 125'inci maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, haksız çıkma zammına ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın 13'üncü maddesi ile ilgili olmadığını belirterek Anayasa'nın diğer üç maddesi açısından bir değerlendirme yapmıştır. Anayasa Mahkemesinin itirazın reddi kararında belirtildiği üzere,

- (1) Her ne kadar ödeme emrine itiraz davasının reddi hâlinde haksız çıkılan miktarın %10'u tutarında bir zam uygulamasının yargı yoluna başvurulmasını zorlaştırdığı ve caydırıcı kıldığı ifade edilse de bireylerin idarenin işlemine karşı dava açma hakkı kaldırılmamıştır. Haksız çıkma uygulamasındaki amaç, 6183 sayılı kanun kapsamında kamu alacaklarının süratli ve etkin bir şekilde tahsilatının gerçekleştirilmesidir.
- (2) Hukuk devleti anlayışı doğrultusunda bireylerin, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna giderek yargısal denetimi talep edebilmeleri gerekmektedir. Davacının ödeme emrine itiraz davasının reddedilmesinin bir sonucu olarak davacı aleyhine haksız çıkma zammına hükmedilmesi, idari işlem niteliğinde olan ödeme emrini yargı denetimi kapsamından çıkarmamaktadır. Kaldı ki kamu borçlusunun ödeme emrinden sonraki aşamada olduğu gibi önceki aşamalarda da yapılan idari işlemlere karşı dava açma hakkı bulunmaktadır.
- (3) Haksız çıkma zammı sebebiyle kamu borçlusu dava açmaktan imtina edebileceğinden hak arama özgürlü-

ğünün engellendiği ifade edilmiştir. Ancak haksız çıkma zammı ile kişilerin yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar engellenmemiş ve yargı yoluna başvurmalarının önüne geçilmemiştir. Dolayısıyla 6183 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 5'inci fıkrasının hak arama özgürlüğünü engelleyen bir etkisi bulunmamaktadır.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN İKİNCİ KARARI⁵⁴

Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi, haksız çıkma zammının düzenlendiği 6183 sayılı AATUHK'nın 58'inci maddesinin 5'inci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurmuş; başvuru da (1) asli kamu alacakları ve buna bağlı ferî alacakların yanı sıra haksız çıkma zammının da talep edilmesinin borçlu açısından ağır bir külfet niteliğinde olduğu, (2) bunun borçlunun hak arama özgürlüğüne haksız (ölçüsüz) bir müdahale niteliğinde olduğu⁵⁵, (3) vergilere yönelik açılan davalarda yürütme kendiliğinden dururken vergi dışında kalan kamu alacaklarına karşı açılan davalarda yürütmenin kendiliğinden durmadığı, buna bağlı olarak ödeme emrinin vergi dışında kalan kamu alacaklarında dava neticelenmeden ödeme emri düzenlenebildiği, bu durumun ise kamu alacakları arasında eşitsizlik oluşturduğu gerekçelerine yer verilmiştir.

Yapılan başvuru üzerine AYM, ilgili düzenlemeyi Anayasa'nın 35'inci (mülkiyet hakkı) ve 36'ncı (hak arama özgürlüğü) maddeleri itibarıyla incelemiştir. Öncelikle AYM, haksız çıkma zammının borçlunun mal varlığında azalmaya sebep

54 AYM, E.2021/119, K.2022/48, 21/4/2022.

55 Bu noktada ödeme emrine itirazın reddedilmesi halinde uygulanması öngörülen %10 oranındaki haksız çıkma zammının bireylerin yargı yoluna başvurma haklarını kullanmaktan caydırdığı ve dolayısıyla dava açmayı cezalandırdığı yönünde görüş de bulunmaktadır. Buhur, S. (2013), "Danıştay Kararları Işığında Ödeme Emri ve Ödeme Emrine İtirazın İncelenmesi", *Vergi Dünyası*, S. 381., s. 114.

olması sebebiyle mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olduğunu ve Anayasa'nın 35'inci maddesi gereği mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini, diğer bir ifadeyle bu hakka müdahale edilebileceğini ve Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince bu müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda AYM; haksız çıkma zammının gereksiz yere dava açılmasının önüne geçilmesi ve tahsilatın geciktirilmesinin önlenmesi yönüyle kamu yararını gözettiğini kabul etmiştir. Ancak,

- (1)Haksız çıkma zammının kamu borçlusuna ek bir mali yük getirdiği, ödeme emrine karşı dava açılmasının yürütmeyi kendiliğinden durdurmaması sebebiyle cebri icra işlemlerine devam edilebildiğinden tahsilatın gecikmesine sebep olmadığı ve bir zararın oluşmadığı gerekçesiyle elverişlilik ölçütünün karşılanmadığı;
- (2)Tarh işlemine karşı açılan dava kesinleşmeden ilgili kamu alacağına yönelik ödeme emri düzenlenebilmesi ve tarha ilişkin açılan dava devam ederken ödeme emrine karşı da dava açılmasının haksız çıkma zammı ile önlenmeye çalışılmasının gereklilik ölçütüne aykırı olduğu;
- (3)İlgili düzenlemede haksız çıkma zammına esas alınacak kamu borcuna ilişkin bir üst sınırın öngörülmediği, somut durumun özelliklerinin değerlendirilmesine yer vermediği ve davayı yürüten hâkime takdir yetkisi tanınmadığı gerekçesiyle orantılılık ölçütünün karşılanmadığı

sonucuna ulaşılmıştır. Bu bakımdan AATUHK'nın 58'inci maddesinin 5'inci fıkrasının ölçülülük ilkesi itibarıyla Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul etmiştir.

İkinci olarak AYM, haksız çıkma zammının ödeme emrine karşı açılan davanın reddedilmesi sebebiyle uygulama alanı

bulduğundan hak arama özgürlüğünü de sınırladığı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde herhangi bir sınırlama sebebi gösterilmemekle birlikte bir hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu ve 35'inci maddeye yönelik yapılan değerlendirmelerin 36'ncı madde açısından da geçerlilik arz ettiğini kabul ederek, haksız çıkma zammı uygulamasının hak arama özgürlüğüne ölçülülük ilkesine aykırı olarak yapılan bir müdahale niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Netice itibarıyla AYM, haksız çıkma zammına ilişkin AATUHK'da yer alan düzenlemenin Anayasa'nın 13, 35 ve 36'ncı maddele-rine aykırı olması sebebiyle iptaline karar vermiştir.

III. HAKSIZ ÇIKMA ZAMMINA YÖNELİK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. MÜLKİYET HAKKINA VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALENİN SINIRI OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkı

Kişilerin mülkiyet ilişkisinden doğan yetki ve menfaatle-rinin, diğer bir ifadeyle kişi ile mülkiyete konu eşya arasında kurulan bağın hukuk düzenince tanınması ve korunması şek-linde tanımlanabilen⁵⁶ mülkiyet hakkı, öncelikle temel bir hak olup pozitif hukuk düzenince korunmuş, güvence altına alın-mış ve devletlerin koruyup geliştirmekle yükümlü olduğu bir hak olarak kabul edilmektedir⁵⁷.

Mülkiyet hakkı, 1982 Anayasası'nın 35'inci maddesi ile Av-rupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ek (1) No.lu Proto-

56 Akça, K. (2015). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1., s. 552-553; Yiğit, B. (2016). "İmar Hukukundan Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sınırlandırmaları Özelinde, Türk Hukuk Sistemi İçinde Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Esaslar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., s. 1207.

57 Akipek, J. ve Akıntürk, T. (2009). *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 383.

kol'ünün 1'inci maddesinde düzenlenmektedir. Bu kapsamda ilk olarak 1982 Anayasası'nın 35. maddesine göre;

“Herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”.

Maddenin ilk fıkrası mülkiyet hakkını tanıyan ve koruyan genel ilke niteliğinde olup mülkiyet hakkı ile miras hakkı, birbirini tamamlayan iki unsur olarak birlikte düzenlenmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken özel amaca yer verilmektedir. Bu kapsamda mülkiyet hakkı, sadece kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir. 35'inci maddenin üçüncü fıkrası ise mülkiyet hakkı sahiplerine (maliklere), bu hakkın kullanımında bir sınır çizmekte ve buna paralel olarak pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Bu kapsamda maliklerin mülkiyet hakkını kullanırken toplum yararına aykırı hareket etmemesi, diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkının kullanımında toplum yararını dikkate almaları beklenmektedir⁵⁸.

1982 Anayasası, mülkiyet hakkı sahiplerine (maliklere) sadece bir hak vermemekte, ayrıca ödev de yüklemektedir. Anayasanın malike verdiği haklar; mülkiyet hakkının olumlu yönü ve olumsuz yönü olarak ikili bir ayrıma tabi tutulabilmektedir⁵⁹. Bu kapsamda mülkiyet hakkı; malikin mal ve mülkü üzerindeki yetkisi (kullanma, yararlanma, tasarrufta bulunma⁶⁰) (olumlu yönü) ile birlikte⁶¹; malikin mal ve mül-

58 Güriz, A. (2009). *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 180.

59 Eren, F. (2011). *Mülkiyet Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 16.

60 Bkz. AYM, E.1988/34, K.1989/26, 12/6/1989.

61 Türk Medeni Kanunu'nun “mülkiyet hakkının içeriği” başlıklı 683'üncü maddesi uyarınca; “bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine

küne yönelen haksız müdahalelerden korunmasını (olumsuz yönü) da ihtiva etmektedir⁶².

İkinci olarak mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 20/3/1952 tarihinde imzalanan 1'inci ek Protokol'ünde düzenlenmektedir. Ek (1) No.lu Protokol'ün 1'inci maddesine göre;

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”.

Ek (1) No.lu Protokol'ün 1'inci maddesinde mülkiyet hakkı; (1) hiçbir müdahaleye maruz kalmaksızın mal varlığından yararlanma hakkı ile (2) mülkiyetten yoksun bırakılmama hakkını kapsamına almaktadır. Ancak hiçbir müdahaleye maruz kalmaksızın mal varlığından yararlanma hakkına iki istisna getirilmektedir: (1) *“uluslararası hukukun genel ilkeleri çerçevesinde kamu yararının gerektirdiği hallerde maldan yoksun bırakma durumu”* ve (2) *“devletin mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına alması veya vergiler ile diğer mali yükümlülükleri ve para cezalarını ödenmesini sağlamak istemesi”*. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından *“üç kural prensibi”* olarak tanımlanmaktadır⁶³.

sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir”.

62 Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Özdemir, S. O. (2012). *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 280.

63 *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75, 23/9/1982, § 61; *James ve others/*

AİHS ek (1) No.lu Protokol uyarınca mülkiyet hakkı “mal ve mülk dokunulmazlığı” olarak tanımlanmaktadır. Ancak mülkiyet hakkının mevcudiyeti AİHM kararları ile belirlenmektedir. Bu kapsamda mal ve mülkler üzerinde mülkiyet hakkının varlığından bahsedebilmek için AİHM, bazı şartların varlığına ihtiyaç duyulduğunu kabul etmektedir. Buna göre;

- Mülkiyete konu maddi mal, hak veya menfaatlerin iktisadi bir değere sahip olması ve
- Mülkiyete konu mal, hak veya menfaatlerin somut olarak, en azından “haklı beklenti” şeklinde tespitin mümkün olması

mülkiyet hakkının varlığından bahsedebilmek için gereklilik arz etmektedir⁶⁴.

2. Genel Olarak Hak Arama Özgürlüğü

1982 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin korunması ve gerekli olması hâlinde devlete karşı ileri sürülebilmesi anlayışı kabul edilmiştir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması adına Anayasa’da hak arama özgürlüğüne ilişkin yasal düzenlemeye yer verilmiştir⁶⁵. Anayasa’nın 36’ncı maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz” denilmek suretiyle temel hak ve özgürlüklerden biri olan hak arama özgürlüğüne değinilmiştir. Anayasa’nın 125’inci mad-

Birleşik Krallık, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 37; *Beyeler/İtalya*, B. No: 33202/96, 5/1/2000, § 98.

64 Ankara Barosu İnsan Hakları Kurulu (ABİHK). (2003). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı*, Ankara: Ankara Barosu Yayını, s. 6.

65 Aydın, M. (2006). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 61., S. 3., s. 4.

desinin de söz konusu özgürlüğün işlevsellik kazanmasına hizmet ettiği düşünülebilir. Mezkûr yasal düzenlemede, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir. Böylelikle devletin gerçekleştirdiği veya gerçekleştireceği işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi tutulması sağlanmıştır. Bu durum hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaktadır. Nitekim devletin işlem ve eylemlerinde hukuk kurallarına bağlı olması, bir hukuk devletinin önde gelen varlık şartları arasındadır⁶⁶.

