



ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice
41(2)

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



Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1301 - 1200

Anayasa Yargısı - 41(2)

© 2024, 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

Ocak, 2025

ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice

Anayasa Mahkemesi Adına Sahibi
On Behalf of the Constitutional Court, Publisher

Kadir ÖZKAYA
Anayasa Mahkemesi Başkanı

Editörler / General Editors

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Ömer ÇINAR
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Yardımcı Editör / Managing Editor

Doç. Dr. Ömer GEDİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Yayın Kurulu / Editorial Board

Kadir ÖZKAYA
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. Abdullah ÇELİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Mücahit AYDIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Volkan HAS
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Hilal YAZICI
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Doç. Dr. Ömer GEDİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Publishing Manager

Doç. Dr. Ömer GEDİK
Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi Koordinatörü

DANIŞMA KURULU / SCIENTIFIC COUNCIL

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER
Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı
Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı
Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Nihat BULUT
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı

Prof. Dr. Ömer ÇINAR
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Saadet YÜKSEL
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hâkimi, Türkiye

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı

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 virgül konularak yazar adının baş harfi büyük harf olarak yer almalı, sonra parantez içinde yayın yılına yer verildikten sonra nokta konulmalıdır. Ardından kitap atıflarında eser adı *italik* yazılmalı, yayın yerini müteakip iki nokta üst üste konulduktan sonra yayınevine ve sayfa numarasına yer verilmelidir. Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, cilt numarası, sayı numarası ve sayfa sayısı sırası ile gösterilmelidir.

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

Onar, E. (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değişirme 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

Yarım asrı aşkın deneyimiyle Türk Anayasa Mahkemesinin kurumsal hafızasını yansıtan ve anayasa yargısına katkı sunan önemli yayınlardan biri olan “Anayasa Yargısı” dergisi, ilk kez 1984 yılında yayımlanmıştır. Bu dergi, başlangıçta Mahkemenin kuruluş yıl dönümleri kapsamında düzenlenen sempozyumlarda sunulan bildirilerin bir araya getirilip yayımlandığı bir yayın olarak ortaya çıkmıştır. Bu özelliğiyle “Anayasa Yargısı”, sadece Mahkemenin faaliyetlerini ve akademik çalışmalarını belgelendiren bir eser değil aynı zamanda Mahkemenin geçmişten günümüze anayasa hukukuna sunduğu katkıların bir yansıması olarak âdetâ Mahkemenin kurumsal otobiyografisi niteliğindedir.

2019 yılından itibaren ise dergi, yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergi statüsüne kavuşmuş ve bu dönüşümle birlikte bilimsel yayıncılık anlayışını bir adım öteye taşımıştır. Bu kapsamda her yılın bir sayısında hakemli makalelerle birlikte Anayasa Mahkemesi tarafından kuruluş yıl dönümü vesilesiyle anayasa yargısı alanında düzenlenen sempozyumda sunulan bildiriler derlenmekte, diğer sayısında ise anayasa hukuku alanında kaleme alınmış hakemli bilimsel makalelere yer verilmektedir.

Böylece “Anayasa Yargısı” dergisi, yalnızca sempozyum bildirilerini kayıt altına almakla kalmayıp anayasa hukuku ve yargısı alanındaki güncel gelişmeleri, tartışmaları ve akademik birikimi yansıtan bir bilimsel platform hâline gelmiştir. Anayasa hukukunun gelişimine önemli katkılar sağlayan bu yayının, ulusal ve uluslararası hukuk çevrelerinde de saygın bir kaynak olarak kabul edilmektedir.

Bu sayımızda da çok değerli anayasa hukuku uzmanlarının yanı sıra genel kamu hukuku, idare hukuku, siyaset bilimi ve kamu yönetimi uzmanları da insan hakları ve anayasa hukuku alanında dergiye katkı sunmuştur.

Bu sayının ilk makalesinde Prof. Dr. Nihat BULUT, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kişisel ve siyasal haklar ile sosyal ve ekonomik

hakların birbirinden ayrı olmadığına ilişkin içtihadını incelemiş ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında benzer bir yaklaşımı benimseyip benimsemediğini ele almıştır.

Bir sonraki makalede Prof. Dr. Serdar GÜLENER, Anayasa Mahkemesinin basın duyuruları aracılığıyla yargısal gündem oluşturma stratejisini, karşılaştırmalı örnekler ışığında değerlendirmiş ve bu duyularda belirli politika gündemlerinin ön plana çıktığını tespit etmiştir.

Doç. Dr. Taylan BARIN, üçüncü makalede, Anayasa Mahkemesinin 2024 yılı Ekim ayına kadar verdiği 431 düşme kararını tasnif etmiştir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün işlevini tartışarak İçtüzük'te yer alan "başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi" gerekçesiyle düşme kararı verilen 269 başvuruyu detaylı şekilde tahlil etmiştir.

Doç. Dr. Ümit GÜVEYİ, makalesinde anayasal sadakat yükümlülüğü ekseninde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay arasındaki ilişkiyi ele almıştır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarını karşılaştırmalı şekilde inceleyerek anayasal sadakat kavramının yargı kararlarına etkilerini analiz etmiş; iki yüksek yargı organı arasındaki olası uyumsuzlukların çözüm yollarını tartışmıştır.

Doç. Dr. Bayram DOĞAN, kişisel verilerin çerezler yoluyla işlenmesi bağlamında açık rızanın hukuka uygun şekilde alınmasını irdelenmiş; çerezlerle veri işleyen internet sitesi operatörleri için Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında öneri ve eleştirilerde bulunmuştur.

Dr. Öğr. Üyesi Duygu DÜLGER, 1982 Anayasası döneminde itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine taşınıp ilk inceleme aşamasını geçemeyen başvuruları detaylı şekilde ele almıştır. Bu başvuruların esas ilişkin inceleme aşamasına geçememe gerekçelerini sınıflandırarak sıkça karşılaşılan hatalar üzerine uygulamacılara yönelik bir inceleme sunmuştur.

Dr. Öğr. Üyesi Abdülsamet GÜLLER ve Arş. Gör. Dr. Mustafa Fatih SARI, Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararlarını analiz etmiş; Mahkemenin bu yetkiye sahip olup olmadığını savunmak yerine bu karar türüne başvurulurken hangi sınırlara tabi olunması gerektiğini tartışmıştır.

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında hukukun üstünlüğü ilkesinin nasıl ele alındığını incelemiş; bu ilkenin daha açık bir şekilde tanımlanarak Mahkeme içtihadında daha geniş ve yaygın biçimde kullanılmasının gerekliliğini vurgulamıştır.

Arş. Gör. Enis DUMAN, siyasi karar alıcıların kendilerini sınırlayabilecek bir anayasa mahkemesi kurma sebeplerini Türk Anayasa Mahkemesi özelinde sorgulamış; bu bağlamda siyasetin yargısallaşması olgusunun söylem düzeyindeki yansımalarını ortaya koymuştur.

Arş. Gör. Ramazan DEMİR, 2017 Anayasa değişiklikleri ile tüzük çıkarma yetkisinin kaldırılmış olmasına rağmen ilga edilmedikçe yürürlükte kalan tüzüklerin nasıl ilga edileceğine dair bir düzenleme bulunmadığına dikkat çekmiş; bunların Cumhurbaşkanı kararı yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi Raportörleri Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ ve Yücel ARSLAN, Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde boşanma hakkı açıkça düzenlenmemesine rağmen Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinin yorumlanması sonucunda devletin bu bağlamda negatif ve pozitif yükümlülükler üstlendiğini tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi Raportörü Hüseyin KAYA, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında pozitif bir yükümlülük olan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü açısından yol açtığı sorunları ve çözüm önerilerini ele almıştır.

Son olarak Av. Arb. Ersin ŞARE, Anayasa'da Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Cumhurbaşkanı'na tanınan ve devletin egemenlik yetkisinin en önemlilerinden birini teşkil eden af yetkisine uluslararası hukuk bağlamında konusu itibarıyla sınırlama getirilip getirilemeyeceği hususunu tartışmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası ile kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde kuvvetler ayrılığı ilkesini hayata geçirme, demokratik devlet anlayışını güçlendirme ve insan haklarını koruma sorumluluğunu, yalnızca yargısal faaliyetleriyle değil aynı zamanda faaliyet alanına giren akademik çalışmalara katkı sunarak da

yerine getirmektedir. Kuruluşundan bu yana norm denetimi yetkisiyle anayasa hukukuna önemli katkılar sağlayan Mahkeme, anayasal düzenin korunması ve hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi noktasında kritik bir rol üstlenmiştir.

2010 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi kazanan Mahkeme, bu yetkiyle birlikte anayasa hukuku dışındaki disiplinlere de önemli ölçüde katkıda bulunmuştur. Bireysel başvuru mekanizması, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkili bir araç hâline gelirken Mahkemenin verdiği kararlar özel hukuk, ceza hukuku, idare hukuku gibi pek çok alanda içtihat oluşturmuş; bu alanların gelişimine yön vermiştir. Bu süreç, Anayasa Mahkemesinin sadece yargısal bir aktör değil aynı zamanda hukukun tüm alanlarında insan hakları odaklı bir perspektifin yerleşmesine öncülük eden bir kurum olduğunu ortaya koymaktadır.

Derginin 36. cildinden itibaren Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ editörlük görevi yürütmekteydi. Bu sayı itibarıyla editörlük görevinden ayrılan Sayın HAKYEMEZ'e dergimize katkılarından dolayı çok teşekkür ederiz.

İnsan hakları hukuku ve anayasa yargısını ilgilendiren çeşitli konuların yer aldığı "Anayasa Yargısı" dergisine katkılarınızı memnuniyetle bekliyoruz.

Tüm okuyucular için faydalı olması temennisiyle...

Prof. Dr. Engin YILDIRIM – Prof. Dr. Ömer ÇINAR

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Nihat BULUT

**Sosyal Hakların Anayasa Mahkemesi Tarafından Bireysel Başvuru
Yoluyla Korunabilme İmkânı: İnsan Haklarının Bütünlüğü İlkesi
Çerçevesinde Bir İnceleme**

*The Protection of Social Rights by the Constitutional Court Through Individual
Application: An Analysis Based on the Principle of the Indivisibility of Human
Rights*..... 1-51

Prof. Dr. Serdar GÜLENER

Anayasa Mahkemesinde Yargısal Gündemin İnşası

Judicial Agenda Setting in the Turkish Constitutional Court.....53-114

Doç. Dr. Taylan BARIN

**Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvurularda Düşme
Kararları**

*Strike-Out Decisions in Individual Applications Before the Turkish
Constitutional Court* 115-157

Doç. Dr. Ümit GÜVEYİ

**Anayasaya Sadakat Yükümlülüğü Ekseninde Anayasa Mahkemesi ve
Yargıtay İlişkisi**

*Relationship Between the Constitutional Court and the Court of Cassation on
the Axis of the Obligation of Loyalty to the Constitution* 159-227

Doç. Dr. Bayram DOĞAN

Kişisel Verilerin Çerezler Aracılığı İle İşlenmesinde Açık Rıza

Explicit Consent in the Processing of Personal Data through Cookies229-267

Dr. Öğr. Üyesi Duygu DÜLGER

Anayasa Mahkemesi'ne İtiraz Başvurusunda İlk İnceleme Eşiği

*The Threshold for Preliminary Review in the Concrete Norm Review by the
Constitutional Court of the Republic of Türkiye*269-311

Dr. Öğr. Üyesi Abdülsamet GÜLLER

Arş. Gör. Dr. Mustafa Fatih SARI

Anayasa Mahkemesinin Yorumlu Ret Kararları

Interpretative Dismissal Decisions of the Constitutional Court313-372

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Hukukun Üstünlüğü
İlkesinin Kullanımı Üzerine Bir Analiz**

*An Analysis on the Application of the Rule of Law Principle in the
Jurisprudence of the European Court of Human Rights*373-423

Arş. Gör. Enis DUMAN

**Türk Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunu Siyasetin Yargısallaşması
Üzerinden Açıklamak**

*The Establishment of the Turkish Constitutional Court from the Perspective of
the Judicialization of Politics*425-469

Arş. Gör. Ramazan DEMİR

**2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanı Kararı ve
Tüzük İlişkisi**

*Relationship Between the Presidential Decision and the Regulation within the
Framework of the 2017 Constitutional Amendments*.....471-505

Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ - Yücel ARSLAN

Bir Temel Hak Olarak Boşanma Hakkı

Right to Divorce as a Fundamental Right507-548

Hüseyin KAYA

**Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Etkili
Soruşturma Yapma Yükümlülüğü Yönünden Hükmün Açıklanmasının
Geri Bırakılması**

*The Suspension of the Pronouncement of the Judgment in terms of the
Obligation to Conduct an Effective Investigation under the Right to Life
and the Prohibition of Torture and Ill-Treatment*549-595

Ersin ŞARE

**Af Kanunlarının Türk Anayasa Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından
İncelenmesi**

*The Examination of Amnesty Codes with regards to Turkish Constitution Law
and Criminal Law*597-662



SOSYAL HAKLARIN ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN BİREYSEL BAŞVURU YOLUYLA KORUNABİLME İMKÂNI: İNSAN HAKLARININ BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME

The Protection of Social Rights by the Constitutional Court Through Individual Application: An Analysis Based on the Principle of the Indivisibility of Human Rights

Prof. Dr. Nihat BULUT*

ÖZET

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin (AYM) görev alanı içine bireysel başvuru da dâhil edilmiştir. Hak ve özgürlüklerin korunması açısından önemli olan bu düzenleme, bireysel başvurulara konu bakımından önemli bir sınırlamayı da beraberinde getirmiş ve sosyal hakları kapsam dışında bırakmıştır. Esasında bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sisteminin de bir özelliğidir. Fakat AİHS sadece kişisel ve siyasal hakları güvence altına alan bir belge olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne sosyo-ekonomik nitelikte şikâyetler gelmiştir. Mahkeme başlangıçta sosyal hakları AİHS'deki hakların kapsamına yerleştirmeyi reddetmiş ancak sonraki süreçte, kişisel ve siyasal haklar ile sosyal ve ekonomik hakların birbirinden ayrı olduğu şeklindeki anlayışta ısrarcı olmaktan vazgeçmiştir. Çalışmada AİHM'nin bu tutumu genel olarak ele alındıktan sonra AYM'nin bireysel başvuru usulünde benzer bir yolu izleyip izlemediği meselesi irdelenmektedir. Ama öncesinde sosyal hakların diğer hak kategorileri karşısındaki

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, nihathat.bulut@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7318-0466.

ayrıkçı durumuna ve bu ayrıkçı duruma rağmen bunların da etkili denetim mekanizmalarına dahilini sağlayan temel ilkelere, hakların bütünlüğü ve insan haklarına bütüncül yaklaşım prensiplerine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hakların bütünlüğü, pozitif yükümlülük, sosyal haklar, medeni ve siyasi haklar

ABSTRACT

The 2010 amendment to the 1982 Constitution incorporated individual application mechanism into the jurisdiction of the Constitutional Court. While this amendment constitutes a significant step in the protection of rights and freedoms, it also introduced an important limitation on the subject matter of individual applications, excluding social rights from its scope. In essence, this is also a feature of the European Convention on Human Rights (ECHR) system. However, even though the ECHR is a document that primarily safeguards civil and political rights, the European Court of Human Rights (ECtHR) has received complaints of a socio-economic nature. The Court initially refused to include social rights within the scope of the ECHR, but subsequently stopped insisting on a distinction between civil and political rights and social and economic rights. This study addresses the general stance of the ECtHR and then examines whether the Constitutional Court adopts a similar approach in the individual application procedure. Prior to this, the analysis focuses on the distinctive status of social rights vis-à-vis other categories of rights, as well as the fundamental principles that ensure their inclusion in effective judicial review mechanisms despite this distinctive status, the principles of the indivisibility of rights and the integrated approach to human rights.

Keywords: Indivisibility of rights, positive obligation, social rights, civil and political rights.

I. GİRİŞ

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin görev alanı içine bireysel başvuru da dâhil edilmiştir. Buna göre, *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir"* (mad. 148/3). Bu hükmü uygulamaya taşıyan 6216 sayılı Kanun ise *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir"* (md. 45/1) diyerek Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokollerdeki haklara da vurgu yapmış ve bunları da kapsam dışında tutmuştur¹.

Hak ve özgürlüklerin korunması açısından önemli olan bu düzenleme, bireysel başvurulara konu bakımından önemli bir sınırlamayı da beraberinde getirmekte ve sosyal hakları kapsam dışında bırakmaktadır. Esasında bu durum AİHS sisteminin de bir özelliğidir. Bilindiği gibi AİHS de sadece kişisel ve siyasal hakları güvence altına alan bir belge özelliği taşımaktadır.

Fakat AİHS sadece kişisel ve siyasal hakları güvence altına alan bir belge olsa da AİHM önüne barınma, sağlık, çalışma ve sosyal güvenlik alanlarına ilişkin sosyo-ekonomik nitelikte şikâyetler geldiği; Mahkeme'nin başlangıçta sosyal hakları, AİHS'deki hakların kapsamına yerleştirmeyi reddettiği ancak sonraki süreçte, kişisel ve siyasal haklar ile sosyal ve ekonomik hakların birbirinden ayrı olduğu şeklindeki anlayışta ısrarcı olmaktan vazgeçtiği görülmektedir².

Çalışmada AİHM'in bu tutumu genel olarak ele alındıktan

1 Bkz. Hamdemir, B. (2018). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 180 vd.

2 Arslan Öncü, G. (2022). *Sosyal Devlet ve Küreselleşme Ekseninde Haksız İşten Çıkarılmama Hakkı UÇÖ-(GG) ASŞ-AİHS*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 193.

sonra AYM'nin bireysel başvuru usulünde benzer bir yolu izleyip izlemediği meselesi irdelenecektir. Ama öncesinde sosyal hakların diğer hak kategorileri karşısındaki ayrık durumuna ve bu ayrık duruma rağmen bunların da etkili denetim mekanizmalarına dahilini sağlayan temel ilkelere, hakların bütünlüğü ve insan haklarına bütüncül yaklaşım prensiplerine değinilecektir.

Çalışmanın amacı AYM'nin sosyal hakları medeni ve siyasi hakların içine yerleştirerek dolaylı da olsa koruduğunu ve bu korumanın cesur bir tavırla biraz daha geliştirilebileceğini ortaya koymaktır. Bunun özellikle bireysel başvuru yolunun kabulüyle birlikte ortaya çıkan hak temelli yaklaşımı daha da anlamlı kılacağı söylenebilir. Çünkü bireysel başvuru yolu niteliği gereği Anayasa'nın yorumunda somut olay bağlamında ve hak temelli bir incelemeyi gerektirse de bireysel başvurunun konu bakımından sınırlı olması, Anayasa'nın yorumuna etkisini sınırlamaktadır³. Sosyal hakların bir şekilde kapsama dâhil edilmesi, bu sınırlamanın aşılması ve hak temelli yorumun tamamlanması bağlamında önemlidir.

II. SOSYAL HAKLARIN AYRIKSI DURUMU

Sosyal haklar, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna uygun bir yaşam standardının altına düşmemeleri için devletin önlemler alması ya da doğrudan edimde bulunması yoluyla gerçekleştirilen haklardır. Özü itibarıyla toplumsal eşitsizliklerden kaynaklanan sakıncaları gidermeye yönelik bu haklar, taşınmış oldukları özellikler dolayısıyla hem kişisel ve siyasal haklardan hem de bazı ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerinde birlikte anıldıkları ekonomik ve kültürel haklardan ayrılır. Bilhassa ekonomik açıdan güçsüz kesimlerin korunması amacına yönelmeleri ve esas itibarıyla devlete ekonomik kaynaklarını harekete geçirme yükümlülüğü yüklemeleri, bunları diğer haklardan farklı kılar⁴. Eğitim hakkı,

3 Eren, A. (2016). "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33., s. 234.

4 Tanör, B. (1978). *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul: May Yay., s. 92; Uygun,

sağlık hakkı, çalışma hakkı, konut hakkı, ücrette adaletin sağlanması ve asgari ücret, sosyal güvenlik hakkı, beslenme hakkı ve bazı toplumsal kesimlerin (engelliler, çocuklar, yaşlılar...) korunması çerçevesinde devlete yüklenen yükümlülükler bu bağlamda zikredilebilir⁵.

Esasında sosyal haklar, ortaya çıkış süreci bağlamında ilk kuşak haklar olarak nitelenen kişisel ve siyasal hakları izleyen, bir anlamda onların bıraktığı boşluğu dolduran, dahası klasik özgürlük anlayışını dönüştüren haklardır⁶. Ancak bu haklar, diğer hak kategorileriyle karşılaştırıldığında, sınırlama sistemi açısından daha dezavantajlı bir durumdadır. Düzenlemelere bakıldığında, sosyal haklar alanında hak türlerinin yer aldığı maddelerdeki özel sınırlama sebeplerinin yanında, devletin bu alandaki görevlerine ilişkin genel bir sınırlama nedeninin yer aldığı görülür. Gerek ulusal gerekse uluslararası belgelerde yer alan bu sınır, mali kaynakların yeterliliği ile ifade edilmektedir⁷. Sosyal hakların büyük çoğunluğunun devletin olumlu edimine ihtiyaç duyduğu, örneğin eğitim hakkının gerçekleşmesinin devletin okul yapmasına, sağlık hakkının işlerlik kazanmasının hastane inşasına bağlı olduğu dikkate alındığında, bu hakların gerçekleşmesinin mali kaynakların yeterliliğine bağlanması anlaşılabilir. Ancak ölçüt, devlete sınırlama bakımından önemli bir imkân tanımı olsa da yükümlülüklerden bütünüyle kaçınma fırsatını vermez. Mali kaynakların yeterliliğine bağlanan husus; ödevlerin yerine getiriliş ölçüsü, uygulanış derecesidir⁸.

O. (2000). İnsan Hakları Kuramı, içinde Tankuter, K. (Ed.), *İnsan Hakları*, İstanbul: Yapı Kredi Yay., s. 23; Akıllıoğlu, T. (1995). *İnsan Hakları*, Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., s. 147-148; Bulut, N. (2009). *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 61.

5 Ancak mali kaynakların harekete geçirilme yükümlülüğü sosyal hakların tümü için geçerli değildir. Sendika hakkı, toplu sözleşme hakkı, grev hakkı gibi sosyal haklar, devletin konumu bakımından negatif statü haklarıyla aynı özelliği gösterir.

6 Akad, M., Dinçkol, B. ve Bulut, N. (2023). *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul: Der Yay., s. 292 vd.

7 Bulut, N. (2009). s. 97 vd.

8 Bu noktada mali kaynakların yeterliliği ölçütünün, sendika hakkı ve grev hakkı gibi negatif özellik arz eden sosyal hakları kapsamadığını hatırlamak gerekir. Öte yandan, yaşam hakkı gibi çok önemli temel haklarla ilişkilendirilebilecek sosyal

Öte yandan sosyal haklar hem ulusal hem de uluslararası düzeyde kişisel ve siyasal haklara göre daha zayıf bir koruma mekanizmasına sahip olmuştur. Sözgelimi BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin getirmiş olduğu koruma mekanizması ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin öngördüğü koruma mekanizması arasında, birincisi lehine bariz bir fark vardır⁹. Aynı durum, bilhassa toplu şikâyet usulüyle sosyal hakların korunması konusunda nispi bir gelişme sağlasa da Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış olan Avrupa Sosyal Şartı bakımından da geçerlidir¹⁰. Spesifik insan hakları ihlallerinin mağdur bireyler tarafından yetkili organlar önünde görülebilmesini öngören ve bu yönüyle etkili bir denetim yolu olan bireysel başvuru sistemi, sosyal haklar bakımından muğlak ve zayıf bir biçimde düzenlenmiştir¹¹. Koruma düzeylerindeki farklılık, genellikle sosyal hakların mali kaynaklarla ilişkisine dayanılarak açıklanmakta ise de durumu liberal anayasaların ideolojik tercihleri doğrultusunda değerlendirmek mümkündür.

Fakat koruma düzeyindeki farklılığa rağmen özellikle AIHM kararlarıyla makasın daraldığı ve sosyal hakların daha etkili bir biçimde korunmasının imkân dahiline girdiği söylenebilir. Bunu sağlayan düşünsel temel ise hakların bütünselliği ve insan haklarına bütüncül yaklaşım ilkeleridir.

III. HAKLARIN BÜTÜNSELLİĞİ VE İNSAN HAKLARINA BÜTÜNCÜL YAKLAŞIM

A. GENEL OLARAK HAKLARIN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ

İnsan hakları bütündür, birbirini tamamlar, birbirinin

hakların da bu kıstasa göre sınırlandırılmayacağı kabul edilmektedir. AYM de devletin, sosyal güvenlik hakkı ve sağlık hakkı gibi, yaşama hakkı ile bağlantılı olan sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunda mali kaynakların yetersizliği gerekçesine sığınamayacağına işaret etmiştir. AYM, E.1990/27, K.1991/2, 17/1/1991.

9 Ertan, İ. M. (2015). *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, İstanbul: Beta Yay., s. 62 vd.

10 a.g.e. s. 122 vd.

11 Algan, B. (2008). *Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yay., s. 310.

“sine qua non”u, yani “olmazsa olmaz” şartıdır¹². Bu ilke çerçevesinde siyasal iktidara düşen görev, bir bütün olarak hak ve özgürlüklerin işlerliğini sağlayacak ortamı hazırlamaktır. Çünkü insan hakları arasından bir kısmını çıkarmak veya ihmal etmek bu bütünlüğü bozar ve diğer hakları da anlamsız hâle getirir. Dahası insan onurunu zedeler.

Bu bağlamda, örneğin sosyal hakların, kişisel hakların ve siyasal hakların gerçek anlamda kullanılabilmesi için zorunlu haklar olduğu söylenebilir. Hak ve özgürlüklerin gelişim süreci de bunu kanıtlamaktadır. Başlangıçta baskı yokluğu ya da bedence ve ruhça bağımsız olma şeklinde anlaşılan “özgürlük” kavramı, daha sonra siyasal haklar dolayısıyla devlet yönetimine katılımı da içerir hâle gelmiş; ardından sosyo-ekonomik koşulların zorluklarının böyle bir özgürlük anlayışını soyut ve anlamsız kıldığı gerekçesiyle sosyal haklar çerçevesinde insan onurunun daha etkili bir biçimde korunması gündeme alınmıştır¹³.

Görüldüğü gibi burada kilit kavram insan onuru kavramıdır. İnsanın kişi olarak en yüksek akli ve ahlaki değerlerin, dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değer sahibi olduğunu deyimleyen insan onuru; insanın özü, öz değeri ve doğası anlamına gelir¹⁴. Bu, öyle bir gerçekliktir ki ispata gerek duymaz. İnsan başka bir gerekçeye ihtiyaç olmaksızın sırf insan olması dolayısıyla kendisine saygı duyulması gereken bir canlı olarak kabul edilir. İnsan onuru her türlü toplumsal, siyasal ve hukuksal müdahaleye karşı öne sürülebilme özelliği taşır¹⁵ ve yüzden de ayırım gözetmeksizin bütün hak ve özgürlüklerin temeli sayılır.

Hukuki perspektiften bakınca insan onuru, insanın ne du-

12 Akad, M. (1984). *Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi*, İstanbul: İÜHF Yay., s. 63.

13 Bulut, N. (2009). s. 25.

14 Şimşek, O. (1999). *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 65.

15 Doğan, İ. (2005). “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, *S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13., S. 2., s. 53.

rumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı, insan olmaktan çıkarır. Kuşkusuz insan onurunun korunması, insan haklarını bir bütün olarak, ayırım gözetmeksizin uygulamaya taşımakla, insanı toplumsal koşulların meydana getirdiği her türlü baskıdan kurtarmakla, dahası ona kendini geliştirme fırsatı vermekle mümkündür. Aksi bir ortamda, gerçek özgürlükten söz etmek mümkün değildir¹⁶.

Çağdaş insan hakları belgeleri bu amaçla hak ve özgürlükleri fonksiyonlarına göre tasnif etmişler ve her bir kategoriye insanın bir yönünü korumayı hedeflemişlerdir. Bu çerçevede kişisel haklar (negatif statü hakları), kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen ve bireyin maddi ve manevi varlığını koruyan özgürlüklerdir. Düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, kişi güvenliği ve konut dokunulmazlığı gibi özgürlükler bu bağlamda değerlendirilmekte ve bunların devlete sadece bir karışmama ve gölge etmeme ödevi yüklediği kabul edilmektedir. Sağlık hakkı, eğitim hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal ve iktisadi haklar (pozitif statü hakları) ise vatandaşlara devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ve yardım isteme hakkını tanıyan ve bunun karşılığında devlete sosyal alanda belirli görevler ve fonksiyonlar yükleyen haklardır¹⁷.

Sonuçta, bütün bu hak ve özgürlükler bir araya gelerek insanın korunması ve kendini geliştirmesi amacına hizmet ederler. Böyle bir amaç, her şeyden önce, siyasal iktidarın sınırlandırılmasını gerektirir. Konuya tarihsel açıdan yaklaşıldığında, insan hakları doktrininin insanın değerinden yola çıktığı, bu değer özgür olmayı gerektirdiğini vurguladığı ve bu uğurda siyasal iktidarın sınırlandırılmasını esas aldığı görülür.

16 Bulut, N. (2009). s. 57.

17 Bulut, N. (2001). "4709 Sayılı Kanun'la Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi", *AÜEHFD*, C. 5., S. 1-4., s. 38-39.

Amaç, bireyin seçtiği amaçlar doğrultusunda kendi yargısına göre eylemde bulunmasını sağlamaktır. Bu, insan onurunun doğal bir sonucudur. Devlet ise bu amacı sağlamaya yönelik bir araçtır. Dolayısıyla birey devlet ilişkisinde önceliği alması gereken unsur bireydir¹⁸.

Elbette insan haklarıyla iktidar arasındaki ilişki sadece iktidarın sınırlandırılmasından ibaret değildir. Çağdaş insan hakları anlayışı çerçevesinde siyasal iktidar, insan haklarının gerçekleştirilmesi ve böylece özgürlüğün sağlanması yönünde görevler üstlenmek durumundadır. Çünkü siyasal iktidarı sınırlandırmak, devleti hukuka bağlayıp vatandaşların kişisel ve siyasal haklarını garanti altına almak, insan onurunu korumak için şart olmakla beraber yeterli değildir. İnsanı içinde bulunduğu somut sosyo-ekonomik koşullar içinde düşünmek, onu maddi ve manevi yönüyle bir bütün olarak ele almak ve ona öylece değer atfetmek gerekmektedir. Bu ise toplumda yoksul ve muhtaç insanlara devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari bir düzeyin sağlanması ve böylece sosyal hakların gerçekleştirilmesi ile mümkündür¹⁹.

Sonuçta her bir hak temelde insan onurunu temsil eder. Bu itibarla da her bir hakkın bütün içerisinde ayrı bir misyonu vardır. İnsan onuru çiğnenmeksizin hak ve özgürlüklerin önem derecesi bağlamında bölünmesi mümkün değildir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası şartlarında Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi (EİHB) birinci ve ikinci kuşak hakları bir arada düzenlemiştir. Fakat modern insan hakları anlayışına damga vuran liberal gelenek ve bunun siyasal yansıması olan liberal demokrasiler birinci kuşak hakları ön plana çıkardı. Hatta bu gelenek içinde sosyal hakların gerçekten hak olup olmadıkları bile tartışıldı²⁰. Sonuçta sosyal haklar hem anaya-

18 17 ve 18. yüzyıllarda çeşitli düşünürler tarafından ortaya konan bu anlayışın 1789 Fransız Devrimi ile somutlaştığı ve bireye siyasal iktidar karşısında özerk alanın tanınmasını ifade ettiği bilinmektedir. Bkz. Ağaogulları, M. A. (1989). "Fransız Devriminde Birey Devlet İlişkisi (1789-1794)", *AÜSBFD*, C. 44., S. 3-4., s. 195.

19 Bulut, N. (2009). s. 23.

20 a.g.e. s. 62 vd.

salarda hem de uluslararası insan hakları belgelerinde yerini aldı fakat hak kategorileri arasındaki önem sırası her zaman hissettirildi. Ancak yine aynı dönemde insan haklarını sosyalist zaviyeden ele alan görüşler, sosyal hakların ihmal edilmesinin birinci kuşak hakları kâğıt üzerinde bıraktığını iddia ettiler. Kuşkusuz tartışmanın tam anlamıyla bitmesi mümkün değildi ancak sosyal haklar konusundaki ihmalin ekonomik açıdan daha gelişmiş görünen Batı demokrasilerini bile zorlaması mümkündü. Tam da böyle bir ortamda EİHB'nin kabulünün 20. yılında kabul edilen 1968 tarihli Tahran Bildirisi, insan haklarının bütünselliğine referans yapmış ve ekonomik ve sosyal hakların kilit haklar olduğunu vurgulamıştır. 1993 Viyana Bildirisi ve Eylem Planında ise insan haklarının bütünlüğü ilkesi çok kuvvetli ifadelerle yer bulmuştur: *“Tüm insan hakları evrensel, bölünmez ve birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkilidir. Uluslararası toplum, insan haklarına küresel olarak adil ve eşit bir şekilde, aynı temelde ve aynı vurguyla muamele etmelidir. Ulusal ve bölgesel özelliklerin ve çeşitli tarihi, kültürel ve dini geçmişlerin önemi akıldan tutulmalıdır, ancak siyasi, ekonomik ve kültürel sistemlerinden bağımsız olarak tüm insan haklarını ve temel özgürlükleri geliştirmek ve korumak Devletlerin görevidir.”* 1993 Viyana Konferansı sonrasındaki insan hakları dünya konferanslarında ve BM'nin Genel Kurul ve İnsan Hakları Konseyi gibi organlarının kararlarında insan haklarının bütünselliği ilkesi teyit edilmiştir. 1997 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlaline Dair Maastricht Rehber Kurallarında yer alan *“Tüm insan hakları evrensel, bölünmez ve birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkilidir”* ifadeleri bunun kanıtıdır²¹.

B. AİHM'İN BÜTÜNCÜL YAKLAŞIMI

Yukarıda da vurgulandığı gibi insan haklarının bütünlüğü ilkesi, insan haklarının aynı amaca yönelmiş olmalarını ve bu çerçevede birbirini tamamlamalarını, birbirine bağımlı ve bölünmez olmalarını ifade eder. İlkenin kabulü insan haklarından bir kısmının ikincilleştirilmesini ve aralarında bir hiyerar-

21 İnsan hakları belgelerinde bütünsellik ilkesinin kabulü konusunda bkz. Arslan Öncü, G. (2022). s. 81 vd.

şi bulunduğu savını dışlar. İnsan haklarının bölünmez olduğu gerçeğinin uluslararası insan hakları kurumları tarafından vurgulanması ve sosyal hakların medeni ve siyasal hakların korunması için oluşturulmuş etkili koruma mekanizmalarına dâhil edilmesi hakların bütünlüğü ilkesinin pratiğe geçirilmesi çabasıdır ve buna “bütüncül yaklaşım” adı verilmektedir²².

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin denetim organı olarak görev yapan İnsan Hakları Komitesi’nin sosyal haklardan bazılarını (sendika hakkı, beslenme hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı) Sözleşme’de yer alan haklar kapsamında koruduğu görülmektedir²³. AİHM de aşağıda vurgulanacağı gibi, ekonomik ve sosyal hakları AİHS’de yer alan hakların kapsamına yerleştirerek korumaktadır.

Haklar arasında geçirgenlik olduğu kabulüne dayanan bütüncül yaklaşım, medeni ve siyasal haklarla sosyal haklar arasında su geçirmez bir ayırım bulunmadığını, daha somut bir deyişle hakların iç içe geçtiğini ve birinin diğerinin kapsamına dâhil edilebileceği gerçeğini deyimler ancak bu geçirgenliğin, iç içe geçmişliğin öznesi medeni ve siyasi haklardır; yaklaşımın temeli, medeni ve siyasi haklara içkin sosyo-ekonomik unsurlar olduğu düşüncesidir²⁴.

AİHM, ilk kez 1979 tarihli *Airey v. İrlanda* kararında AİHS’de güvence altına alınan haklar ile sosyal haklar arasında su geçirmez bir ayırım olmadığını belirtmiştir. Bu davada *Airey*, kendisine karşı şiddet uygulayan alkolik kocasından boşanmak istemiş, ancak bir avukat tutacak parası olmadığı için gerekli hukuki işlemleri başlatamamıştır. Başvuranın adli yardım talebi ise uyuşmazlık ceza yargısına ilişkin olmadığı için reddedilmiştir. Ancak Mahkeme usule ilişkin güvencelerin önemini vurgulayarak ücretsiz adli yardım hakkının hukuk davalarında da ileri sürülebileceğine karar vermiştir. Dolayısıyla AİHM, ulusal hukuk sistemi için önemli mali-

22 a.g.e. s. 95; Karan, U. (2007). “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: Bütüncül Yaklaşım”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 40., S. 3., s. 32.

23 Bkz. Ertan, İ. M. (2015). s. 45-53; Karan, U. (2007). s. 45-48.

24 Arslan Öncü, G. (2022). s. 195.

yetlere yol açacak olsa da davanın ya da usulün karmaşıklığı gibi nedenlerle yasal temsilin zaruri görüldüğü durumlarda, mahkemeye etkili erişim sağlanabilmesi adına adli yardımın Sözleşme'nin koruma sistemi için vazgeçilmez olduğunu ifade etmiştir²⁵.

Mahkeme, sosyal ve ekonomik hakların daha fazla gerçekleştirilmesinin, büyük ölçüde söz konusu Devlette hüküm süren mali durumla alakasının farkında olduğunu vurgulamış ancak Sözleşme'nin düzenlediği alanlara ilişkin olarak bireyi gerçek ve somut bir şekilde korumak için tasarlandığının da altını çizmiştir. Mahkemeye göre *“Sözleşme özünde medeni ve siyasi hakları öngörmüş ise de bunların çoğunun sosyal veya ekonomik nitelikte sonuçları vardır. Sosyal ve ekonomik haklar alanını Sözleşme'nin kapsadığı alandan ayıran su geçirmez bir bölünme yoktur”*²⁶.

Arslan'a göre *“AİHM'in kimi sosyo-ekonomik haklara belli bir ölçüde koruma sağlamasını mümkün kılan, benimsediği yorum yöntemleri ve bunları pozitif yükümlülükler doktrini üzerinden okumasıdır. AİHM, AİHS'i günün koşullarında ve uluslararası hukuktaki gelişmelere göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge olarak görmekte ve dinamik bir şekilde yorumlamaktadır. AİHM'in içtihat hukuku çerçevesinde yine bu yorum yöntemlerinin neticesinde geliştirdiği pozitif yükümlülükler²⁷ ve yatay etki²⁸ doktrinleri, sosyo-ekonomik hakların AİHS çerçevesinde korunabilmesinin teorik zemi-*

25 Bayra, E. (2023). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8., S. 1., s. 86.

26 Arslan Öncü, G. (2022). s. 194.

27 Pozitif yükümlülükler doktrini devletin sözleşmesel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına müdahale etmemesinin, saygı göstermesinin yanında bir de bunları koruma ve nihayet gerçekleştirme yükümlülüğüne işaret etmektedir. Kaya, S. B. (2022). “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 1., s. 56.

28 Yatay etki doktrini ise devletin insan haklarını koruma yükümlülüğünün sadece devlet-birey arasındaki dikey ilişki ekseninde değil, aynı zamanda bireyler arası yatay ilişkileri de kapsadığını ifade etmektedir. Bayra, A. E. (2024), “İnsan Haklarının Yatay Etkisi: Temel Haklarının Korunma Düzeyi Bakımından Devletin Konumunu Yeniden Düşünmek”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 41., S. 1., s. 202.

nini oluşturmaktadır”²⁹.

AİHM, kimi zaman sosyal hakları usuli güvenceler bağlamında korumaktadır. Bu çerçevede AİHS’in özellikle adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin sağladığı usuli güvenceler, sosyal hakların Sözleşme kapsamında korunmasına imkân tanıyan bir teknik olarak öne çıkmaktadır. Yukarıda bahsi geçen *Airey davası* buna örnektir³⁰. Bazen de AİHM sosyal hakları ayrımcılık yasağı bağlamında korumaktadır. Çünkü ayrımcılığa maruz kalmamak hem medeni haklar hem de sosyal haklar bağlamında temel bir talep olma özelliği taşımaktadır. Bu yüzden ayrımcılık sosyal ve ekonomik alanda meydana gelse bile kesinlikle ikinci dereceden bir mesele olarak görülmemekte ve bu kapsamda sosyal güvenlik ya da sosyal yardım hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklar AİHS kapsamına maddi olarak korunmuyor olsa da Sözleşme çerçevesinde ayrımcılık yasağı bağlamında ele alınmaktadır³¹.

Yukarıda AİHM’in sosyal hakları medeni ve siyasi hakların kapsamına yerleştirerek koruduğu vurgulanmıştı. Bu çerçevede AİHM, çevresel tehditlerden korunma ve sağlık hizmetlerinin sağlanmasını AİHS madde 2’deki yaşam hakkı; barınma hakkı, devlet gözetimindeki kişilerin sağlığı, sosyal güvenlik ve sosyal yardım hakkını madde 3’teki işkence ve kötü muamele yasağı; konut hakkı, savunmasız bireylerin sosyal yaşantısının desteklenmesi ve sağlıklı bir çevrede yaşam hakkını da madde 8’deki özel hayat ve aile hayatının korunması bağlamında değerlendirmektedir³².

Hemen belirtelim ki AİHM, AİHS hükümlerini yorumlarken diğer insan hakları belgelerinin ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ile ILO gibi organların kararların da kaynak olarak hesaba katmakta ve bu durum devletin pozitif yükümlülüklerini vurgulaması açısından teşvik edici olmak-

29 Arslan Öncü, G. (2022). s. 196.

30 Bayra, A. E. (2024). s. 86 vd.

31 a.g.e. s. 89.

32 Bkz. a.g.e. s. 90 vd.

tadır³³. Fakat son tahlilde ekonomik ve sosyal hakların medeni ve siyasi hakların kapsamına yerleştirilerek korunması, doğrudan değil yansımali bir korumadır. Esasında korunan bir medeni ve siyasi haktır. Ancak bu hakkın korunması konusundaki yorumdan, dolaylı olarak sosyal haklar da yararlanmaktadır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA SOSYAL HAKLAR

A. KONU BAKIMINDAN REDDEDİLEN KARAR ÖRNEKLERİ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları kabul etmeye başladığı dönemde AİHM içtihadı ağırlıklı olarak dolaylı da olsa sosyal hakları korumak şeklindeydi. Buna rağmen Yüksek Mahkemenin başlangıçta konuya mesafeli durduğunu gösteren örnekler mevcuttur. Anayasa Mahkemesi sosyal haklarla ilgili başvurulardan bazılarını konu bakımından bireysel başvuru hakkının kapsamında bulunmadığı gerekçeyle reddetmiştir.

Bu bağlamda dikkat çeken kararlardan ilki *ücrette adaletin sağlanmasına* ilişkindir. Tapu sicil müdürlüğünde şef olarak görev yapmakta iken tapu sicil müdürlüğü görevini yürütmek üzere vekaleten görevlendirilen başvuru, anılan görevden dolayı tarafına vekalet ücreti ödenmemesi üzerine açtığı davayı kaybetmiş ve verilen karar nedeniyle anayasal haklarının (mad. 10., 18., 40. ve 55) ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur³⁴.

AYM, başvuruçunun iddiaların özü itibarıyla ücrette adaletin sağlanması hususu ile ilgili olduğunu belirtmiş ve Anayasa'nın 10. ve 40. maddelerine ilişkin iddiaları değerlendirmeyeceğini vurgulamıştır. 18. maddedeki zorla çalıştırma

33 Yücel Dericiler, Ö. (2014). AİHM İctihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, içinde *VI Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu*, İstanbul: Petrol-İş Yay., s. 368.

34 Halil Üstündağ, B. No: 2013/5062, 14/1/2014, § 15.

yasağının ihlali iddiasına dair ise özetle, “Üstlendiği müdürlük görevi ile başvuru alanının yetki ve sorumluluk alanı genişlemiş ise de, bu görev ile daha önce yürütmekte olduğu şeflik görevinin birbiriyle ilgisiz görevler olmadığı, eski görevi ile aynı mesaiye tabi olduğu, başvuru alanının müdür olarak görevlendirilmesinin anılan kadronun boş olmasından ve bu boşluk nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin oluşabilecek aksaklıkların önlenmesi ve giderilmesi amacıyla kaynaklandığı, daha önemlisi üstlendiği görevin başvurucuya makul olmayan, orantısız bir külfet yüklediği” gerekçeleriyle başvurucuya ayrıca bir ücret ödenmemesinin Anayasa bağlamında zorla çalıştırma olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır³⁵.

Son olarak 55. maddenin ihlali iddiasını ele alan AYM, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerinin Anayasa’nın 55. maddesinde güvence altına alınmış olduğunu vurgulamış ancak bu hakkın AİHS’de düzenlenen haklar arasında bulunmadığına dikkat çekmiştir: “Ücrette adaletin sağlanması hakkı, Anayasa ve AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden, konu bakımından Anayasa Mahkemesinin yetkisi dışında kalmaktadır”³⁶.

Görüldüğü gibi AYM somut başvuru çerçevesinde müdürlük görevini vekaleten yürüten bir memurun, üstlendiği görevin gerektirdiği ilave ücreti alamamasını, medeni ve siyasi haklardan birisinin içine yerleştirememiş ve bu yüzden de konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.

Ele alacağımız ikinci karar yine bir çalışanın *mali haklarına* ilişkindir. Başvurucu, 2007 yılında yüzbaşı rütbesine mahsus bekleme süresini tamamlamasına rağmen binbaşı rütbesine nasbının yapılmadığını, 2010 yılında binbaşı rütbesine nasbının yapılmasına rağmen fazladan beklediği üç senenin binbaşı rütbesinde geçen süreden sayılmadığını ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi nezdinde açtığı davanın reddedil-

35 §§ 28, 29.

36 § 35.

diğini belirterek Anayasa'da yer alan temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve mali haklarının verilmesi talebinde bulunmuştur. AYM, başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmediğini, dolayısıyla "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir³⁷.

Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulduğu bir diğer karar *sosyal güvenlik hakkına* ilişkindir. Başvurucu, İstanbul Halk Ekmek Un ve Unlu Maddeler Gıda San. ve Tic. A.Ş.de genel müdür olarak görev yapmakta iken emekli keseneği esas aylığına (6400) ek göstergenin uygulanması istemiyle Sandığa yaptığı başvurunun reddi üzerine Ankara 6. İdare Mahkemesinde açtığı iptal davasının reddedildiğini, atamasının müşterek kararname ile yapılmaması nedeniyle (6400) ek göstergeden faydalanmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirterek Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin ve 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür³⁸.

AYM, bu başvuruyu da konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur: "Sosyal güvenlik hakkı, Anayasa'nın 60. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme'de düzenlenen bir hak olmadığı açıktır. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkı bağımsız bir hak olarak Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunmadığından, bu hakka yönelik ihlal iddiasının bireysel başvuru konusu yapılabilmesi mümkün değildir"³⁹.

AYM bu kararında Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine yönelik iddiasını da değerlendirmiş ve "bahsi geçen maddedeki ifadeler dikkate alındığında,

37 İ.Ç., B. No: 2013/439, 16/4/2013, § 20.

38 Mehmet Hadi Tunç, B. No: 2013/1958, 7/7/2015, § 18.

39 § 28.

soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir⁴⁰” diyerek AİHM içtihadını izlediğini ortaya koymaya çalışmışsa da kararın AİHM’in sosyal güvenlik hakkının mülkiyet hakkı ile bağlantısını kurarak dolaylı bir biçimde koruyan yaklaşımı bağlamında eleştiriye açık olduğunu vurgulamak gerekir. Doğrusu Mahkeme AİHM’in yaklaşımını esas almış olsaydı kolaylıkla kabul edilmezlik kararı vermezdi⁴¹.

AYM’nin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulduğu diğer bir başvuru *çalışma hakkına* ilişkindir. Başvurucu, Millî Savunma Bakanlığı bünyesinde sivil memur statüsünde çalıştığını, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığına naklen atanmak için yaptığı başvurunun bu Bakanlıkça kabul edilmesine rağmen bağlı olduğu idarenin buna muvafakat etmediğini, söz konusu işlemin iptali istemiyle açtığı davanın da reddedildiğini, bu durumun kimsenin zorla çalıştırılmayacağı yasağı ile çalışma hakkı ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür⁴².

Zorla çalıştırma yasağı ve adil yargılanma hakkı bakımından ihlal bulunmadığını tespit eden AYM, bireyin dilettiği alanda çalışma hakkı ve bireyin çalışma özgürlüğünün Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS’de düzenlenen haklardan olmadığını belirtmiştir: “Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği şekilde ihlal edildiğini ileri sürdüğü istediği kamu görevinde çalışma hakkı, Anayasa ve AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden, başvurunun bu iddiasının ‘konu bakımından yetkisizlik’ nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”⁴³.

40 § 29.

41 Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Yolcu, S. (2018). *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yay., s. 376 vd.

42 Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 16.

43 § 25.

Anayasa Mahkemesinin bu kararda AİHM'in konuya ilişkin bir dizi kararına ((*Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26/3/1987, § 59; *Kosiek/Almanya*, B. No: 9704/82, 28/8/1986, §§ 34,35; *Massa/İtalya*, B. No: 265-B, 24/8/1993, § 26; *Neigel/Fransa*, B. No: 18725/91, 17/3/1997, § 44) atıf yapması ve AİHM'in de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme'de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade ettiğini belirtmiş olması önemlidir⁴⁴. Ancak daha önemlisi, önceki kararlarda olduğu gibi bu kararda da medeni ve siyasi bir hakkın kapsamına sokulmayan sosyal ve ekonomik hususların ihlale konu edilmemesidir.

AYM'nin *çalışma hakkına* ilişkin, AİHM kararlarına atıfla kabul edilemez bulunduğu bir başka karar, iş akdinin feshine dairdir. Başvurucu, iş akdinin feshedilmesi üzerine iş mahkemesinde açtığı feshe itiraz davasının, 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirtilen üç aylık süreye rağmen yaklaşık 40 aylık makul olmayan bir sürede tamamlandığı ve davayla ilgili kesin kararın kendi içinde çelişik olduğu gerekçesiyle hak arama hürriyeti ile çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürerek ihlalin tespitiyle uğramış olduğu maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir⁴⁵.

AYM kararında ilkin, Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Ancak ardından AİHS ve buna ek protokollerin Sözleşme'ye taraf olan devletlere çalışma hürriyetinin etkili bir biçimde hayata geçirilmesini sağlama şeklinde bir yükümlülük öngördüğünü de ifade etmiştir. Fakat Yüksek Mahkeme'ye göre, "AİHM işe iade ve işten haksız çıkartılma gibi bazı konularla ilgili şikâyetin Sözleşme'de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda, ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapmaktadır. Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürri-

44 § 24.

45 Nesrin Kılıç, B. No: 2013/772, 7/11/2013, § 28.

yeti, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Başvurucunun çalışma ve sözleşme hürriyeti konusundaki şikâyeti, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanında olan bir başka hakla bağlantılı da değildir. Dolayısıyla “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”⁴⁶.

Kararın bu kısmıyla ilgili dikkati çeken ve açıkça vurgulanan husus, AYM’nin AİHM’in izlediği yolu betimlemesi ve medeni ve siyasi bir hakla bağlantı meselesinin altını çizmesidir. Ancak gerek bu kararda gerekse ele alınan önceki kararlarda AYM’nin bağlantı meselesini çok da zorlamadığı söylenebilir.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARIYLA SOSYAL HAKLARINDOLAYLIKORUNMASI YA DA BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDAKİ HAKLARIN SOSYAL VE EKONOMİK PERSPEKTİFTEN YORUMLANMASI

Bireysel başvuru yolunun kabulünün ardından AYM, özellikle ilk zamanlarda sosyal hakların başvuruya konu olabilmesi açısından çekingen davranmıştır. Halbuki doktrinde AİHM’in konuya ilişkin yaklaşımı da dikkate alınarak sosyal hakların bireysel başvuruya konu edilebileceğine ilişkin tezler geliştirilmiş, hatta uluslararası organ olarak AİHM’in gidebileceği sınırların, ulusal bir organ olarak AYM tarafından aşılabileceği bile savunulmuştur⁴⁷. Kuşkusuz AYM, AİHM’in sosyal hakların korunması konusunda gidebileceği sınırları aşmış değildir. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hakları sosyal ve ekonomik perspektiften yorumlayarak dolaylı korumayı gerçekleştirmiştir. Çalışmanın bu aşamasından AYM’nin sağladığı dolaylı koruma; önce usuli güvenceler ve ayrımcılık yasağı sonra da sosyal hakların tek tek diğer medeni haklarla ilişkilendirilmesi bağlamında ele alınacaktır.

46 Ş 42-44. AYM bu başvuruda başvurucunun Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

47 Şirin, T. (2014). Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler), içinde VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, İstanbul: Petrol-İş Yay., s. 361.

1. SOSYAL HAKLARIN USULİ GÜVENCELER VE AYRIMCILIK YASAĞI BAĞLAMINDA KORUNMASI

a. Usuli Güvenceler Bağlamında Koruma

AIHM'in AIHS'in sağladığı usuli güvenceleri, sosyal ve ekonomik hakların Sözleşme kapsamında korunmasına imkân tanıyan bir teknik olarak öne çıkardığını ve bu kapsamda ücretsiz adli yardımı medeni hukuk davaları bakımından sosyal bir fayda olarak gördüğünü biliyoruz⁴⁸. AYM'nin de aynı yaklaşımı paylaştığı görülmektedir. Atalay Yıldız başvurusunda, iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davasında yargılama giderlerini karşılama imkânı olmadığından adli yardım talebinde bulunan başvuru, talebine dayanak belgeleri mahkemeye sunduğunu, mahkemece taşınmazın olduğu gerekçesi ile talebinin reddedildiğini belirtmiştir. Başvuru, 1999 yılında 1/2 hisse ile aldığı ve aile konutu olarak kullandığı evin yargılama giderlerini ödemeye engel olduğunu belirtmesine rağmen bir gelirin olmaması, yardımlarla geçinebilmesi, pandemi nedeniyle çalışmaması ve bakmakla yükümlü olduğu beş çocuğunun bulunması hususlarının göz ardı edilerek karar verilmesinin adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür⁴⁹.

AYM, ekonomik ve sosyal durumları itibarıyla yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olan kişilerin sözü edilen masrafları davanın başında ödemekle yükümlü tutulmaları ya da yargılama sürecinde masraf gerektirecek nitelikteki delillerin dosyaya celbedilmesi için ödeme yapmak zorunda bırakılmalarının mahkemeye erişimlerini imkânsız hâle getirebileceğini veya önemli ölçüde zorlaştırabileceğini belirtmiştir⁵⁰. AYM'ye göre "başvurucunun talep ve itiraz aşamalarında ileri sürdüğü iddiaların doğruluğu araştırılmadan, sırf taşınmaz

48 Bayra, A. E. (2024). s. 86; Çelik, Ö. (2020). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV., S. 1., s. 290 vd.

49 Atalay Yıldız, B. No: 2021/14356, 7/6/2023, § 45.

50 § 45.

sahibi olmasından hareketle mali gücünün yargılama giderlerini karşılayacak düzeyde olduğu sonucu çıkarılamaz. Bu durumda mahkemeye erişime yapılan müdahalenin gözetilen meşru amaç ile korunmak istenen hak yönünden gerekli ve orantılı olduğu söylene-
mez. Somut başvuruda bu durumun başvuru üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ve yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir⁵¹.

Adli yardım talebinin reddi kanundan kaynaklansa dahi, ortada başvuru mahkemeye erişimini aşırı derecede zorlaştıran bir durum varsa, AYM mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmektedir. İnşaat işi ile uğraşan başvuru *Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi*nin inşa ettiği site, idare mahkemesinin revizyon nâzım imar planını iptal etmesine istinaden ilgili belediyelerce alınan kararlar üzerine yıkılmıştır. Yıkım işlemi sonrasında başvuru; fazlaya ilişkin talebi ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla maddi tazminat davası açmış, ardından bilirkişi raporu doğrultusunda maddi tazminat miktarını ıslah etmiş ve ıslah harcını ödeme gücü olmadığını belirterek adli yardım talebinde bulunmuştur. Mahkeme, bu talebi reddetmiş; bu karara yönelik itirazı incelemekle görevli mahkeme de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesine göre özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığını belirterek başvuru mahkemeye erişim talebinin kesin olarak reddine karar vermiştir.

AYM, öncelikle başvuru bireysel durumu değerlendirilmeden sırf tüzel kişi olması nedeniyle adli yardım müessesesinden yararlanamayacağına ilişkin olarak kanundan kaynaklanan yaklaşımın meşru amacı bulunmadığını ifade etmiştir. Ardından yapılan müdahalenin başvuru mahkemeye erişimini aşırı derecede zorlaştırdığını, hatta imkânsız hâle getirdiğini vurgulamıştır. Nihayetinde de bunun başvuru-

51 §§ 48-49.

rucu üzerinde ağır bir külfet oluşturan ölçüsüz bir müdahale olduğunu belirtip başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵².

b. Sosyo-Ekonomik Çıkarların Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Koruması

Başta sosyal güvenlik ve sosyal yardım konuları olmak üzere sosyal haklardan bir kısmının AİHS çerçevesinde ayrımcılık yasağı bağlamında ele alındığı, örneğin AİHM'in işsizler ve engelliler için verilen ödeneklerin vatandaşlığa bağlı tutulması veya bireylerin cinsiyetlerine ilişkin olarak sosyal sigortadan ya da dulluk maaşından mahrum bırakılması gibi vakalarda, 14. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir⁵³. AİHM kararlarında en dikkat çekici hususlardan birisi Mahkeme'nin ayrımcılık yasağını Sözleşme kapsamındaki hakları tamamlayıcı bir biçimde yorumlamasıdır. Bu eğitim AYM tarafından da paylaşılmaktadır.

Örneğin; HIV pozitif olan bir başvurucunun bu nedenle iş yerinden uzaklaştırıldığını, daha sonra haksız olarak işten çıkarıldığını ve bu durumun ayrımcı bir muamele teşkil ettiğini ileri sürdüğü, aşağıda çalışma hakkıyla ilgili kısımda ayrıntılı bir biçimde ele alacağımız kararında AYM; başvurucunun Anayasa'nın 10. maddesine dayanan ihlal iddiasının Anayasa'da güvence altına alınmış, Sözleşme kapsamında olan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve özel hayata saygı hakları ile bağlantılı olarak incelenmesi gerektiği sonucuna varmış⁵⁴ ve her iki hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sevda Yılmaz başvurusunda AYM, benzer biçimde görme engelli bir kişinin özel bir bankada maruz kaldığı muamele- nin ayrımcılık yasağının ihlali olduğu iddiası üzerine mese-

52 *Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2020/22192, 17/5/2023, §§ 74, 75.

53 Bayra, A. E. (2024). s. 89.

54 *T.A.A.*, B. No: 2014/19081, 1/2/2017, § 63.

leyi maddi ve manevi varlığın korunması ile bağlantılı bir biçimde ele almıştır. AYM, bu başvuruda ayrıca özel bankanın yapmış olduğu ayrımcı muamele karşısında devletin pozitif yükümlülüğüne de işaret etmiştir.

Bu davada görme engelli olan başvurucu kredi kullanmak amacıyla bulunduğu özel bankada imzasını ne şekilde atacağı belirlenmediğinden uzun süre bekletildiğini, bunun neticesinde sırf görme engelli olması nedeniyle belirli bir ifadeyi yazamadığından bahisle kendisine kredi kullanılmadığını, uzun süre banka şubesinde bekletilerek ayrımcılığa maruz bırakıldığını iddia etmiştir⁵⁵. Başvurucunun manevi tazminat ödenmesi talebiyle açtığı dava ilk derece mahkemesi tarafından kısmen kabul edilmiş, ancak istinaf incelemesinde somut olayda başvurucunun ayrımcılığa maruz kalmadığı gerekçesiyle davanın kesin olarak reddine karar verilmiştir. Olay, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla AYM önüne gelmiştir.

AYM, öncelikle eşitlik ilkesinin somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerdiğini vurgulamış, ardından da ayrımcılık yasağının diğer hakların tamamlayıcısı mahiyetinde olduğunu ve Anayasa'daki diğer haklardan biri veya birkaçının kapsamına girmedikçe uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir⁵⁶. Bu tespitin ardından somut başvurudaki iddiayı Anayasanın 17. maddesiyle ilişkilendiren AYM, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesi kapsamındaki kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının norm alanına giren bir menfaatinin bulunduğunu tespit etmiş ve bunu Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağı kapsamında inceleme yapılması için yeterli görmüştür⁵⁷.

55 *Sevda Yılmaz*, B. No: 2017/37627, 2/3/2023, § 39.

56 § 44.

57 §§ 44, 45.

AYM değerlendirmesinde ayrıca somut olayda ayrımcılık yasağının ihlali iddiasına konu müdahalenin kamu otoritelerince değil özel bir banka tarafından gerçekleştirildiğine de vurgu yapmıştır: *“Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı sadece kamu otoritelerine hitap eden bir güvence olmayıp özel kişileri de bağlayan temel bir anayasal ilkedir. Devletin ayrımcılık yasağının özel kişiler tarafından ihlal edilmesini önleme pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu nedenle somut olay, devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında incelenmiştir”*⁵⁸.

Bütün bu değerlendirmelerin ardından AYM, somut olayda başvurucuya engellilik temelinde yapılan muamelenin haklı bir sebebinin bulunmadığı sonucuna ulaşmış ve bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁹.

Karar ayrımcılık yasağının diğer haklardan biri veya birkaçının kapsamına girmediği uygulanmasının mümkün olmadığına vurgu yapması açısından olduğu gibi, insan haklarının yatay etkisi bağlamında da önemlidir.

2. SOSYAL HAKLARIN DİĞER MEDENİ VE SİYASİ HAKLARLA İLİŞKİLENDİRİLEREK KORUNMASI

a. Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı, kişinin devletten; sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesini bu konuda toplumun/devletin sağladığı imkânlardan faydalanmasını ifade eder. AİHM’in bütüncül yaklaşımını göstermek bakımından iyi bir örnek teşkil eden sağlık hakkı, AİHM tarafından temelde yaşam hakkı (mad. 2), işkence yasağı (mad. 3) ve özel hayata saygı hakkı (mad. 8) kapsamında

58 § 51.

59 §§ 73, 74.

Taraf Devletlerin pozitif yükümlülükleri temelinde ele alınmaktadır. Ayrıca sağlıkla ilgili konular, adil yargılanma hakkı (mad. 6), etkili iç hukuk yollarına başvuru hakkı (mad. 13) ve ayrımcılık yasağı (mad. 14) ile bağlantılı olarak da değerlendirilmektedir⁶⁰. AYM de hasta bir kişinin uygun olmayan fiziki ve tıbbi koşullarda tutulması, tedavinin zamanında ve gerektiği gibi yapılmaması, sağlıklı çevre koşullarının oluşturulmaması gibi sağlıkla ilgili konuları, bilhassa yaşam hakkı ve kötü muamele kapsamında ele almaktadır.

AYM *Mete Dursun* başvurusunda, tutuklu ve hükümlülerin sağlıkla ilgili hakları arasında fiziksel rahatsızlığı olanlara tıbbi yardımın da bulunduğu işaret etmiştir. Ceza infaz kurumunun koşullarının başvuru sahibinin mevcut hastalığına (ileri derecede astım ve bronşit) uygun olmaması ve bu koşulların düzeltilmesi talebinin reddedilmesi nedenleriyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvuru üzerine AYM, Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki “*Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” şeklindeki kuralın, hükümlü ve tutuklulara yönelik uygulamalar için de geçerlilik taşıdığını, dolayısıyla verilen bir mahkûmiyet kararının veya tutuklama kararının infazında mahkûmlar için sağlanacak şartların insan onuruna saygıyı koruyacak nitelikte olması gerektiğini vurgulamış ve Anayasa’nın 17. maddesinin tutulan kişilere gerekli tıbbi yardımın sağlanmasını da gerektirdiğini ifade etmiştir. Bu yükümlülüğün 17. maddenin devlete yüklediği, özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin fiziksel bütünlüklerini koruma yükümlülüğünden kaynaklandığını belirten Yüksek Mahkeme, gerekli tıbbi yardım olmayışının acil bir tıbbi duruma ya da başvuru sahibinin ağır ve uzun süreli bir acı çekmesine yol açtığı zaman insanlık dışı muamele sayılacağına da işaret etmiştir⁶¹. Sonuçta Mahkeme, başvuru sahibinin hastalığı açısından bulundurulacağı ortamın raporlarda belirtilen koşullara uygun ol-

60 Karakul, S. (2016). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3., S. 2., s. 174.

61 *Mete Dursun*, B. No: 2012/1195, 18/11/2015, § 81.

mamasını, onu insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye maruz bırakıldığı kanaatine varmıştır⁶².

Benzer bir başvuruda hükümlü İ.E. ölümcül bir hastalığa yakalanmış, hastalığının son döneminde yediklerini ve içtiklerini dahi çıkarır hâle gelmiş, hatta bir süre sonra yemek yiyemez duruma düşmüştür. İ.E. ile ilgili bilgiler arasında ameliyatının teşhisten beş ay sonra yapılmış olması da bulunmaktadır. İ.E. için Adli Tıp Kurumundan sağlık durumunun infaz kurumu koşullarına uygun olmadığına dair rapor istenmiş ancak rapor gelmeden İ.E. vefat etmiştir. Anayasa Mahkemesi İ.E.nin kanser hastalığının ve özgürlükten yoksun kalmanın kaçınılmaz ve doğal sonucu olan sıkıntıdan daha fazla bir sıkıntıya, buna bağlı olarak da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye maruz kaldığını vurgulamış ve Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶³.

İ.E başvurusunda AYM devletin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı konusundaki pozitif yükümlülüğünün altını çizmiş ve bu pozitif yükümlülüğün sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsadığını vurgulamıştır. AYM ayrıca pozitif yükümlülüğün etkili bir yargısal sistem kurma biçiminde ifade edilebilecek usuli boyutuna da dikkat çekmiş, bunun tıbbi ihmal sonucu meydana geldiği ileri sürülen ölüm olayları için de geçerli olduğunu belirtmiştir⁶⁴.

Murat Karabulut başvurusunda ise başvuru, babasının cezaevinde hükümlü olarak bulunduğu sırada kanser hastası olması sebebiyle cezasının ertelenmesi talebinde bulunmuş, bu talebi Adli Tıp Kurumunca verilen rapor doğrultusunda reddedilmiştir. Başvuru, raporun verilmesinden yaklaşık iki ay sonra babasının vefat etmesi ve raporu veren Adli Tıp Kurumu görevlileri hakkında yürütülen soruşturmada ko-

62 § 100.

63 İ.E., B. No: 2014/5098, 20/12/2017, §§ 109, 110.

64 §§ 63-66.

vuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedenleriyle yaşam hakkı ile işkence ve eziyet yasağının ihlal edildiği iddialarında bulunmuştur⁶⁵.

AYM, somut olayda A.K. hakkında cezaevine girmeden önce *akciğer kanseri* teşhisi konulduğunu, tedavi görmeye başladığını, bu durumunun cezaevine girdiği tarihte Cezaevi idaresine bildirildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, A.K.nın hastalığının ciddi boyutta olduğuna ve bu durumun zaman ilerledikçe daha da kötüye gittiğinin açık olduğuna da işaret etmiştir. Mahkemeye göre başvuruda çözülmesi gereken mesele, A.K.nın sağlık durumunun vefatına kadar cezaevinde kalmasına ne kadar uyumlu olduğudur⁶⁶.

AYM bu konuda yapılacak incelemede, AİHM kararına (*Farbtuhs/Letonya*, B. No:4672/02, 6/6/2005, § 53) da vurgu yaparak üç unsurun dikkate alınması gereğine işaret etmiştir. Birincisi A.K.nın cezaevinde tutulma koşulları, ikincisi kendisine uygulanan tedavinin yeterliliği, üçüncü ise sağlık durumuna rağmen cezaevinde tutulmasının uygun olup olmadığıdır⁶⁷.

AYM, hastalığın cinsi ve düzeyi ile hastanın yaşına (74) da işaret etmiş ve ölümcül bir hastalığa yakalanan A.K.ya sağlık durumu cezaevi koşullarına uygun olmamasına rağmen sevk edildiği hastanede yatarak tedavi görmesi imkânının tanınmadığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre A.K. kanser hastalığının ve özgürlükten yoksun kalmanın kaçınılmaz ve doğal sonucu olan sıkıntıdan daha fazla bir sıkıntıya ve buna bağlı olarak insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye maruz kalmıştır. Bu durum, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan "*insan haysiyetiyle bağdaşmayan*" muamele yasağının ihlal edildiği anlamına gelmektedir⁶⁸.

65 *Murat Karabulut*, B. No: 2013/2754, 18/2/2016, § 35.

66 § 67.

67 § 68.

68 §§ 86-87.

Maddi koşullar nedeniyle belirli bir ilaca erişememek de AYM tarafından maddi ve manevi yaşamın korunması hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir. D.B. ve Halil Emre Acar başvurularında AYM, Strensiq isimli ilacın ithali için gerekli masrafın SGK tarafından karşılanmasına ilişkin olarak yargı makamlarınca verilen tedbir kararının uygulanmaması üzerine ilacın bedelinin ilacın ithalinde yetkili olan kuruluşa odenmesinin derhel sağlanmasına yonelik tedbir kararı verilmiřtir⁶⁹.

b. Sağlıklı evrede Yaşama Hakkı

Sağlık hakkının alt kategorilerinden birini de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı oluşturmaktadır. Tıpkı sağlık hakkı ve yukarıda işaret edilen alt başlıkları gibi sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı da AİHS’de ya da Protokollerinde düzenlenmiş değildir. Çevresel kirliliklerin bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlükleri üzerindeki etkileri bağlamında AİHS mad. 2 (yaşam hakkı) ve mad. 8 (zel hayata saygı hakkı) uygulanma imkânı bulabilmektedir⁷⁰. Ele alacağımız bireysel başvuru kararı bütün bunların yanında, Anayasa’nın 5. maddesine vurgu yapmak bakımından son derece onemlidir.

Karara konu olayda başvurucular, Belediye tarafından köylerinin yakınında bulunan akarsuya bir arıtım yapılmaksızın kanalizasyon bağlandığını ileri sürmüşler; bu sebeple su kirliliği yüzünden köyde yaşayanların ishal, sarılık ve benzeri hastalıklara yakalandığını belirtmişlerdir. Başvuruculara göre bu kirlilik nedeniyle yaşadıkları yerde insan, hayvan ve evre sağlığı tehlikeye girmiştir. Buna rağmen yaptıkları idari başvuru ve açtıkları iptal davasının haksız yere reddedildiğinden yakınan başvurucular; insan onuru ile bağdaşmayan bu kirliliği işkence olarak gördüklerini, ayrıca yaşanan su kirliliğinin etki ve sonuçları nedeniyle sağlıklı yaşam haklarının ihlal edildiğini ileri srmüşlerdir⁷¹.

69 Hira Bilici, B. No: 2019/41507, 22/2/2022; Halil Emre Acar, B. No: 2020/9392, 22/2/2022.

70 Arslan nc, G. (2011). Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul: Beta Yay., s. 344 vd.

71 Binali zkaradeniz ve diğerleri, B. No: 2014/4686, 1/2/2018, řř 38-39.

AYM konuya Anayasa'nın üç hükmünü hatırlatarak girmiştir. İlki "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasıdır: "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*" İkincisi "Devletin temel amaç ve görevleri" kenar başlıklı 5. maddesidir: "*Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" Üçüncüsü ise Anayasa'nın, *yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkını* içeren 17. maddesidir⁷².

AYM kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için Devletin gerekli tedbirleri alması gerektiğini vurguladıktan sonra, bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanmasının 5. maddeyle devlete düşen pozitif yükümlülüklerden birisi olduğuna işaret etmiş ve bunun Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin güvenceler yönünden dikkate alınması gereken çerçeve bir düzenleme olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁷³.

Buradan özel hayatın korunması hakkına geçen AYM, bu hakkın kapsamına kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkarın dâhil olduğunu belirtmektedir. Mahkeme'ye göre fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlardan biri de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır. Normatif dayanağını 56. maddede hükmünde bulan bu hak, Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer almaktadır. Bu haklar ise başvuru kapsamının dışındadır. Ancak böyle de olsa, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının Anayasa'nın özel hayata ve aile hayatına saygıyı güvence altına alan 20. maddesi ve konut do-

72 §§ 40-42.

73 § 43.

kunulmazlığını düzenleyen 21. maddesi kapsamında ve söz konusu hükümlerde yer alan hukuksal çıkarlar üzerindeki etkisi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁷⁴.

Başvurudaki iddiaların işkence ve kötü muamele yasağı ve yaşam hakkıyla bir ilgisi bulunmadığını belirten AYM'ye göre somut olayda başvuruçuların şikâyet ettikleri kanalizasyon suyunun arıtım yapılmaksızın akarsuya dökülmesi kamusal bir tasarruf sonucu gerçekleşmiştir. Başvuruçuların özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlaline yol açan bir müdahaleyle⁷⁵ Anayasa'nın 20. maddesi ihlal edilmiştir.

c. Sosyal Güvenlik Hakkı ve Yardım Ödemeleri

Sosyal güvenlik hakkı, sosyal hukuk devletinde geçerli sosyal güvenlik ve sosyal adalet ilkeleri gereğince, toplumdaki yoksul ve muhtaç insanlara, insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlamak ve onları korumakla görevli devletten bu yönde gerekli tedbirleri almasını ve teşkilatları kurmasını talep hakkıdır. Sosyal güvenlik hakkı uluslararası insan hakları hukukunun koruma altına aldığı haklar arasındadır. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, herkesin sosyal sigortayı da içeren sosyal güvenlik hakkını tanımayı devletlere görev olarak yüklemiştir. Aynı eğilim Avrupa Sosyal Şartı tarafından da paylaşılmaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ise sosyal güvenliğin yanında sosyal yardımların da güvenceye kavuşturulmasından söz ederek bu hakka verdiği önemi ortaya koymuştur⁷⁶.

Sosyal güvenlik hakkı AİHS kapsamında korunan haklar arasında yer almamaktadır. Ancak AİHM pek çok kişinin yaşamlarının tamamında veya bir kısmında hayatta kalmak için tamamen sosyal güvenlik ve refah yardımlarına bağımlı olduklarını kabul etmekte ve bireyin iç hukuk kapsamında bir refah yardımı ya da sosyal güvenlik ödencesi için iddia

74 § 45.

75 § 52.

76 Bulut, N. (2009) s. 145.

edilebilir bir hakkı olduğu durumlarda, bu menfaatin, 1 No. lu Protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı bağlamında korunacağını belirtmektedir. Bu bağlamda AİHM, sosyal güvenlik aylıklarının azaltılması, askıya alınması veya kesilmesine ilişkin hususları Protokol 1'in 1. maddesindeki mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmektedir⁷⁷. Aile yardımı ve çocuk yardımı gibi refah yardımları ise AİHS mad. 8 kapsamında da ileri sürülebilmektedir. Bu tür hususlar AİHS mad. 14'teki ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak mad. 8 altında dava edilebilmektedir. Çünkü bir Sözleşmecî Devlet bu tür yardımları sağlamaya karar verdiğinde, bunu 14. maddeye uygun bir şekilde yani ayrımcılık uygulamadan yapmalıdır⁷⁸. Elbette bütün bunları vurgularken AİHM'in devletlerin sosyal güvenlik politikalarına karışmadığını, sadece bir politika belirlemiş ve bunu yasalaştırmışsa yasanın doğurduğu menfaatin mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusudur. AYM'nin de sosyal güvenlik ve sosyal yardımlarla ilgili başvurularda aynı yolu izlediği söylenebilir⁷⁹.

Bu bağlamda ele alacağımız ilk davada, başkası tarafından evlat edinilen başvuru, öz babasının ölümü üzerine (1996) ama ölümünden dokuz yıl sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurarak yetim aylığı bağlanması talebinde bulunmuş ve idare tarafından başvurucuya 1/5/2005 tarihinden itibaren yetim aylığı bağlanmıştır. Başvuru 8/1/2007 tarihli dilekçe ile idareye tekrar başvurmuş ve babasının ölüm tarihinden itibaren birikmiş alacağının hesaplanarak tarafına ödenmesini talep etmiştir. Söz konusu dilekçede başvuru evlatlık verilmesi sebebiyle babasının ölümünden geç haberdar olduğu belirtilmiştir. İdare talebi reddedilmiş, açtığı davalar da beş yıllık zamanaşımı süresi içinde başvurulmamış olması nedeniyle geri çevrilmiştir. Başvuru, yetim aylığına ulaşmasının engellendiğini ve bu suretle mülkiyet ve adil yargılanma hak-

77 Arslan Öncü, G. (2011). s. 330.

78 a.g.e. s. 333.