Hak arama özgürlüğü, AİHS kapsamında da güvence altına alınmıştır. Anılan sözleşmenin ‘adil yargılanma hakkı’ başlıklı 6’ncı maddesi uyarınca “*herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*” Dolayısıyla medeni haklarının ihlal edildiğini iddia eden veya bir suç isnadı altında bulunan herkes, AİHS’nin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasındaki adil yargılanma şartlarının sağlandığı bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir⁶⁷. AİHM’nin hak arama özgürlüğünü, AİHS’nin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrası doğrultusunda mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Mahkemeye erişim hakkı yalnızca ilk derece mahkemesine başvuru şeklinde değerlendirilmemelidir. Bu bağlamda yargı sisteminde istinaf

66 Özbudun, E. (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 124-125.

67 Roche/Birleşik Krallık, B. No: 32555/96, 19/10/2005, § 116-117. Ayrıca bkz. “Mahkeme, 6/1. maddenin, herkese, medeni hak ve yükümlülüklerinden doğan ihtilaflara ilişkin olarak, bir mahkemeye başvurma hakkı verdiğini hatırlatmaktadır (Golder/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975, paragraf 36, seri A no. 18). Mahkemeye erişim hakkı bu ‘mahkeme hakkının’ sadece bir unsurunu oluşturmaktadır ve bu hak, medeni haklarını icra etmesine yapılan müdahalenin keyfi olduğunu savunulabilir şekilde öne süren ve bu şikâyetini, 6/1. maddenin güvencelerini bulunduran bir mahkeme nezdinde öne süremediğini iddia eden herkese açıktır.” Stanev/Bulgaristan, B. No: 36760/06, 17/1/2012, § 229.

ve temyiz gibi kanun yollarının bulunması hâlinde ilgili yasal düzenlemelerde öngörülen şartları sağlayan bireylerin kanun yollarına başvurabilme imkânını da kapsamaktadır⁶⁸. Bütün bunlara ek olarak mahkemeye erişim hakkının somut bir hâl alabilmesi için nihai bir kararın⁶⁹ ve bu kararda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilerek icra edilebilmesi⁷⁰ gerekmektedir. Aksi takdirde bireyin mahkemeye erişim hakkından faydalanmasının bir anlamının kalmayacağı ifade edilebilir.

Bireylerin, “... toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşımının uygar yöntemi⁷¹” olan ve Anayasa’nın 36’ncı maddesi ile güvence altına alınan hak arama özgürlüğünden faydalanılabilmesi için davacı veya davalı sıfatı ile iddiada ve savunmada bulunma hakkını haiz olması gerekmektedir. Bu bağlamda mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir unsurunu teşkil etmektedir⁷². Bireylerin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi hâlinde, ihkakihak yasağı çerçevesinde, ihlalin ve olumsuz etkilerinin ortadan kaldırabilmesi için kanunlarda belirtilen yollarla yetkili makamlara başvuru yapılması gerekmektedir⁷³. Genel anlamda hak arama özgürlüğü, haklarının ihlal edildiğini iddia eden bireylerin ihlalin sonlandırılması ve olumsuz etkilerinin giderilmesi adına yetkili makamlara başvurma hakkını ifade etmektedir. Bu kapsamda bireylerin mahkemelere veya ihlalin niteliğine göre idari makamlara başvuruda bulunmak suretiyle ihlal edilen temel hak ve özgürlüklerini koruyabilmeleri mümkündür⁷⁴.

68 Bayar ve Gürbüz/Türkiye, B. No: 37569/06, 27/11/2012, § 42.

69 Marini/Arnavutluk, B. No: 3738/02, 18/12/2007, § 22.

70 Kravchenko/Rusya, B. No: 34615, 2/4/2009, § 47,48,52.

71 AYM, E.1991/2, K.1991/30, 19/9/1991.

72 Muazzez Erdoğan ve diğerleri, B. No: 2019/22615, 21/6/2023, § 13.

73 Köküarı, İ. (2011). “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişikliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15., S. 1., s. 165.

74 Koyuncu, N. ve Bayraktar, T. (2017). “Adil Yargılanma Hakkı”, 2nd

3. Bahse Konu Hak ve Özgürlüğe Müdahalenin Sınırı Olarak Ölçülülük İlkesi

Mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğü, mutlak nitelikte olmayıp bu hak ve özgürlüğün belirli şartlar altında sınırlandırılacağı kabul edilmektedir⁷⁵. Öncelikle mülkiyet hakkının hangi sebeple sınırlandırılacağı, diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkına müdahalenin sınırları, 1982 Anayasası'nın 35'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmektedir. Bu madde uyarınca mülkiyet hakkı sadece kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılmaktadır. Bununla birlikte Anayasanın mülkiyet hakkı ve bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri, 35'inci maddeden ibaret olmayıp kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu düzenleyen 43'üncü maddesi, topraksız köylülere toprak dağıtımında büyük toprak mülkiyetine sınırlama getiren 44'üncü maddesi, kamulaştırılmayı düzenleyen 46'ncı ve devletleştirmeyi düzenleyen 47'nci maddesine göre tarih, kültür ve tabiat varlıklarındaki özel mülkiyete sınır koyulabileceğini öngören 63'üncü maddesi, tabii servet ve kaynaklarda devletin tasarruf yetkisi ile ormanlarda devletin gözetim yetkisini, devlet ormanlarının mülkiyetinin devredilememesini hüküm altına alan 169'uncu maddesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷⁶. AİHS'te de 1982 Anayasası'nda olduğu gibi devletlere mülkiyet hakkına müdahale imkânı verilmektedir. Bu kapsamda AİHS'nin (1) No.lu ek Protokol'ünün 1'inci maddesine göre sadece kamu yararı ve vergilerin ya da başka katkıların veya para cezaları-

International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS), s. 164. AYM'ye göre Anayasa'nın 36'ncı maddesindeki "meşru vasıta ve yollar" "... hukuk devletinde saygıyla karşılanan, yurttaşların en doğal hakları içinde yer alan, hukuksal nitelikleri tartışması, yasal yollar ve yöntemlerdir. Koşullarına uyulduğunda izlenmesi herkes için geçerli olan dava yolu, hak arama özgürlüğünün en belirgin biçimidir." AYM, E.1988/36, K.1989/24, 2/6/1989.

75 Yaltı, B. (2006). *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 49.

76 Bulut, N. (2006). "Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 3-4., s. 25.

nın ödenmesini sağlamak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale edebilmektedir⁷⁷.

İkinci olarak hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından Anayasa'nın 36'ncı maddesinde herhangi bir sebep öngörülmemiştir⁷⁸. Ancak bu durum, hak arama özgürlüğünün hiçbir şekilde sınırlandırılmayan mutlak bir hak olduğu anlamına gelmemektedir. Her ne kadar mülkiyet hakkında olduğu hakkın sınırlandırılmasına yönelik özel bir düzenleme bulunmasa da hakkın doğası gereği bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Örneğin hak arama özgürlüğü kapsamında mahkemeye erişim hakkı gereği kişilerin mahkemeye başvurmasını hukuki veya fiilî olarak engelleyen, aşırı derecede güçleştiren veya mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların bulunmaması gerekmektedir. Aksi takdirde hak arama özgürlüğünün önde gelen unsurlarından biri kabul edilen mahkemeye erişim hakkının ihlalden bahsedilebilecektir⁸⁰. Diğer bir ifade ile kamu otoritelerinin birtakım yükümlülükler öngörmek suretiyle bireylere yönelttikleri sınırlamaların tümünün mahkemeye erişim hakkının ihlali şeklinde yorumlanması mümkün değildir⁸¹. Nitekim AYM, davayı kaybeden tarafın vekâlet ücreti

77 Golder/Birleşik Krallık, B. No: 4451/70, 21/2/1975, § 38.

78 Bununla birlikte Akkaya, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde geçen “*meşru vasıta ve yollardan faydalanma*” ifadesini bir sınırlandırma sebebi olarak kabul etmektedir: Akkaya, M. (2009). s. 345.

79 Çelik, A. (2014). *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 33.

80 Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52.

81 Söz konusu bireysel başvuru kararında, mahkemeye erişim hakkına müdahalenin sınırlarına da yer verilmiştir. Bu bağlamda: “*tarafardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmakta ise de abartılı, zorlama veya ciddiyyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahaleler meşru görülebilir. Ancak bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanılması zor külfetler yüklememiş*

ödemesi yönündeki düzenlemenin mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebebiyet verdiği iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruya binaen verdiği kararda kamu yararı ile bireyin sahip olduğu hak arasında makul dengenin korunması hâlinde mahkemeye erişim hakkının ihlalden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir:

“Vekâlet ücreti bir yargılama gideri olup, kural olarak bu tür giderler mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eder. Ancak, gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin fuzuli yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkları makul sürede bitirebilmesi amacıyla başvuruculara belli yükümlülükler öngörülebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmediği ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan vekâlet ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir. Somut başvuru bu ilkeler kapsamında incelendiğinde, başvurucunun davasının reddedilmesi sonucunda idare lehine vekâlet ücreti ödemekle yükümlü tutulmasında mahkemeye erişim hakkına yapılmış bir müdahalenin olduğu söylenemez⁸²”

AİHM ile AYM'nin mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması noktasında görüşlerinin benzer olduğu görülmektedir. Bu bağlamda AİHM, *“mahkemeye başvurma hakkı tabi ki mutlak olmayıp, sınırlamalara tabidir; bu sınırlamalara zımni izin vardır, çünkü mahkemeye başvurma hakkı “doğası gereği Devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirir ki bu düzenlemeler bireylerin ihtiyaçlarına ve toplumun kaynaklarına göre zaman ve mekân için değişebilir⁸³”* ifadesine yer vermiştir. Başka bir uyuşmaz-

olması gerekir.” Ahmet Pişgin, B. No: 2014/6289, 15/6/2016, §§ 26-27.

82 Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, §§ 39-40.

83 Ashingdane/Birleşik Krallık, B. No: 8225/78, 28/5/1985, § 57.

lıkta ise AİHS'nin 'Adil Yargılanma Hakkı' başlıklı 6'ncı maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkının meşru bir amaç çerçevesinde, sınırlandırmada kullanılan araçlar ile amaç arasında makul bir orantının kurulması hâlinde sınırlandırılabilirliği yönünde karar vermiştir:

“AİHM, erişim hakkının bir unsuru olduğu “mahkeme hakkının” mutlak olmadığını ve özellikle de başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin koşullarda zımni olarak kabul edilen sınırlamalara tabi olabileceğini hatırlatmaktadır. Zira 10 söz konusu bu hak, tabiatı gereği, bu konuda belirli bir takdir payı bulunan devlet tarafından bir düzenleme yapılmasını gerektirmektedir. Ancak neticede yargılanabilir kişinin mahkemeye erişim hakkı, özüne halel getirecek düzeyde veya şekilde sınırlandırılmaz. Son olarak bu sınırlamalar, meşru bir amaç taşıdığı ve kullanılan araçlarla amaç arasında makul bir orantı ilişkisi mevcut olduğu sürece, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafının gerekleriyle bağdaşmaktadır⁸⁴.”

Mülkiyet hakkının ve hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması kapsamında ele alınması gereken bir diğer madde ise Anayasa'nın 13'üncü maddesidir. Buna göre;

“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”.

Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre her bir temel hak ve özgürlük sadece düzenlendiği maddede yer alan özel sebepler itibarıyla sınırlanabilmektedir. Mülkiyet hakkının düzenlendiği 35. maddede ise özel sınırlama sebebi olarak kamu yararı belirtilmektedir. Dolayısıyla kamu yararı amacı dışında

84 Bayar ve Gürbüz/Türkiye, § 40.

başka bir sebeple mülkiyet hakkına müdahale edilememektedir. Ancak hak arama özgürlüğü bakımından da uygulanan Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca bu müdahaleler keyfî ve sınırsız olmayıp bu müdahalelere belirli sınırlar getirilmektedir. Söz konusu müdahalenin sınırlarından biri de "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" şeklinde belirlenmektedir. Ancak ölçülülük ilkesinin ne anlam ifade ettiği Anayasa'da düzenlenmemiştir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi devreye girerek ölçülülük ilkesinin ne anlam ifade ettiğini kararlarıyla ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesine birçok kararında yer vermekte ve bu ilkeyi AİHM gibi "makul denge" olarak nitelendirmektedir⁸⁵. Örneğin AYM bir kararında ölçülülük ilkesine; "...Mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp, kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmanın da ölçülü ve orantılı olması, kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında makul bir denge kurması gerekir" şeklinde yer vermektedir⁸⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS'nin mülkiyet hakkına ve hak arama özgürlüğüne yönelik düzenlemeleri göz önünde bulundurularak içtihatları ile mülkiyet hakkına ve hak arama özgürlüğüne müdahalenin haklı olabilmesi noktasında çeşitli ölçütler geliştirmiştir. Bu çerçevede örneğin AİHM; mülkiyet hakkı noktasında, bahse konu hak ve özgürlüklere hukuka dayalı müdahalelerde toplumun genel yararı ile mükelleflerin hakları arasında bir dengenin gözetilmesi gerektiğini, müdahale ile güdülen amaç ile kullanılan araç arasında belirli bir orantılılığın olması gerektiğini dile getirmiştir⁸⁷. Bu noktada AİHM'ne göre bu müdahalelerin hukuka

85 Bkz. AYM, E.2009/9, K.2011/103, 16/6/2011.

86 AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011. Benzer kararlar için bkz. AYM, E.2010/90, K.2012/4, 12/1/2012; AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; AYM, E.2014/148, K.2015/80, 10/9/2015; AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; AYM, E.2016/13, K.2016/127, 27/5/2015.

87 Bkz. *GasusDosier-und Fördertechnik GmbH/Hollanda*, B. No: 15375/89,

dayalı olması⁸⁸, ölçülü ve orantılı olması ve kamu yararına/genel yarara uygun kabul edilebilir bir amacının bulunması⁸⁹ gerekir. AİHM, önüne gelen uyuşmazlıklarda ölçülü olmayı, müdahale ile elde edilmek istenen amaç ile bu amacın gerçekleştirilmesi için gerçekleştirilen müdahale arasındaki “*makul denge*”yi ifade etmek için kullanırken⁹⁰; orantılı olmayı yapılacak müdahalelerde kamu yararının/genel yararın gerekleri ile müdahalenin yöneldiği hak arasında gözetilmesi gereken dengeyi ifade etmek için kullanılmaktadır⁹¹.

Bu bağlamda ölçülülük ilkesi; temelde elverişlilik, gereklilik ve oranlilik olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır: İlk olarak elverişlilik ilkesi, müdahale aracının amacı gerçekleştirmeye elverişliliğini, diğer bir ifadeyle meşru amaca uygun olmasını gerekli kılmaktadır⁹². Gereklilik ilkesi ise müdahale aracının temel hak ve özgürlüğü en az zedeleyecek nitelikte

23/2/1995, § 7; *Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S. ve diğerleri/İtalya*, B. No: 48357/07-52677/07-52687/07-52701/07, 24/6/2014, §§ 102-103.

88 AİHM'e göre mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin hukuka uygunluğunun ilk şartı, yapılan müdahalenin belirli bir hukuki dayanağının bulunması gerekliliğidir. Bununla birlikte iç hukukta yer verilen hukuki dayanağın hukuk devleti ilkesi ile uyumlu olması ve keyfî uygulamaların önüne geçecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu noktada mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin hukuki dayanağının kişiler açısından yeterince ulaşılabilir, kesin ve öngörülebilir olması önem arz etmektedir. Bkz. *Vistiņš and Perepjolkins/Letonya*, B. No: 71243/01, 25/10/2012, §§ 82-83.

89 AİHM'e göre devletlerin kamu yararını gerektiren hallerin belirlenmesinde belirli takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu açıdan açıkça orantısız olmayan ve kabul edilebilir nedenlere dayanan devletlerin kamu yararına ilişkin belirlemelerine saygı duyulması gerekmektedir. Özellikle devletlerin mülkiyet hakkına toplumsal ya da ekonomik politikalarını yürütmek ve devamlılık kazandırabilmek adına yaptığı müdahalelerin kamu yararına bağlı olarak aykırılık teşkil etmeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. *Broniowski/Polonya*, B. No: 31443/96, 22/6/2004 § 148.

90 Bkz. *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75, 23/9/1982, § 69; *Bulves Ad/ Bulgaristan*, B. No 3991/03, 22/4/2009, § 66.

91 Şimşek, S. (2010). “Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Maliye Dergisi*, s. 159., s. 337-340.

92 Gözler, K. (2013). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 132; Metin, Y. (2002). *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 26.

olmasını, diğer bir ifadeyle hedeflenen amacı gerçekleştirecek müdahale araçlarından temel hak ve özgürlükleri en az sınırlandıracak olanın tercih edilmesini ifade etmektedir⁹³. Son olarak oranlılık ilkesi ile müdahale aracı ile amaç arasında belirli bir dengenin olması beklenmektedir⁹⁴.

B. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda bahse konu her iki Anayasa Mahkemesi kararı birlikte ele alındığında haksız çıkma zammının düzenlendiği AATUHK'nın 58'inci maddesinin 5'inci fıkrası, benzer incelemelere tabi tutulmasına rağmen ilk kararda Anayasa'ya uygun kabul edilmişken yakın tarihli ikinci kararda Anayasa'ya aykırı kabul edilerek iptal edilmiştir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki söz konusu iki mahkeme kararının değerlendirilmesinde ikinci karar üzerinden hareket edilecek olup ilk karara özellikle değerlendirmelerin gerekçelendirilmesi hususunda atıf yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 21/4/2022 tarihli kararında ilk olarak “ödeme emrine karşı dava açılmasının yürütmeyi kendiliğinden durdurumaması sebebiyle cebri icra işlemlerine devam edilebildiğinden tahsilatın gecikmesine sebep olmadığı ve bir zararın *oluşmadığı*”nı kabul etmiştir⁹⁵. Ancak ödeme emrine karşı dava açılması ile yürütmenin kendiliğinden durmamasına rağmen kamu borçlusunun yürütmenin durdurulması talebinde bulunma imkânı bulunmaktadır. 2577 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi uyarınca idari işlemin (1) açıkça hukuka aykırı olması ve (2) işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğacak olması hâlinde yürütmenin durdurulması kararı verilebilmektedir. Bahse konu ge-

93 Yüzbaşıoğlu, N. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İUHF Yayınları, s. 286.

94 Gözler, K. (2013). s. 133.

95 Öğretide benzer görüşler için bkz. Akkaya, M. (2009). s. 340.

rekçelerin varlığı hâlinde kamu borçlusunun bu yönde talepte bulunması önünde bir engel bulunmaması, buna bağlı olarak mahkeme kararıyla yürütmenin durdurulması kararı ile birlikte cebri icra işlemlerinin durabilmesi sebebiyle tahsilatın gecikebileceği muhtemeldir. Keza yürütmenin durdurulması kararının varlığı hâlinde idarenin bu kararın geçerli olduğu süre boyunca ilgili kamu alacağından, diğer ifadeyle kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan kamu gelirinden mahrum kalması, dolayısıyla idare açısından bir zararın meydana gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu yönüyle haksız çıkma zammı uygulaması ile mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğüne yönelik yapılan sınırlamanın/müdahalenin, mutlak manada gözetilen amaca hizmet etmeye elverişli olmadığını söylemeye izin vermemekte, dolayısıyla ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığını söylemek mümkün görünmemektedir.

Anayasa Mahkemesi, ikinci olarak haksız çıkma zammı ile ödeme emrine karşı açılan davanın önlenmeye çalışıldığını kabul etmiştir⁹⁶. Ancak haksız çıkma zammı, esas itibarıyla ödeme emrine karşı açılacak her davanın değil, dava nedenlerinden yoksun (mesnetsiz) kabul edilen davaların önlenmesini amaçlar. Yukarıda bahse konu edildiği üzere ödeme emrine karşı açılan üç temel nedene (böyle bir borcun olmadığı, borcun kısmen ödendiği veya borcun zamanaşımına uğradığı) dayanılmak suretiyle dava açılabilmektedir. Bahse konu her üç nedenin de niteliği itibarıyla borçlu tarafından kolayca ispatlanması mümkündür. Örneğin kamu borçlusu, (1) borcun tamamını ödediğini gösteren makbuz itibarıyla borcun mevcut olmadığını, borca ilişkin vade tarihinin ilgili kanuni düzenlemeler ışığında tespit edilebilmesi sebebiyle borcun vadesinin gelmediğini, tecil veya terkine ilişkin tebliğat ya da yazılı bildirimler üzerinden borcun tecil veya terkin

96 Öğretide benzer görüşler için bkz. Şahan, Ö. (2011). "Haksız Çıkma Zammında Anayasa'ya Aykırılık", *Yaklaşım Dergisi*, S. 222.

edildiğini; (2) kısmen ödeme yapmış olması hâlinde, yaptığı ödemeye ilişkin makbuza dayalı olarak borcun ne kadarlık kısmını ödediğini veya (3) borca ilişkin zamanaşımı süresinin ilgili kanuni düzenlemelerde açık bir şekilde ele alınması ve tahsil zamanaşımı açısından başlangıç tarihi olarak vade tarihinin ve ilgili zamanaşımına yönelik zamanaşımını kesen ve durduran sebeplerin belirli olması sebebiyle borcun zamanaşımına uğradığını ispatlaması söz konusu olabilir. Dolayısıyla söz konusu dava nedenlerinin ispatlanamaması hâlinde kamu borçlusunun haksız çıktığının kabul edilmesi gündeme gelir. Çalışmanın önceki kısımlarında değinildiği üzere haksız çıkma zammının, özel hukuktaki icra inkâr tazminatı ile benzer nitelikte olduğu ifade edilmektedir. İcra inkâr tazminatının uygulanabilmesi için borçlunun, yargılama sonucunda ödeme emrine itirazında haksız bulunması gerekmektedir. Borçlunun haksızlığı ise alacağın miktarının belirli, belirlenebilir veya hesaplanabilir olmasıyla ilgilidir. Borçlunun miktarı belirli veya belirlenebilir olan alacağa itiraz etmesi hâlinde alacaklı tarafından açılan itirazın iptali davası kabul edilirse borçlu haksız kabul edilmektedir. Bu bağlamda kamu icra hukuku açısından ilgilinin kamu borcunun olup olmadığı hakkında en doğru bilgiye kendisinin sahip olduğu ifade edilebilir. Öte yandan kamu borcu mevcut ise tahakkuk aşamasının neticesinde borç miktarının belirli veya belirlenebilir olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla ödeme emrine karşı açılan davanın reddedilmesi hâlinde haksız çıkma zammı uygulanması kabul edilebilir. Aksi hâlde kamu borçlusunun iyi niyetli hareket etmediği, tıpkı icra inkâr tazminatında olduğu gibi haksız çıkma zammı uygulamasının temelinin de dürüstlük kuralına dayandığı savunulabilir.

Ayrıca söz konusu nedenlerden yoksun bir kamu borçlusunun, dava açmak suretiyle mahkemeyi haksız yere meşgul edeceği ve tahsilatı geciktireceği, dolayısıyla borçlunun iyi ni-

yetli hareket ettiğinin kabul edilemeyeceği söylenebilir. Bu yönüyle haksız çıkma zammı, sadece kamu borçlusunun haksız çıktığı durumlarda, (iyi niyetli olmadığı kabul edilebilecek) borçlunun tahsilatı geciktirmesi amacıyla hareket etmesinin önüne geçme amacına hizmet eder. Bu yönüyle haksız çıkma zammı uygulaması ile mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğüne yönelik yapılan sınırlamanın/müdahalenin, gözetilen amacın gerçekleştirilmesine elverişli olduğunu söylemeye izin vermekte, dolayısıyla ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığını söylemek mümkün görünmemektedir.

Üçüncü olarak AYM, ilgili düzenlemede haksız çıkma zammının hesaplanması açısından tutar olarak ya da borcun aslına oranla bir üst sınırın öngörülmediğini, buna bağlı olarak somut durumun özelliklerinin değerlendirilmesine yer vermediğini ve davayı yürüten hâkime takdir yetkisi tanınmadığını dile getirmiştir⁹⁷. Ancak haksız çıkma zammı, esas itibarıyla yukarıda bahse konu edilen dava nedenlerine dayanmak suretiyle davaya konu edilen kamu alacağının haksız çıkılan kısmına yönelik bir düzenleme olduğundan haksız çıkılan kısım açısından asıl kamu alacağı ve buna bağlı ferî kamu alacaklarının birlikte düşünülmesini ve kümülatif olarak değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Ayrıca yukarıda bahse konu edildiği üzere haksız çıkma zammı uygulaması, gecikme faizi ve gecikme zammı gibi ferî bir alacak olarak kabul edilmekte ve idare tarafından hesaplanarak kamu borçlusundan tahsil edilmektedir. Ayrıca haksız çıkma zammı uygulamasının benzer amaca yönelik kamu icra hukuku ile genel icra hukukunda yer alan düzenlemelere bakıldığında haksız çıkma zammına yönelik bir üst sınırın belirlenmediği de görülmektedir. Bu yönüyle haksız çıkma zammı uygulaması ile mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğüne yönelik yapılan sınırlamanın/müdahalenin, gözetilen amaç ile kullanılan aracın

97 Öğretide benzer görüşler için bkz. Yaltı, B. (2012). s. 163.

(haksız çıkma zammı) orantılı olmadığını söylemeye izin vermemektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesine aykırı olmadığını söylemek mümkündür.