79 Bkz. Kethüda, E. (2024). "Sosyal Güvenlik Hakkının Bireysel Başvuru Yoluna Konu Edilebilirliği", *TBB Dergisi*, S. 173., s. 113 vd.

larının ihlal edildiğini savunmuştur⁸⁰.

AYM, menfi bir olgu olan ölümün duyulmadığı vakiasının ispatına yönelik olarak başvuru tarafından öne sürülen makul ve hayatın olağan akışıyla açık bir biçimde ters düşmeyen açıklamaların yeterli görülmemesinin başvurucuya aşırı ve katlanılmaz bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurduğu kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre, “ulaşılacak istenen kamu yararının sağlanmasındaki toplumsal menfaat ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunmasındaki bireysel yarar arasında kurulması gereken makul denge başvuru aleyhine bozulmuş ve bu da mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ölçsüz kılmıştır. Bu nedenle Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir”⁸¹.

Bu konuda ele alacağımız ikinci kararda kimya mühendisi olan başvuru özel sektörde çeşitli kuruluşlarda çalıştıktan sonra emekli olmuş, kendisine 1998 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı tahsis edilmiştir. Başvuru 2001 yılında Mersin Üniversitesi Tarsus Meslek Yüksekokulunda sözleşmeli öğretim görevlisi olarak çalışmaya başlamış ancak çalışmaya başladığı dönemde de SGK tarafından başvurucuya yaşlılık aylığı ödenmesine devam edilmiştir. Durumun fark edilmesi üzerine SGK tarafından zamanaşımına uğramış olanlar hariç, ödenen aylıkların iadesi gerektiği bildirilmiştir⁸².

AYM, başvurucunun yeniden çalışmaya başlaması nedeniyle yaşlılık aylığının kesilmesi yönündeki müdahalenin içerdiği meşru amacın dayandığı kamu yararı ile karşılaştırıldığında ölçülü olduğunu değerlendirmiştir. Bununla birlikte AYM, başvurucuya yersiz olarak fazladan ödendiği anlaşılan yaşlılık aylıklarının yasal faizi ile birlikte tahsil edilmesinin özellikle kamu makamlarının kusurunun ağırlığı da gözetildiğinde, başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği, bu sebeple söz konusu müdahaleyle kamunun

80 Yeşim Bullock, B. No: 2014/13223, 20/9/2017, § 31.

81 § 64.

82 Kuddüs Büyükkakılı, B. No: 2014/3941, 5/10/2017, § 14.

yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu durumda varılan sonuç, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği şeklindedir⁸³.

Bu kararda AYM, AIHM kararlarına da atıfla sosyal adaletin önemine dikkat çekmiş, fakat bunun kural olarak kamu makamlarının -kendi ihmallerinden kaynaklansa bile- hatalı işlemlerini geri almasına engel teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır.

Görüldüğü gibi AYM, sosyal güvenlik hakkını değil ama içinde bulunulan sosyal güvenlik pozisyonundan kaynaklanan maddi talepleri mülkiyet hakkı kapsamında korunmaktadır.

Sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal yardım konusu da bireysel başvuru konusu yapılabilmektedir. Gerçekten AIHM kararlarında da vurgulandığı gibi günümüzde refah yardımlarına muhtaç olan çok sayıda insan bulunmaktadır. Sosyal devlet ilkesi gereği bu durumdaki kişilere yardımda bulunmanın devletin görevi olduğu kabul edilmektedir. Bu türden yardımların aksadığı ve çeşitli mağduriyetlere yol açtığı bir başvuruda AYM Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline karar vermiştir.

Başvurucu, önceki evliliğinden olan biri 1994 doğumlu, diğeri 1992 doğumlu, beyin felci hastası iki oğlu ve mevcut eşinden olan 2008 doğumlu oğlu ile birlikte, eşinden şiddet gördüğü için 2009 yılında Bursa'dan İstanbul'a taşınmıştır. Bir süre ablasının evinde kalan başvurucu, müracaatı üzerine kirası ve taşınma masrafları İstanbul Valiliği Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından karşılanarak Tuzla ilçesinde kiralık bir eve taşınmıştır. Başvurucunun burada bir işe yerleşmesi de sağlanmıştır. Bu arada başvurucu 23/8/2010 tarihinde eşi S.K. aleyhine boşanma davası açmıştır. Eşinin

83 §76.

yaşadığı yeri öğrenmesi üzerine şiddete maruz kalmış ve yine aynı usul izlenerek başka bir adrese taşınması sağlanmış, işe girmesi konusunda aracılık yapılmıştır. Başvurucuya ikamet bilgilerini açıklamadan resmî işlemlerini yürütebilmesi amacıyla İstanbul Valiliği tarafından bir yazı verilmiş; başvurucunun ikamet bilgileri gizli tutulmuştur.

Sonunda eşinden de boşanan başvurucu son adresinin de eski eşi tarafından tespit edildiğini belirterek yeniden adres değişikliği talep ettiğini ancak talebinin reddedildiğini beyan etmiştir. Başvurucu; adres değişikliği talebinin reddi üzerine yaşadığı korku nedeniyle işten ayrıldığını, çocuklarıyla birlikte eve kapandığını, çalışmadığı için yaşadıkları maddi sıkıntı ve şiddet korkusu nedeniyle hem çocuklarının hem kendisinin psikolojik olarak zarar gördüğünü, beyin felci hastası olan 1992 doğumlu büyük oğlu F.B.K.nın bu süreçte depresyona girdiğini ve girdiği depresyon sonucu intihar ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, oğlunun ölümünden sonra adresinin İstanbul Valiliği SYDV tarafından yeniden değiştirildiğini bildirmektedir.

Başvurucu; kimlik bilgilerinin değiştirilmesi kararının zamanında uygulanmaması nedeniyle çocuklarıyla birlikte şiddet korkusu içinde yaşamak zorunda kaldıklarını, geçici maddi yardım yapılmasına ilişkin kararın geç uygulanması, kimlik bilgilerinin değiştirilmesi tedbirinin uygulanmasından sonra ilgili kayıtların gereği gibi düzenlenmemesi neticesinde iş bulamaması gibi nedenlerle ekonomik sıkıntılar yaşadığını, çocuklarıyla birlikte kurmaya çalıştıkları aile hayatının korunması yönünde devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerini yerine getirmekte yetersiz kaldığını belirterek kötü muamele yasağı, özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı, adil yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür⁸⁴.

AYM, başvurucu ve çocuklarının maddi ve manevi bütün-

84 A.Z.Ö., B. No: 2014/546, 19/12/2017, § 55.

lüklerinin korunması ile geçimlerinin sağlanması noktasında kamu makamları tarafından alınan tedbirlerin gerekli hız ve özende gerçekleştirilmediği, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmediği sonucuna ulaşmış ve Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁸⁵.

d. Çalışma Hakkı

Çalışma, bir yönüyle devletin saygı göstermesi gereken negatif bir özgürlük, diğer yönüyle yeri geldiğinde kişilere yüklenebilecek bir ödev, bir başka yönüyle de herkesin bir işi elde etmeye hakkı olduğunu ifade eden sosyal bir haktır. Hakkın sosyal yönüyle bile kapsamı hayli geniştir. Çalışma hakkı bireylere her şeyden önce, bir işe sahip olma hakkı verir. Bunu çalışma karşılığında adil bir ücret alma hakkı izler. Çalışanların onurunun korunması ve çalışma koşullarının elverişli olması da hakkın kapsamına dâhildir. Bu bağlamda iş güvencesine sahip olma, çalışma sürelerinin uygun ölçüde tutulmasını isteme, dinlenme ve boş zaman bulabilme, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun işlerde çalıştırılmayı isteme, sosyal ve ekonomik konularla personele ilişkin konularda iş yeri yönetimine katılma gibi hususlar hakkın kapsamını oluşturur⁸⁶.

AİHM uygulamasına bakıldığında çalışma hakkı kapsamındaki konuların, çeşitli hakların (kölelik ve kulluk yasağı, örgütlenme özgürlüğü, özel hayata saygı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı) kapsamına yerleştirilerek dolaylı olarak korunduğu görülmektedir. AİHM kararlarında, bireylerin çalışarak geçimlerini sağlamalarının insan onuru için esas olduğu, sömürücü nitelikte olmayan bir çalışma düzeninin gerekliliği, çalışma-

85 AŞS 85-86.

86 Bulut, N. (2009). s. 133-135.

nın bireyin kendisini gerçekleştirmenin bir yolu olduğu ve çalışanın işverenin egemenliğine karşı korunması gerektiği hususlarına işaret edilmiş, ancak bu hususların çalışanlar bakımından mutlak hak niteliğinde olmadığı ve başka menfaatlerle çatışma durumunda sınırlamalara tabi tutulabileceğinin altı çizilmiştir⁸⁷.

AYM de çalışma hakkını farklı kişisel hakların kapsamına yerleştirerek korumaktadır. Özel hayatın gizliliği başta gelmektedir. Çalışma hakkına ilişkin bir davada başvuru, lojmanda kalan kadın bir memurdur. Kendisine ait cinsel içerikli görüntülerin rızası hilafına internette yayınlanması üzerine hakkında disiplin soruşturması başlatılarak soruşturma neticesinde devlet memurluğundan çıkarılma cezası ile cezalandırılmıştır. Başvuru görüntülerin lojmanlarında çekilmemiş olduğunu, ancak bu görüntülerin lojmanda çekildiği varsayılsa dahi kendisine tahsis edilen lojmanın özel yaşam alanı olduğunu, bu nedenle özel yaşam alanında gerçekleşen ve görevi sırasında vuku bulmayan ya da görevi ile ilgili olmayan bir özel yaşam eyleminden dolayı cezalandırıldığını, bekar bir kadın olarak devlet memuru olduğu ve bahse konu görüntülerin bekar kadın memurların ikamet ettiği memur lojmanlarında çekildiğine vurgu yapılarak cinsiyete dayalı ayırmacıya tabi tutulduğunu ve böylelikle Anayasa'nın 10., 20. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür⁸⁸.

AYM kararında özellikle kamu görevlilerinin meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabileceklerini ve aksine davranışların, davranışın ağırlığına göre cezalandırılabileceğini vurgulamıştır. AYM'ye göre somut olayda, başvuru hakkındaki disiplin süreci sonucunda devlet memurluğundan çıkarma cezası almış olması, meslekî hayatı üzerinde olduğu kadar temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik

87 Arslan Öncü, G. (2022). s. 205-208; Kılıçkaya, Z. (2016). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18., S. 2., s. 138 vd.

88 K.Ş., B. No: 2013/1614, 3/4/2014, § 23.

geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturmakta ve bu yönüyle daha önemli hâle gelmektedir. Başvuru konusu olaya ilişkin disiplin süreci ile idari ve adli makamların karar gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmiştir⁸⁹. Kararda çalışma hakkının özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında korunduğu görülmektedir.

Bir başka olayda başvurucunun çalıştığı özel şirketi telefonla arayan bir kişi "*Başvurucunun terör örgütü mensubu olduğu, bombalı eylemde bulunacağı ve iş yeri sahibine yönelik iş yerinde sabotajda bulunacağı*" şeklinde ihbarda bulunmuş, bunun üzerine, başvurucunun sekiz yıldır devam eden iş akdi, işveren tarafından feshedilmiştir. Fesih bildiriminde; başvurucunun V.B. isimli şirket çalışanı ile ilişkisinin olduğu, bu ilişkiyi öğrenen V.B.nin eşinin şirket çağrı merkezini arayarak başvurucunun canlı bomba olduğuna dair ihbarda bulunduğu yapılan iç araştırma ve V.B.nin savunmasından anlaşıldığı belirtilmiş, yapılan ihbar nedeniyle İlçe Emniyet Müdürü'nün şirkette inceleme yaptığı, üretim kaybı, korku gibi huzursuzluk yaratan durumların meydana geldiği ifade edilmiş ancak fesihte başvurucunun iş yerinde başka bir çalışan ile yaşadığı ilişkinin etkili olduğu vurgulanmıştır⁹⁰.

AYM iş akdinin feshini özel hayatla ilişkilendirirken AİHM kararlarına atıf yapmış ve kişinin meslek hayatını etkileyen bir tedbir için öne sürülen gerekçelerin kişilerin özel hayatına ilişkin olmadığı ancak söz konusu tedbirin kişinin özel hayatına yönelik ciddi olumsuz etkilerinin bulunduğu veya bulunma ihtimalinin olduğu durumların konu edildiği başvuruların sonuca dayalı yaklaşım kapsamında Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamı içine girebileceğini ifade etmiştir. AYM ayrıca bu bağlamda söz konusu olumsuz etkilere ilişkin

89 § 68.

90 H.Ç., B. No: 2017/14907, 30/9/2020, § 8.

değerlendirmede AİHM'in kişinin yakın çevresi üzerindeki özellikle de maddi bakımdan ortaya çıkan sonuçları, diğerleri ile ilişki kurma ve geliştirme olanakları ile itibarı üzerindeki olumsuzluklarının dikkate aldığı⁹¹.

AYM'ye göre işçinin aynı iş yerinde çalışan başka bir işçiyle ilişki yaşaması hâlinde işverenin sadece bu nedene dayanarak iş akdini feshedebileceğini kabul etmek, işçinin demokratik bir toplumda temel haklarına ve özgürlüklerine iş yerinde de saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki haklı beklentisiyle uyuşmayacaktır. Bu çerçevede çalışanın diğer bir çalışanla yaşadığı ilişkinin işin yürütülmesini, iş sağlığını ve güvenliğini etkileyip etkilemediği önem taşımaktadır⁹².

AYM, iş yerinde yaşanan ancak işin işleyişine etkisi olmayan her ilişkinin fesih nedeni olacağını doğrudan kabul etmenin, işverenin menfaatleri ile işçinin menfaatleri arasında pozitif yükümlülükler kapsamında devlet tarafından korunması gereken dengenin işçi aleyhine bozulması sonucunu doğuracağı kanaatindedir. Mahkeme'ye göre iki çalışan arasındaki ilişkinin iş akdinin feshi nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilişkinin varlığı ve anılan ilişkinin işin yürütülmesine olumsuz etkileri ile birlikte iş akdinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceğinin işveren tarafından tam olarak ortaya konulması gerekir⁹³.

Sonuçta AYM, iş akdinin feshinin işverenin amacına uygun ve orantılı olup olmadığı hususu gözetilerek işveren ile çalışanın çıkarları arasında adil bir denge kuracak özenli bir yargılama yapılmadığı sonucuna varılmış ve Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁹⁴.

AYM, özel bir şirkette mağaza sorumlusu olarak çalışan başvurucunun aynı iş yerinde birlikte çalıştığı M.E.nin telefonuna gönderdiği mesajın, M.E.nin telefonuna yüklenen bir

91 § 26.

92 § 42.

93 § 43.

94 §§ 46-47.

uygulama nedeniyle şirketin e-posta hesabına yansımaları dolayısıyla iş akdinin feshedilmesi dolayısıyla benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşmıştır⁹⁵.

Çalışma hakkı konusunda ele alacağımız son başvuru, sağlık hakkıyla da alakalı olan bir başvurudur. HIV pozitif olan başvurucu, sağlık durumu nedeniyle önce iş yerinden uzaklaştırıldığını, sonra haksız olarak işten çıkarıldığını ve bu durumun ayrımcı bir muamele teşkil ettiğini, hastalığının çalışma hayatına olumsuz bir etkisinin olmadığını, iş ortamında diğer çalışanlar açısından riskli bir durum oluşturmadığının da sağlık raporları ile kanıtlanmış olduğunu, buna rağmen yargı makamlarının davanın reddine ilişkin kararlarında dayandıkları gerekçenin iş bulmasını engelleyeceğini ve bu durumun yüksek bir masraf gerektiren hastalığının tedavisi açısından yaşam hakkını ve tedaviye ulaşma hakkını ihlal edebilecek mahiyette ciddi sorunlara neden olabileceğini, bu nedenlerle Anayasa'nın 10., 17., 20., 35., 36., 40. ve 49. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir⁹⁶.

Başvuruyu temelde Anayasa'nın 17 ve 20. maddeleri çerçevesinde ele alan AYM, kişinin sağlık durumunun özel hayat ve bilhassa maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı ile ilişkisine vurgu yapmıştır. AYM aynı zamanda bu hastalığın, sadece bir sağlık sorunu olmayıp sosyal yaşamda ön yargılarla karşılaşmaları, damgalanmaları ve toplumdaki dışlanmaları gibi problemlere de yol açtığını ve böylece ilgili kişilerin özel hayatının diğer boyutlarını da etkilediğine işaret etmektedir. Mahkemeye göre söz konusu problemlerin, özellikle iş hayatında mevcut olması durumunda kişiler üzerindeki etkileri çok daha yıkıcı olabilmektedir. HIV pozitif kişilerin sırf bu nedenle çalışma hayatından uzaklaştırılmaları, bu kişilerin yeniden iş bulmalarını çok zorlaştıracak gibi oldukça yüksek maliyetli olan ve hayat boyu alınması gereken tedaviye ulaşmalarını zorlaştırarak sağlıkları üzerinde ciddi

95 *Esra Ünlü*, B. No: 2018/4144, 25/2/2021, §§ 42-44.

96 *T.A.A.*, B. No: 2014/19081, 1/2/2017, § 49.

sorunlar ortaya çıkarabilir. Bunun yanı sıra ücret gelirinden yoksun bırakılarak maddi bağımsızlığı ortadan kaldırılan bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkını tam olarak kullanabildiğinden söz etmek oldukça güçtür⁹⁷.

AYM'ye göre işveren ve derece mahkemeleri hastalığın "bulaşıcı" olması hususuna odaklanmış ve sonuçta riskin gerçekleşmemesi için tek çözümü başvuruçunun iş yerinden uzaklaştırılmasında bulmuşlardır. İşverenin iş yerinde başvuruçunun diğer çalışanlar yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması imkânı tartışılmamıştır. Bilhassa Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvuruçucu ile işveren arasında çatışan çıkarlar açısından adil bir denge kurulmadığı anlaşılmıştır⁹⁸.

Sonuçta AYM, ilk olarak başvuruçunun haksız bir biçimde işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının derece mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre bu durum, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı haklarının ihlali anlamına gelmektedir⁹⁹.

AYM kimi durumlarda çalışma hakkına yapılan müdahalelerle ilgili olarak bilhassa iş akdinin feshi durumlarında sendika hakkının ihlaline karar vermekte ve çalışma hakkını

97 § 61.

98 § 99.

99 §§ 100-101.

bu şekilde korumaktadır. *Aydın Okutucu ve Diğerleri Başvurusunda*, başvuru sahiplerinin de aralarında bulunduğu on beş işçi, işverenin sendikali işçilere yönelik baskı kurduğu gerekçesiyle üç gün süreyle iş yavaşlatma eyleminde bulunmuş, bunun üzerine işveren başvuru sahiplerinin iş akdini feshetmiştir. AYM, iş akdinin feshinin son çare olması prensibine işaret etmiş, iş sözleşmelerinin sonlandırılmış olmasının başvuru sahiplerine aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği değerlendirilmesinde bulunmuştur¹⁰⁰. Yüksek Mahkeme'ye göre "işveren tarafından başvuru sahiplerinin sendika hakkına yapılan müdahale onların ve başkalarının sendika haklarını kullanmaları üzerinde caydırıcı bir etkiye yol açar nitelikte olmasına rağmen, Bölge Adliye Mahkemesi, sendika hakkının gerektirdiği biçimde tarafların menfaatlerini ilgili ve yeterli bir gerekçeyle adil bir şekilde dengelememiş, dolayısıyla devletin pozitif yükümlülüğünün gerektirdiği şekilde yargısal bir değerlendirme yapmamıştır"¹⁰¹. Bu nedenle Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edilmiştir.

e. Konut Hakkı ve Barınma

En yalın ve en temel anlamıyla, her bireyin kendisi veya ailesi adına, devletten minimum yeterlilikte bir konuta erişiminin sağlanmasını istemesi anlamına gelen konut hakkı, bireylerin barınma ihtiyacının karşılanmasını koruma altına alan ve böylece onların yeterli yaşam düzeyi içinde bulunmalarını sağlayan bir haktır¹⁰². Uluslararası insan hakları belgelerinde korunan bu hak AİHS'de güvence altına alınmış değildir. Fakat AİHM, istisnai durumlarda mağdur edilebilir/dezavantajlı bireylere barınma sağlanması şeklinde bir pozitif yükümlülüğün AİHS md. 8'den kaynaklanabileceği içtihadında bulunmuştur¹⁰³. AYM kararlarında ise konut hakkının, maddi ve manevi varlığın korunması ve mülkiyet hakkı bağlamında sınırlı da olsa korunduğu görülmektedir. Yukarıda sosyal

100 *Aydın Okutucu ve diğerleri*, B. No: 2020/11279, 24/5/2023, § 46.

101 § 47.

102 Bulut, N. (2009). s. 215.

103 Arslan Öncü, G. (2011). s. 303 vd.

yardım konusunda ele aldığımız A.Z.Ö. başvurusu konut hakkıyla da ilişkilendirilebilir. Başvurucunun talep ettiği diğer ihtiyaçlarla birlikte kiralık konut talebinin de gecikmeli olarak karşılanması maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlali sayılmıştır¹⁰⁴.

Diğer bir örnek ise deprem dolayısıyla kalıcı konut tahsisine ilişkindir. Deprem sebebiyle kalıcı konut yerine prefabrik konuttan yararlandırılan başvurucu yönünden yeterli bir gerekçe gösterilmeden, çelişkili olarak farklı kararlar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının, kalıcı konut tahsis edilmemesi nedeniyle de mülkiyet hakkının ve sosyal devlet ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak AYM; konuyu sosyal devlet ilkesi açısından değil mülkiyet hakkı bakımından incelemeyi uygun görmüştür. Mahkeme'ye göre deprem sebebiyle 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un hükümlerine göre konut edinme yönünde bir meşru beklentisi bulunan bir başvurucu yönünden aradan kırk yılı aşkın bir süre geçtiği hâlde başvuru konusu konuta ait tapu kaydının düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılması mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir¹⁰⁵.

f. Sendikal Haklar

Genelde örgütlenme ve özelde dernek özgürlüğünün sosyal ve mesleki bağlamda anlatımını ifade eden sendika hakkı¹⁰⁶, devletin negatif pozisyonunu gerektirmesi bakımından medeni ve siyasi haklara benzetilebilir. Ancak çalışanların korunması ve öteki sosyal hakların hayata geçirilmesi bakımından yerine getirdiği işlev onu bambaşka bir yere oturtur. Çalışanlar, diğer sosyal haklarını sendikal mücadele sonunda elde etmişlerdir. Ancak bu hakkın gerçekten bir anlam ifade edebilmesi için toplu iş sözleşmesi ve grev hakkıyla birlikte

104 A.Z.Ö., § 84.

105 Sedat Şanlı, B. No: 2018/6812, 3/7/2019, § 62.

106 Bulut, N. (2009). s. 156.

düşünülmesi gerekir. Çünkü bu üç hak, bir bütünü oluşturan parçalar gibidir ve bu haklardan birinin olmayışı diğerlerinin etkinliğini önemli ölçüde azaltır ya da ortadan kaldırır¹⁰⁷.

AİHM başlangıçta toplu pazarlık ve grev haklarının AİHS'nin 11. maddesinin kapsamında olmadığı içtihadında bulunmuş, sözgelimi toplu sözleşmeden kaynaklanan maaş artışları gibi hususları güvence kapsamının dışında değerlendirmiştir. Fakat zaman içinde bu yaklaşımını değiştirmiş ve Sözleşme hükümlerini daha geniş yorumlayarak 11. maddenin toplu sözleşme ve grev haklarını da kapsadığını kabul etmiştir. Mahkeme'nin *Demir ve Baykara Türkiye* ile *Enerji Yapı-Yol Sen. ve Türkiye* kararları buna örnektir. Enerji Yapı-Yol Sendikası başvurusunda AİHM, greve katıldıkları gerekçesiyle haklarında disiplin cezası verilen üç sendika üyesinin başvurusu üzerine ihlal kararı vermiştir¹⁰⁸.

Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir. Sendikaca alınan grev kararının Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesinin sendika hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkin başvuru ile ilgili kararında AYM, sendikaların üyelerin mesleki menfaatlerini korumak için gerçekleştirecekleri sendikal faaliyetlerinin Anayasa tarafından korunduğunu vurguladıktan sonra bu hakkın toplu sözleşme ve grev hakkını da kapsadığını belirlemiştir: *“Her ne kadar grev ve toplu sözleşme hakkı bireysel başvuru kapsamında tanınmamış olsa da üyelerinin menfaatlerini korumak için sendikaların kullanabileceği en önemli yollardandır”*¹⁰⁹.

107 Tanör, B. (1978). s. 291.

108 Seymen Çakar, A. (2020). *Sosyal Hakların Gerçekleştirilebilirliği*, İstanbul: Efe Akademi Yay., s. 187.

109 *Birleşik Metal İşçileri Sendikası*, 2015/14862, 9/5/2018, § 40.

V. SONUÇ

Sosyal haklar hem ulusal hem de uluslararası düzeyde kişisel ve siyasal haklara göre daha zayıf bir koruma mekanizmasına sahip olmuştur. Çeşitli gerekçelerle haklılaştırılan bu durum, hem özgürlüğün gerçek ve somut anlamda tesisi hem de hakların bütünlüğü ilkesi açısından tatmin edici değildir. İdeali sosyal hakların diğer hak kategorileri ile aynı düzeyde korunması ve bu bağlamda sosyal hakların da bireysel başvuruya doğrudan konu edilmesidir. Bu durumun AYM'nin iş yükünü nispi düzeyde artırmak dışında bir sakıncası yoktur. Akla bütçeye yüklenecek mali külfet meselesi gelse de sosyal haklar için öngörülen anayasal sınırlar, bilhassa Anayasa'nın 65 maddesinde yer alan mali kaynakların yeterliliği ölçütü buna engeldir. Fakat doğrusu bu olsa da zamanımızın hâkim siyasi ve iktisadi telakkileri çerçevesinde böyle bir gelişmenin yakın zamanda mümkün olamayacağı görülmektedir. İşte tam da bu noktada devreye, AİHM'in sosyal hakları medeni ve siyasi hakların kapsamına yerleştirerek geliştirdiği dolaylı koruma girmektedir.

AİHM gibi AYM de sosyal hakları medeni ve siyasi hakların kapsamına yerleştirerek korumaktadır. Bu yaklaşımın dayanağı, uluslararası denetim mekanizmalarının, bilhassa da AİHM'in benimsediği bütüncül yaklaşımdır. Hakların bütünlüğü ilkesini tam karşılamamakla birlikte yine de onunla ilişkilendirebileceğimiz bütüncül yaklaşım, medeni ve siyasi haklara içkin sosyo-ekonomik unsurlar olduğu düşüncesine dayanmakta ve bu yolla sosyal haklardan bazılarını belli ölçüde korumaktadır. Bu durum mahkemelerin denetim kapsamındaki hakları dinamik bir biçimde yorumlamalarından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede geliştirilen “pozitif yükümlülükler” ve “yatay etki” doktrinleri, sosyal hakların medeni ve siyasi haklar üzerinden korunabilmesinin teorik zeminini teşkil etmektedir.

Kararlara bakıldığında AYM tarafından sosyal hakların büyük bir kısmının usuli güvenceler ve ayrımcılık yasağı bağlamında koruma kapsamına alınabildiği görülmektedir. Bu çerçevede AYM, mali gücü yargılama giderlerini karşılayacak düzeyde olmayanlara adli yardım yapılmamasını, bu bir sosyal hak da olsa adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlali saymaktadır. Ayrımcılık yasağı ise medeni ve siyasi haklar için olduğu gibi sosyal haklar bağlamında da dikkate alınmakta ve ayrımcılık, sosyal ya da ekonomik alanda meydana gelse bile ihlal sebebi sayılmaktadır. Bu kapsamda sosyal güvenlik ya da sosyal yardım hakkı gibi sosyal haklar ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. AYM, hastalık ve engellilik temelinde yapılan muamelenin haklı bir sebebinin bulunmadığı durumlarda da ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermektedir. Ancak bu noktada dikkat çeken konu, Mahkeme'nin bunu bir medeni hakla ilişkilendiriyor olmasıdır.

Sağlık hakkı devletin pozitif yükümlülükleri temelinde, korumadan en etkili biçimde yararlanan sosyal haktır. Bu hak bir yandan yaşam hakkı, işkence yasağı ve özel hayata saygı hakkı; diğer taraftan ise adil yargılanma hakkı, etkili iç hukuk yollarına başvuru hakkı ve ayrımcılık yasağı kapsamında korunmaktadır. Sağlık hakkının alt kategorilerinden birini teşkil eden sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı da yaşama hakkı ve özel hayata saygı hakkı çerçevesinde koruma görmektedir. AYM'nin bu hakları korurken, yer yer bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanmasının Anayasa'nın 5. maddesine göre devlete düşen pozitif yükümlülüklerden birisi olduğuna işaret etmesi konumuz açısından son derece anlamlıdır.

Sosyal güvenlik pozisyonundan kaynaklanan maddi talepleri, örneğin yetimlik ya da yaşlılık aylığı ile ilgili istekleri mülkiyet hakkı kapsamında koruyan AYM, sosyal yardım taleplerine ilişkin aksama veya kesintileri maddi ve manevi

varlığın korunması hakkı kapsamında değerlendirmektedir. AYM çalışma hakkını da farklı kişisel hakların kapsamına yerleştirerek korumaktadır. Bu bağlamda öne çıkan haklar, özel hayata saygı, maddi ve manevi varlığın korunması ve sendika hakkıdır. AYM bu haklar aracılığıyla, özellikle kamu görevinden çıkarılma ve iş akdinin feshi durumunda çalışanlara güvence sağlamaktadır.

Konut hakkını, çok sınırlı bir biçimde özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı ile maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkının kapsamına alarak koruyan AYM, konuyu bazan da mülkiyet hakkı ile irtibatlandırmaktadır. Anayasa ve AİHM'in ortak koruma alanında yer almayan toplu sözleşme ve grev hakkı ise sendika hakkı kapsamında koruma görmektedir.

AİHM gibi AYM'nin de medeni ve siyasi hakları sosyo-ekonomik haklar boyutuyla okuması, hakların etkili bir şekilde yorumlanması ve uygulanması açısından olumludur. Ancak burada amacın doğrudan doğruya bir sosyal hakkı korumak olmadığını vurgulamak gerekir. Korunan yine bir medeni ve siyasi haktır. Sosyo-ekonomik çıkarlar bir medeni hakla ilişki kurulabiliyorsa, onun kapsamına dâhil edilebiliyorsa korumadan yararlanabilmektedir. AYM vekaleten görev yapan bir müdüre, o görevi asaleten yürüten birisinin aldığı ücretin verilmemesini, medeni haklar arasında sayılan zorla çalışma yasağı kapsamına sokmadığı için konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.

Bu noktada sosyo-ekonomik bir menfaatin hangi medeni hakla ve ne ölçüde ilişkilendirilebileceği meselesi önem kazanmaktadır. Doğrusu medeni hakların ekonomik ve sosyal kapsamını tanımlamak ve bu bağlamdaki hak ve yükümlülükleri belirlemek hayli güçtür. Dolayısıyla AİHM gibi AYM'nin de bu noktada zorlanması normal karşılanabilir. Ancak medeni hakları sosyal haklar alanına doğru genişleyecek şekilde yorumlamak, bireyi içinde bulunduğu somut gerçeklik içinde

kavramak ve özgürlüğü bu perspektiften okumak bakımından yine de anlamlıdır. Hakların bütünlüğü ilkesi AYM'nin bu konudaki tutumunu daha da geliştirmesini gerektirir. Böyle bir tutum, AYM'nin benimsediği hak temelli yaklaşımı gerçekten anlamlı kılmak açısından da önemli olacaktır. Çünkü bireysel başvurunun konu bakımından sınırlı olması, doğal olarak kapsam dışında kalan hakların anayasanın yorumuna etkisini sınırlamaktadır.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali (1989). "Fransız Devriminde Birey Devlet İlişkisi (1789-1794)", *AÜSBFD*, C. 44., S. 3-4., ss. 195-228.
- AKAD, Mehmet (1984). *Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi*, İstanbul: İÜHF Yayınları.
- AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, Bihterin ve BULUT, Nihat (2023). *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları.
- AKILLIOĞLU, Tekin (1995). *İnsan Hakları*, Ankara: AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları.
- ALGAN, Bülent (2008). *Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2011). *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2022). *Sosyal Devlet ve Küreselleşme Ekseninde Haksız İşten Çıkarılmama Hakkı UÇO-(GG) ASŞ-AİHS*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- BAYRA, Ersin (2023). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler", *İM HFD*, C. 8., S. 1., ss. 63-113.
- BAYRA, Adem Ersin (2024). "İnsan Haklarının Yatay Etkisi: Temel Haklarının Korunma Düzeyi Bakımından Devletin Konumunu Yeniden Düşünmek", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 41., S. 1., ss. 151-212.
- BULUT, Nihat (2001). "4709 Sayılı Kanun'la Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi", *AÜEHFD*, C. 5., S. 1-4., ss. 37-64.
- BULUT, Nihat (2009). *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- ÇELİK, Özlem (2020). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve

- Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV., S. 1., ss. 285-327.
- DOĞAN, İlyas (2005). “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, *S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13., S. 2., ss. 51-59.
- EREN, Abdurrahman (2016). “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 33., ss. 231-301.
- ERTAN, İzzet Mert (2015). *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, İstanbul: Beta Yayınları.
- HAMDEMİR, Berkan (2018). *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- KARAKUL, Selman (2016). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3., S. 2., ss. 169-206.
- KARAN, Ulaş (2007). “Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân: Bütüncül Yaklaşım”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 40., S. 3., ss. 31-62.
- KAYA, Semih Batur (2022). “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 1., ss. 51-72.
- KETHÜDA, Enes (2024). “Sosyal Güvenlik Hakkının Bireysel Başvuru Yoluna Konu Edilebilirliği”, *TBB Dergisi*, S. 173., ss. 95-155.
- KILIÇKAYA, Zeynep (2016). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18., S. 2., ss. 127-161.
- SEYMEN ÇAKAR, Ayşen (2020). *Sosyal Hakların Gerçekleştirilebilirliği*, İstanbul: Efe Akademi Yayınları.

- ŞİMŞEK, Oğuz (1999). *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- ŞİRİN, Tolga (2014). Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek Mi Der-sin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler), içinde VI. *Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu* (ss. 341-366), İstanbul: Petrol-İş Yayını.
- TANÖR, Bülent (1978). *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul: May Yayınları.
- UYGUN, Oktay (2000). İnsan Hakları Kuramı, içinde Tankuter, Korkut (Ed.), *İnsan Hakları*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- YOLCU, Serkan (2018). *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- YÜCEL DERİCİLER, Özge (2014). AİHM İçtihatları Çerçevesin-de Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, içinde VI *Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu* (ss. 367-384), İstanbul: Petrol-İş Yayını.



ANAYASA MAHKEMESİNDE YARGISAL GÜNDEMİN İNŞASI

Judicial Agenda Setting in the Turkish Constitutional Court

Prof. Dr. Serdar GÜLENER*

ÖZET

Bu çalışma, Anayasa Mahkemesinin basın duyuruları aracılığıyla yargısal gündem oluşturma ve kamuoyuyla iletişim kurma stratejisini incelemektedir. Anayasa Mahkemesi, hak ve özgürlüklerin korunmasında merkezi bir rol oynarken, yasama ve yürütme organlarıyla olan ilişkilerinde zaman zaman gerilimler yaşamakta ve demokratik meşruiyet ile yargısal aktivizm eleştirilerine maruz kalmaktadır. Bu gerilimler, Mahkemenin hukuki meşruiyeti ile demokratik meşruiyeti arasındaki dengeyi sorgulatmakta ve yargıya duyulan güven üzerindeki tartışmaları arttırmaktadır. Bu durumun yaşandığı birçok karşılaştırmalı örnekte anayasa mahkemelerinin daha fazla şeffaflık sağlayarak meşruiyetini ve toplumsal desteğini artırma çabası içine girdiği görülmektedir. Bunu sağlamak için kullandıkları önemli bir araç ise basın duyurularıdır. Ancak basın duyuruları, sadece bilgilendirme ve şeffaflık amacıyla değil aynı zamanda yargısal gündemi şekillendirme işlevi de görmektedir. Benzer bir durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir.

Çalışmada yapılan istatistiksel analiz(ler) neticesinde, Mahkemenin basın duyurusunu yaptığı kararlarında belirli

* Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, sgulener@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1014-7500

politika gündemlerinin öne çıktığı görülmektedir. Özellikle “güvenlik” ve “ekonomi” politika gündem(ler)ine sahip norm denetimi kararlarının basın duyurusu yapılma olasılığı artmaktadır. Bu bulgular, Mahkemenin kamusal niteliği yüksek olan konularda daha fazla şeffaflık sağlama ve meşruiyetini pekiştirme stratejisini yansıtan bir durum olarak görülebilir. Buna karşın, “hukuk ve suç” ile “hükümet faaliyetleri” gibi daha formel politika gündemlerinin basın duyurusu yapılan kararlarda yer alma olasılığı daha düşük gözükmektedir.

Anahtar kelimeler: Yargısal gündem inşası, karşılaştırmalı gündem projesi, basın duyuruları, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti, şeffaflık.

ABSTRACT

This study examines the Turkish Constitutional Court's strategy of judicial agenda-setting and ensuring communication with the public through press releases. While the Turkish Constitutional Court plays a central role in protecting rights and freedoms, it occasionally experiences tensions in its relations with the legislative and executive branches and is subject to criticism for judicial activism and its democratic legitimacy. These tensions raise questions about the balance between the Court's legal legitimacy and democratic legitimacy, triggering debates about public trust in the judiciary. In many comparative cases where such tensions arise, constitutional courts appear to increase transparency to enhance their legitimacy and societal support. A key tool employed by them to that end is press releases. However, press releases not only serve the purpose of informing and promoting transparency but also function to shape the judicial agenda. It also applies to the Constitutional Court of the Republic of Türkiye.