Üstelik AYM'nin 3/2/2011 tarihli ilk kararında da değinildiği üzere haksız çıkma uygulamasının ödeme emrine karşı dava açılmasının önünde bir engel teşkil etmediği, ödeme emrine karşı vergi mahkemesine veya vergi mahkemesinin kararına karşı kanun yoluna gidilmesinin mümkün olduğu ve ödeme emrine karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi dâhil, gerekli kararların alınmasına engel teşkil etmemekte; ayrıca dava nedenlerine bağlı olarak haklı sebeple dava açacak iyi niyetli kamu borçluları açısından açılacak davanın önlenmesi mümkün görünmemektedir.

SONUÇ

Vadesinde ödenmeyen kamu borcunun cebri icra yoluyla tahsili için kendisine ödeme emri tebliğ edilen kamu borçlusu, borcunu tamamen ödediği, kısmen ödediği veya borcun zamanaşımına uğradığı gerekçeleriyle ödeme emrine karşı dava açabilmektedir. Bu davada kamu borçlusu iddialarını ispatlayamaz ve haksız çıkar ise mahkeme kararı doğrultusunda asıl vergi alacağı %10 zam ile tahsil edilmektedir. Ancak haksız çıkma zammının yer aldığı AATUHK'nin 58'inci maddesi, AYM'nin 21/4/2022 tarihli kararı ile iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararında, haksız çıkma zammının getirdiği mali yük, ödeme emrine karşı dava açılmasının yürütmeyi kendiliğinden durdurmaması, tarh işlemine karşı açılan dava kesinleşmeden ilgili kamu alacağına yönelik ödeme emri düzenlenebilmesi ve ilgili düzenlemede haksız çıkma zammına esas alınacak kamu borcuna ilişkin bir üst sınıra, somut durumun özelliklerinin değerlendirilmesi ve takdir yetkisine yer verilmemesi hususlarını göz önünde bulundurmıştır. Buna bağlı olarak mülkiyet hakkı ve hak

arama özgürlüğüne yapılan müdahale ile haksız çıkma zammının uygulanma amacı arasında ölçülülüğün bulunmadığı kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı değerlendirildiğinde, haksız çıkma zammının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunun dört farklı açıdan ele alınarak belirli bir sonuca ulaşılması mümkündür:

- (1)Haksız çıkma zammı, esas itibarıyla ödeme emrine karşı mesnetsiz dava açılmasının önüne geçilmesi amacıyla hizmet etmektedir. Kamu borçlusunun gerçeği yansıtmayan dava sebeplerine dayanarak ödeme emrine dava açması mümkün olup bu durumda kamu alacağının tahsilinin sürüncemede bırakılması gündeme gelebilmektedir. Tahsil aşamasında dava açılmasının kural olarak yürütmeyi kendiliğinden durdurulmaması sebebiyle tahsil dairesi cebri icra işlemlerine devam edebilmektedir. Dolayısıyla tahsilin sekteye uğramayacağı iddia edilmektedir. Ancak ödeme emrine karşı açılan davada mahkemeden yürütmenin durdurulması talep edilebilmektedir. Yürütmenin durdurulması kararının verilmesi hâlinde ise yürütmenin durduğu süre sona erene kadar kamu alacağının tahsili ötelenmektedir.
- (2)AATUHK uyarınca ödeme emrine üç sebep çerçevesinde itiraz edilebilmektedir. Söz konusu itiraz sebeplerinin ödeme makbuzu, terkin fişi gibi muhtelif delillerin yanı sıra vergi mahkemesinin resen araştırma ilkesi doğrultusunda yapacağı tahkikat neticesinde ispatlanabilmesi mümkündür.
- (3)Haksız çıkma zammı, davaya konu edilen kamu alacağının haksız çıkılan kısmına yönelik uygulanmaktadır. Dolayısıyla haksız çıkılan kısım açısından asıl kamu alacağı ve buna bağlı ferî kamu alacaklarını, kümülatif ola-

rak kapsamına almaktadır. Ayrıca yukarıda bahse konu edildiği üzere haksız çıkma zammı uygulaması, gecikme faizi ve gecikme zammı gibi ferî bir alacak olarak kabul edilmekte ve idare tarafından hesaplanarak kamu borçlusundan tahsil edilmektedir.

- (4) Haksız çıkma zammı ile benzer nitelikteki icra inkâr tazminatı uygulamasıyla bir karşılaştırma yapılması mümkündür. İcra inkâr tazminatının da amacı ödeme emrine karşı gereksiz itiraz edilmesinin önüne geçilmesidir. Borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için yargılama sonucunda haksız çıkması gerekmektedir. Borçlunun itirazında haksızlığı ise alacağın likit olup olmamasıyla belirlenmektedir. Alacak miktarı belirli, belirlenebilir veya hesaplanabilir ise alacak likittir. Bu yöndeki bir düzenlemenin ve uygulamanın altındaki sebep borcun miktarının ve mevcudiyetinin en iyi borçlu tarafından bilinebilecek olmasıdır. Benzer husus haksız çıkma zammı için de düşünülebilir. Bu açıdan belirli dava nedenlerine bağlı kalınması ve bu nedenlerin kolayca ispata elverişli olmasına rağmen ödeme emrine karşı açılan dava reddediliyorsa kamu alacağının %10 oranında zam ile tahsil edilmesi makul kabul edilebilir. Kaldı ki uygulamasına devam edilen icra inkâr tazminatına haksız çıkılan alacak miktarının %20'sinden aşağı olmamak üzere mahkûmiyet kararı verilmektedir ve bu yönüyle haksız çıkma zammına kıyasla daha fazla bir külfet barındırmaktadır. Dolayısıyla haksız çıkma zammının bireylerin yargı yoluna başvurmalarını engellemediği ifade edilebilir. Öte yandan gereksiz itirazların önüne geçilerek alacağın daha kısa sürede tahsil edilmesi ve mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmeyerek iş yüklerinin azaltılması sağlanabilmektedir.

Sonuç olarak bahse konu gerekçeler ile birlikte AYM'nin 3/2/2011 tarihli kararı da göz önünde bulundurulduğunda haksız çıkma zammının Anayasa'nın ilgili hükümlerine (m. 13, 35 ve 36) uygun olarak mülkiyet hakkı ve hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı ancak müdahalenin ölçülülük ilkesi ile bağdaştığı, diğer bir ifadeyle bu müdahalenin anayasal sınırlar içinde kaldığı, dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- AKÇA, Kürşat (2015). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1., ss. 543-596.
- AKİPEK, Jale ve AKINTÜRK, Turgut (2009), *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Akkaya, Mustafa (2009). Haksız Çıkma Zammı ve Anayasaya Uygunluğu, içinde Akçaoğlu, Erturğrul ve Solak Akman, İnci (Ed.), *Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan Cilt I* (ss. 339-347), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- AYDIN, Mesut (2006). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 61., S. 3., ss. 1-37.
- AYKAÇ, Kemal (1976). *Açıklamaları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğleri*, Ankara: Seçkin Kitabevi.
- BALCI, Mustafa (2021). *Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Uygulamalarında Yaşanan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BOZDOĞAN, Mine Nur ve BIYIK, Gonca (2017), “Vergi Uyuşmazlıklarının Yargısal Aşamada Çözümlemesinde Mükellef Hakları: Ödeme Emrine İtiraz Özelinde Değerlendirilmesi”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, C. 6., S. 6., ss. 11-27.
- BUDAK, Tamer ve BENK, Serkan (2011). “Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme”, *Business and Economics Research Journal*, C. 2., S. 2., ss. 61-76.
- BUHUR, Sami (2013). “Danıştay Kararları Işığında Ödeme Emri ve Ödeme Emrine İtirazın İncelenmesi”, *Vergi Dünyası*, S. 381., ss. 111- 114.

- BULUT, Nihat (2006). “Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 3-4., ss. 15-26.
- ÇELİK, Abdullah. (2014). *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- DİLEMRE ÖDEN, Begüm (2023). “Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Haksız Çıkma Zammının Mükellef Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10., S. 1., ss. 39-60.
- DOĞRUSÖZ, Bumin (2009). “Haksız Çıkma Zammında Sorunlar”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 203., ss. 273-274.
- EREN, Fikret (2011). *Mülkiyet Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- GERÇEK, Adnan (2017). *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖRGÜN, Lütfi Şanal, BÖRÜ, Levent ve KODAKOĞLU, Mehmet (2022). *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2013). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÜRİZ, Adnan (2009). *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- KARAKOÇ, Yusuf (2000). *Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KARAKOÇ, Yusuf (2020). *Kamu İcra Hukuku Bilgisi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KOYUNCU, Nuran ve BAYRAKTAR, Tuğba. (2017). “Adil Yargılanma Hakkı”, *2nd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS)*, ss. 161-177.
- KÖKÜSARI, İsmail (2011). “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişikliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15., S. 1., ss. 163-208.

- KURU, Baki ve AYDIN, Burak (2021). *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- KUZUCU YAPAR, Burcu (2020), *Türk Hukukunda Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Önlemler*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- METİN, Yüksel (2002). *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- MUTLUER, M. Kâmil ve DAYANÇ KUZEYLİ, N. Nilay (2019). *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer ve OKTAY ÖZDEMİR, Saibe (2012). *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ÖNER, Erdoğan (2022). *Vergi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2022). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral ve ÖZEKES, Muhammet (2021). *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- RENÇBER, Altan (2014). *Vergi İcra Hukukunda Ödeme Emri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- SARAÇOĞLU, Fatih ve DAYIOĞLU ERUL, Rana (2019). "Kamu Alacaklarında Haksız Çıkma Zammı Uygulaması ve Anayasa'ya Aykırılığının Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 1., ss. 141-158.
- SONSUZOĞLU, Elif (2001). *Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ŞİMŞEK, Suat (2010). "Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", *Maliye Dergisi*, S. 159., ss. 323-345.

- TAŞKAN, Yusuf Ziya (2022). *Vergi Hukuku: Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- YALTI, Billur (2006). *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- YALTI, Billur (2012). “Bir Başka Açıdan Haksız Çıkma Zammı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yukos Kararının Düşündürdükleri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 289., ss. 159-175.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil ve DEREN-YILDIRIM, Nevhis (2021). *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- YILMAZ, Ejder (2008). “İcra İnkâr Tazminatı Açısından “Likid Alacak” Kavramı”, *Bankacılar Dergisi*, S. 67., ss. 85-93.
- YILMAZ, Ejder (2016). *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- YILMAZ, Kazım (2015). *Açıklama ve Örnek Yargı Kararları ile 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması*, İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Bilnet Matbaacılık.
- YİĞİT, Birgül. (2016). “İmar Hukukundan Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sınırlandırmaları Özelinde, Türk Hukuk Sistemi İçinde Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Esaslar”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., ss. 1207-1258.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İUHF Yayınları.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1988/34, K.1989/26, 12/6/1989.
- AYM, E.1991/2, K.1991/30, 19/9/1991.
- AYM, E.2009/83, K.2011/29, 3/2/2011.

AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011.

AYM, E.2009/9, K.2011/103, 16/6/2011.

AYM, E.2010/90, K.2012/4, 12/1/2012.

AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012.

AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015.

AYM, E.2016/13, K.2016/127, 27/5/2015.

AYM, E.2014/148, K.2015/80, 10/9/2015.

AYM, E.2021/11, K.2022/48, 21/4/2022.

Ahmet Pişgin, B. No: 2014/6289, 15/6/2016.

Muazzez Erdoğan ve diğerleri, B. No: 2019/22615, 21/6/2023.

Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013.

Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

GasusDosier-und Fördertechnik GmbH/Hollanda, B. No: 15375/89, 23/2/1995.

Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S. ve diğerleri/İtalya, B. No: 48357/07-52677/07-52687/07-52701/07, 24/6/2014.

Golder/Birleşik Krallık, B. No: 4451/70, 21/2/1975.

Sporrong & Lönnroth/İsveç, B. No: 7151/75, 23/9/1982.

Ashingdane/Birleşik Krallık, B. No: 8225/78, 28/5/1985.

James ve others/Birleşik Krallık, B. No: 8793/79, 21/2/1986.

Beyeler/İtalya, B. No: 33202/96, 5/1/2000.

Broniowski/Polonya, B. No: 31443/96, 22/6/2004.

Roche/Birleşik Krallık, B. No: 32555/96, 19/10/2005.

Marini/Arnavutluk, B. No: 3738/02, 18/12/2007.

Kravchenko/Rusya, B. No: 34615, 2/4/2009.

Bulves Ad/Bulgaristan, B. No 3991/03, 22/4/2009.

Stanev/Bulgaristan, B. No: 36760/06, 17/1/2012.

Vistiņšand Perepjolkins/Letonya, B. No: 71243/01, 25/10/2012.

Danıştay Kararları

Danıştay Dördüncü Dairesinin 23/02/2005 tarihli ve Esas 2004/2323, Karar 2005/259 sayılı kararı.

Danıştay Yedinci Dairesinin 22/11/1990 tarihli ve Esas 1987/1631, Karar 1990/3709 sayılı kararı.

Danıştay Yedinci Dairesinin 11/10/2005 tarihli ve Esas 2002/2457, Karar 2005/2386 sayılı kararı.