Statistical analyses conducted with respect to the study reveal that certain policy agendas are more prominently featured in the Court's decisions that are publicized through press releases. Specifically, constitutional review decisions related to the policy agendas of "security" and "economy" have a higher likelihood of being publicized through press releases. These findings can be interpreted as reflecting the Court's strategy to provide greater transparency and reinforce its legitimacy in matters of high public interest. On the other hand, policy agendas such as "law and crime" and "government operations," which are more formal in nature, are less likely to be publicized through press releases.

Keywords: Judicial agenda setting, comparative agendas project, press releases, democratic legitimacy of constitutional review, transparency.

GİRİŞ

Kanunların anayasaya uygunluk denetiminin yargısal yolla gerçekleştirilmesini ifade eden anayasa yargısı, hak ve özgürlüklerin korunmasında üstlendiği rol ile birçok anayasal düzenin vazgeçilmez unsuru hâline gelmiştir. Diğer taraftan yerine getirdiği işlevin karakteri bu mekanizmanın diğer devlet kuvvetleri ile zaman zaman çatışmacı bir ilişki içinde anılmasını da gündeme getirmektedir. Atanmış yargıçlarla, seçimle gelen siyasetçiler arasındaki ilişki üzerinden yapılan değerlendirmelerle¹ çerçevesi çizilen bu çatışma, bir anlamıyla bu denetimi gerçekleştiren mahkemelerin hukuksal meşruiyeti ile demokratik meşruiyeti arasındaki bir tercihin ürünü olarak da görülebilir.

Anayasa yargısı ile demokrasi arasında var olan gerilimi besleyen önemli kaynaklardan birinin anayasa mahkemelerinin sergilediği (olumsuz) aktivist tutum olduğu sıkça dile getirilmektedir. Yargısal aktivizm² biçiminde adlandırılan ve yasaların yorumlanmasında üstlendikleri rolün sınırlarının tartışılmasını gündeme getiren bu “eleştiri”, mahkemelerin yasama fonksiyonunun alanına girerek yasa yapıcı bir rol üstlenmelerine işaret etmektedir. Anayasa metnini yorumlama imkânından beslenen bu durum, mahkemeleri genişletici yo-

-
- 1 Bu tartışmayı ele alan bazı çalışmalar için bkz. Freeman, S. (1990). “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, Vol. 9., No. 4., ss. 327-370; Tushnet, M. V. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, NJ: Princeton University Press; Zurn, C. F. (2002). “Deliberative Democracy and Constitutional Review”, *Law and Philosophy*, Vol. 21., No. 4/5., ss. 467-542; Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press; Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press; Waldron, J. (2006). “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115., No. 6., ss. 1346-406.
 - 2 Kavramla ilgili tartışmalar için bkz. Sowell, T. (1989). *Judicial Activism Reconsidered*, Stanford: Hoover Institution Press; Anand, A. S. (2000). “Judicial Review-Judicial Activism-Need For Caution”, *Journal of the Indian Law Institute*, Vol. 42., No. 2/4., ss. 149-159; Roosevelt, K. (2006). *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*, New Haven and London: Yale University Press; Indquist, S. A. and Cross, F. B. (2009). *Measuring Judicial Activism*, New York: Oxford University Press.

rumla hareket ederek yeni hakları tanımlama veya var olan bir hakkın sınırlarını genişletme ile ilişkilendirmektedir.

Yargısal açıdan aktivist bir mahkemenin kuvvetler ayrılığı ilkesini tehdit edecek çok önemli bir riski taşıdığı kabul edilmekte, yasama organının yerine kendisini koyarak hareket edebileceği varsayılmaktadır. Bu duruma, yargıçların kişisel veya ideolojik görüşlerini karar alma süreçlerine yansıtabilecekleri ve mahkemelerin hukuki meşruiyeti olmasa bile, demokratik meşruiyetlerinin zayıflayabileceği yönünde bir eleştiri eşlik etmektedir. Bu eleştirinin sahipleri büyük ölçüde mahkemelerin demokratik süreçlere saygı duyarak hareket etmeleri/karar almalarının gerekliliğine dikkat çekmektedir³.

Anayasa yargısı ile siyaset arasındaki bu gerilimli ilişki yargının toplumsal desteğinin derecesini, başka bir anlamıyla yargıya duyulan güveni de gündeme getirmektedir. Üçüncü bir devlet kuvveti olarak yargının diğer devlet organları gibi şeffaf ve hesap verebilir olmasını ifade eden bu beklenti yargının bağımsız ve tarafsız niteliğinin de bir tamamlayıcısı olarak görülmektedir.⁴ Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına dair toplumda var olan genel kabulün (başka bir ifadeyle meşruiyetin) seviyesinin yargıya duyulan güveni de önemli ölçüde belirlediği görülürken⁵, güvenilen bir yargıya ise daha fazla toplumsal destek verilmektedir⁶. Kuşku yok ki bu durum anayasa mahkemeleri için de geçerlidir. Anayasa yargıçlarının dışsal herhangi bir etki altında kalmadan, dünya görüşleri ve ideolojilerinden uzak olarak karar verdiklerine dair toplumda

3 Bu eleştirileri “yargısal kendi kendini sınırlandırma” (*judicial self restraint*) kavramı etrafında ele alan tartışmalar için bkz. Ely, H. J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press; Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

4 Gülener, S. (2011). “Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15., S. 2., s. 216.

5 Van Dijk, F. (2021). *Perceptions of the Independence of Judges in Europe*, Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan, s. 15-16.

6 Bkz. Caldeira, G. A. and Gibson, J. L. (1992). “The Etiology of Public Support for the Supreme Court”, *American Journal of Political Science*, Vol. 36., No. 3., s. 647.

var olan inanç yargıya güveni arttırırken, anayasa yargısının kurumsal desteğinin de artmasına hizmet etmektedir.

Bu çalışmada, anayasa mahkemeleri açısından giderek artan bir önem taşıyan basın duyurularının, karar gündemi oluşturmada nasıl bir rol üstlendiği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (AYM) özelinde incelenmektedir. İlk olarak, yargının kamuoyu desteğini sağlamak için hangi unsurlara dayandığına odaklanılacaktır. Ardından, bu unsurlar arasında basın duyurularının yeri değerlendirilecek ve devamında basın duyuruları ile yargının karar gündemi inşası arasındaki ilişki karşılaştırmalı bir perspektifle analiz edilecektir. Son olarak, AYM'nin norm denetimi kararlarına ilişkin basın duyurularında hangi yargısal önceliklerin öne çıktığı analiz edilerek, AYM'nin basın duyuruları aracılığıyla nasıl bir yargısal söylem geliştirdiği ve bu söylemin karar süreçleri üzerindeki olası etkileri ortaya konulacaktır.

I. YARGIYA KAMUOYU DESTEĞİNİN UNSURLARI

Bağımsızlık ve tarafsızlığın anayasa mahkemelerine duyulan güven ve desteği belirleyen kurumsal parametreler olarak öne çıktığı belirtilmelidir. Çünkü başta anayasa olmak üzere hukuksal düzenlemelerle sağlanan güvenceler bağımsız ve tarafsız karar almanın çerçevesini meydana getirmektedir

Yargıya güven üzerinde etkili olan bir diğer faktörün yargıya ilişkin bilinirlik ve tanınırlığın (farkındalık) olduğu söylenmelidir.⁷ Yargıya dair kavram, kurum ve süreçlere ilişkin vatandaşların sahip olduğu farkındalığın yüksekliğinin yargıya olan güveni olumlu etkilediği bilinmektedir.⁸ Bu durumu anayasa mahkemelerine uyarladığımızda bilgi düzeyinin artması ile vatandaşların anayasa mahkemelerine olan güveninde de bir artışın meydana gelmesi olasıdır.

7 Yargıya duyulan güveni etkileyen faktörler için bkz. Gülener, S. (2018). *Yargıya Güven*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

8 Hough, M. and Roberts, J. V. (1999). "Sentencing Trends in Britain: Public Knowledge and Public Opinion", *Punishment & Society*, Vol. 1., No. 1., s. 13-14.

Yargının kamuoyu nezdinde sahip olduğu bağımsızlık ve tarafsızlığına dair algı ile toplum nezdinde bilinirliğinin fazla olmasının beraberinde getireceği en önemli sonuç kamuoyunun yargının işleyişini ve kararlarını daha yakından takip etmesi ve yargı üzerinde bir tür toplumsal denetim mekanizmasının oluşmasıdır. Bu denetim, yargı süreçlerinin daha şeffaf olmasını teşvik ettiği gibi ve hesap verebilir olması yönündeki baskıları da arttıracaktır.

Yargının bireysel özgürlükler üzerinde doğrudan etkisi düşünüldüğünde kararlarının hesabını verebilmesi daha da önem taşımaktadır. Yargı bağımsızlığı, bu süreçte kritik bir öneme sahip olsa da çeşitli faktörlere bağlı olarak bazen sorunların çözümünde etkin hareket edebilmeyi sağlayamayabilir. Ancak, hesap verebilirlik ve şeffaflık sağlandığında, bu sorunların tespit edilmesi kolaylaşacak, bu da yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığının güçlenmesine katkı sağlayacaktır⁹.

Hesap verebilirliğin ve şeffaflığın sağlanabilmesi ile ilgili birçok mekanizmadan bahsetmek mümkündür. Aslında bizzat yargının kendisi bunu sağlamak adına kurumsal düzenlemelere de sahiptir. Örneğin mahkemelerin aldıkları kararların gerekçeli olarak açıklanması, bu kararların üst derece mahkemelerce temyiz edilebilmesi ve mahkemelerin açık yargılama usulünü benimsemeleri bu düzenlemelerin başlıcaları olarak kabul edilebilir¹⁰. Hukuki ve idari nitelik taşıyan bu hesap verebilirlik mekanizmaları, hukukun uzmanlık gerektirmesi, yargı süreçlerinin bazen uzun sürmesi ve bürokratik korumacılık gibi nedenlerden dolayı etkin bir şekilde çalışmayabilir. Bu noktada hesap verebilirliğin ve şeffaflığın farklı bir yaklaşımla sağlanabilmesi gündeme gelmektedir. Demokrasi teorisinin sağladığı imkânların eşlik ettiği yeni yaklaşım, mahkemelerin doğrudan vatandaşlarla temas kurmasına odaklanmaktadır. Örneğin bahsi geçen temas başta Amerika Birleşik

9 Güleler, S. (2011). s. 223.

10 a.g.e. s. 223.

Devletleri (ABD)¹¹ olmak üzere çeşitli hukuk sistemlerinde görülen, yargıçları doğrudan halkın seçebilmesi biçiminde olabilir. Büyük ölçüde belirli aralıklarla gerçekleşen seçimler üzerinden işleyen bu yöntem, barındırdığı “siyasi(leşme)” riskleri dolayısıyla sıkça eleştirilmektedir¹². Siyasi partilerin seçimlerde etkili olması, yüksek bütçeli seçim kampanyaları, seçmenlerin yanlış yönlendirilebilmesi riski gibi faktörler bu eleştirilerin başlıca kaynağını meydana getirmektedir¹³.

II. ANAYASA MAHKEMELERİNİN KAMUOYU İLE İLETİŞİMİ

Geleneksel hesap verebilirlik mekanizmalarının etkisizliği yeni yaklaşım ve yöntemlerin ortaya çıkışına hizmet etmektedir. Bu çerçevede yargı kararlarının sorgulanabilirliği ve denetlenebilirliğinde medyanın (hem konvansiyonel hem de sosyal medya) rolü giderek daha önemli hale gelmektedir¹⁴. Medyanın sunduğu imkânlar yargı kararlarının ve süreçlerinin kamuoyuna aktararak, yargıya güvenin inşa edilmesine katkıda bulunmaktadır. Medya aracılığıyla yapılan eleştiriler ve analizler, yargı sisteminin şeffaflığını artırırken, yargıçların kararlarına erişimi ve sorgulanabilirliği kolaylaştırdığı ifade edilebilir¹⁵. Yargısal süreç ve kararlarla ilgili vatandaş ile başarısız bir iletişimin kurulması yargının güvenilirliğinin ve

11 Doğrudan halk tarafından gerçekleşen seçimlerin eyaletlere göre karşılaştırması için bkz. “Judicial Selection: An Interactive Map”, *Brennan Center for Justice*, <https://brennancenter.org/judicial-selection-map> (Erişim Tarihi: 12/8/2024)

12 Örneğin bkz. Carrington, P. D. (1989). “Judicial Independence and Democratic Accountability in Highest State Courts”, *Duke Law Journal*, Vol. 61., No. 3., ss. 79-126.

13 Söz konusu riskler ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Abbe, O. G. and Herrnson, P. S. (2003). “Public Financing for Judicial Elections? A Judicious Perspective on the ABA’s Proposal for Campaign Finance Reform”, *Polity*, Vol. 35., No. 4., ss. 535-554; North Carolina Law Review (2019). “Tuesday, February 11, 1868: The Day North Carolina Chose Direct Election of Judges-A Transcript of the Debates from the 1868 Constitutional Convention”, *North Carolina Law Review*, Vol. 70., No. 6, ss. 1825-1850.

14 Yargı-medya ilişkisini çeşitli ülke örnekleri üzerinden ele alan bir çalışma için bkz. Davis, R., and Taras, D. (Ed.). (2017). *Justices and Journalists*, Cambridge: Cambridge University Press.

15 “The Relationship Between the Courts and the Media”, *Supreme Court of Canada*, <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2012-01-31-eng.aspx> (Erişim Tarihi: 13/8/2024)

meşruiyetinin zayıflamasına neden olacaktır¹⁶. Yargının demokratik hesap verebilirliğinin bir gereği olarak düşünülmesi gereken bu durum, demokrasinin temel dayanaklarından olan ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkının etkili bir şekilde işlenmesini sağlar.

Özellikle ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) üzerine yapılan çalışmalardan elde edilen bulgular göstermektedir ki Mahkemenin verdiği kararlar kamuoyundan (*public opinion*) etkilenmektedir¹⁷. Yargıçlar, kararlarını verirken kendilerini kamuoyunun mahkeme ile ilgili düşüncelerinden soyutlayamamaktadır. Kamuoyunun başlıca bilgi alma kaynağı olarak medya düşünüldüğünde bir tarafta yargıcın, diğer tarafta kamuoyunun yer aldığı, üçlü bir etkileşim tarafından çerçevelenen yargısal karar alma sürecinden bahsetmek mümkün hâle gelmektedir. Söz konusu durumun sosyal medya ile çok daha farklı aşamaya evrildiği de belirtilmelidir.

Sosyal medyanın ortaya çıkışı ve gittikçe artan gücü, geleneksel medya araçlarından farklı olarak kamuoyu ile iletişimde¹⁸ hiyerarşiyi ortadan kaldırmış ve çok daha demokratik kılmış, bilgiye ulaşma talebinde devasa bir artışa yol açmıştır. Ancak sosyal medyanın demokratik karakterinin ortaya çıkardığı aşırı çoğulculuk, aynı zamanda kontrolsüz ve doğrulanmamış bilgiye kaynaklık etmektedir¹⁹. Hatta bu durum yalnızca sosyal medya ile sınırlı kalmamakta, buradan üretilen bilgi, geleneksel yazılı ve görsel medya tarafından da kullanılmaktadır. Ortaya çıkan bu yeni durum vatandaşların gü-

16 Davis, R. and Taras, D. (2017). s. 15.

17 Friedman, B. (2009). *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York: Farrar, Straus and Giroux. s. 371; Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Hanych, M., Hubert, S. and Jaroslav, B. (2023). "The Influence of Public Opinion and Media on Judicial Decision-Making: Elite Judges' Perceptions and Strategies", *International Journal for Court Administration*, Vol. 14., No. 3, ss. 1-19.

18 Bu çalışmada halkla ilişkiler (*public relations*) ifadesi yerine "kamuoyu ile iletişim" tercih edilecektir.

19 Bayer, J. (2024). "Post-Truth and Post-Trust: How to Re-Define Trust in The Judicial System and the Media", *ERA Forum*, Vol. 25., ss. 165-179.

venli bilgiye erişim ihtiyacını doğurmaktadır. Genelde kamu kurumları, özelde ise başta anayasa mahkemeleri olmak üzere yargı kurumlarının kamuoyu ile kuracakları iletişimi söz konusu arka planı dikkate alarak yapmaları bir zorunluluğa dönüşmektedir.

Anayasa mahkemelerinin kamuoyu ile iletişimini aracısız olarak kendisinin yapması, Mahkemenin, anayasal düzeni etkileme kapasitesi de göz önüne alındığında, yalnızca kendine duyulan güven açısından değil aynı zamanda bütün bir anayasal düzenin meşruiyetinin güçlendirilmesi ve halkın yargıya olan güveni açısından kritik öneme sahiptir. Özellikle kamuoyunu yakından ilgilendiren davalarda, doğru bilgilendirme ile kamuoyunun yanıltıcı veya eksik bilgilerden korunması sağlanabilir. Yargısal bilgiyi ve faaliyeti manipüle edebilecek araçların/engellerin ortadan kalkması “açık adalet”in (*open justice*) hayata geçebilmesi açısından da önemli kabul edilmektedir²⁰. Yargı süreçlerinin şeffaf, erişilebilir ve kamuya açık olmasını savunan bir ilke olarak açık adalet,²¹ yargı sisteminin halk tarafından izlenebilmesi ve denetlenebilmesi için mahkemelerin faaliyetlerinin ve kararlarının şeffaf bir şekilde yürütülmesini ve bu süreçlere halkın erişiminin sağlanmasını gerektirdiğinden mahkemelerin bilgiyi kendilerinin sübvanses etmesi (*information subsidy*) önem taşımaktadır.

A. ANAYASA MAHKEMELRİNİN KAMUOYU İLE İLETİŞİMDE KULLANDIĞI ARAÇLAR VE BASIN DUYURULARI

Anayasa mahkemelerinin kamuoyu ile kurduğu iletişimde çeşitli bilgilendirme araçları kullandıkları görülmektedir. Basın bültenleri, web siteleri, sosyal ağlar, e-posta listeleri, vide-

20 Benzer bir görüş için bkz. Meyer, P. (2022). “Transparency and Strategic Promotion: How Court Press Releases Facilitate Judicial Agenda-Building in Germany”, *Public Relations Review*, Vol. 48., No. 4., s. 3.

21 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bosland, J. and Gill, J. (2014). “The Principle of Open Justice and the Judicial Duty to Give Public Reasons”, *Melbourne University Law Review*, Vol. 38., No. 2., ss. 482-511.

olar ve podcastler, kamu konuşmaları ve açıklamalar, kamu etkinlikleri, mobil uygulamalar, podcastler, videolar ve kitapçıklar anayasa mahkemeleri de dâhil olmak üzere kamuoyu ile etkileşim kurmak, yargı kararları ve faaliyetler hakkında bilgi yaymak, şeffaflığı sağlamak, vatandaşları anayasal ilkeler hakkında eğitmek ve medya ile halkla olumlu ilişkiler sürdürmek amacıyla kullanılmaktadır²². Bunlar içinden basın duyuruları/bültenleri (*press releases*) bilgi sübvansiyonu sağlayan araçlar olarak mahkeme kararları konusunda medyanın ve kamuoyunun bilgilendirilmesine hizmet etmekle kalmayıp, aynı zamanda mahkemenin kamuoyundaki karar gündeminin de inşasını sağlamaktadır.

Haber duyurusu²³ olarak da bilinen ve ağırlıklı olarak “basın duyurusu/bülteni” biçiminde adlandırılan bu iletişim aracı, “haber hikâyelerine benzeyen ve yayımlayan tarafından haber değeri taşıdığı düşünülen bilgileri içeren kısa metinlerdir”²⁴. Genellikle gazetecilere gönderilen bu metinler, muhabir ve editör gibi medya aktörlerinin haber toplamasını ortadan kaldırmakta yalnızca haberin işlenmesine odaklanmalarını sağlamaktadır²⁵. Son zamanlarda ise muhataplarının gazeteciler olmanın ötesine geçtiği, kamuoyunun geneliyle etkili bir şekilde iletişim kurmanın önemli yöntemlerinden biri hâlini aldığı gözlemlenmektedir²⁶.

Günümüzde internet medyasındaki gelişmeler ve sosyal medyanın haber alıcılar üzerinde artan etkisi basın duyurularının ağırlıklı biçimde elektronik ortamda yayınlanmasını gündeme getirmektedir ki bu tarz yapılan duyurulara “elekt-

22 Sperti, A. (2022). “Constitutional Courts Speak Their Voice: Their Fight Against Fake News and Disinformation on Constitutional Justice”, *The Italian Review of International and Comparative Law*, Vol. 1., No. 2., s. 234.

23 Wilcox, D. L., Cameron, G. T., Reber, B. H. and Shin, J. H. (2015). *Public Relations: Strategies and Tactics* (11th ed.), Essex: Pearson, s. 390.

24 Catenaccio, P. (2008). “Press Releases as a Hybrid Genre: Addressing the Informative/Promotional Conundrum”, *Pragmatics*, Vol. 18., No. 1., s. 11.

25 Wilcox, D. L., Cameron, G. T., Reber, B. H. and Shin, J. H. (2015). s. 391.

26 Catenaccio, P. (2008). s. 11.

ronik basın duyurusu (e-bülten)”²⁷ adı verilmektedir. Günümüzde anayasa mahkemelerinin yaptığı basın duyurularını web sayfaları aracılığıyla ve sosyal medya hesaplarından paylaşarak gerçekleştirdikleri düşünüldüğünde aslında bu duyuruların da birer e-bülten niteliğine sahip olduğu ifade edilebilir.

Gilpin’e göre basın duyuruları yalnızca geleneksel rolleri dolayısıyla kamuoyunu bilgilendirme aracı olarak görülmemeli aynı zamanda bir organizasyonun paydaşları ile diyalog kurmasına da hizmet etmektedir²⁸. Ayrıca basın duyuruları kimlik inşa aracı olarak da kullanabilmektedir. Organizasyonu etkileyen olayları anlamlandırıp, paydaşların görüşlerini etkilemede rol oynayabilmektedir²⁹. Organizasyon için sürekli bir anlatı oluşturma rolü de üstlenebilirler. Özellikle kriz anlarında, sonucun bilinmediği durumlarda, tutarlı bir organizasyonel anlatı oluşturulmasına yardımcı olabilirler³⁰.

B. ANAYASA MAHKEMELERİ BASIN DUYURULARINI NASIL KULLANIYOR?

Anayasa mahkemeleri tarafından basın duyurularının kamuoyu ile iletişimde kullanılması son dönemde giderek artan bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle mahkemelerin web sayfalarının hizmete girmesi ile bu durum çok daha belirgin bir hâl almıştır. Ayrıca basın duyurularının yayınlanması mahkemelerin profesyonel birer basınla ilişkiler departmanı kurdukları döneme rastlamaktadır. Sperti’nin aktardığına göre Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Mahkemesi (*BVerfG*) 1996 yılı; İtalya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (*Corte costituzionale della Repubblica Italiana*) 2005 yılı; Fransız Anayasa Konseyi (*Conseil constitutionnel*) 1993 yılı

27 Strobbe, I. and Geert, J. (2005). “E-releases: A View from Linguistic Pragmatics”, *Public Relations Review*, Vol. 31., No. 2., s. 289-291.

28 Gilpin, D. R. (2008). “Narrating the Organizational Self: Reframing the Role of the News Release”, *Public Relations Review*, Vol. 34., No. 1., s. 9.

29 a.g.e. s. 16.

30 a.g.e. s. 16.

ve Belçika Anayasa Mahkemesi (*Cour constitutionnelle*) 2012 yılı itibarıyla basın duyurularını yayınlamaya başlamıştır³¹.

Söz konusu basın duyuruları incelendiğinde bunların belirli içeriklerden oluştuğu söylenebilir. Örneğin Federal Almanya Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan basın duyuruları çoğu Mahkemenin önemli kararlarının duyurularını kapsamakta; bazıları Mahkemenin veya yargıçların faaliyetleri ile ilgili bilgiler vermekte bazıları ise sonraki toplantıların gündemini duyurmaktadır³².

Fransız Anayasa Konseyi, önemli davaları özetleyen basın duyurularının yanı sıra Konsey üyeleri ve Konseydeki kurumsal gelişmeler ile ilgili basın duyurularını “en son haberler” başlığı altında yayınlamaktadır³³.

Belçika Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan duyuruları genel basın duyuruları ve kararlarla ilgili basın duyuruları biçiminde iki türde gerçekleştirilmektedir³⁴.

İtalya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin web sayfasında yer alan duyurular, kararlar dışında yeni *podcast* duyurusu, istatistikler, toplantı gündemleri gibi Mahkeme ile ilgili diğer konular ile ilgili olarak da yapılmaktadır³⁵.

İspanya Anayasa Mahkemesi (*Tribunal Constitucional De España*) web sayfasında “Basın” menüsü altında basın duyurularına yer vermektedir. Büyük ölçüde norm denetimi ve *amparo* başvurusu ile ilgili bilgiler duyurular yer almaktadır. Söz

31 Sperti, A. (2022). s. 228-234.

32 Bkz. “Pressemitteilungen”, *Bundesverfassungsgericht*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/pressemitteilungen_node.html (Erişim Tarihi: 11/8/2024)

33 Bkz. “Toutes les actualités”, *Conseil Constitutionnel de la République Française*, https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/landing_actualites_rubrique/actualites-32280/landing_actualites_rubrique/les-decisions-32274/type/communiqué-2 (Erişim Tarihi: 11/8/2024)

34 Bkz. “Communiqués de presse généraux”, *Constitutional Court of Belgium*, <https://www.const-court.be/fr/media/general-press-releases> (Erişim Tarihi: 11/8/2024)

35 Bkz. “Comunicati stampa”, *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, <https://www.cortecostituzionale.it/comunicatiStampa.do> (Erişim Tarihi: 11/8/2024)

konusu duyurular yazılı metin dosyası dışında ses dosyası biçiminde dinlenebilmektedir³⁶. İspanya Anayasa Mahkemesi web sayfasında diğer örneklerde çok fazla rastlanılmayan bir biçimde “Şeffaflık”³⁷ adıyla bir menü yer almaktadır. Burada Mahkemenin şeffaflığı ile ilgili hukuksal düzenlemeler dışında, kararlar, Başkan, üyeler, raportörler, genel sekreterin maaş bilgileri, Mahkeme istatistikleri, bilgi edinme başvuruları ile ilgili bilgiler de kamuoyu ile paylaşılmaktadır.

Avrupa ülkeleri dışında basın duyuruları yapan diğer örnekler bakıldığında da benzer bir tablo ile karşılaşmak mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin (*Supreme Court*) web sayfasında “haber medyası (*news media*)” menüsü içinde bulunan basın duyuruları Mahkeme kararları dışında yemin eden veya emekliye ayrılan üyeler, basında Mahkeme ile ilgili çıkan bazı haberler, toplantı gündemleri vb. konularını içermektedir³⁸.

Kanada Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Canada*) web sayfasında basın duyurularına yer veren bir diğer Yüksek Mahkemedir. “Medya” menüsü altında “haber duyuruları” (*news releases*) başlığı ile yaptığı duyurular Mahkeme kararları ile ilgili ve şekil olarak bilgi notları biçimindedir³⁹.

Latin Amerika örneklerine bakıldığında yine basın duyurularının kamuoyu iletişimi sağlamada kullanılan önemli araçlardan biri olduğu görülmektedir. Brezilya Federal Yüksek Mahkemesinin (*Supremo Tribunal Federal*) yaptığı basın duyuruları web sayfasında “İletişim” menüsü altında “Mahkemededen haberler” adıyla yayınlanmaktadır⁴⁰. Burada hem

36 Bkz. “Últimas notas de prensa”, *Tribunal Constitucional de España*, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/prensa/Paginas/default.aspx> (Erişim Tarihi: 13/8/2024)

37 Bkz. “Transparencia”, *Tribunal Constitucional de España*, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/transparencia/Paginas/default.aspx> (13/8/2024)

38 Bkz. “Press Release”, *Supreme Court of the United States*, <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases.aspx> (12/8/2024)

39 “News releases”, *Supreme Court of Canada*, https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/news/en/nav_date.do (12/8/2024)

40 Bkz. “Notícias STF”, *Supremo Tribunal Federal*, <https://noticias.stf.jus.br> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)

karar duyurularına hem de Mahkemenin kurumsal duyurularına ulaşmak mümkün. Ayrıca Brezilya Federal Yüksek Mahkemesi aynı İspanya örneğinde olduğu gibi web sayfasında “Şeffaflık ve Hesap Verebilirlik” başlıklı bir menüye sahiptir. Burada faaliyet raporları, Mahkemenin sahip olduğu araç-gereçler, mali denetim bilgileri, sürdürülebilirlik programı, kamu ihaleleri, personel maaş bilgileri gibi hususlara yer verilmektedir⁴¹.

Meksika Ulusal Adalet Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Justice of the Nation*) basın duyurularına web sayfasında yer vermektedir. Bu duyurularda ağırlıklı biçimde Mahkeme tarafından alınan kararların yanı sıra yapılan çeşitli toplantılarla ilgili bilgilere, başkan ve üyelerin verdiği röportajlara, yaptığı konuşmalara da yer verilmektedir⁴².

Arjantin Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Argentina*) basın duyurularını “Haberler” başlığı altında gerçekleştirirken kararlar ile ağırlıklı biçimde kurumsal konularla ilgili olan basın duyurularını birbirinden ayrı biçimde yapmaktadır. Ayrıca kararlarla ilgili basın duyurularının sadece metin dosyası olarak değil, ses dosyası olarak da sunulduğu görülebilir⁴³.

Güney Kore Anayasa Mahkemesi de (*Constitutional Court of Korean*) web sayfasında kararlarla ilgili basın duyurularını “basın bülteni” adıyla yayınlamaktadır⁴⁴. Mahkeme, kararlar bülteni ile Mahkemenin kurumsal haberleri ayrı menüler altına sunmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin toplumsal desteği sağlama hedefi açısından basın duyuruları teknik olarak doğrudan ve

41 Bkz. “Transparência”, *Supremo Tribunal Federal*, <https://portal.stf.jus.br/transparencia/> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)

42 Bkz. “Comunicados”, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/comunicados?page=2> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)

43 “Noticias”, *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, <https://www.csjn.gov.ar/novedades/noticias> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)

44 “뉴스레터”, *Constitutional Court of Korea*, <https://ccourt.go.kr/site/kor/ccourt/newsletter/selectNewsletterList.do> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)

tek taraflı bir rol üstlense de aynı zamanda Mahkemelerin (yargıçların) kamuoyunun görüşlerini dikkate alarak karar vermelerinin de imkânını yarattığından aslında tarafların birbirini etkileyebilmelerine yol açan karşılıklı bir ilişki biçimini şekillendirmektedir⁴⁵. Bunun doğal bir sonucu ise mahkemelerin verdikleri kararlarda kamuoyu desteğini nasıl alabileceklerine odaklanmalarıdır.

Mahkemeler ile kamuoyu arasındaki karşılıklı ilişki, stratejik yargısal karar verme davranışı (*strategic judicial decision-making behavior*)⁴⁶ ile daha derin bir boyut kazanmaktadır. Stratejik yargısal karar verme, yargıçların karar alırken yalnızca hukuki ilkeleri değil, aynı zamanda kamuoyunun tepkilerini, toplumsal eğilimleri ve siyasi dinamikleri de göz önünde bulundurduğu bir davranışı ifade etmektedir⁴⁷. Basın duyuruları ile yargıçlar verdiği kararların gerekçelerini sunma imkânı elde ederler ki böylece toplumda Mahkemenin meşruiyeti ile ilgili oluşabilecek soru işaretlerinin de azalması sağlanabilir. Kamuoyundan gelecek tepkileri ölçme aracı olarak basın duyurularının stratejik rolü bu noktada önem kazanır. Ayrıca yargıçlar, belirli bir konuda kamuoyunun benzer veya aykırı durumlarda nasıl tepkiler verdiğini daha geniş bir perspektifte ve daha kolektif bir düzlemde tespit ettiği için kamuoyunun beklentisini tatmin edebilecek “stratejik” yargısal kararlar verebilir. Böylece kamuoyu bir anlamda Mahkemenin ürettiği kararların olası siyasal sonuç ve etkilerini sınırlanmış olur⁴⁸.

45 Sperti, A. (2022). s. 241-242.

46 Stratejik yargısal karar verme davranışı, yargıçların karar alma süreçlerini, belirli tercihler ve hedefler doğrultusunda planlı ve ileriye dönük bir şekilde hareket eden bireyler olarak modellenmesini ifade eder. Bu kavram, yargıçların karar alma sürecinde politik etkiler, içsel stratejik davranışlar ve yargı bağımsızlığı gibi çeşitli faktörleri nasıl dengelediğini anlamaya çalışır [Spiller, P. T. and Gely, R. (2007). “Strategic Judicial Decision Making” (Working Paper No. 13321), *National Bureau of Economic Research*, <http://www.nber.org/papers/w13321> (Erişim Tarihi: 15/8/2024)]

47 Ayrıntılı bilgi için bkz. Epstein, L. and Weinshall, K. (2021). *The Strategic Analysis of Judicial Behavior: A Comparative Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.

48 Bu yönde elde edilen ampirik bulgular için bkz. Casillas, C. J., Enns, P. K. and Wohlfarth, P. C. (2011). “How Public Opinion Constrains the U.S. Supreme Court”, *American Journal of Political Science*, Vol. 55., No. 1., ss. 74-88.

Stratejik yargısal karar verme, yargıçların kararlarının geniş çapta nasıl algılanacağını, hangi tepkilere yol açacağını ve uzun vadede hangi etkileri doğuracağını öngörmeye çalıştıkları anlamına gelmektedir. Ayrıca mahkemelerin yargısal karar gündemini nasıl belirlediğini, hangi davaları seçtiklerini ve bu süreçte toplumsal, siyasi ve hukuki faktörleri nasıl dikkate aldıklarını açıklamaya da yardımcı olma potansiyeli taşımaktadır.

Bu noktada Mahkeme çıktıları üzerinden değerlendirmeler yapılması gündeme gelmektedir. Mahkemelerin kamuoyu ile kurduğu ilişkide kullandığı araçlar çıktılar içinde yargısal gündemin inşasına dair en elverişli imkânları sunanlardan biri olarak dikkat çekmektedir. Mahkemeler, verdiği kararlar ve bu kararların medya aracılığıyla kamuoyuna sunulması sürecinde yargısal gündem şekillendirilirken önemli bir rol oynamaktadır. Bu süreç, halkın yargı kararlarını nasıl algıladığını ve yargının genel anlamda nasıl bir rol üstlendiğini belirleyen kritik bir bileşendir.

Moran'ın, mahkemelerin ve yargıçların kamuoyu nezdinde nasıl algılandığını ve bu algının nasıl şekillendirildiğini ifade etmek için kullandığı "yargının imajı" (*judicial image*) kavramı, yargının gündem inşa süreciyle doğrudan bağlantılı kabul edilebilir. Medya, yargısal kararların ve mahkeme süreçlerinin kamuoyuna nasıl yansıtıldığını belirleyerek, yargının hem pozitif hem de negatif algılarla şekillenmesine yol açar. Yargının görüntüsü, sadece yargıçların kararları ve bu kararların hukuki temelleriyle değil, aynı zamanda bu kararların medya tarafından nasıl sunulduyuyla da ilgilidir. Medya, yargısal gündemin inşasında etkili bir araç olarak, toplumun yargıya olan güvenini ve desteğini belirleyerek yargının meşruiyeti üzerinde rol oynamaktadır.

III. YARGISAL KARAR GÜNDEMİ İNŞASI VE ÇEŞİTLİ YAKLAŞIMLAR

Anayasa mahkemelerinin verdiği kararlar sadece hukuki sonuçlar doğurmaz aynı zamanda kamuoyunun dikkatini belirli konulara çekme gücüne de sahiptir. Mahkemeler, kararlarını çeşitli biçimlerde kamuoyunun önüne çıkararak, toplumda hangi meselelerin daha fazla tartışılacağını şekillendirebilirler. Yargısal kararların gündeme taşınması, sadece hukuki bir eylem değil, aynı zamanda kamuoyunu belirli sosyal ve politik konulara yönlendiren güçlü bir işarettir. Bu süreç, mahkemelerin toplumsal dinamikler üzerindeki etkisini artırırken, onları gündem oluşturma sürecinde kilit birer aktör hâline de getirebilir.

Anayasa Mahkemeleri gibi “politik” karakteri olan yargı yerleri açısından gündemlerini nasıl inşa ettikleri ve bunun kamuoyu üzerindeki etkisinin anlaşılmasına dair öncü çalışmaların ABD Yüksek Mahkemesi ile ilgili araştırmalarda kendini gösterdiği söylenebilir. Yargısal gündemin inşasında ağırlıklı olarak certiorari⁴⁹ başvurularına odaklanan bu araştırmalar üzerine Owens ve Sieja tarafından kaleme alınan bir çalışmada Yüksek Mahkemenin yargısal gündem belirleme ile ilgilenen dört temel yaklaşımın varlığından bahsetmektedir. Bu teorilerden ilki “İşaret Teorisi ve Certiorari Oylaması” (*Cue Theory and Certiorari Voting*), ikincisi “Certiorari Oylamasında İdeolojik Etkiler” (*Ideological Influences on Certiorari Voting*), üçüncüsü, “Certiorari Oylamasında Hukuki ve Kurumsal Etkiler” (*Legal and Institutional Influences on Certiorari Voting*) ve dördüncüsü ise “İleriye Yönelik Certiorari Oylaması” (*Forward-Looking Certiorari Voting*)’dır⁵⁰.

49 ABD hukuk sisteminde, bir davada, alt mahkeme kararının yüksek mahkeme tarafından gözden geçirilmesi amacıyla yapılan bir başvurudur. Bir davanın Yüksek Mahkeme’ye gitmesi için bir tür resmi izindir ve Mahkeme, hangi davaları inceleyeceğini bu yolla seçer. Ayrıntılı bilgi için bkz. “Certiorari”, *Legal Information Institute, Cornell Law School*, <https://www.law.cornell.edu/wex/certiorari> (Erişim Tarihi: 15/8/2024)

50 Owens, R. J. and Sieja, J. (2017). Agenda-Setting on the U.S. Supreme Court, in

İşaret Teorisi ve Certiorari Oylaması yaklaşımı, certiorari başvurusunda belirli işaretlerin varlığı halinde yargıcın davayı gündeme alıp, yargılamaya başlayacağı varsayımından hareket etmektedir.⁵¹ Tanenhaus, Schick, Muraskin, ve Rosen tarafından 1963 yılında kaleme alınan bir çalışmada⁵² davanın tarafları, davanın hak ve özgürlüklerle ilgili olup olmadığı, alt mahkemeler arasında görüş farklılığı olup olmadığı gibi işaretler ele alınarak bu yaklaşımın ampirik temellerinin atıldığı görülmektedir.

Certiorari Oylamasında İdeolojik Etkiler yaklaşımı Mahkeme gündeminin şekillenmesinde yargıçların ideolojik konumlarının belirleyiciliği üzerinden hareket etmektedir. Öncül çalışmalardan biri olan Ulmer'in araştırmasında⁵³ Yüksek Mahkeme bir davayı kabul ediyor ve gündemine alıyorsa (certiorari veriyorsa), davanın sonuçlanma biçimi hakkında bazı işaretlere erişilebileceği iddia edilmektedir. Buna göre certiorari kararının önemi, davanın içeriği ile certiorari arasındaki bağlantı, yargıçların stratejik davranma isteği gibi işaretler davanın sonuçlanması üzerinde nasıl bir sonuç doğuracağına dair ipuçları olarak görülmektedir.

Certiorari Oylamasında Hukuki ve Kurumsal Etkiler yaklaşımını ortaya koyan Black ve Owens'in çalışmasında⁵⁴ yargıçların yargısal gündemin kurulmasında nasıl etkili oldukları incelenmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi önceki yargıçlarından Harry A. Blackmun'un görev yaptığı süre boyunca aldığı notlardan yola çıkarak gerçekleştirilen çalışmada Blackmun'un

Epstein, L. and Lindquist, S. A. (Ed.), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*, New York: Oxford University Press, s. 174-179.

51 a.g.e. s. 174-175. Ayrıca bkz. Teger, S. H. and Kosinski, D. (1980). "The Cue Theory of Supreme Court Certiorari Jurisdiction: A Reconsideration", *The Journal of Politics*, Vol. 42., No. 3., ss. 834-846.

52 Bkz. Tanenhaus, J., Schick, M., Muraskin, M. and Rosen, D. (1963). The Supreme Court's Certiorari Jurisdiction: Cue Theory Judicial Decision-Making, in Ulmer, S. S. (Ed.), *Courts, Law, and Judicial Processes*, New York: The Free Press, ss. 273-283.

53 Ulmer, S. S. (1972). "The Decision to Grant Certiorari as an Indicator to Decision 'on the Merits'", *Polity*, Vol. 4., No. 4., ss. 429-447.

54 Owens, R. J. and Sieja, J. (2017). s. 178.

yazdığı taslak kararları, yazışmaları ve diğer kişisel belgelerini inceleyerek, Yüksek Mahkemenin karar alma süreçlerindeki düşüncelerini, analizlerini ve gerekçelerini ayrıca Mahkeme gündeminin nasıl oluştuğunu ayrıntılı olarak analiz etmektedirler. Çalışmanın yazarları, yargıçların büyük ölçüde ideolojik kaygılarıyla motive olduğunu, ancak hukuksal kaygıların zaman zaman bu hedeflerin önüne geçtiği, ideolojik kaygılar ile hukuksal kaygılar çakıştığı, hukukun öncelik kazandığını fakat hukuksal kaygılar ve politika hedefleri aynı doğrultuda olduğunda, yargıçların politika hedeflerini takip etmede daha istekli olduğu sonucuna varmaktadır⁵⁵. Bu yaklaşımda yargıçları gündem belirlemede kurumsal unsurları dikkate almaya iten başlıca motivasyonun Kongre ile Yüksek Mahkemenin anayasal düzende eş birer aktör olarak görülmesi ile ilgilidir. Yargıçlar, Kongrenin anayasaya aykırı bir yasa çıkartıp çıkartmadığının anlaşılmasını Kongreye karşı bir borç olarak değerlendirirken, bir kararı gündeme alırken bu “borca” ilişkin kurumsal düzenlemeleri dayanak olarak görmektedir.

İleriye Yönelik Certiorari Oylaması yaklaşımında yargıçlar bir davayı Mahkeme gündemine alırken geleceğe yönelik hukuki pozisyonlarında bir değişiklik olup olmayacağı tahmini üzerinden hareket etmekte, mevcut pozisyonlarını destekleme veya güçlendirme eğiliminde olan davalara öncelik vermektedir⁵⁶. Öncü çalışmalardan birini kaleme alan Schubert⁵⁷ çalışmasında, Yüksek Mahkeme'nin Certiorari kararları üzerinden bir davanın gündeme alınma kararının nasıl verildiği ve bu kararların arkasındaki politik ve stratejik düşünceleri incelemektedir. Schubert, bu süreci “oyun teorisi”ni kullanarak analiz etmektedir. Yazar, işçi hakları üzerinden verdiği örnekte bu haklara dair davalarda Mahkemenin genellikle işçi lehine kararlar aldığı ve bu durumun Mahkemenin daha geniş bir

55 Black, R. C. and Owens, R. J. (2009). “Agenda Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and Jurisprudence”, *The Journal of Politics*, Vol. 71., No. 3., ss. 1062-1075.

56 Owens, R. J. and Sieja, J. (2017). s. 178.

57 Schubert, G. (1962). “Policy Without Law: An Extension of the Certiorari Game”, *Stanford Law Review*, Vol. 14., No. 2., ss. 284-327.

sosyal politika oluşturma amacı taşımasından kaynaklandığını belirtmektedir. Ona göre Mahkeme içindeki farklı yargıçların gündeme alma kararlarını verirken takip ettikleri farklı stratejiler bulunmaktadır. Bunun Mahkemede farklı bloklar (*Certiorari Blocs*) meydana getirdiğini ve aynı zamanda bir güç mücadelesi oluşturduğunu ifade etmektedir.

Certiorari kararları dışında ABD Yüksek Mahkemesinin yargısal gündem belirleme sürecini ölçmek adına kullanılan araçlardan biri de *amicus curiae*'lerdir⁵⁸. Bu konudaki ilk yayınlardan biri Calderia ve Wright tarafından kaleme alınmıştır⁵⁹. Bu çalışmada (örgütlü) çıkar gruplarının Mahkemenin karar gündemi üzerindeki etkisi *amicus curiae*'ler (mahkemeye sunulan uzman görüşü) üzerinde anlaşılmaya çalışılmakta ve söz konusu gruplar tarafından Mahkemeye yapılan başvurularda sunulan *amicus curiae*'lerin davaların kabulü üzerinde olumlu etkisi olduğu ve bunun da çıkar gruplarının mahkemenin karar gündemini belirleme gücünü arttırdığı sonucuna varılmaktadır.

ABD Yüksek Mahkemesi dışındaki anayasa mahkemelerinin yargısal gündem belirleme süreçlerini konu edinen çalışmaların sayısının azlığı dikkat çekicidir. Bunda mahkemelerin kamuoyu ile iletişiminin henüz teorik bir zemine oturulamamış olması ve nicel araştırmaların yetersizliğinin de etkisinden bahsedilebilir⁶⁰. Ayrıca karar gündemleri ile ilgili mahkemelerin içinden bilgiye/veriye ulaşımın zorluğunun da bu artış hızını etkilediği söylenebilir.

Basın duyurusu ile medyada görünürlük arasındaki ilişki üzerinden Meksika Ulusal Adalet Yüksek Mahkemesi kararlarını analiz eden Staton, Mahkemenin basın duyurularını

58 Mahkemeye sunulan uzman görüşü.

59 Caldeira, G. A. and Wright, J. R. (1988). "Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court", *The American Political Science Review*, Vol. 82., No. 4., ss. 1109-1127.

60 Meyer, P. (2020). "Judicial Public Relations: Determinants of Press Release Publication by Constitutional Courts", *Politics*, Vol. 40., No. 4., s. 480.

stratejik bir iletişim aracı olarak kullandığını ortaya koymaktadır. Ona göre yargının meşruiyeti büyük ölçüde kamuoyunda nasıl algılandığı ile ilgilidir. Mahkeme bu bilinçle kararlarını tanıtmak ve şeffaflığı sağlamak için basın duyurularını kullanmaktadır. Özellikle anayasal düzenin diğer aktörlerinin kararları görmezden gelmesini engellemek, davaya ilişkin basında yeterince kararın yer almaması, içtihat değiştiren kararların alınması, diğer devlet organları karşı çıkma olasılığı olan durumlarda basın duyurusu yayınlama eğiliminin arttığını ileri sürmektedir⁶¹.

Son yıllarda Federal Almanya Anayasa Mahkemesi üzerine yapılan gündem çalışmalarında bir artış olduğu görülebilir. Avrupa tipi anayasa mahkemesi modeli içinde yer alan Federal Almanya Anayasa Mahkemesine dair yapılan bu çalışmaların Amerikan modeli dışındaki benzer araştırmalar açısından da öncü olduğu belirtilmelidir.

Bu çalışmalarından biri Krehbiel tarafından kaleme alınan araştırmadır. 1995-2014 yılları arasında Mahkeme tarafından verilen kararların analiz edildiği bu çalışmada yazar, kamuya açık duruşma yapılan davaların neden gündeme alındığını sorgulamaktadır. Elde ettiği bulgular çerçevesinde Mahkemenin kamuoyunda öne çıkan davalarda ve siyaset ile uyumsuzluk ortaya çıkarma olasılığı olan davalarda duruşma yapma motivasyonu ile hareket ettiğini ortaya koymaktadır. Bunda hem kamuoyuna karşı açık ve şeffaf olma isteğinin hem de devletin diğer organlarının kararlara uymama ihtimalini zayıflatma isteğinin olduğunu belirtmektedir⁶².

Basın duyurularının anayasa mahkemelerinin kamuoyu ile iletişiminde oynadığı rolü analiz eden Meyer, Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar üzerine yaptığı

61 Staton, J. K. (2010). *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Cambridge: Cambridge University Press.

62 Krehbiel, J. N. (2016). "The Politics of Judicial Procedures: The Role of Public Oral Hearings in the German Constitutional Court", *American Journal of Political Science*, Vol. 60., No. 4., ss. 807-1124.

araştırmada, bir yasayı anayasaya aykırı ilan eden kararların, sözlü duruşmaların yapıldığı davaların, muhalefet şerhlerinin olduğu kararların, statüko (içtihat) değişikliği gerçekleştiren kararların, alt mahkeme kararlarını geçersiz kılan kararların, anayasa şikâyeti ve anayasal organlar arasındaki yetki anlaşmazlıkları gibi konuları ele alan kararların daha fazla basın duyurusuna konu olduğunu göstermektedir⁶³. Böylece basın duyuruları yoluyla Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin yargısal gündeminin nasıl şekillendiğini ortaya koymaktadır.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi ile yakın dönemde yapılan bir diğer araştırma yine Meyer'e aittir. Bu çalışmada Meyer Karşılaştırmalı Gündemler Projesi (*Comparative Agendas Project-CAP*)⁶⁴ çerçevesinde hazırlanan kodları kullanarak Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin 1998-2019 yılları arasında verdiği kararları incelemekte ve Mahkemenin kararlarında hangi politika gündemlerini kullandığını tespit ederek basın duyurularında öne çıkan politika gündemlerini nicel bir yöntemle ortaya koymaktadır⁶⁵.

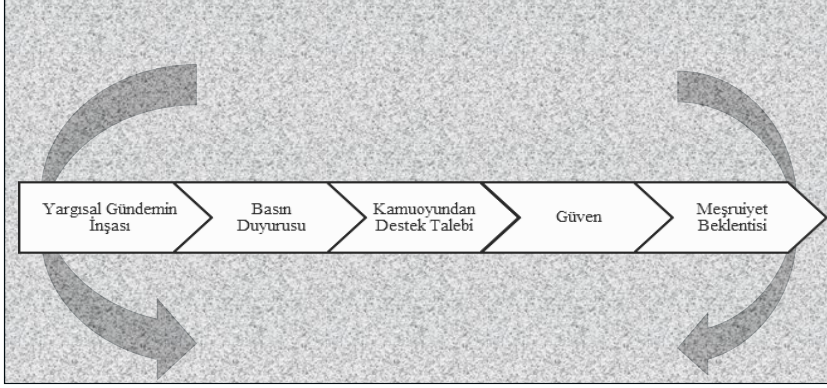
Gerek yargının kamuoyu ile iletişimi gerekse yargısal gündem belirleme literatürü dikkate alındığında anayasa mahkemelerine dair modelin Şekil 1'deki gibi oluştuğu söylenebilir. Buna göre yargısal gündemin inşasının nihai olarak mahkemenin meşruiyetini yükseltmek amacı çerçevesinde gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu amaçla kamuoyundan destek talebinde bulunmakta, bu desteği alarak kendisine duyulan güveni arttırmaya odaklanmaktadır. Basın duyuruları ise bu sürecin işletilmesini sağlayan bir araca dönüşmektedir. Sürecin kendisini meşrulaştırmak için kullanılan iki ana araç şeffaflık ve kararın tanıtılmasıdır.

63 Meyer, P. (2020). ss. 483-491.

64 "CAP Topics", *Comparative Agendas Project*, <https://www.comparativeagendas.net/pages/master-codebook> (Erişim Tarihi: 16/8/2024)

65 Meyer, P. (2022).

Şekil 1. Anayasa Mahkemelerinin Kamuoyu İletişim Modeli⁶⁶



1. AYM'de Yargısal Gündemin İnşası

AYM açısından yargısal gündemin belirlenmesi ile inşasını birbirinden ayırarak değerlendirmek ve bunun iki farklı boyutu ifade ettiği belirtmek gerekir. Bunlardan ilki Mahkemenin toplantılarında gündemine alacağı kararların belirlenmesidir. 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un Başkan'ın görev ve yetkilerini düzenleyen 13. maddesinin (a) bendine göre "Genel Kurulun ve gerektiğinde bölümlerin gündemini belirlemek Mahkeme Başkanı'nın yetkisi dâhilindedir. Bölümlerde ise bu yetki ilgili bölümün Başkanına aittir. Burada Anayasa Mahkemesinin iş yükü, hukuki öncelikleri ve toplumsal ihtiyaçlar vb. hususlar göz önünde bulundurulabilir".

Yargısal gündemi ilgilendiren ikinci durum ise toplantı gündemi içinde yer alan kararların basın duyurusu yoluyla ilan edilmesidir. Aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere bu yetki de Mahkeme Başkanı'na aittir. Ancak burada artık kararların belirlenmesini aşan bir boyut söz konusudur. Toplantıda görüşülen kararlar arasından bir seçim söz konusudur ve

66 Şekil tarafımızdan hazırlanmıştır.

bu kararın basın duyurusunun yapılarak kamuoyu ile paylaşılması aslında o kararı diğer kararlardan ayırarak belirli bir özelliği nedeniyle öne çıkarmaktadır. Bu durumda Mahkeme, duyurduğu kararlar sadece şeffaflık ve hesap verebilirlik sağlamakla kalmamakta aynı zamanda kamuoyunun gündemini de şekillendirmektedir.

AYM ilk kez 1961 Anayasası ile anayasal düzendeki yerini almış, 1982 Anayasası'nda ise bazı değişikliklerle varlığını sürmüştür. Hem 1961 Anayasası döneminde hem de 1982 Anayasası döneminde özellikle yasama organı ile olan ilişkiler çerçevesinde çeşitli eleştirilerin odağında yer almıştır. Özellikle 2007 yılında verdiği ve kamuoyunda "367 Kararı"⁶⁷ olarak bilinen karar sonrası ise "demokratik meşruluk sorunu"⁶⁸, "yargıçlar hükümeti (jüristokrasi)"⁶⁹ ve "yargısal aktivizm"⁷⁰ literatürü çerçevesinde mahkemenin daha fazla düzeyde akademik ilginin odağında yer almaya başladığı söylenebilir.

a. AYM'nin Kamuoyu ile İletişiminde Basın Duyurularının Yeri

2010 yılında gerçekleşen anayasa değişiklikleri⁷¹ ile AYM'ye verilen bireysel başvuruları karara bağlama görevi ile Mahkemenin artık doğrudan bir insan hakları mahkemesine dönüş-

67 AYM, E.2007/45, K.2007/54, 1/5/2007.

68 Örneğin bkz. Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, içinde Ergül, O. (Ed.), *Demokrasi ve Yargı*, Ankara: TBB Yayınları, ss. 1-16; Gözler, K. (2006). "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 61., S. 3., ss. 131-166; Ergül, O. (2007), *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi; Güleler, S. (2012). *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık; Gören, Z. (2019). "Anayasa Yargısının Meşruluğu, Sınırları ve Toplumsal Uzlaşmanın Korunması Fonksiyonu", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1., ss. 13-22.

69 Örneğin bkz. Hirschl, R. (2004); Hazama, Y. (2012). "Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey", *International Political Science Review*, C. 33., S. 4., ss. 421-440.

70 Örneğin bkz. Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları; Bâli, A. (2013). "Courts and Constitutional Transition: Lessons from the Turkish Case", *International Journal of Constitutional Law*, C. 11., S. 3., ss. 666-701.

71 Kanun No. 5982, Kanun Tarihi: 07.05.2010, Resmî Gazete, Tarihi: 13.05.2010, Sayı 27580.

tüğü söylenebilir. Anayasa'nın 148. maddesine göre bireysel başvuru, "herkesin Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla başvurabileceği bir hak arama yoludur." Bu yol norm denetiminden farklı olarak bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için Anayasa'da sayılan organların başvurusuna gerek yoktur. Haklarının ihlal edildiğini düşünen herkes olağan hukuk yollarını tükettikten sonra bu yolu kullanabilmektedir.

2010 yılında aynı zamanda Mahkemenin kurumsal yapısında da bazı değişiklikler gerçekleşmiştir. Yedek üyeliğin kaldırılarak üye sayısının 17 asıl üyeye çıkarılması⁷², bireysel başvurulara bakmak üzere Birinci ve İkinci Bölümün kurulması, Komisyonların oluşturulması gibi düzenlemeler bu değişikliklerin başlıcalarıdır.

2010 sonrası gerçekleşen bu değişikliklerin AYM açısından yeni bir dönemi başlattığı söylenmelidir. Özellikle bireysel başvuru yolu ile o güne kadar norm denetimi çerçevesinde anayasaya uygunluk denetimi görevini yerine getiren AYM artık doğrudan temel hak ve ödevlerle ilgili kararlar vererek bireylerin gündelik hayatına daha fazla dâhil olan bir mahkemeye dönüşmüştür. Mahkemenin 18. Başkanı olarak görev yapan Zühtü Arslan bu durumun gündelik hayatın anayasallaşmasına yol açtığını ve Anayasa Mahkemesinin soyut kuralların anayasallığını denetleyen bir yüksek yargı organı olmanın ötesine geçerek bireylerin günlük yaşamlarına dokunan bir Mahkeme hâline geldiğini ifade etmiştir⁷³. Mahkeme

72 2017 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği sonrasında bugün bu sayı 15 asıl üyedir.

73 Arslan, Z. (2022). "Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi (AYAM) ile Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri' Konulu Konferansın Açış Konuşması", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/ayam-ile-bilkent-universitesi-is-birliğinde-anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuruda-is-yuku-ve-cozum-onerileri-konferansi/> (Erişim

tarafından yayınlanan istatistiklere göre 30 Haziran 2024 tarihi itibarıyla 617.411 adet bireysel başvuru yapıldığı, bunların 513.730'unun sonuçlandırıldığı, 103.681 başvurunun ise derdest olduğu görülmektedir⁷⁴. 2012-2023 yılları arasındaki norm denetimi (Genel Kurul) istatistiklerine göre 411 iptal davası, 1404 itiraz davası ile toplamda 1.811 başvuru karara bağlanmıştır⁷⁵. Görüldüğü üzere bireysel başvuru bugün için Anayasa Mahkemesinin iş yükünün önemli bir kısmını meydana getirmektedir.

Mahkemenin farklılaşan görevleri ve artan iş yükü aynı zamanda diğer devlet organları ile ilişkisinde de yeni gerilimleri gündeme getirmiştir. Daha önce norm denetimi kararları üzerinden görece daha az sıklıkta yaşanan bu durum, özellikle bireysel başvuruda verilen kararlar sonrasında daha sık bir biçimde gerçekleşir hale gelmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına göre "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar." hükmünü taşımaktadır." Görüldüğü üzere Anayasa açıkça bütün devlet organlarının Anayasa'ya uymalarını emretmektedir. Ancak bu hükme rağmen Mahkeme tarafından verilen bazı kararlara yasama, yürütme ve hatta yargı organlarından uymama yönünde bir refleks geliştiği görülmektedir. Buna gerekçe olarak ise "adli ve idari yargı sisteminde nihai ve bağlayıcı kararları verme yetkisinin ilgili yüksek mahkemelere ait olduğu, dolayısıyla kesinleşmiş kararları ortadan kaldırmaya yönelik ihlal kararları verilemeyeceği ileri sürülmektedir"⁷⁶. İkinci gerekçe olarak ise

Tarihi: 20/8/2024)

74 "Bireysel Başvuru İstatistikleri 23/9/2012-30/6/2024", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, https://www.anayasa.gov.tr/media/9362/bb_2024_2.pdf (Erişim Tarihi: 20/8/2024)

75 "Norm Denetimi İstatistikleri", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, https://www.anayasa.gov.tr/media/9151/norm_tr_2023.pdf (Erişim Tarihi: 20/8/2024)

76 Arslan, Z. (2024). "Hukuk Fakültesi Öğrencilerine Konuşan Başkan Zühtü Arslan:

Anayasa'yı yorumlama yetkisinin yalnızca AYM'de olmadığı diğer yüksek mahkemeler de dâhil kamu gücü kullanan diğer devlet organların da kararlarını verirken Anayasa'yı yorumlayarak hareket edebilecekleri yönündeki görüş ileri sürülmektedir⁷⁷. Her iki eleştiriye de cevap veren Arslan, bunların anayasal temelden yoksun olduğunu belirterek Anayasa'nın 153. maddesinin açık olduğunu ve AYM kararlarının bağlayıcılığının Anayasa'nın bir gereği olduğu; ayrıca her ne kadar diğer kamu gücü kullanan organların anayasayı yorumlama yetkisi olsa da bizzat bu yorumlardan kaynaklanan uyumsuzlukları çözmek gibi bir yetkiye sahip olmadıklarını bu tür uyumsuzlukları da çözecek son merciin AYM olduğunu dile getirmiştir⁷⁸.

AYM'nin verdiği kararlar üzerinden yaşanan gerilimlere siyaset kurumundan gelen eleştiriler de eklendiğinde hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı tartışmaya açılmakta ve kamuoyu nezdinde yargıya duyulan güvenin zedelenmesine neden olmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği gibi birçok anayasal düzende anayasa mahkemeleri verdikleri kararlar ile eleştirilen yargı yerleridir. Geçmişte olduğu gibi gelecekte de bu durumun devam edeceğini söylemek Mahkemenin yerine getirdiği işlev düşünüldüğünde yanıltıcı olmayacaktır. Eleştiriler ne kadar yoğun olursa olsun, anayasa mahkemeleri, demokratik sistemin vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilir. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma görevini üstlenirken, yasama ve yürütme organlarının keyfî uygulamalarına karşı bir denge ve denetim mekanizması işlevi görürler. Demokratik

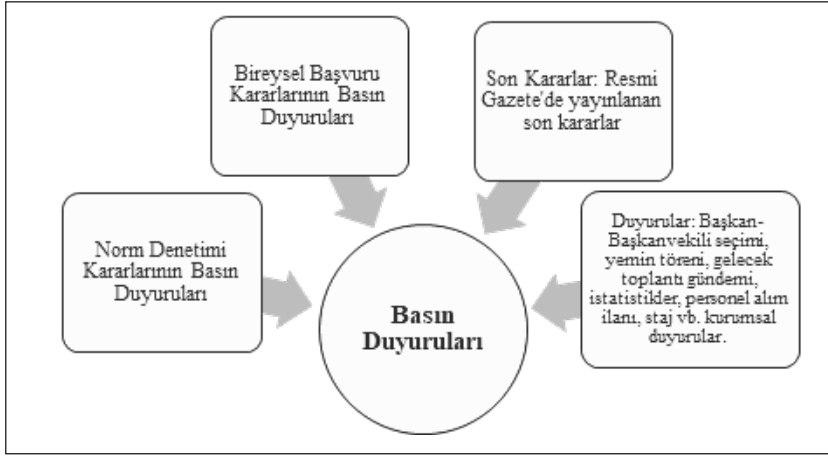
⁷⁷ "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Uyulmamasının Hiçbir Gerekçesi ve Geçerliliği Olamaz", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/hukuk-fakultesi-ogrencilerine-konusan-baskan-zuhtu-arslan-anayasa-mahkemesi-kararlarina-uyulmamasinin-hicbir-gerekcesi-ve-gecerliliği-olamaz/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)

⁷⁷ a.g.e.

⁷⁸ a.g.e.

meşruiyetlerinin kaynağını bu işlev meydana getirmektedir. Ancak bu işlevlerinin toplumsal desteğine ve mahkemenin meşruiyetine katkıda bulunması, büyük ölçüde mahkemeleri şeffaflığı ile doğrudan ilişkilidir.

Şekil 2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Yaptığı Basın Duyurusu Türleri



AYM'nin 2010 sonrası üstlendiği yeni görevler ve buna bağlı artan iş yükünün kamuoyu ile iletişimde de yeni bir aşamaya geçilmesini sağladığı söylenebilir. Özellikle idari anlamda atılan kurumsal adımlar ile alınan kararların duyurulması noktasında yeni gelişmeler yaşanmıştır. Kararlarla ilgili basın duyurularının hazırlanarak hem basılı olarak hem de web sayfasından yayınlanması bunlardan biridir. AYM'nin web sayfasında yer alan haber ve duyuruların türlerini Şekil 2'de görmek mümkündür. Mahkeme dört tür duyuru yapmaktadır. Bunlardan ilk grup içinde yer alanlar Mahkemenin kurumsal yapısıyla ilgili gelişmelerin ve haberlerin yer aldığı duyurulardır. Başkanlık seçimi, başkanvekilliği seçimi, üye yemin töreni, gelecek toplantı gündemi, son istatistikler, personel alım ilanı, staj gibi duyurular yapılmaktadır⁷⁹. İkinci tip

79 "Duyurular", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/duyurular/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)

duyurular Mahkemenin Resmî Gazete’de yayınlanan bireysel başvuru ve norm denetimi kararlarının yer aldığı “Son Kararlar” menüsüdür. Hem ilk tür hem de ikinci tür duyurular Mahkemenin ana sayfasının orta kısmında, kullanıcıların kolayca ulaşabilecekleri menülerde yer almaktadır.

Bu çalışmanın da konusunu oluşturan üçüncü ve dördüncü tür duyuruları ifade eden “basın duyuruları” ile ilgili aynı adı taşıyan bir menü Mahkemenin web (ana) sayfasında yer almamaktadır. Ancak bu tür basın duyurularına ana sayfanın ortasındaki büyük görsellerle desteklenen haberler menüsünde yayınlanan ilgili kararın görseline tıklandıktan sonra erişilmektedir. Açılan sayfanın üst menüsü “Haberler” başlığını taşırken, bunun üç alt menüden oluştuğu görülmektedir. İlk sırada başkan veya üyeler tarafından yapılan geziler, istatistikler, bayramlar, bilimsel toplantılar gibi haberlerin yer aldığı “Faaliyetler”⁸⁰ menüsü yer almaktadır.

Ardından ise “bireysel başvuru”⁸¹ ve “norm denetimi”⁸² kararlarının basın duyurusu arşivine erişilebilmektedir. Ka- naatimizce basın duyurularına ana sayfada doğrudan erişile- bilecek bir menünün bulunmaması özellikle basın duyurusu arşivine erişim noktasında bir zorluk oluşturmaktadır. Kar- şılaştırmalı örnekler dikkate alındığında kullanıcı dostu bir niteliğe sahip olmadığı ifade edilebilir.

Bunlar dışında Mahkemenin web sayfasında “Yayınlar” menüsü altında hem bireysel başvuru kararlarının⁸³ hem de

80 “Faaliyetler”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)

81 Bkz. “Bireysel Başvuru Basın Duyuruları”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024). Bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla toplam 743 bireysel başvuru kararı basın duyurusu yer almaktadır.

82 “Norm Denetimi Basın Duyuruları”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024). Bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla toplam 252 norm denetimi kararı basın duyurusu yer almaktadır.

83 “Bireysel Başvuru Seçme Kararlar”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/bireysel-basvuru-secme-kararlar/> (Erişim Tarihi: 21/8/2024)

norm denetimi kararlarının⁸⁴ (aynı zamanda basılı olarak da dağıtılan) seçme kararların belirli periyotlarla yayınlanan ciltlerine erişilebilmektedir. Bireysel başvuruya ilişkin olanlar bireysel başvurunun başladığı tarihten bugüne dair olan kararları kapsayacak şekilde toplam 19 cilt yayınlanmışken, norm denetimine ilişkin toplam üç cildin ise 2020-2021 yıllarından itibaren yayınlanan kararlar olduğu dikkat çekmektedir.

Bu ciltlerin Mahkeme Başkanları tarafından yazılan önsözlerinde kararların seçim kriterlerine dair ipuçları da bulunmaktadır. Buna göre bir kararın seçiminde şu hususların ön plana çıkarıldığı görülmektedir⁸⁵.

- Kararların içtihadın gelişimi açısından taşıdığı önem,
- Emsal niteliğinde olması,
- Kamuoyu tarafından yakından takip edilmesi.

b. AYM'nin Basın Duyurularını Yayınlama Usulü

Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in⁸⁶ Basın Müşavirliğinin Görev, Sorumluluk ve Çalışma Usullerinin Düzenlendiği Onuncu Bölümünde yer alan 59. maddesinin (f) bendine göre Başkan tarafından uygun görülen Mahkeme kararlarının basın duyurularının Anayasa Mahkemesi Kararlarının Basın Duyuruları Yönergesi doğrultusunda hazırlanması ve zamanında kamuoyuna duyurulması Basın Müşavirliği'nin bir alt birimi olan Haber Bürosuna verilmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere hangi kararların basın duyurusunun yapılacağına Başkan karar vermektedir. Bununla ilgili kriterlerin ne

84 "Norm Denetimi Seçme Kararlar", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, https://www.anayasa.gov.tr/media/9211/2023_norm_denetimi_secme-kararlar.pdf (Erişim Tarihi: 21/8/2024)

85 Örneğin bkz. Anayasa Mahkemesi (2024). *Norm Denetimi Seçme Kararlar (2023)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. I.

86 Bkz. "Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, https://www.anayasa.gov.tr/media/6608/anayasa_mahkemesi_hizmet_birimleri_son.pdf (Erişim Tarihi: 21/8/2024)

olduğu konusunda Yönetmelikte herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun cevabı Basın Duyuruları Yönergesi'nde yer alma ihtimali bulunmakla birlikte Yönerge'ye Mahkemenin web sayfasında ulaşılamamaktadır ki bu durum şeffaflık noktasında bir eleştiri olarak ileri sürülebilir. Ancak yukarıda seçme kararlar ile ilgili yayınlarda kullanılan kriterlerin basın duyuruları için de geçerli olabileceği tahminin de bulunulabilir.

IV. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Türkiye'de literatürde AYM'nin yargısal gündem inşası ile şeffaflık ilişkisini ele alan herhangi bir çalışmaya rastlanılmamaktadır. Bu çalışmada söz konusu eksiklikten hareketle AYM'nin kamuoyuyla olan ilişkisinde bugüne kadar yeterince üzerinde durulmamış bir alana; Mahkem'nin şeffaflık ve iletişim stratejisinde basın duyurularının oynadığı role odaklanılmaktadır. AYM ile aynı anayasa yargısı modeli içinde yer alan Federal Almanya Anayasa Mahkemesi üzerine Meyer⁸⁷ tarafından yapılan çalışmanın yol göstericiliğinden faydalanılarak ve aşağıdaki iki farklı hipotez sınanmaktadır:

H₁: AYM ikincil (önemsiz) konulardaki kararları basın duyurularında daha fazla görünür kılarak şeffaflığı artırmayı ve adaletin her türlü anlaşmazlıkta sağlandığını göstermeyi amaçlamaktadır.

H₂: AYM'nin politik açıdan tartışmalı meselelerle ilgili kararlarının, kamuoyunda farkındalık yaratmak ve diğer devlet organları karşısındaki konumunu güçlendirmek amacıyla basın duyurularında yer alma olasılığı fazladır.

Bu hipotezlerin sınanması amacıyla nicel bir analiz yöntemi olan *iki durumlu (binary) lojistik regresyon* kullanılacaktır. Lojistik regresyon bağımlı değişkeninin kategorik olduğu durumlarda ve bağımsız değişkenlerin metrik veya metrik olmayan değişkenler olduğu durumlarda uygun istatistiksel

87 Meyer, P. (2022). s. 4.

tekniklerden biri olarak kabul edilmektedir⁸⁸.

Bağımlı Değişken: Ana sonuç değişkeni, belirli bir mahkeme kararı için basın duyurusu yapılıp yapılmadığıdır. Bu değişken ikili bir yapıya sahiptir; basın duyurusu yapıldıysa (1) yapılmadıysa (0) olarak kodlanmıştır.

Açıklayıcı Değişkenler: Bunlar, mahkeme kararlarında ele alınan politika gündemleridir. Her bir kararın metinleri sınıflandırılarak farklı politika gündemlerini temsil eden kategorik bir değişken oluşturulmuştur. Ayrıca iki durumlu (binary) lojistik regresyon analizinde sonuçların doğruluğunu arttırmak adına her bir politika gündemini temsil eden kukla (*dummy*) değişkenler kullanılmıştır.

Toplanan veriler ikili (binary) lojistik regresyon analizi ile değerlendirilmiştir. İkili (binary) lojistik regresyonu kullanmamızın nedeni, bağımlı değişkenimizin ikili (binary) bir yapıya sahip olmasıdır. Bu durumda, bağımlı değişkenimiz, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bir karar için basın duyurusu yapıp yapmadığıdır.

Lojistik regresyon, bağımlı değişkenin ikili olduğu durumlarda, yani sonuç değişkeninin iki olası durumdan birini aldığı durumlarda en uygun istatistiksel yöntemlerden biri olarak kabul edilmektedir. Lojistik regresyon, açıklayıcı değişkenlerimizin yani mahkeme kararlarında ele alınan politika gündemlerinin bağımlı değişken üzerindeki etkisini modelleyerek, hangi politika gündemini içeren kararın "*basın duyurusunun yapılıp veya yapılmayacağını*" tahmin etmemize olanak tanımaktadır. Bu analiz yöntemi, bağımlı değişkenin olasılıksal bir fonksiyonunu kullanarak, açıklayıcı değişkenlerin her birinin bu olasılığı nasıl etkilediğini belirlemektedir.⁸⁹

88 Hair, J. F., Black, W. C., Babin, B. J. and Anderson, R. E. (2019). *Multivariate Data Analysis* (8th ed.), Boston: Cengage, s. 551.

89 Peng, C. Y. J., Lee, K. L. and Ingersoll, G. M. (2002). "An Introduction to Logistic Regression Analysis and Reporting", *The Journal of Educational Research*, Vol. 96., No. 1., s. 4.

A. VERİLERİN TOPLANMASI

Analizde kullanılan veriler⁹⁰ AYM'nin verdiği *norm denetimi kararları* ile sınırlıdır. Bireysel başvuru kararları analize dâhil edilmemiştir. Norm denetimi kararlarının bireysel başvuru kararlarına tercih edilmesinde rol oynayan çeşitli sebepler bulunmaktadır. Bunlardan ilki norm denetimi kararlarının hukuk sistemi üzerindeki kapsamlı etkisidir. Bireysel başvuru kararları somut bir olay dikkate alınarak verilen kararlar olmasına karşılık norm denetim kararları geniş çaplı değişikliklere yol açma potansiyeli taşımaktadır. Kaldı ki bu kararlar bireysel başvuruya konu olabilecek bazı kararları da etkileyebilmektedir. İkinci neden ise bu kararların Mahkemenin yasma ve yürütme organı ile temasını doğrudan sağlayan kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminin gerçekleşmesini sağlamasıdır.

Analize konu verilerin elde edilebilmesi için öncelikle ilk basın duyurusu yapılan karar⁹¹ tespit edilmiştir. Mahkemenin 14 Ocak 2015 tarihli toplantısında görüşülen bu kararın 22 Mayıs 2015 tarihinde basın duyurusunun yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak basın duyurusu arşivi incelendiğinden karar tarihi 22 Ekim 2014 olan, ancak basın duyurusu daha sonra yapılan bir karara⁹² rastlanmıştır. Analize dâhil edilen kararlar, karar tarihi kronolojik olarak daha eski olan bu karardan sonra verilen kararlardır. Bu çerçevede yapılan filtreleme sonrasında 252 adet norm denetimi kararının basın duyurusunun olduğu 953 kararın ise basın duyurusunun olmadığı anlaşılmıştır. Analizin kapsamını 22 Ekim 2014 ile 8 Ağustos 2024 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve Mahkemenin web sayfasında yer alan toplam 1.205 norm denetimi kararı meydana getirmektedir.

90 Analizde kullanılan verilerin toplanmasında değerli yardımlarını esirgemeyen meslektaşım Dr. Abdullah Yasin Erdem'e teşekkürü bir borç bilirim.

91 AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

92 AYM, E.2013/1, K.2014/161, 22/10/2014.

B. VERİLERİN KODLANMASI

Mahkemenin web sayfası aracılığıyla elde edilen kararlar yargısal gündemin tespit edilebilmesi için taşıdıkları gündeme göre sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmada “*Karşılaştırmalı Gündem Projesi*” (*Comparative Agenda Project-CAP*)⁹³ çerçevesinde belirlenen politika gündemleri kullanılmıştır. Bu proje, toplamda 21 ana politika gündemi (kodu) ve ana gündemlerin altında ise 200’ün üzerinde alt gündemden oluşan bir kod kitabını temsil etmektedir. Söz konusu politika gündemleri, karşılaştırmalı örneklerin incelenerek tek tipleştirilmesi ile meydana getirilmiştir⁹⁴. Böylece bir kararın yargısal gündemi, içeriğini meydana getiren politika gündemine göre belirlenmiştir.