Danıştay Dördüncü Dairesinin 28/11/2005 tarihli ve Esas 2005/1164 ve Karar 2005/2267 sayılı kararı.

Danıştay Üçüncü Dairesinin 02/03/2007 tarihli ve Esas 2005/3210, Karar 2007/649 sayılı kararı.

Danıştay On Üçüncü Dairesinin 03/05/2010 tarihli ve Esas 2010/733, Karar 2010/3678 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulunun 16/04/2010 tarihli ve Esas 2008/833, Karar 2010/192 sayılı kararı.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 16/06/2015 tarihli ve 2014/19073 Esas, 2015/8884 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 13/04/2016 tarihli ve 2015/19317 Esas, 2016/4728 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 09/12/2014 tarihli ve 2014/18052 Esas, 2014/18035 Karar sayılı kararı.

- Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 02/06/2020 tarihli ve 2018/1745 Esas, 2020/730 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 03/06/2022 tarihli ve 2021/1 Esas, 2022/3 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08/02/2022 tarihli ve 2018/1119 Esas, 2022/92 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 15/11/2007 tarihli ve 2007/4505 Esas, 2007/10169 Karar sayılı kararı
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29/06/2022 tarihli ve 2020/445 Esas, 2022/ 1077 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 26/09/2007 tarihli ve 2007/7267 Esas, 2007/11091 sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21/09/2011 tarihli ve 2011/15-494 Esas, 2011/555 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 01/11/2022 tarihli ve 2021/5418 Esas, 2022/5080 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 29/12/2022 tarihli ve 2022/15493 Esas, 2022/18193 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 22/06/2022 tarihli ve 2021/4281 Esas, 2022/4480 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 07/12/2020 tarihli ve 2020/3639 Esas, 2020/7361 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 18/02/2019 tarihli ve 2017/4280 Esas, 2019/1198 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 10/03/2016 tarihli ve 2015/7252 Esas, 2016/1843 Karar sayılı kararı.



2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN İDARENİN TEŞKİLATLANMASI YÖNÜNDEN KANUNİ İDARE İLKESİNE ETKİSİ

Onur ONAT*

ÖZET

2017 yılında Anayasa’da yapılan değişikliklerle, idari teşkilat başta olmak üzere önemli bir sahanın yürütme erki tarafından ilk elden Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebilme imkânı hukuk düzenine kazandırılmıştır. Bu durumun önemli bir sonucu, kanuni idare ilkesinde kendini göstermiştir. Zira söz konusu ilke, idari teşkilatlanmada yasama organının belirleyici olmasını kabul etmektedir. Anayasa’da yapılan düzenlemeler ise idarenin örgütlenmesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin rolünü öne çıkarmaktadır. Ancak kanuni idare ilkesinin anayasal dayanağı konumundaki Anayasa’nın 123’üncü maddesinin birinci fıkrasının bu anayasa reformu sırasında değişikliğe uğramaması, kanuni idare ilkesinin idarenin örgütlenmesi bağlamındaki varlığını sürdürdüğünü göstermektedir. Dolayısıyla değişiklikle gelen düzenlemelerin kanuni idare ilkesiyle birlikte ele alınması ve bu konudaki Anayasa hükümlerinin bir bütün hâlinde yorumlanması önem taşımaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa’ya uygunluğunu ele aldığı kararlarında bu konuya açıklık getirmeye çalıştığı görülmektedir. Bununla birlikte, özel surette kararname rejiminin işaret edildiği düzenlemelere ek olarak Mahkemenin

* Kamu Denetçiliği Kurumu, Kamu Denetçiliği Uzmanı,
onur.onat@ombudsman.gov.tr, ORCID: 0009-0008-9428-2833.

idari teşkilatlanma konusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesine olanak tanıyan kimi yaklaşımları da göze çarpmaktadır. Özellikle bu durum, idari teşkilatın kuruluşu ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi esasının varlığını devam ettirmekle birlikte, oldukça dar bir alanda sonuç doğurması ihtimalini gündeme getirmektedir. Ancak anayasal düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde kararnamelerle düzenlenmesi özel olarak öngörülen idari birimler haricinde, idari teşkilatın kuruluşu ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi esasının önemini muhafaza ettiği anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kanuni idare ilkesi, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, idari teşkilat, anayasa değişikliği.

**THE IMPACT OF THE 2017 CONSTITUTIONAL
AMENDMENT ON THE PRINCIPLE OF LEGAL
ADMINISTRATION WITH REGARD TO
ADMINISTRATIVE ORGANISATION**

ABSTRACT

In 2017, a constitutional amendment introduced the possibility of regulating a significant domain, particularly administrative organisation, through presidential decrees as the primary tool of the executive power, bringing this capability into the legal order. An important consequence of this situation has become evident in the principle of legal administration, as this principle recognises the legislature's pivotal role in shaping administrative organisation. Constitutional amendments, on the other hand, have emphasised the role of presidential decrees in the organisation of the administration. However, the fact that the first paragraph of Article 123 of the Constitution, which serves as the constitutional basis for the principle of legal administration, remained unaltered during this constitutional reform demonstrates the continued relevance of the principle of legal administration in the context of administrative organisation. Hence, it is of significance to consider the regulations introduced by the amendment in conjunction with the principle of legal administration and to interpret the constitutional provisions as a whole. As a matter of fact, it is evident that the Constitutional Court seeks to provide clarity on this matter in its decisions regarding the compatibility of presidential decrees with the Constitution. However, in addition to the regulations specifically referencing the decree regime, certain approaches of the Court that allow the issuance of presidential decrees concerning administrative organisation are also notable. In particular, this si-

tuation raises the possibility that although the establishment and duties of the administrative organisation continue to be regulated by law, the effect may be confined to a very narrow area. Nevertheless, when constitutional regulations are considered as a whole, it is apparent that the principle of regulating the establishment and duties of the administrative organisation by law retains its significance, except for the administrative units specifically designated to be regulated by decrees.

Keywords: Principle of legal administration, law, presidential decree, administrative organisation, constitutional amendment.

I. GİRİŞ

16 Nisan 2017 tarihli halkoylaması ile 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı Seçimi ve 27'nci **Dönem Milletvekili Genel Seçimi** sonrasında tüm hükümleriyle yürürlüğe giren 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la birlikte, yürütme organını ilgilendiren anayasal hükümlerde geniş kapsamlı değişiklikler gerçekleşmiştir. Bu değişim, 2007 yılında halk tarafından seçilmesinin öne açılan Cumhurbaşkanlığı'nın¹ **yürütme organının tek unsuru hâline** gelmesine ve doğrudan Anayasa'dan kaynaklı düzenleme yapabilme yetkisinin genişlemesine sebep olmuştur. Özellikle 1982 Anayasası'nın ilk hâlinde sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri bağlamında öngörülen Cumhurbaşkanlığı kararnamele²⁻³, söz konusu anayasa değişikliği sonrasında idari teşkilat başta olmak üzere önemli bir sahayı düzenleyebilme imkânını gündeme getirmiştir.

Bu durum ise hukuk düzeninde kabul edilen *kanuni idare ilkesini* önemli ölçüde etkilemiştir. Zira söz konusu ilke, yürütme organı ve idari mekanizmanın faaliyetlerinde kanuna dayanması ve kanuna aykırı davranışta bulunmamasını öngörmekle birlikte, idari teşkilatlanmada yasama organının belirleyici olmasını da kabul etmektedir. Oysa Anayasa'da yapılan düzenlemeler, idarenin örgütlenmesinde kanunun öncelendiği bir yapı yerine, merkezî idarenin ve Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülme⁴yen kamu tüzel kişilerinin

1 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 21/10/2007 tarihli halkoylamasıyla kabul edilmesi üzerine, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası hukuk düzeninde yerini almıştır.

2 Bahse konu düzenleme, Anayasa'nın 107'nci maddesinde şu şekilde yer almaktaydı: "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir."

3 Çalışma, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerinden değerlendirme ve tespitleri içermektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulup neredeyse tüm yönleriyle tanzim edilebilmesinin önünü açmıştır.

Ancak Anayasa'daki bazı hükümler, kararnamelerin mutlak anlamda kanuni idare ilkesini ortadan kaldırdığı yaklaşımını desteklememektedir. Nitekim Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası ve anayasa değişikliğiyle birlikte metne dâhil olan Anayasa'nın 104'üncü maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi, kanuni idare ilkesinin idarenin örgütlenmesi hususunda varlığını sürdürebileceğinin göstergesidir. Peki bu tespit, hukuk kurallarını yorumlayan ve en son aşamada kurallara anlamını veren yargı mercileri, özelde Anayasa Mahkemesi nezdinde nasıl bir karşılık bulmuştur?

İşte bu sorunun cevabı, Anayasa Mahkemesinin anılan hususlara dönük değerlendirmelerde bulunduğu kararlarında verilmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 13/5/2020 tarihli ve 31126 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 22/1/2020 tarihli ve E.2018/125, K.2020/4 sayılı kararı ve 23/1/2020 tarihli ve E.2019/78, K.2020/6 sayılı kararıyla başlayan yaklaşımı, kararnamelerle idarenin teşkili konusuna açıklık getirmesi bakımından dikkate değerdir.

Bu bağlamda, öncelikle kanuni idare ilkesinin ne olduğu ve idarenin örgütlenmesini ilgilendiren yönü üzerinde durulması, ardından anayasa değişikliğinin idari teşkilatın düzenlenmesiyle ilgili getirdiği yeniliklere değinilmesi ve idarenin kanuniliğini öngören Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasının Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. KANUNİ İDARE İLKESİ

Kanuni idare ilkesinin üç yönü bulunmaktadır⁴. Bunların

4 Emre AKBULUT, bu üç yönü şu şekilde ortaya koymuştur: "... idare, ancak kanun onu kurarsa varlık kazanabilecek, belli bir konuda ancak kanun ona yetki verirse (kamu gücü kullanarak) faaliyet gösterebilecek ve bu faaliyeti icra ederken yürürlükteki hiçbir kanun hükmü ile ters düşemeyecektir." Bkz. Akbulut, E. (2013). *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul: Beta, s. 14.

ilki, idarenin faaliyetlerinin kanunlara aykırı olmaması gerekliliğidir. Yani idarenin işlem ve eylemleri kanunlara uygun surette yerine getirilmelidir. Zaten bu husus, Anayasa'nın 8'inci maddesinde yer alan “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmüyle de anayasal bağlamda ortaya konulmuştur⁵.

Söz konusu ilkenin ikinci yönü, idarenin faaliyetlerinin kanunlardan güç alması, kanunların verdiği yetki doğrultusunda icra edilebilmesidir⁶. Bu durum, idari işlevin kanuna tabiliği sonucunu doğurmakta olup kanunun olmadığı yerde idari faaliyetin de bulunmamasını gündeme getirmektedir. Kanunun sağladığı imkân/yetki doğrultusunda ikincil konumu vurgulayan bu yön, yasamanın ilkeliği/asliliğini öne çıkarmaktadır⁷.

Üçüncü yön ise idari yapılanmanın kanuna ihtiyaç duymasıyla ilgilidir. Anayasa'nın “İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği” başlıklı 123'üncü maddesinin birinci fıkrasındaki “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünün bir sonucu olarak idarenin hem hukuk hayatındaki varlığı hem de görevleri kanunla düzenlenmesine bağlıdır. Bu husus, kanun varsa idarenin var olduğunu ve belli görev-yetkilerle donatıldığını, kanun yoksa herhangi

5 Balta, T. B. (1970/72). *İdare Hukuku-I Genel Konular*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 127; Günday, M. (2013). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 42-43; Zabunoğlu, Y. K. (2012). *İdare Hukuku (Cilt 1)*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 90-91; Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2014). *İdare Hukuku – Genel Esaslar, C. 1*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 36.

6 Balta, T. B., s. 127; Günday, M. (2013). s. 43; Ulusoy, A. D. (2019). *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 117; Yıldırım, T., Yasin, M., Kaman, N., Özdemir, H. E., Üstün, G. ve Okay Tekinsoy, Ö. (2013). *İdare Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 16; Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2013). *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, s. 89; Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2014). s. 36.

7 Özbudun, E. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 213-214; Gözler, K. (2019). *İdare Hukuku, C. 1*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 153.

bir idareden de söz edilemeyeceğini göstermektedir⁸. Nitekim 1961 Anayasası'nın 5, 6, 7'nci maddelerinin gerekçesinde “*Kanun olmayan yerde, Türk hukukuna göre yürütme de yoktur*” ifadesi ve 1982 Anayasası'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasının muadili konumundaki 112'nci maddesinin gerekçesinde “*Anayasamızın kabul ettiği sistemin icabı, icra ve idare, ilkel ve özerk bir yetki olmayıp müştak ve tabi bir yetki olduğu için de, tabiatıyla görev ve teşkilatın kanunlarla düzenleneceği belirtilmiştir*” ifadeleriyle bu konu oldukça sarıh bir biçimde açıklanmıştır⁹.