Bu noktada kısaca, politika gündemi nedir sorusuna cevap vermekte fayda vardır. Politika gündemi, bir politik sistemin belirli konuları (*issues*) nasıl işlediği üzerine odaklanmaktadır. Bir politik sistemi tanımanın yollarından birinin onun (bu) konuları nasıl işlediğinin anlaşılmasından geçtiği kabul edilmektedir. Sistem içindeki aktörlerin pozisyonlarını ve birbirleri ile etkileşimleri bu konulara odaklanma biçimlerine bakarak anlaşılabilir. Yasama organı, yürütme organı gibi aktörlerin politika gündemlerinin inşa edilmesi siyasi nitelikleri itibarıyla olağan süreçleridir. Yargı organları yani mahkemeler açısından ise durum biraz daha karmaşık görünebilir. Çünkü mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkları politika gündemi perspektifi içinde ele almaları çok mümkün değildir, zira taşımaları gereken bağımsız ve tarafsız karakter dolayısıyla herhangi bir tercihi yansıtamayacaklardır. Fakat anayasa mahkemeleri açısından bu durumun geçerli olamayacağını belirtmek gerekir. Bu mahkemeler “negatif kanun

93 “CAP Topics”, *Comparative Agendas Project*, <https://www.comparativeagendas.net/pages/master-codebook> (Erişim Tarihi: 09/8/2024)

94 Politika gündeminin oluşumu ve şekillenmesi için Bkz. Baumgartner, F. R. and Jones, B. D. (2009). *Agendas and Instability in American Politics* (2nd ed.), Chicago: University of Chicago Press.

koyucu (*negative legislator*)⁹⁵ karakterleri nedeniyle yasamanın yaptığı kanunların sınırlarını belirler. Dolayısıyla bir anlamda yasamanın veya yürütmenin politika gündemi bir anayasa aykırılık iddiası söz konusu olduğunda aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin yargısal gündemi hâlini alabilir.

Karşılaştırmalı Gündemler Projesi (KGP) kapsamında oluşturulan kodlara dayalı olarak anayasa mahkemelerinin yargısal gündemlerini ve bu gündemlerin basın duyuruları ile ilişkilerini konu edinen çalışmaların sayısı sınırlı gözükmektedir. Bunda mahkemelerle ilgili veri setlerinin eksikliğinin etkisinden bahsedilebilir. Bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla KGP'nin web sayfasında yalnızca ABD Yüksek Mahkemesi⁹⁶ ve İtalyan Anayasa Mahkemesi⁹⁷ için hazırlanmış politika gündemi veri setlerine ve kod kitaplarına erişilebilmektedir. Bu çalışma söz konusu nedenden dolayı da özgün olma iddiasındadır. Zira bu çalışmada yapıldığı gibi KGP kod kitabı kullanılarak AYM ile ilgili bir veri seti bugüne kadar oluşturulmamıştır⁹⁸.

Veri seti oluşturulurken KGP'nin 21 politika gündemi ana

95 Kelsen, H. (2005). *General Theory of Law & State* (with a new introduction Javier Trevino), New Brunswick and London: Transaction Publisher, s. 268.

96 İtalyan Anayasa Mahkemesi Veri Seti için bkz. https://comparativeagendas.s3.amazonaws.com/datasetfiles/Italian_Constitutional_Court_1.csv (Erişim Tarihi: 21/8/2024); İtalyan Anayasa Mahkemesi Kod Kitabı için bkz. https://comparativeagendas.s3.amazonaws.com/codebookfiles/Italian_Constitutional_Court_codebook.pdf (Erişim Tarihi: 21/8/2024)

97 ABD Yüksek Mahkemesi Veri Seti için bkz. https://comparativeagendas.s3.amazonaws.com/datasetfiles/US-Judicial-supreme_court_cases_23.1.csv (Erişim Tarihi: 24/8/2024); ABD Yüksek Mahkemesi Kod Kitabı için bkz. https://comparativeagendas.s3.amazonaws.com/codebookfiles/Supreme_Court_Codebook.pdf (Erişim Tarihi: 24/8/2024)

98 Karşılaştırmalı Gündem projesi çerçevesinde Türkiye'yi konu edinen çalışmaların sayısı oldukça sınırlıdır. En kapsamlı çalışmanın Bulut ve Yıldırım'a ait olduğu görülmektedir. Bu çalışmada (Türkiye) Politika Gündemleri Projesi çerçevesinde yasama faaliyetleri, ulusal bir gazetenin ön sayfa haberleri, bütçe harcamaları, kamuoyu ve parti programları incelenerek toplanan veriler Türkiye'nin demokratikleşme tarihi merkeze alınarak incelenmektedir. Bkz. Bulut, A. T. and Yıldırım, T. M. (2020). *Political Stability, Democracy and Agenda Dynamics in Turkey*, Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan. Kod Kitabı ve Veri Seti ile ilgili ayrıca bkz. Bulut, A. T. (2017). "Measuring Political Agenda Setting and Representation in Turkey: Introducing a New Approach and Data Set", *Party Politics*, Vol. 23., No. 6., ss. 717-730.

kodları kullanılmıştır. Alt kodlara yalnızca kararın içeriğine uygun ana kodu tespit etmek amacıyla başvurulmuştur. Ana kodların kullanılmasında Meyer tarafından ileri sürülen iki gerekçe belirleyici olmuştur. İlki karşılaştırma yapabilme imkânının sağlanabilmesidir. Böylece İtalyan Anayasa Mahkemesini analiz eden Rebessi ve Zucchini'nin çalışması⁹⁹ ile hem de Meyer'in Federal Almanya Anayasa Mahkemesini analiz ettiği çalışmayla karşılaştırma gerçekleştirilebilecektir.¹⁰⁰ İkinci gerekçe ise çok fazla sayıda kodun kullanılmasını ortaya çıkaracağı yapaylık ve aşırı karmaşıklıklaştır.¹⁰¹

Yapılan kodlamalarda bazı zorluklarla karşılaşmıştır. Bunlar büyük ölçüde Mahkeme kararlarının yapısı ve tasarımı ile politika gündemi eşleştirilmesinde yaşanan zorluklardan kaynaklanmaktadır. Her bir Mahkeme kararı incelenirken öncelikle “*Kararın Konusu*” ele alınmıştır. Ancak doğrudan bu başlık üzerinden yapılabilecek bir değerlendirmenin yanıltıcı olma potansiyeli göz önüne alınarak kararın “*Esasın İncelenmesi*” başlığına geçilerek özellikle iptal talebinin gerekçesi iptali istenen maddelerin içeriği ve kapsamı etrafında incelenmiştir. Örnek vermek gerekirse,

Kararın konusu “... İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

- A. ... İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne eklenen 6/A maddesinin (c) ve (ç) bentlerinin,
... maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

Oluşturan bir iptal davasında doğrudan kararın konusu başlığına göre bir kodlama yapılması durumunda bu kararın

99 İtalyan Anayasa Mahkemesini analiz eden bir çalışma için bkz. Rebessi, E. and Zucchini, F. (2018). “The Role of the Italian Constitutional Court in the Policy Agenda: Persistence and Change Between the First and Second Republic”, *Italian Political Science Review/Rivista Italiana di Scienza Politica*, Vol. 48., No. 3., ss. 289-305.

100 Meyer, P. (2022). s. 5.

101 a.g.e. s. 5.

KGP'nin "Teknoloji" (Technology)¹⁰² gündemi altında kodlanması gerekirken iptali istenen maddelerin kapsamı ve içeriği de dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde yer alan İletişim Başkanlığına kadro ihdas edilmesi ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda ise söz konusu gündem "hükümet faaliyetleri" (Government Operations) kapsamına girmektedir. Bu nedenle gündem başlıklarının belirlenmesinde ikinci durum göz önüne alınarak hareket edilmiştir.

Karşılaşılan ikinci zorluk ise denetime konu bazı (torba) kanunların ve bazı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin madde sayısının fazlalığı ve buna bağlı olarak kanunun tek bir gündemi taşımamasıdır. Bu aşamada aynı kanun içinde birden fazla politika gündemi ortaya çıktığından ilgili karar içinde yer alan her bir konu farklı bir karar olarak ele alınmış ve düzenlediği konuya buna göre politika gündemi kodlanmıştır. Örneğin aynı karar içinde hem "hükümet faaliyetleri" hem "ekonomi" hem de "güvenlik" politika gündemi olarak kodlanmıştır. Bu nedenle AYM'nin kararlar bilgi bankasında analize tabi toplam 1.205 norm denetimi kararı olmasına rağmen analize sokulan toplam sayı 1.496 olmuştur.

Karşılaşılan bir diğer zorluk ise bazı KGP kodlarının kapsamlarının ve Türkçe karşılıklarının belirlenmesi olmuştur. Çevirilerde bağlamı ortadan kaldırmadan mümkün olduğunca bire bir Türkçe karşılığının kullanılmasına gayret edilmiştir. Bu çerçevede KGP Kodları ve Türkçe çevirileri Tablo 1'de görülebilir.

102 Literatürde KGP çerçevesinde Türkiye ile ilgili yapılan yayınlarda kodların Türkçe'ye çevrilmiş hallerine rastlanılmadığından kodların en uygun Türkçe karşılıkları kullanılmış parantez içinde ise İngilizcelerine yer verilmiştir.

Tablo 1. KGP Kodları ve Türkçe Karşılıkları

KAP Kod Başlığı (İngilizce)	KAP Kod Başlığı (Türkçe)
1. Macroeconomics	1. Makro ekonomi
2. Civil rights	2. Sivil haklar
3. Health	3. Sağlık
4. Agriculture	4. Tarım
5. Labor	5. İş Gücü
6. Education	6. Eğitim
7. Environment	7. Çevre
8. Energy	8. Enerji
9. Immigration	9. Göç
10. Transportation	10. Ulaşım
11. Law and crime	11. Hukuk ve Suç
12. Social Welfare	12. Sosyal Refah
13. Housing	13. Barınma
14. Domestic Commerce	14. İç Ticaret
15. Defense	15. Savunma
16. Technology	16. Teknoloji
17. Foreign Trade	17. Dış ticaret
18. International affairs	18. Uluslararası ilişkiler
19. Government Operations	19. Hükümet Faaliyetleri
20. Public Lands	20. Kamu Arazileri
21. Culture	21. Kültür

Araştırmaya dâhil edilen kararlar incelendiğinde önemli çoğunluğunun belirli politika gündemleri altında toplandığı daha az sayıda kararın ise diğer politika gündemi altında yer aldığı belirtilmelidir. Rebessi ve Zucchini'nin İtalyan Anayasa Mahkemesi üzerine yaptığı çalışmasına¹⁰³ benzer biçimde az sayıda kodlanan politika gündemleri “diğer” kategorisi oluşturularak buraya dâhil edilmiştir.

Ayrıca ortak politika gündemi altında yer alması gerektiği düşünülen “makro ekonomi”, “iç ticaret” ve “dış ticaret” kodlarına “ekonomi” politika gündemi altında yer verilmiş ve buna göre kodlanmıştır.

103 Rebessi, E. and Zucchini, F. (2018). s. 294.

Tablo 2. AYM'nin Basın Duyurularında Öne Çıkan Politika Gündemleri ve KGP Kodları

Politika Gündemi Ana Kodu	Politika Gündemi Alt Kodları
Hukuk ve Suç	Genel Hukuksal Konular, Mahkeme Yönetimi, Cezaevleri, Çocuk Suçları, Aile Sorunları, Ceza ve Medeni Kanun, Hukuk ve Suç ile ilgili diğer konular.
Güvenlik	Savunma Politikaları, Ulusal Güvenlik, Terörle Mücadele, Askeri Politikalar, Savunma Bütçesi, İç Güvenlik, Personel Sorunları, Askeri İhaleler, Sivil Personel, Savunma Araştırmaları, Savunma ile ilgili diğer konular.
Hükümet Faaliyetleri	Kamu Yönetimi, Seçimler, Hükümet Reformları, Bürokratik Yapı, Yolsuzlukla Mücadele, Devler İhaleleri, Kamu Personeli, Nüfus Sayımı, Skandallar, Ulusal Tatiller, Kamu Malları, Hükümet Faaliyetleri ile ilgili diğer konular.
Ekonomi	Makroekonomi, İç Ticaret, Dış Ticaret, Maliye Politikası, Vergiler, Enflasyon, Bütçe Dengesi, Fiyat Kontrolü, Para Politikası, Faiz Oranları, İşsizlik, Telif Hakları, İşletmeler, Afet Yardımı, Turizm, Spor Düzenlemeleri, AR-GE Harcamaları, İhracat, İthalat, Özel Yatırımlar, Ticaret Antlaşmaları, Ekonomi ile ilgili diğer konular.
Diğer	Çevre, Enerji, Tarım, Ulaşım, Uluslararası İlişkiler, Sağlık, Konut, Teknoloji, Eğitim, Göç, Kamu Arazileri, Medeni Haklar, Sosyal Refah, İş Gücü.

Kodlama iki kodlayıcı tarafından manuel olarak gerçekleştirilmiştir. Kodlayıcılar arasındaki uyumu ve güvenilirliğini

tespit edebilmek adına Cohen's Kappa testi gerçekleştirilmiştir. Analiz sonucunda Kappa değeri 0,76 çıkmıştır. -1 ve +1 aralığında bir sayı alması beklenen bu testte +1, en mükemmel uyumu ifade etmektedir. Dolayısıyla bu sayıya oldukça yakın olan 0,76 değeri, kodlayıcılar arasında çok iyi bir uyum olduğunu göstermektedir¹⁰⁴.

C. VERİLERİN ANALİZİ

Anayasa Mahkemesinin verdiği norm denetimi kararlarında basın duyurusu yapılan ve yapılmayan kararların politika gündemlerine ait frekans dağılımlarını Tablo 3'te görmek mümkündür¹⁰⁵.

Tablo 3. Politika Gündemine Göre Kararların Frekansları

Yargısal Gündem	Basın Açıklaması			
	Toplam		Genel Toplam (%)	
	Var	Yok	Var	Yok
Hukuk ve Suç	80	410	5,34	27,26
Güvenlik	43	44	2,94	3,01
Hükümet Faaliyetleri	41	165	2,74	11,02
Ekonomi	64	122	4,21	8,22
Diğer	135	392	9,02	26,20
Toplam	363	1133	24,3	75,7

104 Bkz. Bıkmaz, Bilgen, Ö. ve Doğan, N. (2017). "Puanlayıcılar Arası Güvenirlik Belirleme Tekniklerinin Karşılaştırılması", *Journal of Measurement and Evaluation in Education and Psychology*, Vol. 8., No. 1., s. 66.

105 Verilerin analizinde sunduğu değerli katkılardan dolayı Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı doktora öğrencisi Arda Gurus'a teşekkürü bir borç bilirim.

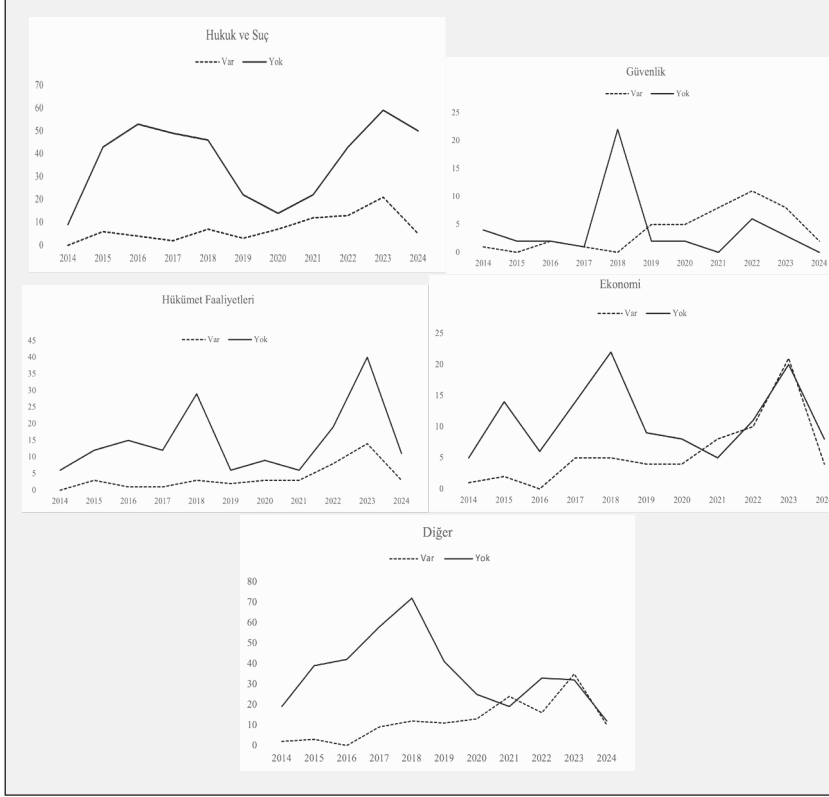
“Hukuk ve suç” politika gündemi altında toplam 490 karar yer almakta olup, bunların 80’inde basın duyurusu yapılmış, bu sayı analize konu bütün kararların %5,34’ünü kapsamaktadır. 410 kararda basın duyurusu yapılmamış olup bu da bütün kararlar içinde %27,26’lık bir orana işaret etmektedir.

“Güvenlik” politika gündemine ait toplam 87 kararın 43’ünde basın duyurusu yapılmış olup, bu sayı basın duyurusu yapılan toplam karar sayısının %2,94’üdür. Basın duyurusu yapılmayan karar sayısı 44’tür ve bu sayı basın duyurusu yapılmayan toplam karar sayısının %3,01’ine tekabül etmektedir.

“Hükümet faaliyetleri” politika gündemiyle toplam 206 karar verilmiş olup, bu kararların 41’inde basın duyurusu yapılmış olup bu oran basın duyurusu yapılmış kararların toplamının %2,74’üne tekabül etmektedir. 165 kararda basın duyurusu yapılmamış olup bu da basın duyurusu yapılmayan toplam kararların %11,02’sine karşılık gelmektedir.

“Ekonomi” politika gündemli toplam 186 karar tespit edilmiştir. Bu kararlardan 63’ünde basın duyurusu yapılmış olup, 123 kararda ise duyuru yapılmamıştır. Basın duyurusu yapılan kararların oranı, duyurusu yapılan toplam kararın %4,21’ini meydana getirirken, basın duyurusu yapılmayan ekonomi gündemli toplam karar sayısının %8,22’sini meydana getirmektedir.

Grafik 1. Yıllara Göre Kararlarda Yer Alan Politika Gündemleri (Basın Duyurusu Var-Yok)



“Diğer” başlığı altındaki politika gündemleri toplam 527 kararda bulunmaktadır. Bu kararların 135'i basın duyurusu ile açıklanmışken 392'sinde ise basın duyurusu yapılmamıştır. Diğer başlığı altında bulunan politika gündemlerinden basın duyurusu yapılanların oranı toplam basın duyurusu yapılan kararların %9,02 iken, basın duyurusu yapılmayanların oranı ise toplam basın duyurusu yapılmayan kararların %26,20'üdür.

Genel olarak toplam 1496 kararın 363'ünde AYM basın duyurusu yapmış olup, bu sayı toplam analize dâhil edilen

toplam kararların %24,3'ünü meydana getirmektedir. Geriye kalan 1134 kararda ise basın duyurusu yapılmamış olup, bu da analize dâhil edilen toplam karar sayısının %75.7'sini oluşturmaktadır.

Gerçekleştirilen ikili lojistik regresyon analizinde ilk olarak, çalışmaya konu olan modelin uyum iyiliğinin incelenmesi, yani bir başka deyişle genel anlamda modelin anlamlılığını test etmek için Wald, Omnibus ve Hosmer-Lemeshow testleri uygulanmıştır. Tablo 4'de Omnibus istatistiğine ait sonuçlar görülebilir.

Tablo 4. Modele İlişkin Omnibus Testleri

	Ki-Kare (X^2)	Serbestlik Derecesi (df)	Sig. (p)
Step	55.391	4	.000
Block	55.391	4	.000
Model	55.391	4	.000

Omnibus test istatistik sonuçlarına göre, çalışmaya konu olan modele ait tüm açıklayıcı değişkenler, bağımlı değişken üzerinde istatistiki açıdan anlamlı bir etkiye sahiptir. Bu durum, değişkenlerin model üzerinde açıklayıcı bir etkiye sahip olduğunu ve modelin istatistiki açıdan anlamlı olduğunu göstermektedir.

Tablo 5. Hosmer-Lemeshow Testi

Yöntem	Ki-Kare	Serbestlik Derecesi	Sig.
	(X^2)	d(f)	(p)
Hosmer-Lemeshow	.000	3	1.000

Tablo 5'den Hosmer-Lemeshow testi sonuçları yer almaktadır. Modelin anlamlılık derecesinin 1,000 olduğu görülmekte-

dir. Bu sonuç, anlamlılık derecesi olan 0,05'ten büyük olduğu için H_0 reddedilemez. Hosmer-Lemeshow testinden elde edilen anlamlılık derecesinin 1 olması, modele konu olan değişkenler ile model arasında mükemmel bir uyum sağladığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca Ki-Kare değerinin .000 çıkması gözlenen ve beklenen değerler arasında çok az fark olduğunu göstermektedir. Bu durum modelin iyi bir uyum içerisinde olduğunu göstermektedir. Çalışmada Hosmer-Lemeshow testi için gözlenen ve beklenen frekans değerlerine ilişkin sonuçlar ise Tablo 6'da yer almaktadır.

Tablo 6. Hosmer-Lemeshow için Gözlenen ve Beklenen Frekanslar

	Basın Açıklaması= Var		Basın Açıklaması=Yok		Toplam
	Gözlemlenen	Beklenen	Gözlemlenen	Beklenen	
1	410	410.000	80	80.000	490
2	165	165.000	41	41.000	206
3	243	243.000	135	135.000	527
4	123	123.000	63	63.000	186
5	44	44.000	43	43.000	87

Tablo 6'ya bakıldığında her adımda gözlemlenen değerlerin tam ve eksiksiz olarak tahmin edildiği görülmektedir. Tablo 5'te yer alan Hosmer-Lemeshow tablosunun p-değeri ile Tablo 6'da yer alan gözlenen ve beklenen değerler arasında tam bir uyum olduğu görülmektedir. Söz konusu bu durum, kurulan lojistik regresyon modelinin, veriler arasında mükemmel bir uyum hâlinde olduğunu ve bağımlı değişken ile tam bir şekilde çalıştığını göstermektedir.

Yukarıda yer alan Tablo 4, Tablo 5 ve Tablo 6 sonuçlarına göre bir kararın basın duyurusunun yapıp, yapılmamasını etkileyen politika gündemlerin lojistik regresyon analizinin kısıtları altında gerek modelin gerekse modele konu olan de-

ğişkenlerin istatistiki açıdan uyumlu, anlamlı ve belirleyici olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmada basın duyurusu yapılmasını etkileyen politika gündemlerinin hangileri olduğu araştırılmış ve uygulanan ikili lojistik regresyon model sonuçları Tablo 7’de verilmiştir.

Tablo 7. Basın Açıklaması Yapılmasını Etkileyen Politika Gündemlerinin İkili Lojistik Regresyon Analiz Sonuçları

Değişken	Katsayı	Std. Hata	Wald Testi	Serbestlik Derecesi	Sig.	Bahis Oranı
					(p)	
Hukuk ve Suç	-,585*	.158	12.295	1	.000	.567
Hükümet Faaliyetleri	-,326***	.201	2,636	1	.104	.722
Ekonomi	,397*	.184	4.639	1	.031	1.487
Güvenlik	1,043*	.237	19.446	1	.000	2.838
Sabit	-1.066*	.100	144.107	1	.000	
*, **, *** sırasıyla %1, %5, %10 anlamlılık seviyesini ifade etmektedir.						
Diğer referans kategorisi olarak alınmıştır.						

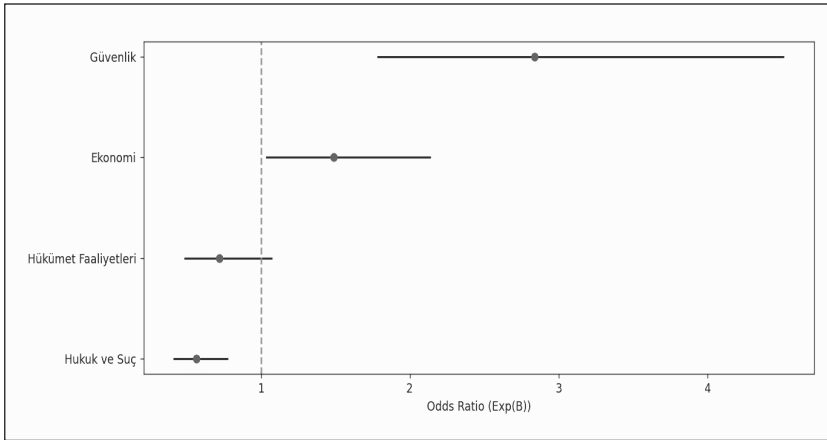
Tablo 7’de yer alan regresyon sonuçları incelendiğinde AYM’nin basın duyurusu yapmasını etkileyen politika gündemlerinin anlamlılık düzeyleri incelendiğinde “hukuk ve suç”, “ekonomi”, “güvenlik”, ve “diğer” politika (gündemi) değişkenleri %5 düzeyinde anlamlı bulunurken, sadece “Hükümet Faaliyetleri” %5 anlamlılık düzeyinden yüksek çıkmıştır.

Hukuk ve Suç (politika gündemi) değişkeninin bir birim artması, “diğer” (politika gündemi) değişkeni referans alındığında, basın duyurusu yapılma olasılığını 0.567 azaltmaktadır. Bu da hukuk ve suç politika gündemli bir karar verildiğinde basın duyurusu yapılma ihtimalinin düşeceğini göstermektedir.

Ekonomi (politika gündemi) değişkenindeki bir birimlik artış, “diğer” (politika gündemi) değişkeni referans alındığında, basın duyurusu yapılma olasılığını 1.487 kat artırmaktadır. Bu da ekonomi politika gündemli bir norm denetimi kararının basın duyurusu yapılma olasılığını yükselttiğini göstermektedir.

Güvenlik (politika gündemi) değişkenindeki bir birimlik artış, “diğer” (politika gündemi) değişkeni referans alındığında, basın duyurusu yapılma olasılığını 2.838 kat artırmaktadır. Bu durum güvenlik politika gündemli bir norm denetimi kararı verildiğinde basın duyurusu yapılma olasılığının diğer birçok değişkene göre daha fazla ölçüde arttırdığını göstermektedir.

**Grafik 2. Politika Gündemine Göre Bahis Oran(lar)ı
(Referans Politika Gündemi: “Diğer”)**



Grafik 2’de “Diğer” politika gündeminin referans değişken olarak kabul edildiği ikili lojistik regresyon modelinde bulunan *hukuk ve suç*, *güvenlik*, *ekonomi*, *hükümet faaliyetleri*, bağımsız değişkenlerin bahis (odds) oranları ve bu değişkenlere ait güven aralıkları verilmiştir. Buna göre, bahis oranı 1’in üstünde olan bağımsız değişkenlerin, bağımlı değişken üzerinde pozitif ve anlamlı bir etkisi olduğuna, 1’in altında olan açık-

layıcı değişkenlerin ise bağımlı değişken üzerinde negatif ya da istatistiksel açıdan anlamsız olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

D. TARTIŞMA

Cobb, Ross ve Ross politika gündemlerinin içeriklerini dikkate alarak yaptıkları bir sınıflandırmada iki tür gündemden bahsetmektedir. Bunlardan ilki formel gündemlerdir. Bu tür gündemler daha minör konulara odaklanan, sembolik nitelik taşıyan başlıkları içermektedir. İkinci türü oluşturan gündemler ise *kamusal gündemler* adını almakta ve kamuoyunun yüksek farkındalık ve hassasiyet gösterdiği, devlet organlarından eyleme geçilmesini talep ettiği konuları içermektedir.¹⁰⁶

Elde edilen bulgulardan, AYM'nin basın duyurusu yaptığı kararlarında belirli politika gündemlerinin öne çıktığı özellikle "güvenlik" ve "ekonomi" politika gündemlerine sahip oldukları görülmektedir. Bu durum, Mahkemenin kamuoyunu bilgilendirme açısından söz konusu gündemleri içeren kararları kamusal bir nitelikte gördüğüne işaret etmektedir.

15 Temmuz 2016 Darbe Girişimi sonrasında Türkiye'nin millî güvenlik alanında yaşadığı gelişmeler ve ekonomide karşılaşılan olumsuzluklar, kamuoyunda yüksek bir hassasiyet ve farkındalık yaratmıştır. Bu durum, AYM'nin güvenlik ve ekonomi politikalarıyla ilgili kararlarında basın duyurusu yapmasının önemli bir etkeni olarak değerlendirilebilir. Böylelikle Mahkeme, anayasal düzen içindeki kritik rolünü ve konumunu kamuoyuna hatırlatma fırsatı da bulmaktadır. Ancak Mahkemenin işleyiş usulü göz önünde bulundurulduğunda, bu önceliklerin arkasındaki somut nedenlere dair doğrudan bir kanıt sunmanın güçlüğü de hatırdta tutulmalıdır.

Buna karşın, "hukuk ve suç" ile "hükümet faaliyetleri" gibi politika gündemlerinin basın duyurusu yapma üzerinde ya istatistiksel olarak anlamsız ya da negatif etkiler gösterdiği

106 Cobb, R., Ross, J. K. and Ross, M. H. (1976). "Agenda Building as a Comparative Political Process". *The American Political Science Review*, Vol. 70., No. 1., s. 126-127.

bulgusu karşımıza çıkmaktadır ki Mahkemenin bu gündemleri formel nitelikte gördüğü ve bu gündemleri içeren kararların basın duyurusunu yapmamayı tercih ettiği sonucuna bizi ulaştırmaktadır. Özellikle “hükümet faaliyetleri” politika gündemi içeren kararlarla ilgili basın duyurusu yapılma olasılığının diğer gündemlere kıyasla anlamlı derecede düşük olması, bu alandaki kararların kamuoyuna duyurulmasının Mahkeme açısından öncelikli bir konu olmadığı göstermektedir. Zaman zaman yürütme organı tarafından AYM’ye yapılan eleştiriler dikkate alındığında Mahkemenin yürütmenin (ve dahi idarenin) faaliyetleri ve işlemleri ile ilgili kararları basın duyurusu yoluyla kamuoyu gündemine taşıma eğiliminde olmadığı hatta model içinde yer alan diğer gündemlerden çok daha istekli bir biçimde bunu yaptığı da ayrıca dikkat çekicidir.

Güvenlik ve ekonomi politika gündemlerine dair ortaya çıkan bu tablo H₂ hipotezini destekler niteliktedir. Buna göre, AYM’nin kamusal meselelerle ilgili kararlarının, kamuoyunda farkındalık yaratmak ve diğer devlet organları karşısındaki konumunu güçlendirmek amacıyla basın duyurularında yer alma olasılığı daha yüksektir. Daha önce de belirtildiği gibi güvenlik ve ekonomi gibi politika gündemleri genellikle yüksek kamuoyu ilgisi ve politik açıdan önem taşıyan gündemler olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle Mahkemenin bu tür konularda basın duyurusu yaparak kamuoyunu bilgilendirme ve kendi pozisyonunu gösterme eğiliminde olduğu söylenebilir.

Öte yandan, “hukuk ve suç” politika gündemini içeren kararların basın duyurusunun yapılma olasılığının düşük olması, bu gündemlerin AYM tarafından formel veya ikincil görüldüğü sonucuna varmamıza neden olabilir. Ancak H₁ hipotezi çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu durum AYM’nin basın duyuruları aracılığıyla daha az görünür veya ikincil olarak algılanan konularda bile şeffaflığı artırmaya ve adaletin her

türlü anlaşmazlıkta sağlandığını göstermeye çalıştığı yönündeki varsayımın çelişebilir. Anayasa mahkemeleri ikincil konulardaki kararları basın duyurularında daha fazla görünür kılarak şeffaflığı artırmayı amaçladığı varsayılırken, bulgular AYM açısından bu tür konuların basın duyurularında daha az yer aldığını göstermektedir. Bu da H_1 hipotezinin AYM açısından geçerliliğini sorgulamamıza neden olmaktadır.

SONUÇ

Bu çalışma ile elde edilen bulguların sadece *basın duyurusu yapma(mak)* bağımlı değişkeni üzerinden gerçekleştirildiği, duyuruların içeriği, kapsamı ve medyada yarattığı etki gibi diğer önemli faktörlerin kapsam dışı olduğu hatırlatılmalıdır. Ayrıca analize konu verilerin elde edildiği zaman dilimi içinde Mahkemenin basın duyurusu yapma kararını verme sürecine ilişkin veri eksikliğinin de bulgularımızın genellebilirliği üzerinde sınırlı bir etki yaratabileceğini belirtmek gerekir. Bunlar dışında karşılaştırmalı örnekler incelendiğinde AYM'nin basın duyurularını daha yakın bir dönemde yapmaya başladığı ve basın duyurusu yapılan kararların sayısının söz konusu örneklerle karşılaştırıldığında henüz sayıca az olduğu da belirtilmelidir.

Anayasa mahkemelerinin, kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamak kapsamında üstlendiği kritik rol, hem hak ve özgürlüklerin korunmasının hem de demokratik düzenin sağlıklı işleyişinin belirleyicilerindedir. Ancak bu rol yerine getirilirken, zaman zaman yasama ve yürütme organlarıyla çatışmalar yaşanmaktadır. Böylece mahkemelerin hukuki meşruiyeti ile demokratik meşruiyeti eksenindeki tartışmaları gündeme getirmekle birlikte yargısal aktivizm eleştirilerine de neden olmaktadır.

Yargıçların karar alma süreçlerinde ideolojik ya da kişisel görüşlerinin etkili olabileceği endişesi, yargının demokratik meşruiyetini zayıflatabileceği gibi kamuoyunda yargıya du-

yulan güvenin de sorgulanmasına neden olabilir. Bu sorgulamanın beraberinde getirdiği en önemli talep mahkemelerin kamuoyuna karşı daha fazla şeffaf olmalarının sağlanmasıdır. Mahkemelerin kararlarını ve süreçlerini şeffaf bir şekilde sunması, halkın yargıya duyduğu güveni artırmakta ve yargının demokratik hesap verebilirliğini güçlendirmektedir. Bu bağlamda, medya başta olmak üzere diğer iletişim araçlarının yargı kararlarını kamuoyuna aktarmadaki rolü büyük önem taşır.

Günümüzde basın duyuruları anayasa mahkemelerinin kamuoyu ile iletişimde kullandıkları kritik bir araca dönüşmüştür. Mahkemelerin bu duyuruları sadece kararlarını kamuoyuna tanıtmaya arac olarak değil, aynı zamanda kamuoyu desteğini sağlamak ve meşruiyetlerini pekiştirmek için de kullanmaktadır. Bu durum AYM için de geçerlidir. AYM de kamuoyu desteği oluşturmak ve anayasal düzendeki konuma dikkat çekmek için belirli politika gündemlerini içeren kararların basın duyurularını kullanarak yargısal gündemini inşa etmektedir. Bu çerçevede AYM, ekonomi, ve güvenlik politika gündemlerine sahip kararlarını basın duyurusu yoluyla duyurma motivasyonu ile hareket ederken, diğer politika gündemlerini içeren kararlarında aynı isteği sergilememektedir. Bu gündemlerin toplum nezdinde sahip olduğu önem dikkate alındığında Mahkeme kamuoyu ile ilişkisinde şeffaflığı stratejik bir çerçeveye oturttuğu anlaşılmaktadır.

KAYNAKLAR

- “ABD Yüksek Mahkemesi Kod Kitabı”, https://comparativeagendas.s3.amazonaws.com/codebookfiles/Supreme_Court_Codebook.pdf (Erişim Tarihi: 24/8/2024)
- “ABD Yüksek Mahkemesi Veri Seti”, https://comparativeagendas.s3.amazonaws.com/datasetfiles/US-Judicial_supreme_court_cases_23.1.csv (Erişim Tarihi: 24/8/2024)
- “Bireysel Başvuru Basın Duyuruları”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)
- “Bireysel Başvuru İstatistikleri 23/9/2012-30/6/2024”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, https://www.anayasa.gov.tr/media/9362/bb_2024_2.pdf (Erişim Tarihi: 20/8/2024)
- “Bireysel Başvuru Seçme Kararlar”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/bireysel-basvuru-secme-kararlar/> (Erişim Tarihi: 21/8/2024)
- “CAP Topics”, *Comparative Agendas Project*, <https://www.comparativeagendas.net/pages/master-codebook> (Erişim Tarihi: 16/8/2024)
- “CAP Topics”, *Comparative Agendas Project*, <https://www.comparativeagendas.net/pages/master-codebook> (Erişim Tarihi: 9/8/2024)
- “Certiorari”, *Legal Information Institute, Cornell Law School*, <https://www.law.cornell.edu/wex/certiorari> (Erişim Tarihi: 15/8/2024)
- “Communiqués de presse généraux”, *Constitutional Court of Belgium*, <https://www.const-court.be/fr/media/general-press-releases> (Erişim Tarihi: 11/8/2024)
- “Comunicados”, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/comunicados?page=2> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)
- “Comunicati stampa”, *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, <https://www.cortecostituzionale.it/comunicatiStampa.do> (Erişim Tarihi: 11/8/2024)

- “Duyurular”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/duyurular/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)
- “Faaliyetler”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)
- “İtalyan Anayasa Mahkemesi Kod Kitabı”, https://comparative-agendas.s3.amazonaws.com/codebookfiles/Italian_Constitutional_Court_codebook.pdf (Erişim Tarihi: 21/8/2024)
- “İtalyan Anayasa Mahkemesi Veri Seti”, https://comparative-agendas.s3.amazonaws.com/datasetfiles/Italian_Constitutional_Court_1.csv (Erişim Tarihi: 21/8/2024)
- “Judicial Selection: An Interactive Map”, *Brennan Center for Justice*, <https://brennancenter.org/judicial-selection-map> (Erişim Tarihi: 12/8/2024)
- “News releases”, *Supreme Court of Canada*, https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/news/en/nav_date.do (Erişim Tarihi: 12/8/2024)
- “Norm Denetimi Basın Duyuruları”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)
- “Norm Denetimi İstatistikleri”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, https://www.anayasa.gov.tr/media/9151/norm_tr_2023.pdf (Erişim Tarihi: 20/8/2024)
- “Norm Denetimi Seçme Kararlar”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, https://www.anayasa.gov.tr/media/9211/2023_norm_denetimi_secme-kararlar.pdf (Erişim Tarihi: 21/8/2024)
- “Notícias STF”, *Supremo Tribunal Federal*, <https://noticias.stf.jus.br> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)
- “Noticias”, *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, <https://www.csjn.gov.ar/novedades/noticias> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)

“Press Release”, *Supreme Court of the United States*, <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases.aspx> (Erişim Tarihi: 12/8/2024)

“Pressemitteilungen”, *Bundesverfassungsgericht*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/pressemitteilungen_node.html (Erişim Tarihi: 11/8/2024)

“Son Kararlar”, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/> (Erişim Tarihi: 20/08/2024)

“The Relationship Between the Courts and the Media”, *Supreme Court of Canada*, <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2012-01-31-eng.aspx> (Erişim Tarihi: 13/8/2024)

“Toutes les actualités”, *Conseil Constitutionnel de la République Française*, https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/landing_actualites_rubrique/actualites-32280/landing_actualites_rubrique/les-decisions-32274/type/communiqu-2 (Erişim Tarihi: 11/8/2024)

“Transparência”, *Supremo Tribunal Federal*, <https://portal.stf.jus.br/transparencia/> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)

“Últimas notas de prensa”, *Tribunal Constitucional de España*, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/prensa/Paginas/default.aspx> (Erişim Tarihi: 13/8/2024)

“뉴스레터”, *Constitutional Court of Korea*, <https://ccourt.go.kr/site/kor/ccourt/newsletter/selectNewsletterList.do> (Erişim Tarihi: 14/8/2024)

ABBE, Owen Gregory and HERRN SON, Paul Samuel (2003). “Public Financing for Judicial Elections? A Judicious Perspective on the ABA’s Proposal for Campaign Finance Reform.” *Polity*, Vol. 35., No. 4., ss. 535-554.