Ayrıca kanuni idare ilkesinin idari teşkilatlanmaya dönük yönünü ortaya koyan, Anayasa'da özel nitelikli hükümler de bulunmaktadır. Bunlardan biri, Anayasa'nın 127'nci maddesinin beşinci fıkrasında kendine yer bulan ve idari vesayetin anayasal karşılığı olan hükümdür. Gerçekten de “*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir*” düzenlemesi, idarenin bütünlüğünün sağlanması için öngörülen araçlardan biri olan idari vesayet yetkisinin kanunda belirtilen çerçevede söz konusu olabileceğini¹⁰ ortaya koymuştur. Yani idarenin örgüt-

8 Günday, M. (2013). s. 43; Ulusoy, A. D. (2019). s. 117; Zabunoğlu, Y. K. (2012). s. 90; Yaşar, H. N. (2016). *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, İstanbul: Der Yayınları, s. 175; Karahanoğulları, O. (2012). *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 51.

9 Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu raporu (5/7), Sıra Sayısı: 35, s. 11, 41, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm_00002034ss0035.pdf (Erişim Tarihi: 16/3/2023). Bu kapsamda, 1961 Anayasası'nın yaklaşımı hakkında Lutfi DURAN, Anayasa'nın idare kuruluşunun her bir ögesinin kanunla düzenlenmesini emrettiğini belirtmiştir. Bu hususta bkz. Duran, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 26.

10 Günday, M. (2013). s. 81; Özay, İ. H. (2002). *Gümüşîğında Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları, s. 166.

lenmesinde gündeme gelen idari vesayet yetkisi, Anayasa'nın 123'üncü maddesinde vurgulanan idarenin kanuniliği esasına uygun surette varlık kazanabilmektedir.

İdari mekanizmanın yapılanmasına dair Anayasa'da yer alan bir diğer özel hüküm de 128'inci maddedir. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Kamu görevlileri bakımından önemli bir güvence teşkil eden bu düzenleme, idareye fiilen varlık kazandıran çalışanların personel rejiminin de kanuni idare ilkesiyle ilişkili olduğunu göstermektedir. Zaten Anayasa Mahkemesi de 9/11/2022 tarihli ve E.2018/123, K.2022/138 sayılı kararında, “...*Personel istihdamı da kadro ihdasının doğal bir sonucu olduğundan idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin bir parçasını teşkil etmektedir*” tespitiyle Anayasa'nın 123'üncü maddesindeki esasa işaret etmiştir.

Tüm bu yönleriyle kanuni idare ilkesi, aslında yasama organının kanuni düzenlemeler eliyle yürütmeye/idareye sınırlar çizmesi, faaliyet imkânı tanınması ve yapısal olarak şekil vermesi anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla fiilen sonuç doğurmayan bir esastan ziyade anayasal sistemin öngörmesi karşısında hukuk düzenine her an yansıyan ve etkileri görülebilen bir ilke konumundadır.

III. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN İDARİ TEŞKİLATA İLİŞKİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Kanuni idare ilkesi, yukarıda aktarıldığı gibi belli bir yaklaşımı öngörmekle beraber, Anayasa'da 2017 yılında gerçekleştirilen değişiklik sonrasında önemli oranda mevzi kaybetmiştir¹¹. Özellikle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri marifetiyle

11 Bu yöndeki görüş için bkz. Ardıçoğlu, M. A. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75., S. 3., s. 29.

Cumhurbaşkanı'nın doğrudan düzenleme yapabilme yetkisinin anayasal düzeyde genişletilmesi, idari organizasyonun kanun eliyle yapılandırılması konusundaki esası derinden etkilemiştir.

Bu kapsamda, yapılan değişikliklere değinilecek olursa, Anayasa'nın 104'üncü maddesinin dokuzuncu fıkrasında, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslarının; 106'ncı maddesinin on birinci fıkrasında, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının¹²; 108'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118'inci maddesinin altıncı fıkrasında, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmiştir. Ayrıca özel surette belirtilen bu hususlar dışında Anayasa'nın 104'üncü maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde, Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarabileceği genel yetkisinden bahsedilmiş ve yine 123'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, kanuna ek olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de kamu tüzel kişiliği kurulabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa değişikliğinin getirdiği bu yenilikler, idari yapının neredeyse tamamının kararnameler eliyle tanzim edilebilmesini sağlamaktadır. Zira bakanlıkların teşkilatlandırılması ma-

12 Anayasa'nın 106'ncı maddesinde işaret edilen yetki, Anayasa Mahkemesinin 30/12/2020 tarihli ve E.2019/71, K.2020/82sayılı kararı ile 3/3/2021 tarihli ve E.2018/134, K.2021/13 sayılı kararında belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısına yönelik olarak kullanılabilir. Benzer yöndeki görüş için bkz. Ulusoy, A. D. (2019). s. 119; bu hususta "evleviyet" yoluyla yorum yapılamayacağı yönündeki bir diğer görüş için bkz. Sever, D. Ç. (2021). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanuna Dayanma İlkesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 179.

rifetiyle merkezî idarenin yapısı düzenlenmekte, buna Devlet Denetleme Kurulu (DDK) ve Millî Güvenlik Kurulu (MGK) Genel Sekreterliği gibi belli müesseseler eklenmekte ve kamu tüzel kişisi kurabilme yetkisiyle Anayasa'da kanunla kurulma şartına bağlanmayan hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının yapısı da şekillendirilmektedir. Bu yönüyle, idari teşkilatın aslında kararnameler düzenin bir ürünü olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Nitekim 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle Cumhurbaşkanlığı ve merkezî idarenin bakanlıklara ilişkin yönü belirlenirken, 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle ayrı tüzel kişiliği olan/olmayan pek çok müessese düzenlenmiştir. Buna ilaveten 5 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle DDK hakkında, 6 sayılı Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle ise MGK Genel Sekreterliği hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca bunlar dışında da kararnameler marifetiyle kamu tüzel kişileri ihdas edilmekte¹³ ve idari örgütlenmenin yapısı dizayn edilmektedir.

IV. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN KANUNİ İDARE İLKESİNE ETKİSİ

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri vasıtasıyla idari organizasyonun yeniden yapılandırılabilmesi, yasama organının bu

13 Kamu tüzel kişiliği kurulmasına dönük Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine örnek olarak şunlar verilebilir: 34 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 38 sayılı Kapadokya Alan Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 95 sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 117 sayılı Uludağ Alan Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

husustaki öncü ve tekel pozisyonunu oldukça sarsmıştır. Öyle ki idare olarak bilinen neredeyse her birimin kararnamelerle kurulup düzenlenebilmesi pekâlâ mümkündür. Ancak anayasa değişikliğinin getirdiği bu yeni düzenin aslında ilginç bir birlikteliği de gündeme getirdiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bir taraftan kararnameler marifetiyle bakanlıklar, kamu tüzel kişileri, belli bazı kuruluşlar ihdas edilip görev ve yetkileri belirlenebilirken, diğer taraftan Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü hâlen varlığını korumaktadır. Yani kanuni idare ilkesinin idari yapılanmaya dönük yönünün anayasal temelini oluşturan bu hüküm, kararnamelere tanınan geniş yetki sahasına rağmen idarenin kuruluş ve görevlerinin düzenlenmesinde kanunun rolünü vurgulamaya devam etmektedir.

Anayasa normları bir bütün hâlinde incelendiğinde, 123'üncü maddenin anılan fıkrasının anlamsızlaştığı, hatta anayasa değişikliği sırasında gözden kaçtığı dahi düşünülebiyecektir. Gerçekten de kararname usulünün genişletilmesiyle oluşan anayasal düzen açısından, idarenin kanunla düzenlenmesini öngören bir esasın hâlen Anayasa'da korunuyor oluşu bir çelişkiyi doğurmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa hükümlerinin aynı düzeyde olduğu ve birbirleriyle altlık-üstlük ilişkisi içinde olmadıkları düşünüldüğünde, kararnamelerin idari örgütlenmedeki rolünü öne çıkaran Anayasa maddeleri kadar Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasının da bağlayıcı olduğu açıktır. Öyleyse asıl üzerinde durulması gereken husus, söz konusu hükümlerin bir arada nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğidir. Bu kapsamda ise, öncelikle Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında verdiği ve onların hukuki rejimini değerlendirdiği kararların incelenmesinde fayda vardır.

Aslında Anayasa Mahkemesinin geçmiş tarihli kararlarında Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası ve kanuni

idare ilkesi/idarenin kanuniliği ilkesi bağlamında genellikle aynı değerlendirme yapılmıştır. Bir örnek olması açısından bakılacak olursa 4/12/2014 tarihli ve E.2013/114, K.2014/184 sayılı kararında Mahkeme, “*Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise ‘İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.’ hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılar*” ifadeleleriyle kanuni idare ilkesinin idarenin teşkilatlanması yönünü ortaya koymuştur¹⁴. Bununla birlikte, anayasa değişikliği sonrasında Anayasa Mahkemesinin anılan yaklaşımını koruması mümkün değildir. Zaten Mahkeme de yeni duruma göre kararlarını şekillendirmiştir.

Bu bağlamda en önemli belirleme, Anayasa’nın 104’üncü maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki kararname çıkarılamayacağı belirtilen hususlar arasında Anayasa’nın 123’üncü maddesinin birinci fıkrasının da kabul edilmiş olmasıdır. Mahkeme, kararnameler rejimi hakkında verdiği kararlardaki “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi*” başlıklı kısımda, Anayasa’nın 104’**üncü maddesinin on** yedinci fıkrasında yer alan sınırlamalara değinirken Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda kararname çıkarılamayacağı hususunu açıklamış ve herhangi bir ayrıma gitmeksiz “*Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır*” kanaatine ulaşmıştır. Söz konusu tespitin yapıldığı ilk karar olan

14 Benzer yöndeki kararlar için bkz. AYM, E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014; AYM, E.2013/24, K.2013/133, 14/11/2013; AYM, E.2013/47, K. 2013/72, 6/6/2013; AYM, E.2011/89, K.2013/29, 14/2/2013; AYM, E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; AYM, E.2012/27, K.2012/173, 8/11/2012; AYM, E.2012/29, K. 2012/155, 18/10/2012; AYM, E.2009/90, K.2011/47, 10/3/2011; AYM, E.2006/99, K.2009/9, 15/1/2009; AYM, E.2005/68, K.2008/102, 2/5/2008; AYM, E.2005/32, K.2007/3, 18/1/2007.

22/1/2020 tarihli ve E.2018/125, K.2020/4 sayılı kararda ise, “...YAŞ’ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi, Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir’ hükmü kapsamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan değildir” değerlendirmesini yaparken 123’üncü maddenin birinci fıkrasının 104’üncü maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki sınırlamanın bir parçası olduğunu doğrudan belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesinin yaptığı bu tespit, idari teşkilatlanmanın kararnameler eliyle yapıp yapılamayacağını göstermesi bakımından çok önemlidir. Zira Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü alanlardan birinin de idarenin kuruluşu ve görev-yetkileri olduğu dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bu bağlamda hayatiyet kazanabilmesi mümkün değildir. Ancak şu nokta unutulmamalıdır ki Anayasa’nın 104’üncü maddesindeki sınırlama esasları, 106’ncı maddede bakanlıklara, 108’inci maddede DDK’ya, 118’inci maddede MGK Genel Sekreterliğine ve 123’üncü maddenin üçüncü fıkrasında kamu tüzel kişiliğine yönelik düzenleme yetkisini ortadan kaldırmamaktadır¹⁵. Bu hükümler, Anayasa’nın 123’üncü maddesinin birinci fıkrasıyla eş düzey Anayasa normları olmakla ve belli konulara hasredilmekle varlıklarını sürdürmektedir¹⁶. Zaten aksi düşünce, Anayasa’nın 104’üncü maddesinin on yedinci fıkrasının söz konusu özel hükümleri etkisiz kıldığının kabulünü gerektirmektedir. Dolayısıyla anayasal sistemin bütünlüğü ve bahse konu değişikliğin iç tutarlığı gereğince Anayasa’nın 123’üncü maddesinin birinci fıkrasının, anılan özel hükümler dışında

15 Benzer bir değerlendirme için bkz. Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 374.

16 Bahse konu hükümlerin Anayasa’nın 123’üncü maddesinin istisnası olduğu ve yasamayı sınırlandıran bir norm olmadığına ilişkin görüş için bkz. Sever, D. Ç. (2021). s. 177.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasını önleyeceği tespiti yapılmalıdır¹⁷.