ANAND, Adarsh Sein (2000). “Judicial Review-Judicial Activism-Need For Caution”, *Journal of the Indian Law Institute*, Vol. 42., No. 2/4., ss. 149-159.

ANAYASA MAHKEMESİ (2024). *Norm Denetimi Seçme Kararları (2023)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.

- ARSLAN, Zühtü (2022). "Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi (AYAM) ile Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri' Konulu Konferansın Açış Konuşması", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/ayam-ile-bilkent-universitesi-is-birliğinde-anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuruda-is-yuku-ve-cozum-onerileri-konferansi/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)
- ARSLAN, Zühtü (2024). "Hukuk Fakültesi Öğrencilerine Konuşan Başkan Zühtü Arslan: 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Uyulmamasının Hiçbir Gerekçesi ve Geçerliliği Olamaz'", *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/hukuk-fakultesi-ogrencilerine-konusan-baskan-zuhtu-arslan-anayasa-mahkemesi-kararlarina-uyulmamasinin-hicbir-gerekcesi-ve-gecerlilik-olamaz/> (Erişim Tarihi: 20/8/2024)
- BÂLİ, Aslı (2013). "Courts and Constitutional Transition: Lessons from the Turkish Case", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11., No. 3., ss. 666-701.
- BAUMGARTNER, Frank Roy and JONES, Bryan Douglas (2009). *Agendas and Instability in American Politics* (2nd ed.), Chicago: University of Chicago Press.
- BAYER, Judith (2024). "Post-Truth and Post-Trust: How to Re-Define Trust in The Judicial System and the Media", *ERA Forum*, Vol. 25., ss. 165-179.
- BIKMAZ BİLGİN, Özge ve DOĞAN, Nuri (2017). "Puanlayıcılar Arası Güvenirlilik Belirleme Tekniklerinin Karşılaştırılması", *Journal of Measurement and Evaluation in Education and Psychology*, Vol. 8., No. 1., ss. 63-78.
- BLACK, Ryan Christopher and OWENS, Ryan James (2009). "Agenda Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and Jurisprudence", *The Journal of Politics*, Vol. 71., No. 3., ss. 1062-1075.

- BOSLAND, Jason and GILL, Jonathan (2014). "The Principle of Open Justice and the Judicial Duty to Give Public Reasons", *Melbourne University Law Review*, Vol. 38., No. 482., ss. 482-511.
- BULUT, Alper Tolga and YILDIRIM, Tevfik Murat (2020). *Political Stability, Democracy and Agenda Dynamics in Turkey*, Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.
- BULUT, Alper Tolga (2017), "Measuring Political Agenda Setting and Representation in Turkey: Introducing a New Approach and Data Set", *Party Politics*, Vol. 23., No. 6., ss. 717-730.
- CALDEIRA, Gregory Arthur and WRIGHT, John Robert (1988). "Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court", *The American Political Science Review*, Vol. 82., No. 4., ss. 1109-1127.
- CALDERIA, Gregory Arthur and GIBSON James L. (1992). "The Etiology of Public Support for the Supreme Court", *American Journal of Political Science*, Vol. 36., No. 3., ss. 635-664.
- CARRINGTON, Paul DeWitt (1989). "Judicial Independence and Democratic Accountability in Highest State Courts", *Duke Law Journal*, Vol. 61., No. 3., ss. 79-126.
- CASILLAS, Christopher James, ENNS, Peter K., WOHLFARTH, Patrick C. (2011). "How Public Opinion Constrains the U.S. Supreme Court", *American Journal of Political Science*, Vol. 55., No. 1., ss. 74-88.
- CATENACCIO, Paola (2008). "Press Releases as a Hybrid Genre: Addressing the Informative/Promotional Conundrum", *Pragmatics*, Vol. 18., No. 1., ss. 9-31.
- COBB, Roger, ROSS, Jennie-Keith and ROSS, Marc HOWARD (1976). "Agenda Building as a Comparative Political Process", *The American Political Science Review*, Vol. 70., No. 1., ss. 126-138.
- DAVIS, Richard, TARAS, David (Ed.). (2017). *Justices and Journalists*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ELY, Hart John (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

- EPSTEIN, Lee and WEINSHALL, Keren (2021). *The Strategic Analysis of Judicial Behavior: A Comparative Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ERGÜL, Ozan (2007). *Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- FREEMAN, Samuel (1990). "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, Vol. 9., No. 4., ss. 327-370.
- FRIEDMAN, Barry (2009). *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York: Farrar, Straus and Giroux.
- GILPIN, Dawn R. (2008). "Narrating the Organizational Self: Reframing the Role of the News Release", *Public Relations Review*, Vol. 34, No. 1., ss. 9-18.
- GINSBURG, Tom (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GÖREN, Zafer (2019). "Anayasa Yargısının Meşruluğu, Sınırları ve Toplumsal Uzlaşmanın Korunması Fonksiyonu", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 7., No. 1., ss. 13-22.
- GÖZLER, Kemal (2006). "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Vol. 61., No. 3., ss. 131-166.
- GREEN-PEDERSEN, Christoffer and WALGRAVE, Stefaan (Eds.). (2014). *Agenda Setting, Policies, and Political Systems: A Comparative Approach*, Chicago and London: University of Chicago Press.
- GÜLENER, Serdar (2011). "Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15., S. 2., ss. 1-25.
- GÜLENER, Serdar (2012). *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- GÜLENER, Serdar (2018). *Yargıya Güven*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- HAIR, Joseph Francis, BLACK, William Clinton, BABIN, Barry J. and ANDERSON, Rolph Eugene (2019). *Multivariate Data Analysis* (8th ed.), Boston: Cengage.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- HANYCH, Monika, SMEKAL, Hubert and BENÁK, Jaroslav (2023). "The Influence of Public Opinion and Media on Judicial Decision-Making: Elite Judges' Perceptions and Strategies", *International Journal for Court Administration*, Vol. 14., No. 3., ss. 1-19.
- HAZAMA, Yasushi (2012). "Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey", *International Political Science Review*, Vol. 33., No. 4., ss. 421-440.
- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press.
- HOUGH, Mike, ROBERTS and Julian Victor (1999). "Sentencing Trends in Britain: Public Knowledge and Public Opinion", *Punishment & Society*, Vol. 1., No. 1., ss. 11-26.
- INDQUIST, Stefanie Anne and CROSS, Frank B. (2009). *Measuring Judicial Activism*, New York: Oxford University Press.
- KELSEN, Hans (2005). *General Theory of Law & State* (with a new introduction Javier Trevino), New Brunswick and London: Transaction Publisher.
- KREHBIEL, Jay Nathan (2016). "The Politics of Judicial Procedures: The Role of Public Oral Hearings in the German Constitutional Court", *American Journal of Political Science*, Vol. 60., No. 4., s. ss. 807-1124.
- MEYER, Philipp (2020). "Judicial Public Relations: Determinants of Press Release Publication by Constitutional Courts", *Politics*, Vol. 40., No. 4., ss. 477-493.

- MEYER, Philipp (2022). "Transparency and Strategic Promotion: How Court Press Releases Facilitate Judicial Agenda-Building in Germany", *Public Relations Review*, Vol. 48., No. 4., ss. 1-11.
- MORAN, Leslie John (2014). "Managing the News Image of the Judiciary: The Role of Judicial Press Officers", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 4., No. 4., ss. 799-818.
- NORTH CAROLINA LAW REVIEW (2019). "Tuesday, February 11, 1868: The Day North Carolina Chose Direct Election of Judges—A Transcript of the Debates from the 1868 Constitutional Convention", *North Carolina Law Review*, Vol. 70., No. 6, ss. 1825-1851.
- OWENS, Ryan James and SIEJA, James (2017). Agenda-Setting on the U.S. Supreme Court, in Epstein, Lee and Lindquist, Stefanie Anne (Ed.), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior* (ss. 168-185), New York: Oxford University Press.
- ÖZBUDUN, Ergun (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, içinde Ergül, Ozan (Ed.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 1-16), Ankara: TBB Yayınları.
- PENG, Chao-Ying Joanne, LEE, Kuk Lida and INGERSOLL, Gary M. (2002). "An Introduction to Logistic Regression Analysis and Reporting", *The Journal of Educational Research*, Vol. 96., No. 1., ss. 3-14.
- REBESSI, Elisa and ZUCCHINI, Francesco (2018). "The Role of the Italian Constitutional Court in the Policy Agenda: Persistence and Change Between the First and Second Republic", *Italian Political Science Review/Rivista Italiana di Scienza Politica*, Vol. 48., No. 3., ss. 289-305.
- ROOSEVELT, Kermit (2006). *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*, New Haven and London: Yale University Press.
- SCALIA, Antonin (1997). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

- SCHUBERT, Glendon (1962). "Policy Without Law: An Extension of the Certiorari Game", *Stanford Law Review*, Vol. 14., No. 2., ss. 284-327.
- SOWELL, Thomas (1989). *Judicial Activism Reconsidered*, Stanford: Hoover Institution Press.
- SPERTI, Alessandra (2022). "Constitutional Courts Speak Their Voice: Their Fight Against Fake News and Disinformation on Constitutional Justice", *The Italian Review of International and Comparative Law*, Vol. 1., No. 2., ss. 224-245.
- SPILLER, Pablo Tomás and GELY, Rafael (2007). "Strategic Judicial Decision Making" (Working Paper No. 13321), *National Bureau of Economic Research*, <http://www.nber.org/papers/w13321> (Erişim Tarihi: 15/8/2024)
- STATON, Jeffrey Keith (2010). *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Cambridge: Cambridge University Press.
- STROBBE, Ilse and JACOBS, Geert (2005). "E-releases: A View from Linguistic Pragmatics", *Public Relations Review*, Vol. 31., No. 2., ss. 289-291.
- TANENHAUS, Joseph, SCHICK, Marvin, MURASKIN, Malcolm and ROSEN, David (1963). The Supreme Court's Certiorari Jurisdiction: Cue Theory Judicial Decision-Making, in Ulmer Sidney S. (Ed.), *Courts, Law, and Judicial Processes* (ss. 273-283), New York: The Free Press,.
- TEGER, Stuart H. and KOSINSKI, Douglas (1980). "The Cue Theory of Supreme Court Certiorari Jurisdiction: A Reconsideration", *The Journal of Politics*, Vol. 42., No. 3., ss. 834-846.
- TUSHNET, Mark Victor (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- ULMER, Sidney S. (1972). "The Decision to Grant Certiorari as an Indicator to Decision 'on the Merits'", *Polity*, Vol. 4., No. 4., ss. 429-447.
- VAN DIJK, Frans (2021). *Perceptions of the Independence of Judges in Europe*, Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan.

- WALDRON, Jeremy (2006). "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Vol. 115., No. 6., ss. 1346-1406.
- WILCOX, Dennis Lynn, CAMERON, Glen Thomas, REBER, Bryan Harrison and SHIN, Jae-Hwa (2015). *Public Relations: Strategies and Tactics* (11th ed.), Essex: Pearson.
- ZURN, Christopher F. (2002). "Deliberative Democracy and Constitutional Review", *Law and Philosophy*, Vol. 21., No. 4/5., ss. 467-542.



ANAYASA MAHKEMESİ UYGULAMASINDA BİREYSEL BAŞVURULARDA DÜŞME KARARLARI

Strike-Out Decisions in Individual Applications Before the Turkish Constitutional Court

Doç. Dr. Taylan BARIN*

ÖZET

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası'nda yer alan kararlar incelendiğinde bireysel başvuru yolunun uygulanmaya başladığı günden 2024 yılının Ekim ayına kadar geçen sürede 431 başvuruda düşme kararı verildiği görülmektedir. Bunların yarısından fazlasının gerekçesi Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde düzenlenen başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmamasıdır. Anayasa'nın 142. maddesinin birinci fıkrasına göre "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûlleri kanunla düzenlenir." Anayasa'nın amir hükmü gereğince Anayasa Mahkemesinin yargılama usûlü 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun*'la düzenlenmiştir. Ancak Kanun'da – Anayasa m. 142'ye aykırı olarak – Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile de AYM'nin yargılama usulüne dair düzenlemeler yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bireysel başvuruda *başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi* nedeniyle düşme kararı verilebilmesi de Kanun'da yer almayan fakat İçtüzük'le getirilmiş bir düşme sebebidir. Bu çalışmada öncelikle

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, taylan.barin@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8227-642X

yargılama usulünden ne anlaşılması gerektiği ile İçtüzük'ün işlevi tartışılacak, ardından İçtüzük'le usul kuralı ihdas edilmesi tenkit edilecektir. Sonrasında AYM'nin verdiği 431 adet düşme kararı tasnif edilecek ve bunlardan 269'unu oluşturan *başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi* nedeniyle düşme kararı verilmesinin uygulaması tahlil edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi karar türleri, bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, düşme kararları, bireysel başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi.

ABSTRACT

An examination of the decisions included in the Constitutional Court's database reveals that, from the introduction of the individual application mechanism until October 2024, strike-out decisions were rendered in 431 applications. More than half of these decisions were based on the reasoning that there was no longer a valid justification for the continuation of the examination, as stipulated under Article 80 § 1 (ç) of the Internal Regulations of the Constitutional Court. According to the Article 142 § 1 of the Constitution, "*The formation, duties and powers, functioning and trial procedures of the courts shall be regulated by law.*" Pursuant to the imperative provision of the Constitution, the rules of procedure of the Turkish Constitutional Court (TCC) is regulated in Law no. 6216 dated 30 March 2011, concerning the *Code on the Establishment and the Rules of Procedure of the Constitutional Court*. However, the Law also provides – contrary to Article 142 of the Constitution – that the Constitutional Court's Internal Regulations may also contain provisions governing its procedural rules.

The Internal Regulations of the Constitutional Court introduce a ground for striking out an application that is not stipulated in the Law, namely, *the absence of a valid justification to continue the examination of the application*. This study will first discuss the concept of procedural rules and the function of the Internal Regulations, followed by a critique of introducing procedural rules through the Internal Regulations. Subsequently, 431 strike-out decisions rendered by the TCC will be classified, and the practice of striking out 269 applications on the ground of *the absence of a valid justification to continue with their examination* will be analysed.

Keywords: Constitutional Court decision types, individual application, internal regulations of the Constitutional Court, strike-out decisions, lack of justification to continue the examination of the individual application.

GİRİŞ

“Düşme” veya “davanın düşmesi” Türk hukukunda hukuk yargılamasında veya idari yargılamada yer almayan, yalnızca ceza yargılamasında uygulanan hüküm türlerinden biridir. Davanın düşmesi 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) duruşmanın sona ermesi ve hükmü düzenleyen 223. maddesinin (8) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde şöyle düzenlenmiştir: “*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir.*” 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen başlıca sebepler sanığın ölümü (madde 64), genel af (madde 65), dava zamanaşımının süresinin geçmesi (madde 66), soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda şikayetten vazgeçmedir (madde 73). Bunlar haricinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda davanın düşmesi usulü ve kavramı benimsenmemiştir.

Davanın düşmesi insan hakları yargısında da kullanılan bir kavramdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 37. maddesinde “kayıttan düşürme” (*Striking out applications/Radiation*) kullanılmaktadır¹. Bu bağlamda AİHS, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün esinlendiği metindir². AİHS’e göre aşağıdaki durumlarda kayıttan düşürmeye karar verilebilmektedir:

“a) başvuru sahibi davasını takip etme niyetinde değilse, veya

b) ihtilaf çözümlenmişse, veya

c) Mahkeme’nin saptadığı herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmezse.”

Bu bentlerden herhangi birinin gerçekleşmesi hâlinde dahi

1 Salihpaşaoğlu, Y. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara: Adalet Yay., s. 222 vd.

2 Doğru, O. (2013). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal Yay., s. 96.

aynı fıkranın devamında belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) “Sözleşme ve protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygının gerekli kıldığı hallerde” başvuruyu incelemeye devam edebilecektir³. Başvurunun düşmesine karar verilmesi hâlinde dahi anılan maddenin 2. fıkrasına göre AİHM başvurunun yeniden kayda alınmasına karar verme yetkisini haizdir.

Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvurunun uygulanmaya başlayacağı 23 Eylül 2012 tarihinden kısa bir süre önce Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nü (İçtüzük) değiştirmiştir. 12 Temmuz 2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren İçtüzük’ün AİHS’te belirtilen düşme sebeplerine benzer düşme sebeplerini içerir “Düşme Kararı” başlıklı 80. maddesi şu şekildedir:

“Düşme kararı

MADDE 80- (1) Bölümler ya da Komisyonlarca yargılamanın her aşamasında aşağıdaki hâllerde düşme kararı verilebilir:

- a) Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi.
- b) Başvurucunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması.
- c) İhlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması.

ç) Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi.

(2) Bölümler ya da Komisyonlar; yukarıdaki fıkrada belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam edebilir.”

AYM bireysel başvuru yolunun uygulanmaya başladığı

³ Bu konuda bkz. Doğan, Z. P. (2021). *Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 243 vd.

günden bugüne on binlerce düşme kararı vermiştir. İstatistiklerden bu rakamı net olarak çıkarmak mümkün olmamakla birlikte AYM'nin bu çalışmada tahlil edeceğimiz *Keser Altıntaş* kararında bu sayı dolaylı olarak şöyle ifade edilmektedir: “Anayasa Mahkemesine yapılan başvurular incelendiğinde 1/12/2022 tarihi itibarıyla derdest 130.000 başvurunun 80.000'inin makul sürede yargılama hakkının ihlali iddiasına ilişkin olduğu görülmüştür.”⁴ 30/6/2024 tarihli AYM bireysel başvuru istatistiği incelendiğinde toplam 972 adet makul sürede yargılanma hakkına ilişkin bireysel başvuru bulunduğu görülmektedir⁵. Makul sürede yargılanma hakkına dair başvuruların 80.000'den 1.000'e inmesinde verilen kararların ağırlığını düşme kararlarının oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

AYM Kararlar Bilgi Bankası incelendiğinde 2024 yılı Ekim ayı itibarıyla 13.777 adet kararın yer aldığı; bunlardan 431'inin düşme kararı olduğu görülmüştür. Bunların yarısından fazlasının (269 adet) gerekçesi Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde düzenlenen başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmadığıdır. Her ne kadar AYM ağırlıklı olarak bu gerekçeyle düşme kararı veriyor olsa da mezkûr düşme gerekçesi 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer almamaktadır. Bu çalışmada AYM'nin yargılama usulüne değinilecek, kanuni temeli olmayan bir düşme gerekçesinin İçtüzük'le getirilip getirilemeyeceği tartışılacak ve bireysel başvurunun düşmesi kararlarının uygulamadaki görünümü tahlil edilecektir.

I. ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGILAMA USULÜ

1982 Anayasası'nın öne çıkan ve en fazla eleştirilen yönlerinden biri; çok fazla değişikliğe uğramış olması, bu değişiklikler neticesinde ise kavramsal bütünlüğün kaybolduğudur. Üstelik değişikliklerde gerekli özen ve hassasiyetin gösteril-

4 Keser Altıntaş [GK], B. No: 2023/18536, 25/7/2023, § 66.

5 T. C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı (2024). “Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012 - 30/6/2024)”, https://www.anayasa.gov.tr/media/9362/bb_2024_2.pdf (Erişim Tarihi: 1/11/2024)

mediği, bu nedenle birbiriyle çelişen hükümlerin Anayasa'da yer aldığı sıklıkla dile getirilmektedir.

Makalemize konu olan başlık ise Anayasa koyucunun azami titizlikle düzenlediği bir alana ilişkindir. Aşağıdaki başlıkta tahlil edileceği üzere kavramlar 1961 Anayasası'ndan bu yana titizlikle seçilmiş ve makaleye konu düzenleme haricinde kanun koyucu tarafından da uygulanagelmıştır.

A. BİREYSEL BAŞVURU ÖNCESİ ANAYASA VE KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası ile Türk hukukuna kazandırılmıştır. AYM'nin yargılama usulüne dair düzenlemeler de ilk kez o dönem kanunda yapılmıştır. 1961 Anayasası'nın Anayasa Mahkemesinin Yargılama ve Çalışma Usulünü düzenleyen 148. maddesine göre *"Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usûlleri kanunla; Mahkemenin çalışma tarzı ve üyeleri arasındaki işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir."*

22/4/1962 tarihli ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un "İçtüzük" başlıklı 41. maddesinde düzenlenmiştir:

"İçtüzük

MADDE 41 — Anayasa Mahkemesinin çalışma tarzı ile üyeler arasındaki işbölümü, mahkemenin yapacağı İçtüzükle düzenlenir.

Bu İçtüzük Resmî Gazetede yayınlanır."

1961 Anayasası'nın bütünüyle uyumlu olan bu madde ile yargılama usulünün Kanun'la düzenleneceği hüküm altına alınmış, İçtüzük'e ise Mahkemenin iç işleyişine dair sınırlı bir alan bırakılmıştır⁶. 44 sayılı Kanun'la da Anayasa'ya uygun bir düzenleme benimsenmiştir.

1982 Anayasası'nın özgün hâlinin 149. maddesinin üçüncü

⁶ 1961 Anayasası'nın tekrarı niteliğinde olan bu madde İçtüzükle düzenlenecek olan alanda değişiklik öngörmemiştir.

fıkrası 1961 Anayasası ile hemen hemen aynıdır⁷. Konunun düzenlendiği 10/11/1983 tarihli ve 2949 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun*'un 44. maddesi de tıpkı 1961 dönemindeki 44 sayılı Kanun gibi Anayasa'nın tekrarından ibarettir⁸.

B. BİREYSEL BAŞVURUNUN KABULÜ SONRASI ANAYASA VE 6126 SAYILI KANUN'DAKİ DÜZENLEME

2010 anayasa değişikliği ile getirilen bireysel başvuru müessesesi, 149. maddenin değiştirilmesini de zorunlu kılmış ve madde bugünkü hâlini almıştır. AYM'nin yargılama usulü rejimine ve İçtüzük'ün sınırlarına ilişkin 149. maddenin beşinci fıkrası şu şekildedir:

“Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usûlleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.”

Şu hâlde Anayasa'ya göre yargılama usulü kanunla, Mahkemenin çalışma esasları ise İçtüzük'le düzenlenecektir. Anayasa'nın 149. maddesinin beşinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin yargılama usulü ile çalışma esasları noktalı virgül kullanılmak suretiyle hassas bir ayrıma tabi tutulmuştur. Anayasa koyucu burada kanun ile İçtüzük arasındaki çizgiyi net olarak belirlemiş; yargılama usulü ile üyelerin hâkimlik güvencesinden bihakkın yararlanmasını mümkün kılan düzenlemelerin kanunla yapılacağını, mahkemenin çalışma düzeninin ise içtüzükle düzenlenebileceğini hüküm altına almıştır. Şu durumda Anayasa koyucununun muradının AYM'nin yargılama usulünün kanunla düzenlenmesi olduğu hususunda duraksama bulunmamaktadır.

7 *“Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usûlleri kanunla; mahkemenin çalışma esasları ve üyeleri arasındaki işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.”*

8 *“İçtüzük
Madde 44 - Anayasa Mahkemesinin çalışma esasları ve üyeleri arasındaki iş bölümü, mahkemenin yapacağı içtüzükle düzenlenir. Bu İçtüzük Resmi Gazete'de yayımlanır.”*

İçtüzük, Anayasa koyucunun iradesine uygun olarak 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde düzenlenmiştir:

"İçtüzük

MADDE 5-(1) Bu Kanun çerçevesinde;

a) Mahkemenin iç düzeni, işleyişi, teşkilatı, çalışma usûlleri, tutulacak defter ve kayıtlar, elektronik ortam da dâhil evrak akış düzeni, arşivlenmesi, Mahkeme kütüphanesi, Genel Sekreterlik ile idari teşkilatı, idari personelin görev ve sorumlulukları,

b) Başkan ve üyeler ile raportörler ve raportör yardımcılarının özlük dosyalarının tutulması, disiplin işleri, izin ve sağlık durumları, giyecekleri kisvelerin şekli ve bunların giyilme zaman ve yerleri,

c) Mahkemenin çalışma, yargılama usûl ve esasları, müzakere ve duruşmaların yönetimi ve kayda alınması,

Genel Kurulca kabul edilecek İçtüzükle düzenlenir.

(2) İçtüzük Resmî Gazetede yayımlanır."

Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi Anayasa'nın lafzına açıkça aykırı bir şekilde yargılama usul ve esaslarını İçtüzük sınırlarına dâhil etmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki bu tercihle Anayasa koyucunun yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerekliliğine dair getirmiş olduğu güvence ortadan kalkmıştır. 6216 sayılı Kanun'un iptali için açılan davada mezkûr 5. maddenin iptali talep edilmemiştir⁹. Ancak Anayasa'nın 149. maddesi başka bir maddenin iptali talebi incelenirken yorumlanmıştır.

AYM başkanının mahkeme yönetmeliklerini tek başına onaylamasını düzenleyen "Başkanın görev ve yetkileri" başlıklı 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin iptali

⁹ Bir somut norm denetiminde tam olarak AYM'nin yargılama usul ve esaslarının İçtüzük'le düzenlemeyeceği gerekçesiyle itiraz başvurusunda bulunulmuşsa da AYM "kuralların itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine" karar vermiştir. AYM, E.2021/74, K.2021/51, 14/7/2021.

istenmiştir. Mahkeme anılan bendin iptal istemini incelerken Anayasa'nın 149. maddesini yorumlayarak "Anayasa'nın 149. maddesinin beşinci fıkrasında, Anayasa koyucu hangi konuların kanunla veya içtüzükle düzenleneceğini saymak suretiyle belirlemiştir... Anayasa'nın kanunla ve içtüzükle düzenleneceğini belirttiği konular dikkate alındığında, bu konuların Anayasa'da kanunla düzenlenmesi zorunlu olan hususlar ile Mahkemenin yargısal işlemleriyle ilgili faaliyetlerini kapsadığı açıktır." gerekçesine yer vermiş ve yönetmelik çıkarma onayının başkanın yönetim görevi içinde kaldığından bahisle iptal talebini reddetmiştir¹⁰.

C. AYM YARGILAMA USULÜ İÇTÜZÜK'LE DÜZENLENEBİLİR Mİ?

Yukarıda değinildiği üzere Anayasa'nın 149. maddesinin beşinci fıkrasına göre AYM'nin İchtüzük'le düzenleyebileceği işler Mahkemenin çalışma esaslarıyla sınırlı tutulmuştur. Eski ismi dâhilî nizamname olan "ıchtüzük" kelimesi "meclis, dernek, ortaklık gibi kuruluşların veya herhangi bir daire veya kurumun işlerini düzenlemek ve iyi işlemesini sağlamak amacıyla yalnız bunları oluşturanlara ve uygulandıkları yerlere özgü olmak üzere çıkartılan kuralların tümü" manasına gemektedir¹¹. İchtüzük düzenlemeleri, kurumun işleyişiyle yakından alakalı olup kural olarak dış dünya, kurumdan hizmet alanlar veya kuruma başvuranlar açısından hüküm ve sonuç doğuracak düzenlemeler içeremezler. Bu nedenle yargılama usulü hiçbir hâl ve şartta içtüzükle düzenlenebilecek bir konu niteliğini haiz olamaz.

Usul terimi yol, yordam, yöntem anlamına gelmektedir¹².

10 AYM, E.2011/59, K.2012/34, 1/3/2012.

Yönetmelikle belirlenecek konular 6216 sayılı Kanun'un 23., 27., 28., 29. ve 44. maddelerinde belirtilmiştir. Anılan maddelerde yönetmeliğe bırakılan Mahkemenin yönetimi, Genel Sekreterliğe bağlı birimlerin çalışma esasları, aday memurların sınav usulü, adaylık süreleri, eğitimi, hizmet birimlerinin görev ve sorumlulukları gibi Mahkemenin idari faaliyetleridir. Aslında yönetmeliğe bırakılan konular ile Anayasa koyucunun İchtüzük'e bıraktığı konular örtüşmektedir. Burada 6216 sayılı Kanun İchtüzük'ü Kanun'la aynı seviyede konumlararken İchtüzük'le düzenlenmesi gereken konuların bir kısmını ise yönetmeliğe bırakmıştır.

11 Yılmaz, E. (1996). *Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yay., s. 354.

12 Görgün, L. Ş., Börü, L. ve Kodakoğlu, M. (2024). *Medenî Usûl Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yay., s. 2. Ayrıntılı açıklama ve medenî usul hukukuna dair geniş

Çalışma usulü ile yargılama usulü birbirinden farklı iki kavramdır. AYM'nin İçtüzük'le düzenlenmesine 1961 Anayasası'ndan bu yana müsaade edilen "Mahkemenin çalışma usulüdür". Çalışma usulü, kurumun yönetsel bağımsızlığına dikkat çeken, çalışmalarını kendi programlayabileceği bir usulde takip etmesini mümkün kılan kurallardır. Örneğin İçtüzük'ün 30. maddesinde bölümlerin çalışma usulü, 33. maddesinde ise komisyonların çalışma usulü düzenlenmiştir. Bu maddelerde, dosyaların hangi sırayla sunulacağı, oturumun nasıl yönetileceği, oylamanın hangi üyeden başlayacağı vs. gibi başvuru açısından doğrudan hüküm ve sonuç doğurmayan meseleler düzenlenmektedir.

Yargılama usulü, çalışma usulünden farklı olarak bir hakkın yargılama aracılığıyla gerçekleştirilmesinde takip edilmesi veya riayet edilmesi gereken prosedürdür¹³. Yargılama usulü temelde yargı yerlerine başvuracak kişiler ile yargı yerlerinin uyumsuzluğunun çözümünün her aşamasında (başvurmadan önce, yargılama aşamasında, kararın denetlenmesi ve icrası aşamalarında) uymaları gereken kurallar bütünü şeklinde özetlenebilir. Bireysel başvuru hakkı ve mahkemeye erişim başta olmak üzere adil yargılanma hakkının tüm alt güvence ve ilkeleriyle ilişkili olan yargılama usulünün kanunla düzenlenmesi de Anayasa'daki diğer güvenceler olmasa dahi Anayasa'nın 36. maddesinin bir gereğidir.

İçtüzük'le neden yargılama usulüne dair düzenleme yapılamayacağını kısaca en az üç gerekçeyle açıklayabiliriz:

- 1- Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik, tüzük, içtüzük vs. ile düzenleme yapılamaz. Her ne kadar 6216 sayılı Kanun'un 5. maddesi AYM'nin yargılama usulünün İçtüzük'le düzenlenmesine cevaz veriyor olsa

bilgi için bkz. Pekcanitez, H. (2017). *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 12-33.

13 Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2020). *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yay., s. 3.

da bu kural Anayasa madde 149/5'e açıkça aykırıdır. Anayasa madde 149/5 olmasaydı dahi Anayasa madde 142, madde 36, madde 40 ve madde 13 uyarınca yargılama usulünün kanun harici başka bir normla düzenlenebilmesi mümkün olmazdı.

- 2- İÇTÜZÜK'le AYM'nin yargılama usulünün düzenlenebilmesi temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesine aykırıdır. İÇTÜZÜK'le yargılama usulüne dair değişiklik yapılabilmesi, AYM içtihadında bir hak olarak tanımlanan bireysel başvuru hakkını İÇTÜZÜK'le sınırlanması sonucu doğurur¹⁴.
- 3- İÇTÜZÜK, Mahkemenin iç işleyişine ilişkin bir düzenleme olup kabulü veya değiştirilmesi AYM üye tam sayısının salt çoğunluğu ile mümkündür. AYM'nin karar çoğunluğu ile yargılama usulü başlığı altında tüm toplumu ilgilendiren bir konuda norm ihdas edebilmesinin demokratik meşruiyeti bulunmamaktadır.

II. BİREYSEL BAŞVURUDA DÜŞME KARARLARI

Yukarıda işaret ettiğimiz üzere düşme kararı verilebilecek hâller ancak kanunla düzenlenebilir. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (5) numaralı fıkrasında "*Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir.*" denilmek suretiyle düşme kararının verileceği tek hâl gösterilmiştir. Kanun'un diğer maddelerinde ise "düşme" kavramına yer verilmemiştir.

Kanun'un "Esas hakkındaki inceleme" başlıklı 49. maddesinin (7) numaralı fıkrasında "*Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İÇTÜZÜK'te hüküm bulunmayan hâllerde ilgili*

14 AYM, bireysel başvuru hakkının Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlendiğini ifade ettikten sonra bu hakkın Anayasa'nın 40. maddesinde güvenceye bağlanan etkili başvuru hakkının özel bir görünümü olduğuna işaret etmiş, yukarıda ifade edildiği üzere AİHS'in 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkıyla bağlantı kurarak konu bakımından yetkili olduğu sonucuna ulaşmıştır. Egeliği, Ö. E. (2021). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 62.

Ruhi Abat, B. No: 2014/4724, 7/3/2019, § 44.

Diğer kararlar için bkz: Candaş Kat, B. No: 2015/18467, 19/11/2019; Zeki Demir, B. No: 2015/16719, 2/12/2020.

usûl kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm Kanun ile İçtüzük’ü denk düzenlemeler olarak saydığı için eleştiriye açık olmakla birlikte diğer usul kanunlarına atıfta bulunması isabetlidir¹⁵.

Düşme kararı AYM İçtüzüğü’nün düşme kararı başlığında bölümler ya da komisyonlarca yargılamanın her aşamasında aşağıdaki dört hâlin bulunması durumunda verileceği düzenlenmiştir:

- a) *Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi*
- b) *Başvurucunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması*
- c) *İhlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması*
- ç) *Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi*

Bu dört hâlin her birini ayrıca incelemeden önce kısaca bir hususa değinmek isabetli olacaktır. İçtüzük’ün düşme kararının düzenlendiği ilgili maddesine göre yalnızca komisyonlar ve bölümler düşme kararı verebilmektedir. Ancak çalışmada tartışacağımız kararlardan biri olan Keser Altıntaş kararı bir Genel Kurul kararıdır. Bu bir nüans olarak görülebilir. Ancak bu durum aslında daha büyük bir tartışmanın düşme kararlarındaki görünümüdür.

Anayasa koyucu aslında AYM Genel Kuruluna bireysel başvuru bağlamında bir görev vermemiştir. Nitekim AYM’nin çalışma ve yargılama usulünün düzenlendiği Anayasa madde 149/2’de “... bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.” denilmek suretiyle bu alan Genel Kurula kapatılmıştır. 6216 sayılı Kanun’un “Genel Kurul” başlıklı 21. maddesinde de AYM Genel Kuruluna bölümler arası ilişkiyi organize etme

15 Usûl kanunlarında kıyası mümkün kılan ve sıklıkla rastlanan bir düzenlemedir. Ör: 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 31.

vazifesi verilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (4) numaralı fıkrasında ise -Anayasa'ya uygunluğu tartışmalı bir şekilde- "... bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır.¹⁶" şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Uygulamada ise toplumun yakından takip ettiği samsasyonel başvurular, pek çok başvurunun akıbetini belirleyecek nitelikteki başvurular, yapısal bir soruna işaret eden ve pilot karar alınmasını veyahut ilkesel kararların Genel Kurulca karara bağlandığı görülmektedir. Düşme kararının bunlardan biri olup olmadığı tartışması bir yana, İçtüzük'te düşme kararının ancak Komisyonlar ve Bölümlerce verilebileceğinin düzenlendiğini, AYM Genel Kurulunun düşme kararı vermesinin Anayasa'ya aykırı İçtüzük hükmüne dahi aykırı olduğu belirtilmelidir.

24/9/2024 tarihi itibarıyla AYM Kararlar Bilgi Bankası'nda toplam 431 adet düşme kararı bulunmaktadır. Bu kararların tamamı incelenmiş, her birinin düşme gerekçesi İçtüzük'ün madde 80/(1) içindeki bentlere göre ayrı ayrı tasnif edilmiştir. Karar gerekçelerinde bentlerin dağılımı şu şekildedir:

a) Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi.	99 Adet
b) Başvurucunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması.	7 adet
c) İhlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması.	47 adet
ç) Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi.	269 adet
Düşme olarak tasniflenmiş ama karar sonucu düşme değil	9 adet

16 Anılan konu içtüzükte başkanın görev ve yetkileri bahsinde şu şekilde belirtilmektedir: "m. 10 / (1) - ı) (Değişik: 5/3/2014 tarihli ve 28932 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İçtüzüğün 1 inci maddesi ile) Bölümlerin kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun oluştuğu ya da oluşacağı kanaatine varıldığı veya Bölümlerce Genel Kurul tarafından karar alınmasının gerekli görüldüğü hâllerde Genel Kurulu toplantıya çağırarak."

A. BAŞVURUCUNUN DAVADAN AÇIKÇA FERAGAT ETMESİ

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (5) numaralı fıkrası "Davadan feragat halinde, düşme kararı verilir." hükmüyle Anayasa'nın 149. maddesine göre yargılama usulüne ilişkin bir düzenleme Kanun'la yapılmıştır. İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde ise "Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi" şeklinde aynı husus düzenlenmiş ve feragatin açıkça yapılması gerekliliği ortaya konmuştur¹⁷.