Peki özel hükümler dışında kararname çıkarma yetkisi verilmiş midir? Bu sorunun cevabı, Anayasa'nın 104'üncü maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*" Yürütme yetkisine giren konular bağlamında kararname yetkisi tanıyan bu hüküm, idari teşkilat açısından çok sınırlı bir alana hitap etmektedir. Çünkü bakanlıkları, DDK'yı, MGK Genel Sekreterliğini ve kurulacak kamu tüzel kişileri ile kanunla kurulmamış kamu tüzel kişilerini düşününce idari teşkilata dair oldukça dar bir alan kalmaktadır. Buna bir de Anayasa'da doğrudan kanunla kurulması öngörülmüş mahallî idareler, meslek kuruluşları, üniversiteler ve bazı kurum-kuruluşlar (Kamu Denetçiliği Kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu vb.) eklenince kararname çıkarmaya ilişkin genel yetkinin idarenin örgütlenmesindeki rolü olduk-

17 Anayasa Mahkemesi, 12/6/2020 tarihli ve E.2019/105, K.2020/30 sayılı kararında bu konuya şu şekilde açıklık getirmiştir: "... Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiş; 106. maddesinin on birinci fıkrasında ise bakanlıkların kurulmasının, kaldırılmasının, görev ve yetkilerinin, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının CBK ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla anılan fıkra kapsamındaki konular Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesini ayrıca ve özel olarak öngördüğü konulardır." Bununla birlikte, kararname çıkarılabilmesine yönelik Anayasa'da yer alan tüm düzenlemelerin, Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasının istisnası niteliğinde olduğuna dair bir görüş için bkz. Ulusoy, A. D. (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 2., s. 60.

ça azalmaktadır. Hatta Anayasa'nın 104'üncü maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi karşısında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alan olan idarenin kuruluşu ve görev-yetkisi bağlamında genel yetki kullanılarak kararname çıkarılamayacaktır.

Fakat Anayasa Mahkemesi, tam da bu hususa ilişkin önüne gelen davada ilginç bir karar vermiştir. Yüksek Askerî Şûranın (YAŞ) sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi hususunda Cumhurbaşkanı'na yetki veren 8 numaralı Yüksek Askerî Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6'ncı maddesini değerlendirdiği kararında¹⁸ Mahkeme, öncelikle YAŞ'ın görev ve yetkilerinin kararnameyle düzenlenmesinin Anayasa'nın 106'ncı maddesinin on birinci fıkrasından kaynaklı yetkiye dayanıp dayanmadığını tartışmış ve bu bağlamda görmemiştir. Ayrıca YAŞ hakkındaki düzenleme yetkisinin özel olarak öngörülen diğer konularla da ilgisi olmadığını belirttikten sonra “YAŞ'ın kuruluşu, üye yapısı ve görevleri gözönünde bulundurulduğunda görev, yetki ve çalışma usulünün CBK ile düzenlenmesinin Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisi kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır” tespitiyle, davaya konu Kararname hükmünün 104'üncü maddenin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinden gücünü aldığını belirtmiştir. Böylece idari bir müessese olduğunda kuşku bulunmayan Yüksek Askerî Şûra üzerinden Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası bağlamındaki kanuni idare ilkesinin yeni anayasal düzendeki işlevini anlamak için önemli bir fırsat doğmuştur.

Anayasa Mahkemesi bahse konu kararında, “Kuralla herhangi bir idari yapının kurulması ya da görev ve yetkilerinin düzenlenmesi söz konusu olmayıp YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi konusunda Cumhurbaşkanı'na yetki

18 AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020.

verilmektedir. Kurala göre Cumhurbaşkanı, mevcut idari yapılanma içinde faaliyet gösteren bir birimi YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütmesi amacıyla görevlendirecektir. Dolayısıyla YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi, Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir' hükmü kapsamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan değildir" değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkeme bu yaklaşımıyla dava konusu hakkında, bir taraftan idari bir yapının kurulması veya görev-yetkilerinin düzenlenmesinin söz konusu olmadığına belirtirken diğer taraftan anılan kuralla YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini görmesi için hâlihazırda kurulu olan bir idari birimin Cumhurbaşkanıca görevlendirileceğini ortaya koymaktadır. Mevcut idari bir birimin görevlerinin düzenlenmesi sonucunu doğuracak bu kuralla aslında Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasında öngörülen kanunla düzenlenme esasına muhalif bir durum oluşturulmuştur. Fakat Mahkeme çoğunluğu, kanunla düzenlenmesi gereken idarenin kuruluş ve görevlerini dar yorumlayarak doğrudan idari bir birimin teşkili ve tanzimi ile sınırlı tutmuş, ayrı bir birimin görevlendirilmesine yol açacak yetkilendirmeyi ise Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular arasında kabul etmemiştir¹⁹.

Çoğunluk bu şekilde düşünmekle birlikte, karşı oylar oldukça kıymetli tespitlerde bulunarak kanuni idare ilkesi ile 123'üncü maddenin birinci fıkrasına vurgu yapmaktadır. Mahkeme Başkanı Zühtü ARSLAN yazdığı karşı oyda, "İdarenin kanuniliği, ilke olarak CBK'lar için de geçerlidir. Eğer idarenin kuruluşuna ilişkin bir CBK kuralı, Anayasa'nın CBK'larla düzenlenebileceğini özel olarak öngördüğü konula-

19 Benzer bir değerlendirme için bkz. Can, O. (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 1., s. 173.

ra ilişkin değilse, Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olacaktır" yönündeki görüşüyle, Anayasa'da doğrudan kararnameyle kurulabileceği öngörölmüş idari kuruluşlar haricinde kararnameyle teşkil ve tanzim olan idari yapılar bakımından kanuni idare ilkesi ile Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasının asıl olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu doğrultuda da dava konusu kuralın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yerine kanunla düzenlenmesi gerektiği yaklaşımını ortaya koymuştur. Benzer şekilde Mahkeme Başkanvekili Hasan Tahsin GÖKCAN ise öncelikle dava konusu kuralın yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilecek kararnameler bağlamında kabul edilebileceğini söylemiştir. Bununla birlikte, "İdarenin düzenlenmesi kavramı, idari nitelikteki organizmanın yapısı ve görevlerini de kapsamaktadır. Şura sekreteryaya hizmetlerinin bir merci ve görevliye tevdi edilmesi, idarenin düzenlenmesi kavramı içerisinde değerlendirilmelidir" yorumunu yapan GÖKCAN, bu kuralın kanuna konu olmasının zorunlu olduğunu vurgulayarak karşı oy kullandığını kayda geçirmiştir. Görölmektedir ki her iki karşı oy da kanuni idare ilkesi/idarenin kanuniliği ile bunun anayasal ifadesi olan 123'üncü maddenin birinci fıkrasını, belli bir oranda kararname rejimine karşı muhafaza etmiştir. Ancak iki üyenin daha bu kadar detaya girmeden karşı oy kullandığı söz konusu kararla Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasının hukuki etki alanının daraldığı açıktır.

Anayasa Mahkemesinin 23/1/2020 tarihli ve E.2019/78, K.2020/6 sayılı kararında ise 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4/A maddesi dava konusu edilirken bu kez Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulunu ilgilendiren konulara açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda idari bir birimin teşkil olunduğunda kuşku bulunmamakla beraber Mahkeme, yukarıda ele alınan kararında olduğu gibi Anayasa'nın

104'üncü maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi ve 123'üncü maddesinin birinci fıkrası üzerinden detaylı değerlendirme yapmamıştır. Sadece “Söz konusu fıkranın üçüncü cümlesi uyarınca CBK’lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Kurul; tüzel kişiliği bulunmayan, istişari nitelik taşıyan bir birim olarak düzenlenmiştir” ifadesine yer vererek konuyu Anayasa’nın 128’inci maddesi bağlamında irdelemiştir. Burada Mahkeme, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulunun tüzel kişiliği olmadığını belirterek istişari bir birim niteliğini öne çıkarmakla yetinmiştir. Ama Anayasa Mahkemesinin Kurulun oluşumu ve üyelerinin alacağı ödemelerle ilgili hükümleri incelediği bu kararında, Anayasa’nın 128’inci maddesi gibi 123’üncü maddesinin birinci fıkrasının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Oysaki bu husus dikkate alınmamış olup söz konusu tutumun bilinçli bir tercih niteliğinde olduğu izlenimi oluşturulmuştur. Şöyle ki Yüksek İstişare Kurulunun tüzel kişiliğe sahip olmaması ve görevinin istişari mahiyeti, *kuruluş ve görevleri* kanunla düzenlenmesi gereken bir idari birim olarak görülmemesine yol açmıştır. Bu yöndeki yaklaşımın doğrudan sonucu ise Anayasa’nın 123’üncü maddesinin birinci fıkrasının, tüzel kişiliği ve icrai karar alma kabiliyeti olmayan idari birimler bakımından uygulama imkânı bulunmadığının kabulüdür.

Bununla birlikte, Yüksek Askerî Şûranın da tüzel kişiliğe sahip olmadığı ve Mahkemenin değinilen kararındaki²⁰ ifadeyle “*askerî strateji ya da Türk Silahlı Kuvvetlerinin program ve hedefleriyle ilgili görüş bildirme görevi bulunduğu gibi Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının görevde yükselmelerine karar verme gibi icrai görevleri de*” bulunduğu tespiti üzerinden, Anayasa’nın 123’üncü maddesinin birinci fıkrasının tüzel kişiliği olmayıp icrai karar alan idari birimler açısından da uygulanamayacağı yorumu

20 AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020.

yapılabilecektir. Ancak bu hususta biraz temkinli olunmalıdır. Zira Anayasa Mahkemesi, bu konudaki kararında YAŞ'ın kuruluş ve görevlerini doğrudan ilgilendiren bir kararname düzenlenmesinin de 123'üncü maddenin birinci fıkrası dâhilinde değerlendirilmemesi gerektiği görüşünü dile getirmemiştir. Dolayısıyla Mahkemeye göre tüzel kişiliğe sahip olmayan ve icrai karar alabilen idari müesseselerin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilecektir.

Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir kararında²¹ Anayasa Mahkemesi, Ekonomi Koordinasyon Kurulunun “*merkezi idare içinde yer alan, kamu tüzel kişiliği bulunmayan ve Cumhurbaşkanlığı veya herhangi bir bakanlık teşkilatına dâhil olmayan kendine özgü bir idari birim*” olduğunu kabul ederek ve bu yönüyle görev-yetkilerinin kararnameyle düzenleneceği özel olarak öngörülen müesseseler arasında olmadığını kayda geçirerek Kurulun görev-yetkisinin ancak Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince kanunla düzenlenebileceğini belirtmiştir. Oy-birliğiyle dava konusu kuralın iptaline hükmeden Mahkemenin bu kararla tüzel kişiliği bulunmayan müesseseler bakımından kanuni idare ilkesinin uygulanma kabiliyetini kabul ettiği görülebilmektedir²². Bununla birlikte, Anayasa'nın 123'üncü maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kararnameyle kurulan ve kamu tüzel kişiliği bulunan müesseseler hakkında, teşkilat yapısının oluşturulması ile görev-yetkilerinin belirlenmesi hususları, idarenin teşkilatlanması açısından zorunlu unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak “*gelirlerin belirlenmesi*” konusu,

21 AYM, E.2021/88, K.2021/105, 30/12/2021.

22 Bu yönde verilen diğer kararlar için bkz. AYM, E.2021/85, K.2022/60, 1/6/2022; AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022. Söz konusu iki karara karşı muhalif kalan üyeler olmuş olup özellikle dava konusu düzenlemelerde yer alan **müesseseler için (Fiyat İstikrarı Komitesi, Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kurulu, Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Yürütme Kurulu)** “*farklı unsurların iştiraki ile müşterek bir çalışma ekibi/grubu*” nitelendirmesi yapılarak bunların birer idari birim olmadığı ve dolayısıyla bunlar hakkındaki düzenlemelerin Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası bağlamında değerlendirilemeyeceği savunulmuştur.

kamu tüzel kişiliğinin varlığı için zorunlu görülmeyip bunun kanunla düzenlenmesi gerekliliği Anayasa Mahkemesi tarafından hükme bağlanmıştır²³. Bu suretle kamu tüzel kişiliğinin kararnameyle kurulması ve düzenlenmesinde zorunlu olmayan unsurlar bakımından Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası hayatiyet kazanmıştır.

Kanuni idare ilkesinin sınırlarının tayini bakımından bir diğer önemli karar da Mahkemenin 13/10/2022 tarihinde aldığı ve E.2021/95, K.2022/118 sayılı karardır. Söz konusu kararda, kalkınma ajanslarının görev ve yetkilerinin düzenlenmesine yönelik çıkarılan kararnamenin Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilirken kalkınma ajanslarının Anayasa'nın 123'üncü maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulduğu kabul edilmiştir. Oysaki 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin "*Kuruluş*" başlıklı 186'ncı maddesinde, "*Ajanslar, bölgeler esas alınarak Cumhurbaşkanlığı kararı ile kurulur*" hükmü marifetiyle, söz konusu kuruluşların "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*" yerine "*Cumhurbaşkanı kararı*"yla kurulacağı açıkça belirtilmiştir²⁴. Özellikle bu hususta Mahkemenin yaptığı, "*Her ne kadar CBK'nın 186. maddesinde ajansların bölgeler esas alınarak Cumhurbaşkanlığı kararı ile kurulacağı, kurulmuş olan ajansın kaldırılmasına Cumhurbaşkanlığı'nın yetkili olduğu belirtilmekte ise de anılan madde hükmünde geçen 'kurulma' kav-*

23 AYM, E.2019/87, K.2022/158, 13/12/2022; AYM, E.2019/90, K.2023/51, 22/3/2023.

24 Kalkınma ajansları, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne konu edilmeden önce 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun'da düzenlenmekteydi. Ajanslar, Kanun'un 3'üncü maddesi gereğince, bölgeler esas alınarak, Kalkınma Bakanı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile kurulmaktaydı. Bu yönüyle, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 186'ncı maddesine paralellik arz eden bir düzenleme mevcuttu. Yani kanun yerine idari işlemle bir müessesenin teşkili söz konusuydu. Hatta bu Kanun hakkında Anayasa'ya uygunluk denetimi yapan Anayasa Mahkemesi, 30/11/2007 tarihli ve E.2006/61, K.2007/91 sayılı kararında, "*Kalkınma ajanslarının tüzel kişiliği Yasa'yla belirlenmiş, tüzel kişiliğin kuruluşu ise Bakanlar Kurulu kararına bırakılmıştır*" tespitiyle bu hususa işaret etmişti.

ramının CBK ile oluşturulan ajansların hangi bölgelerde açılacağına Cumhurbaşkanı tarafından karar verilmesini ifade ettiği anlaşılmaktadır” değerlendirmesi, Anayasa’nın 123’üncü maddesinin birinci fıkrasının alanını daraltması bakımından dikkate değerdir. Zira söz konusu Kararname hükmündeki açık belirleme yok sayılmak suretiyle idari işlemle kurulması öngörülen ajansların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulduğu kabul edilerek yasal düzenleme ihtiyacı görmezden gelinmiştir. Nitekim karara muhalif olan Mahkeme Başkanı Zühtü ARSLAN yazdığı karşı oyda, kararname marifetiyle bir kamu tüzel kişiliği kurulmadığını, bu yönüyle idarenin kanuniliği ilkesine yönelik bir istisnanın varlığından da söz edilemeyeceğini, kararname ile “kurma” olmadığına göre bu kapsamda “düzenleme” de yapılamayacağını belirterek ajansların görev ve yetkilerinin münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği görüşünü serdetmiştir. Ayrıca Mahkeme üyelerinden M. Emin KUZ da “...Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasına göre kamu tüzelkişiliğinin CBK ile kurulması mümkün olmakla birlikte, Kalkınma Ajansları dava konusu kuralın yer aldığı (4) numaralı CBK ile de kurulmamış; aksine CBK bu konuda Cumhurbaşkanının yetkili olduğunu hükme bağlayarak Ajansların Cumhurbaşkanlığı kararı ile kurulmasını öngörmüştür. Başka bir anlatımla, dava konusu kuralla görev ve yetki verilen Kalkınma Ajansları, Anayasanın 123. maddesine göre kanunla kurulmadığı gibi CBK ile de kurulmadığından kural bu yönüyle de Anayasaya aykırıdır” şeklindeki görüşüyle çoğunluğun kararına katılmamıştır²⁵.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin bu kararları, esasında şu belirlemenin yapılmasını gerektirmektedir: Anayasa’nın 123’üncü maddesinin birinci fıkrası (yani kanuni idare ilkesi), Anayasa’da kararnameyle düzenlenmesi özel olarak

25 Bu konuya ilişkin bir değerlendirme için bkz. Onat, O. (2019). *İdari Alandaki Atipik Kuruluşların Tüzel Kişiliği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 167.

belirlenmiş alanlar, tüzel kişiliği olmayıp istişari görüş bildirme görevi olan idari birimler, Anayasa Mahkemesinin içtihat marifetiyle kararnameyle kurulduğunu kabul ettiği müesseseler dışında ve idarenin kurulması veya görev-yetkisinin belirlenmesinin doğrudan gerçekleştiği durumlarda hüküm ifade etmektedir. Bu noktada, kamu tüzel kişiliğini haiz müesseselerin hâlen 123'üncü maddenin üçüncü fıkrası gereğince kanunla kurulabilmesi nedeniyle hukuki etkisinin olduğu söylenebilirse de idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koyan 123'üncü maddenin birinci fıkrasının uygulanma kabiliyeti azalmıştır.

V. SONUÇ

Anayasa'da 2017 yılında yapılan geniş kapsamlı değişiklik, yasama ve yürütme organlarına dair büyük bir farklılaşmayı beraberinde getirmiştir. Bu kapsamdaki en önemli dönüşüm ise idari teşkilatın örgütlenmesindeki yetki paylaşımında görülmüştür. Özellikle merkezî idare ve kanunla düzenlenmiş kamu tüzel kişilerinin artık Cumhurbaşkanı eliyle kurulup düzenlenebilmesi, idari organizasyondaki yasama tekeli ni kırmış, hatta başat aktörün Cumhurbaşkanı olması sonucunu doğurmuştur. Öyle ki ilk kararnamenin Resmî Gazete'de yayımlandığı 10/7/2018 tarihinden bu yana çıkarılan 137 adet Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin²⁶ büyük kısmı idarenin teşkili, tanzimi, buralarda görevli üst kademe yöneticilerin atanma usul-esasları veya genel olarak kadro ve pozisyonlara ilişkindir. Yani Anayasa'nın 104'üncü maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi bağlamındaki genel yetki gereğince, idarenin teşkilatlandırılması dışında yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılan kararname oldukça azdır²⁷. Bu durum

26 137 adet Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 17 tanesi olağanüstü hal kapsamında çıkarılan ve kanun hükmünde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesidir.

27 Bu kapsamda, 49 sayılı Coğrafi Bilgi Sistemleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, kısmen 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine

dahi kararnamelerle oluşan hukuki düzenin, aslında idari mekanizmayı etkilediği gerçeğini gözler önüne sermektedir.

Anayasa'dan kaynaklı yeni durum bu olmakla birlikte, anılan konuyu doğrudan ilgilendiren Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası değişiklikten nasibini almamıştır. Bir bakıma, hâlen idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi kuralı varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla idarenin örgütlenmesi yönüyle dikkati çeken kanuni idare ilkesi hukuk hayatındaki rolünü kaybetmemiştir. Ancak kararnamelere tanınan yetkilerin yok sayılamayacağı düşünöldüğünde, anılan Anayasa hükmünün ve kanuni idare ilkesinin değişikliğin getirdiği yeni şartlarla beraber anlamlandırılması gerekmektedir. İşte bu noktada da anayasal sistemin bir bütün hâlinde yorumlanması ve bu konuda Anayasa Mahkemesinin ne yönde karar verdiğinin anlaşılması büyük önem taşımaktadır.

Bakanlıkların, DDK'nın, MGK Genel Sekreterliğinin ve kanunla düzenlenmesi Anayasa'da öngörölmemiş kamu tüzel kişilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu olabileceği hususundaki hükümler, idarenin kuruluşu ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi kabulünü oldukça sınırlamaktadır. Nitekim kararnamelerin özel olarak yetkilendirilmesi bağlamındaki durumu, Anayasa Mahkemesi de aldığı kararlardaki yorumuyla teyit etmiştir. Fakat Anayasa hükümlerinden rahatlıkla çıkarılabilecek söz konusu sonuçla yetinilmiyip Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasındaki esasın daha da daraltılmasıyla karşılaşılmaktadır. YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek mercinin belirlenmesi hususunda Cumhurbaşkanı'na yetki veren kararname hükmünü inceleyen Mahkeme, yaptığı değerlendirmeye idarenin ku-

Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve 144 sayılı Doğal Gaz Tüketimine İlişkin Sistem Kullanım Bedelleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi örnek olarak verilebilir.

rulması veya görev-yetkisinin belirlenmesini sadece doğrudan gerçekleşmesi hâlinde Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrası dâhilinde görme eğilimini ortaya koymuştur. Yine Mahkemenin tüzel kişiliği olmayıp istişari görüş sunma görevi bulunan idari bir birim hakkında 123'üncü madde değerlendirmesini yapmaması ve kararnameyle kurulması öngörölmeyen bir müessesenin bu yolla teşkil ettiğini kabul etmesi, kanuni idare ilkesinin idari yapılanma boyutu açısından yeni anayasal sistemin uygulanmasında göz ardı edilebileceği ihtimalini gündeme getirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ilgili ortaya koyduğu bu görüşlerin önemi teslim edilmekle beraber, anayasal düzenlemelerin bir bütün içinde değerlendirilmesi gerekliliği karşısında Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasının ve bunun üzerinden kanuni idare ilkesinin artık uygulama imkânı kalmadığını söylemek olanaksızdır. Daralmış olsa da kararnamelerle düzenlenmesi özel olarak öngörölen idari birimler haricinde, idari teşkilatın kuruluşu ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi esasının varlığını devam ettirdiği²⁸, hatta yasama organının kamu tüzel kişiliği kurabilme yetkisiyle birlikte önemini muhafaza ettiği kabul edilmelidir.

28 Can, O. (2020). s. 184.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Emre (2013). *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, İstanbul: Beta.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75., S. 3., ss. 19-51.
- BALTA, Tahsin Bekir (1970/72). *İdare Hukuku-I Genel Konular*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.
- CAN, Osman (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 1., ss. 133-192.
- DURAN, Lûtfi (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun ve BERK, Kahraman (2013). *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2019). *İdare Hukuku*, C. 1, Bursa, Ekin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve TAN, Turgut (2014). *İdare Hukuku – Genel Esaslar*, C. 1, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜNDAY, Metin (2013). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi.
- KARAHANOGULLARI, Onur (2012). *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- ONAT, Onur (2019). *İdari Alandaki Atipik Kuruluşların Tüzel Kişiliği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- ÖZAY, İl Han (2002). *Gümüşğında Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları.

- ÖZBUDUN, Ergun (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SEVER, Dilşad Çiğdem (2021). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanuna Dayanma İlkesi*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- ULUSOY, Ali Dursun (2020). “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, C. 37., S. 2., ss. 31-66.
- ULUSOY, Ali Dursun (2019). *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- YAŞAR, Hasan Nuri (2016). *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, İstanbul: Der Yayınları.
- YILDIRIM, Turan, YASİN, Melikşah, KAMAN, Nur, ÖZDEMİR, H. Eyüp, ÜSTÜN, Gül ve OKAY TEKİNSOY, Özge (2013). *İdare Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım (2012). *İdare Hukuku (Cilt 1)*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Yararlanılan Anayasa Mahkemesi Kararları:

- AYM, E.2019/90, K.2023/51, 22/3/2023
- AYM, E.2019/87, K.2022/158, 13/12/2022
- AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022
- AYM, E.2018/123, K.2022/138, 9/11/2022
- AYM, E.2021/95, K.2022/118, 13/10/2022
- AYM, E.2021/85, K.2022/60, 1/6/2022
- AYM, E.2021/88, K.2021/105, 30/12/2021
- AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020
- AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020

AYM, E.2018/125, K.2020/4, 22/1/2020

AYM, E.2013/114, K.2014/184, 4/12/2014

Yararlanılan Yasama Belgesi:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu raporu (5/7), Sıra Sayısı: 35, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM___/d00/c002/tm__00002034ss0035.pdf

BU SAYIDA

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN

Yüzüncü Yılında Cumhuriyet'in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı

The Constitutional Identity of the Republic in its 100th Anniversary and Constitutional Justice

Prof. Dr. Hacı CAN

Yabancıların Hukuki Durumları Bağlamında Ortaya Çıkan Anayasal Meseleler

Constitutional Issues Arising in the context of the Legal Status of Foreigners

Doç. Dr. Serkan YOLCU

Anayasa Tarihimizden Bir Keşif: Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi İlk Defa Ne Zaman Denendi?

A Discovery from Our Constitutional History: When Was the First Attempt of Constitutional Review of Laws in Türkiye?

Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ

Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkının Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the Right to Proof in terms of the Principle of Legal Certainty in Civil Procedure Law

Dr. Öğr. Üyesi Seyithan KAYA

İnsan Haklarının Korunmasında Yatay Etki ve Anayasa Mahkemesinin Kavrama Bakışı

The Horizontal Effect in the Protection of Human Rights and the Perspective of the Constitutional Court

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KARATAŞ

Arş. Gör. Mehmet Alper ELMALI

Kamu İcra Hukukunda Haksız Çıkma Zammının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Evaluation of the Unfair Hike in Public Enforcement Law in the Light of the Decisions of the Turkish Constitutional Court

Onur ONAT

2017 Anayasa Değişikliğinin İdarenin Teşkilatlanması Yönünden Kanuni İdare İlkesine Etkisi

The Impact of the 2017 Constitutional Amendment on the Principle of Legal Administration With Regard to Administrative Organisation

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