AYM, feragat nedeniyle düşme kararını ilk kez *İrfan Akkaya*, B. No: 2012/69, 12/2/2013 başvurusunda vermiştir. Mezkûr başvuruda başvuru ayrıca yatırdığı harcın iadesini istemiş, AYM bu talebi 6216 sayılı Kanun'da düzenlenmediğinden ve Kanun'daki atıftan dolayı 6100 sayılı HMK hükümlerine göre incelemiş ve reddetmiştir¹⁸.

AYM'nin "Başvurunun bireysel başvurudan feragat edilmesi nedeniyle DÜŞMESİNE," hükmüyle biten kararları en berrak kararlarıdır, neredeyse tamamı öngörülebilir bir şekilde kaleme alınmıştır ve birbirlerini tekrar ederler¹⁹.

Burada diğer feragatlerden ayrılması gereken birkaç karara değinmekte fayda var. Örneğin *B.A.*, B. No: 2016/29879, 22/2/2017 başvurusunda başvuru feragat etmiş ve başvurunun bu nedenle düşmesine karar verilmiştir. Ancak kararın 20. paragrafında İçtüzük madde 80/(1)-ç bendindeki "Somut

17 Feragatle ilişkin düzenlemelerin bireysel başvuru yolunun subjektif ve objektif işlevi çerçevesinde kısa bir değerlendirmesi için bkz. Turhan, H. B. (2022). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kamu Tüzel Kişilerinin Başvuru Ehliyeti*, Ankara: Seçkin Yay., s. 37 vd.

Ayrıca tüm düzenlemelerde başvuru değil de "dava" kavramının tercih edilmesi de bireysel başvurunun bir dava olup olmadığı tartışmasında kanun koyucu ile AYM'nin bunu bir dava olarak benimsediğini gösterir niteliktedir.

18 *İrfan Akkaya*, B. No: 2012/69, 12/2/2013, § 18.

19 Yıllara göre birkaç örnek verecek olursak *Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş.*, B. No: 2013/1210, 26/6/2014; *Ayhan Pehlivanoglu*, B. No: 2014/2152, 16/6/2016; *Khadijeh Mohammadi Piraghaj*, B. No: 2017/21577, 14/9/2017; *Fehmi Arslan*, B. No: 2014/621, 5/4/2018; *Hasan Caner*, B. No: 2016/1773, 17/7/2019; *Kemal Ördök*, B. No: 2016/11513, 23/6/2020; *Kalehan Murat Enerji Üretim A.Ş.*, B. No: 2019/38736, 9/6/2021; *Süleyman Kurt [GK]*, B. No: 2016/14581, 18/5/2022; *Suat Özçelik*, B. No: 2021/44670, 2/5/2023; *G.I.H.A.*, B. No: 2021/31871, 11/6/2024.

olayda başvurudan feragat edilmesine rağmen başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden de bulunmamaktadır.” ifadesiyle çalışmamızda merkeze aldığımız hususa gönderme yapılarak başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden olmadığından bahsedilmiştir. Oysa feragat durumunda böyle bir araştırma yapılmasına gerek yoktu. Yalnızca İctüzük’ün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrası bakımından, başka bir ifadeyle açık bir feragat bulunup bulunmadığı hususunda araştırma yapılması kâfidir.

B. BAŞVURUCUNUN DAVASINI TAKİPSİZ BIRAKTIĞININ ANLAŞILMASI

Medeni yargılama ve idari yargıda açılmış bir davada, davacının usul kanunlarında öngörülen duruşmaya gelmemesi²⁰, vekâletname sunmaması²¹, dava dilekçesindeki eksiklikleri gidermemesi²², yargılama giderlerini süresinde ödemesi²³, davalının tebligat adresini bildirememesi²⁴ vb. gereklilikleri yerine getirmemesi durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmektedir. Bu durumlar, özünde davacının davasını takipsiz bırakmasının farklı yargı kollarındaki görünümünden ibarettir.

Çalışmanın başından bu yana temel iddiamız kanuni temeli olmayan fakat İctüzük’te düzenlenen yargılama usulüne ilişkin bir kurala dayanarak AYM’nin düşme kararı veremeyeceğidir. Bu başlıkta incelediğimiz, başvurucunun davasını takipsiz bırakmasına dair İctüzük hükmü aslında kanuni temeli haizdir. Şöyle ki 6216 sayılı Kanun madde 49/7’ye göre “... usûl kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.” hükmü başvurucunun davasını takipsiz bırakması hâli için uygulanabilir kanuni temeli sağlamaktadır.

Kanuni temeli olduğunu tespit ettiğimiz “başvurucunun

20 HMK m. 150.

21 HMK m. 77.

22 HMK m. 119.

23 Harçlar Kanunu mdadde 32, İYUK madde 6.

24 İYUK m. 26.

davasını takipsiz bırakması” gerekçesiyle çok fazla düşme kararı verilebileceği hâlde AYM’nin bu gerekçeyi çok nadir kullanmış olması şaşırtıcıdır. Kararlar Bilgi Bankası’nda yer alan 431 karardan yalnızca 7’sinde bu gerekçeyle düşme kararı verilmiştir.

İlk karar olan *Arzu Kafesci ve diğerleri*, B. No: 2013/9322, 8/9/2014 başvurusunda başvurucular 99 kişidir ve tamamı tek bir avukatla temsil edilmektedir. Başvurucular vekili AYM’ye sunduğu dilekçesinde başvuruculardan 9’unun “... Derece Mahkemesi kararında yer almadıklarını, bu nedenle anılan başvuruculara ilişkin olarak başvuruya devam edilmediğini bildirmiştir”²⁵. Bunun üzerine bu 9 başvurucu için davalarını takip etmedikleri için düşme kararı verilmiştir. Kanaatimizce bu karar hatalıdır. AYM, 9 başvurucu için başvuru yollarının tüketilmediğine karar vermeliydi. Şayet düşme kararı verilecekse de feragat nedeniyle verilmesi gerekirdi. Nitekim burada 9 başvurucunun takipsiz bıraktığı dava aslında bireysel başvuru değil başvuruya konu ettikleri davadır.

İkinci karar ise başvuru harcının tamamlanmamasına ilişkin bir istisnadır. Çünkü bu bir düşme sebebinden ziyade eksikliğin giderilmemesi neticesinde verilecek bir kabul edilemezlik kararına örnek olabilecek bir başvurudur²⁶.

Başvurucuların davasını takip etmemesi gerekçesiyle düşme kararı verilmesindeki en tartışmalı karar kuşkusuz *Mehmet Girasun ve Ömer Elçi* [GK], B. No: 2015/15266, 17/6/2021 kararıdır²⁷. Başvuru, 4/9/2015 tarihinde Şırnak’ın Cizre ilçesinde ilan edilen sokağa çıkma yasağı nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, bu dönemde yaşanan çatışmalar ve yü-

25 *Arzu Kafesci ve diğerleri*, B. No: 2013/9322, 8/9/2014, § 24.

26 *Ahmet Özışık*, B. No: 2013/2714, 6/10/2015.

Diğer iki örnek: *Ejder Yıldırım*, B. No: 2020/35744, 6/10/2021; *Ejder Yıldırım (2)*, B. No: 2020/36553, 6/10/2021.

27 Başvuru başta yaşam hakkı olmak üzere çekirdek haklara ve nitelikli haklara ilişkin ciddi ihlal iddiaları içermektedir. AYM’nin en son bu karardan 6 yıl önce kullandığı gerekçeye dayanarak düşme kararı vermesi, sonrasında ise başka dosyalarda bunu çok sık tekrar etmemesi, düşmenin dosyayı esastan incelememek için bir anahtar olarak kullanıldığı izlenimi doğurmuştur.

rütülen operasyonlar nedeniyle de yaşam hakkının ihlal edildiğine yöneliktir. Başvuruya ilişkin olarak Bakanlık, görüş bildirmiştir ve görüşte başvurucuların başvuruya ilişkin idare mahkemesi kararını AYM'ye bildirmediklerini, konuya ilişkin AİHM'e başvuru yapıldığını ancak AİHM başvurularının neticelerinin başvurucular tarafından AYM'ye bildirilmediğini belirtmiştir²⁸. AYM temelde yukarıdaki gerekçelerle ve Bakanlık görüşüne karşı başvurucuların cevap vermemesi nedeniyle başvurucuların bireysel başvurularını takip etmeme iradesi olduğu varsayımında bulunarak başvurunun düşmesine karar vermiştir²⁹. Başvurucunun Bakanlık görüşünde ileri sürülen iddialara karşı cevap vermemiş olmasının davasını takip-siz bıraktığı şeklinde yorumlanabilmesi kanuni dayanaktan yoksundur. Her ne kadar konu 6216 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olsa da konu HMK madde 128'deki³⁰ bireysel başvuruya uygulanabilir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre başvurucunun Bakanlık görüşünde ileri sürülen iddiaların tamamını inkâr ettiği varsayılarak başvurunun esastan incelenmesi isabetli olurdu.

Benzer bir durum *Richmass Madencilik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Organize Sanayi Şubesi*, B. No: 2018/16637, 13/12/2023 başvurusunda da mevcuttur. Başvurucu Şirket madencilik ruhsatı verilen bölgenin arkeolojik sit alanı olarak tespit edilerek söz konusu bölgede madencilik faaliyetinin durdurulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuru incelenirken Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğünden temin edilen bilgi ve belgeler ile başvurucunun iddialarının temel ve olgusal düzeyde çeliştiği anlaşılmıştır. Anılan yazılar başvurucuya gönderildiğinde ise başvurucu cevap vermemiştir. AYM buradan hareketle başvurucu şirketin bireysel başvurusunu takip

28 Mehmet Girasun ve Ömer Elçi [GK], B. No: 2015/15266, 17/6/2021, §§ 30-32.

29 Mehmet Girasun ve Ömer Elçi [GK], §§ 46-50.

30 Süresinde cevap dilekçesi verilmemesinin sonucu
MADDE 128- (1) Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır.

etme iradesini göstermediği neticesine ulaşarak düşme kararı vermiştir. Bireysel başvurularda bu karara konu olayın tekil bir olay olmadığı, aksine AYM'nin binlerce başvuruda benzer bir durumla karşılaştığını tahmin etmek güç olmaz. Ancak düşme kararı yalnızca bir tane verilmiştir. Kanaatimizce bu durum, AYM uygulamasında benimsenmiş ihlal iddiasının kanıtlanamadığından bahisle açıkça dayanaktan yoksunluk³¹ gerekçesiyle kabul edilemezliğe örnek teşkil edebilecek türden bir başvurudur³².

Yasin Almuhammed Almusa, B. No: 2019/33823, 14/4/2022 kararı belki de bu gerekçeye dayanarak düşmesine karar verilmesinde en az tereddüt olan başvurudur. Başvurucu; sınır dışı etme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiğini iddia etmiş, sonrasında başvurucuya ulaşılamamış, başvurucunun MERNİS adresine ihtaratlı tebligat çıkarılmış ancak tebliğ edilememiş, göç idaresinden bilgi istenmesine karşın buna herhangi bir cevap verilmemiştir. Bu dosyada AYM, başvuruyu karara bağlamak için ilave bilgi ve belgeye ihtiyaç duymakta fakat bunu bir türlü temin edememektedir. Kanaatimizce başvurucunun takipsiz bırakmasının en net uygulama alanı *Yasin Almuhammed Almusa* başvurusudur.

Başvurunun davanın takipsiz bırakılması gerekçesiyle verilen düşme kararları incelendiğinde, bir tutarlılık olmadığı ilk öne çıkan tespittir. Benzer durumların yaşandığı pek çok başvuru olduğu açık olmasına rağmen buradaki yedi örnek haricinde düşme kararı verilmemesi anılan tutarsızlığı belirginleştirir.

31 Bu konuda bkz. Mecek, H. (2023). *İnsan Hakları Hukukunda İşkence Soruşturması*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 147 vd.; Dursun, H. İ. (2018). *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri*, Ankara: Seçkin Yay., s. 41 vd.

32 Konuya ilişkin AYM'nin en fazla atıf yaptığı örnek karar için bkz. *Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013.

C. İHLALİN VE SONUÇLARININ ORTADAN KALKMIŞ OLMASI

Herhangi bir mahkemeye başvurmadaki temel şartlardan biri davacının/başvurucunun hukuki yararının/menfaatinin bulunmasıdır³³. Davacı, hakkına kavuşmak için mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukuki yararının bulunduğundan söz edilemez³⁴. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kalkması bu bağlamda başvurunun hukuki yararı kalmadığından usul kanunlarına göre bir dava şartı eksikliğidir. Bu nedenle bu gerekçeyle verilen düşme kararlarının da kanuni temeli bulunduğu kabulü gerekir.

AYM, İçtüzük madde 80/(1)-c'de düzenlenen bu durum nedeniyle toplam 47 düşme kararı vermiştir. Başvurunun mağdurluk statüsünün sona erdiği durumlarda en sık rastlanan örnekleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- i. Sınır dışı kararına karşı başvuru yapıldıktan sonra sınır dışı kararının kaldırılması³⁵
- ii. Sınır dışı kararına karşı yapılan başvurularda başvurunun kendi rızasıyla ülkeden ayrılması³⁶
- iii. COVID-19 pandemisi süresince kanuni dayanaktan yoksun olarak verilen idari para cezalarının kaldırılması sonrası derdest başvurunun bulunması³⁷

Yukarıda saydığımız üç temel grup bu nedenle verilen düşme kararlarının önemli kısmını oluşturmaktadır. Bunlar haricinde disiplin cezasına karşı yapılan başvurularda sonra-

33 HMK m. 114/(1)-h, İYUK m. 2/1-a

34 Kuru, B. (2016). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: Legal Yay., s. 197.

35 *Marlene Missom Padome*, B. No: 2019/40424, 16/3/2022; *A.S.*, B. No: 2018/36105, 26/5/2021; *M.C.*, B. No: 2020/1032, 16/3/2022.

36 *Otabek Karimov ve diğerleri*, B. No: 2016/36559, 4/11/2020; *Rasul Tamaev ve diğerleri*, B. No: 2016/30880, 21/7/2020; *M.L. ve diğerleri*, B. No: 2019/20735, 28/12/2021.

37 *Adnan Serdaroğlu ve diğerleri*, B. No: 2020/31057, 14/12/2023; *Orhan Okşak*, B. No: 2020/32457, 14/12/2023; *Nezhat Demir*, B. No: 2021/5867, 14/12/2023; *Metin Bilgili*, B. No: 2021/20089, 8/2/2024; *Abdulaziz Boğa ve diğerleri*, B. No: 2021/24647, 5/6/2024; *Şenol Eskin ve diğerleri*, B. No: 2021/26114, 5/6/2024; *Tolga Günaydın*, B. No: 2021/3477, 17/7/2024.

dan disiplin cezasının kaldırılması³⁸, ihtiyati tedbir kararına karşı başvuru yapılması durumunda ihtiyati tedbir kararının kaldırılması³⁹, mahkûmun ceza infaz kurumundaki bir talebinin karşılanmaması nedeniyle yaptığı başvuruda sonradan bu talebin karşılanması durumunda⁴⁰, başvuruya konu ihlal iddiasının başvuru sonrasında kanun yararına bozma yoluyla kaldırılması durumunda⁴¹, başvurucuların ileri sürdükleri iddialar hakkında AİHM'in Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti tarafından tek taraflı deklarasyon teklif etmesi ve teklif edilen tazminat miktarının AİHM tarafından benzer olaylar karşısında verilen tutarlara benzer olduğunun kabul edilmesi hâlinde⁴² düşme kararı verilmiştir.

III. BAŞVURUNUN İNCELENMESİNİN SÜRDÜRÜLMESİNİ HAKLI KILAN BİR NEDEN GÖRÜLMEMESİ

Çalışmamızda merkeze aldığımız konu; başlığa taşıdığımız, gerekçeyle verilen düşme kararları olduğu için ve en fazla düşme kararı bu gerekçeyle verildiği için bu gerekçe üzerinde daha fazla durulması gerekmektedir.

Başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi kanuni dayanaktan yoksun, Anayasa'nın lafzına aykırı bir şekilde İçtüzük'le getirilmiş ve AİHS'ten tercüme ile hukukumuzda eklenmiş bir düşme sebebidir. Bu gerekçeyle verilmiş düşme kararları incelenmeden evvel kurumun incelenmesi faydalı olacaktır. Öncelikle "*başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi*"nde "*haklı kılan bir neden*"in kimin için olduğunu tespit etmek gerekir. AİHS'in madde 37 /1-c) bendinin çevirisi olan bu metnin İngilizcesi "*for any other reason established by the Court, it is no longer justified to continue the examination of the application*" şeklindedir. Türkçe resmî çevirisi ise "*Mahke-*

38 Mehmet Tekin, B. No: 2019/17210, 12/4/2023; Ramazan Ay ve diğerleri, B. No: 2013/7784, 10/3/2015.

39 Canım İnşaat Ticaret ve Sanayi A.Ş., B. No: 2019/27145, 7/3/2024.

40 Mehmet Şerif Bayındır, B. No: 2014/16664, 4/10/2017.

41 Veysi Ekin, B. No: 2020/26415, 24/1/2024.

42 Emine Sözen ve Şeyhmus Sözen, B. No: 2016/13577, 9/6/2020.

me'nin saptadığı herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmezse." şeklindedir. Her iki durumda da başvuran için değil incelemeyi yapan mahkeme için artık başvuruyu incelemenin bir anlam ifade etmediği sonucu çıkmaktadır. İçtüzük metninde ise başvurunun incelenmesini sürdüren AYM olduğu için incelenmesinin sürdürülmesinde AYM tarafından haklı bir neden görülmemesi olduğu düşünülebilir.

Öte yandan kanunda açıkça düzenlenen veyahut kanuni dayanağı mevcut olan diğer üç düşme gerekçesinin gerçekleşmesi durumunda zaten başvurunun incelenmesini haklı kılan bir neden kalmamaktadır. Bu nedenle yukarıda incelenen (b) bendindeki başvuruçunun davasını takipsiz bırakması⁴³ ve (c) bendindeki ihlalin sonuçlarının ortadan kalkması⁴⁴ durumunda da (ç) bendi olan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden olmadığı birlikte kullanılabilir.

Aslında başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesine dair verilen kararların tamamına yakını kanuni -dolayısıyla anayasal- temeli olan diğer düşme sebeplerini oluşturmaktadır. Bunlar arasında öne çıkanlar başvuruçunun ölmesi ve mirasçılarının başvuruya devam iradelerini süresinde bildirmemesi (aslında başvurunun takipsiz bırakılması), ihlalin sonuçlarının ortadan kalkmış olması, AYM'nin aynı konuda karar vermiş olması (Kesin hüküm veya dersdestlik olarak değerlendirilebilir.), tedbir

43 *Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurunun takipsiz bırakıldığı ve incelenmesine devam etmeyi gerekli kılan başka bir haklı neden de bulunmadığı anlaşılmıştır.*

(Richmass Madencilik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Organize Sanayi Şubesi, B. No: 2018/16637, 13/12/2023, § 22)

44 *Bireysel başvuru, inceleme aşamasında iken başvuruçunun hakkında verilen mahkûmiyet kararı iptal edilerek beraat kararı verilmiştir. Dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair yakınma gerekçesi ortadan kalkmıştır. Başvuruçunun tazminata dair isteği bulunuyorsa da söz konusu 26/12/2014 tarihli beraat kararında bu yöndeki taleplerine ilişkin olarak ilgili mahkemesinde tazminat davası açabileceğinin kanuni dayanakları ile açıkça belirtildiği, hâl böyle iken başvuruçunun tarafından bu yönde bir dava açılıp açılmadığı hakkında açıklama da yapılmadığı dikkate alındığında başvurunun sürdürülmesinde güncel bir menfaatinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendine göre başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmadığı anlaşılmıştır.*

(Adem Cansever, B. No: 2014/15422, 5/12/2017, § 16)

kararına karşı yapılan başvuruda tedbir kararının kaldırılmış olması, OHAL KHK'sı ile kapatılmış özel hukuk tüzel kişilerine dair olması vb. durumlardır. AYM'nin bu şekilde verdiği düşme kararlarına daha yakından bakıldığında bu sebebe dayalı olarak verilen düşme kararlarının aslında kanuni dayanağı olan düşme sebeplerinin altında gruplandırılmasının da mümkün olduğu görülecektir.

A. BAŞVURUCUNUN DAVASINI TAKİPSİZ BIRAKMASI OLARAK YORUMLANABİLECEK BAŞVURULAR

1. Başvurucunun Ölmesi Sonrası Mirasçılarının Devam Etmemesi

Bireysel başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi kararları incelendiğinde 150'ye yakın kararın başvurucunun ölmesi ile ilgili olduğu görülmektedir⁴⁵. Oysa burada aslında bireysel başvurunun takipsiz bırakıldığından bahsetmek daha isabetli bir tercih olacaktır.

Bireysel başvuru yapıldıktan sonra başvurucunun ölmesi hâlinde başvurucunun mirasçıları AYM'ye başvurarak bireysel başvuruyu devam ettirmek istediklerini AYM'ye bildirebilirler. Bu durumda AYM, başvurunun devam ettirilmesinde mirasçıların menfaatlerinin olup olmadığını araştırmakta ve menfaati olması hâlinde başvuruyu incelemeye devam etmektedir⁴⁶.

45 Yıllara göre birer örnek karar künyeleri: *Mehmet Avcı*, B. No: 2013/805, 21/1/2015; *Engin Gök ve diğerleri*, B. No: 2013/3955, 14/4/2016; *Melle Malgir*, B. No: 2014/11355, 15/2/2017; *İbrahim Aytekin*, B. No: 2015/9444, 21/2/2018; *Şükrü Can*, B. No: 2016/76356, 9/5/2019; *Kerim Satı*, B. No: 2015/14524, 8/1/2020; *Kemal Yüzbaşı*, B. No: 2018/27081, 26/5/2021; *Hüsnü Esen*, B. No: 2021/2260, 23/2/2022; *Mesut Yıldızak*, B. No: 2019/17227, 15/3/2023; *Ayhan Macit*, B. No: 2019/17704, 20/3/2024.

46 *Fatma Ülker Akkaya*, B. No: 2014/18979, 22/2/2018 başvurusunda, başvuru Şahin Akkaya 10/10/2017 tarihinde vefat etmiş, başvuru eşi 2 ay sonra, 10/12/2017 tarihinde başvuruya devam etmek istediğini AYM'ye bildirmiştir. AYM mülkiyet hakkı ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiş, mülkiyet hakkının ihlali ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararı ilgili Mahkemeye gönderirken, başvuruya devam etmek isteyen eşin miras hissesini gözeterek manevi tazminat verilmesine (§ 70) hükmetmiştir.

(*Aslan Özşahin ve Ecem Özşahin*, B. No: 2020/788, 29/3/2023, kararında başvuru

AYM, başvuru sahibinin vefatı hâlinde mirasçılarının devam etme iradesini iletmeleri gereken süreyi -haklı mazeretler saklı kalma kaydıyla- ölüm tarihinden itibaren dört ay olarak belirlemiştir⁴⁷. İçtihatla kabul edilen bu dört aylık süreden sonra bireysel başvuruya devam etme talebinin gönderilmesi hâlinde ise AYM süresi içinde gönderilmediğinden bahisle bu talebi reddetmekteydi⁴⁸. Ancak mirasçılarının ölen yakınlarının bireysel başvurudan haberdar olmaması ve yahut çok sonradan haberdar olmaları sık yaşanan bir durumdu. AYM bu gerekçeyle anılan içtihadından dönmüş⁴⁹ ve ölen başvuru sahiplerinin yakınlarını bireysel başvurudan haberdar etme yükümlülüğü altına girmiştir⁵⁰.

ölmüş ve mirasçılarını başvuruya devam iradelerini AYM'ye iletmislerdir. Ancak ilave bir gerekçe göstermeksizin başvurunun düşmesine karar vermiştir.

- 47 AYM dört aylık süreyi şöyle açıklamaktadır: 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasında öngörülen otuz günlük bireysel başvuru süresinin mirasçılar yönünden de kıyasen uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak Türk hukukunda mirasçılarının mirası reddetme hakkını da haiz oldukları gözetildiğinde makul sürenin tespitinde mirası ret süresinin de gözönünde bulundurulması gerektiği değerlendirilmiştir. 4721 sayılı Kanun'un 606. maddesinin birinci fıkrasında, yasal ve atanmış mirasçılarının mirası üç ay içinde reddedebilecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla bireysel başvuru yapıldıktan sonra ölen başvuru sahiplerinin mirasçılarının başvuru devam ettirme yönündeki taleplerini Anayasa Mahkemesine iletebilecekleri makul sürenin -haklı mazeretler saklı kalmak kaydıyla- ölüm tarihinden itibaren dört ay olarak tespitinin uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır (T.G., B. No: 2017/21163, 9/1/2019, § 20).
- 48 AYM aynı başvuruda ölüm tarihinden dört ay 15 gün sonra yapılan başvuruyu süresi içerisinde yapılmadığından bahisle kabul etmemiştir. (T.G., §§ 8, 9 ve § 21)
- 49 AYM'nin bu tür düşme kararlarında mirasçılara tebligatta bulunması gerektiğini Sn. Kenan Yaşar muhalefet şerhlerinde sıklıkla dile getirmiş, sonrasında içtihat değişikliği gerçekleşmiştir. Karşıoylar için bkz. *Mehmet Ali Balyen*, B. No: 2019/14852, 30/3/2022; *Bekir Yıldırım ve diğerleri*, B. No: 2019/13050, 30/3/2022; *Kemal Karaca*, B. No: 2019/20691, 2/3/2022; *H.P.*, B. No: 2018/37926, 16/3/2022.
- 50 *Sözü edilen içtihadın mirasçılarının mirasçılardan mağduriyetlere yol açabileceği gözlemlenmiştir. Bu nedenle bu içtihadın gözden geçirilmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin asli görevinin Anayasa'yı yorumlamak ve Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin kapsam ve sınırlarını belirlemek olduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin ölen başvuru sahibinin mirasçılarını tespit ederek onların davaya katılımını temin etme yükümlülüğü altına sokulmaması makul karşılanabilir. Ancak mirasçılarının hayattayken yaptığı bireysel başvurudan haberdar olamayan mirasçılarının uğrayabileceği hak kayıpları gözetildiğinde Anayasa Mahkemesinin 6100 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde ölen başvuru sahibinin mirasçılarını durundan haberdar etmesinin ve bireysel başvuruyu sürdürmek isteyip istemediklerini sormasının hakkaniyete daha uygun bir yöntem olacağı ve bireysel başvurunun mahiyetiyle de uyumlu olacağı değerlendirilmiştir (Elberan Vural ve*

Kuşkusuz AYM'nin güncel içtihadı temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından daha ileri bir adımdır ve eski yaklaşımdan dönülmesi sevindiricidir. Ancak konumuz bağlamında hangi içtihat benimsenirse benimsensin aslında başvurunun mirasçılarının iradesi kararlarda da açıkça ifade edildiği üzere başvurunun mirasçılarının davasını takipsiz bırakmasına örnek teşkil eder. Bireysel başvuru derdestken başvurunun ölmesi ve mirasçılarının devam etmeme iradesini bildirmesi veyahut devam etme iradesini kendilerine tebligat yapılmasının ardından süresinde bildirmemesi durumunda kanaatimizce başvurunun davasını takipsiz bırakmasından söz edilebilir. Kanuni dayanağı da olan bu gerekçe ile düşme kararı verilmesi daha isabetli olacaktır.

2) Tüzel Kişiliğini Yitiren Ticari Şirketlerin Başvuruları

Gerçek kişilerin ölümünde olduğu gibi tüzel kişilerin de tüzel kişiliğini yitirmesi bireysel başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini gereksiz hâle getirir. Hiç tüzel kişilik kazanmamış veya tüzel kişiliği ortadan kalkmış şirket adına yapılan bireysel başvurular ile bireysel başvuru devam ederken tüzel kişiliğini yitiren şirkete ilişkin bireysel başvuruların esasının incelenmesi mümkün değildir⁵¹.

AYM bir kararında bir şirketin adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vererek başvuru şirkete yargılama giderleri ile manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Sonrasında şirketin vekili tazminatın ödenmesi için Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne başvurmuş, Genel Müdürlük ödemeyi yapmadığı gibi AYM'ye başvurarak başvuru Şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiğini gösteren bilgi ve belgelerle birlikte anılan ihlal kararının düzeltilerek başvurunun düşmesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur. AYM, başvuru devam ederken başvuru ehliyetinin yitirilmesi durumunda başvurunun düşmesine karar verilmesi ge-

diğerleri [GK], B. No: 2018/30235, 17/1/2023, § 42).

51 *Gümüşdere İnşaat Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, B. No: 2013/5016, 12/6/2018, § 35.

rektiğinden bahisle başvurunun düşmesine karar vermiştir⁵².

Bezner şekilde şirketin ticaret sicil kaydının silinmesi ve tüzel kişiliğini yitirmesi durumunda AYM'nin verdiği pek çok düşme kararı bulunmaktadır⁵³. Keza şirketin ticaret sicil kaydının KHK ile resen terkin edildiği durumlarda da AYM düşme kararı vermektedir⁵⁴. Bu tür durumlarda şirketin ortakları bu durumu ve bireysel başvurularının devamı hususundaki menfaatlerini ispatlar nitelikteki belgelerle bireysel başvurunun incelenmesine devam edilmesini talep edebilirler⁵⁵.

B. İHLALİN VE SONUÇLARININ ORTADAN KALKMASI OLARAK YORUMLANABİLECEK BAŞVURULAR

“İhlalin ve Sonuçlarının Ortadan Kalkması” başlığı altında incelediğimiz başvurularla aynı olay ve olgulara dayanan veya sonuçları itibarıyla aynı olan bazı başvurularda AYM, bireysel başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir sebep olmaması nedeniyle de düşme kararı vermektedir.

Öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda başvuruçunun kendi rızasıyla ülkeyi terk ettiği durumlarda AYM, başvurunun *incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmamış olması* nedeniyle düşme kararı vermektedir⁵⁶. Benzer başvurularda sınır dışı kararının kaldırılması duru-

52 Gümüştöre İnşaat Ticaret ve Sanayi A.Ş.

53 Tasfiye Halinde Nuri Aykon Gazetecilik Ltd. Şti. [GK], B. No: 2015/956, 25/10/2018.

54 G.D., B. No: 2014/1811, 5/10/2017; Nokta Dergi ve Gazetecilik Tic. Ltd. Şti., B. No: 2015/16564, 24/10/2019. Halib Özel Eğitim Yurt İşletmeciliği Dış Ticaret Pazarlama Sanayi A.Ş., B. No: 2016/7284, 8/7/2020; Ufuk Nil Eğitim ve Yurt İşl. İnş. Taah. Gıda Tur. Paz. Tic. San. A.Ş., B. No: 2016/6772, 8/7/2020; Akif Eğitim Yayın İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2016/6771, 8/7/2020.

55 Samanyolu Yayıncılık Hizmetleri A.Ş., B. No: 2015/18554, 25/9/2019. Burada şirketin hâkim ortağı olduğunu iddia eden kişi başvuruyu devam ettirmek istediğini açıkça beyan etmişse de anılan şahsın başvuru Şirketin ortağı olduğu yönündeki iddiasını destekler nitelikte herhangi bir belge sunmadığı gerekçesiyle bu talep kabul edilmemiştir (aynı kararda bkz. § 35).

56 Farah Abdulhameed Mohammed Alı Al-Mudhafar, B. No: 2015/13854, 18/5/2016; Ş.G., B. No: 2017/5820, 19/4/2017; O.K., B. No: 2017/5841, 11/5/2017; (Ammar Aakoula, B. No: 2017/5918, 8/3/2018; D.M., B. No: 2015/4176, 30/9/2015; (S.E., B. No: 2017/27839, 7/3/2018; (Uthman Deya Ud Deen Eberle, B. No: 2015/16437, 11/10/2018;

munda da AYM aynı gerekçeyle düşme kararı vermektedir⁵⁷. AYM'nin benzer başvurularda hangi kritere göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkması veya başvurunun *incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmamış olması* nedeniyle düşme kararı verdiği ise tespit edilememiştir. Kanaatimizce somut olaya daha uygun olan ve kanuni dayanağı da bulunan ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkması gerekçesiyle düşme kararı verilmesi daha isabetli olacaktır. Aynı doğrultuda başvurunun *incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmamış olması* gerekçesinden ise ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkması gerekçesini tercih ederek daha isabetli bir düşme kararı verebileceği hâllere aşağıdaki kararları da örnek olarak gösterebiliriz:

- Bir kamu kurumu aleyhine başlatılan icra takibinde alacağın başvurudan sonra ödenmesi⁵⁸,
- Mükerrer başvuru olması durumunda⁵⁹,
- Karar düzeltme dilekçesi üzerine kararın incelenmesi durumunda⁶⁰,
- Vergilendirme işleminin kanuni bir dayanağının bulunmaması nedeniyle yapılan başvuruda başvuru sahibinin Danıştay aşamasında davasından feragat etmesi durumunda⁶¹,

57 *Atıyah Abed Khaleefah Khaleefah*, B. No: 2019/11426, 23/2/2022; *Leilü Farajı*, B. No: 2022/21288, 5/6/2024; *D.D. ve E.M.*, B. No: 2017/6591, 8/6/2021.

58 *Bilim Medikal Sağlık Hizmetleri İthalat İhracat Sanayi Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2018/18455, 8/6/2021.

59 *Alpay Alver ve Aylin Özdemir*, B. No: 2019/38334, 3/3/2022; (*Hüseyin Altuncı*, B. No: 2016/22582, 28/5/2019; *Ö.Ç.*, B. No: 2014/1091, 23/5/2018.

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvuru sahiplerinin söz konusu temel haklarının daha önceden Anayasa Mahkemesince değerlendirilerek bu konuda karar verilmesi nedeniyle incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi nedeniyle düşme kararı verilmiştir. *Ali Demir ve Ali Erden*, B. No: 2014/7847, 22/2/2018.

60 *Serkan Madsar*, B. No: 2012/751, 16/10/2014; *Dinçoğlu Makina Sanayi Ticaret ve Ltd. Şti.*, B. No: 2014/5782, 17/5/2016; *M.e.s. ve K. Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2017/30810, 3/6/2020.

61 (*Egeplast Ege Plastik Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, B. No: 2016/10725, 18/4/2019, § ...)

- Yargı kararının icra edilmemesi nedeniyle yapılan başvuruda yargı kararının süresinde infaz edildiğinin tespit edildiği durumda⁶²,
- Şikâyetine konu edilen ve temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddiasının nedeni olarak gösterilen Kanun'un Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi durumunda⁶³,
- AİHM'in ilgili başvuruya konu olay hakkında ihlal kararı verdiği durumlarda⁶⁴,
- Müddetnamenin yanlış hesaplanması nedeniyle yapılan başvuruda sonradan hatanın düzeltilmesi neticesinde⁶⁵,
- Başvurucunun lenf kanseri olmasına rağmen cezasının infaz edilmesine devam edilirken yaptığı başvuruda, İnfaz Hâkimliğinin başvuru iyileşinceye kadar infazın geri bırakılmasına karar verdiği ve başvuru salıverildiği durumda⁶⁶,
- Kanser hastasının tedavisinde gerekli ilacın ithali için ödemesinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmadığı gerekçesiyle yapılan başvuruda başvuruya konu ilacın SGK tarafından ödeme kapsamına alınması hâlinde⁶⁷,
- Tazminat davasına konu kararın kesinleşmesini takiben ise başvuru davalı idareye müracaatı üzerine idare tarafından anılan kararda hükmolunan yüksek vekâlet ücretinin tahsilinden vazgeçildiği durumlarda⁶⁸,

62 (Cemile Karadağ ve Nuray Karadağ, B. No: 2014/11747, 3/4/2019, § ...)

63 (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz, B. No: 2014/15571, 5/4/2018, § ...)

64 Şamil Cemekan, B. No: 2014/928, 13/7/2016; Süleyman Demir, B. No: 2014/7307, 26/10/2016; Veli Saçılık, B. No: 2014/16192, 3/7/2018; Ferhat Encu (3) [GK], B. No: 2017/38747, 29/11/2023.

Benzer başka bir başvuruda AYM Başvurunun ihlalin sonuçlarının ortadan kalkmış olması nedeniyle DÜŞMESİNE, kararı vermiştir. Emine Sözen ve Şeyhmus Sözen.

65 "... ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalktığı açık olduğundan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmadığı anlaşılmıştır." (Recep Öztaş, B. No: 2021/10316, 24/5/2023, § 12).

66 Zeki Hakan Nebioğlu, B. No: 2015/2418, 8/5/2019.

67 Kaan Antonı Gerede, B. No: 2020/22945, 22/2/2022; Ayaz Çelik, B. No: 2021/1862, 22/2/2022; Melisa Timacın, B. No: 2021/2735, 22/2/2022;

68 Oktay Can, B. No: 2013/6379, 14/10/2015; Mehmet Aydoğan ve Nufur Aydoğan, B. No:

- İhtiyati haczin kaldırıldığı durumda⁶⁹,

AYM başvurunun *incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığından düşme kararı vermektedir*. Kanaatimizce burada sayılan örneklerin hemen hepsinde aslında başvurunun düşme ile sonuçlanmasını sağlayan gerekçe ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmasıdır. Elbette ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkması da feragat ve başvurunun takipsiz bırakılması gibi bireysel başvurunun *incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmamasının bir örneğidir*. Ancak yukarıda da izah edildiği gibi daha özel bir neden varken kanuni dayanağı olmayan genel nedene gitmek, üstelik bunu da tutarlı bir şekilde uygulamamak hukuki belirliliği ortadan kaldırmaktadır.

Burada ileri sürdüğümüz fikir, AYM tarafından da bazı kararlarda açıkça benimsenmektedir. Bu yönüyle de kararların gerekçesi ile hüküm kısmı çelişmektedir. Bir kararında AYM, *“... başvurunun temel şikâyetinin söz konusu süreçte giderilmesi nedeniyle başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığı anlaşıldığından başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin düşmesine karar verilmesi gerekir.”*⁷⁰ diyerek bu kafa karışıklığını kararına da yansıtmıştır. Benzer şekilde başka bir kararında açıkça *“... ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılarak başvurunun mağdurluk statüsünün sona erdiği, başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektiren bir husus bulunmadığı anlaşılmaktadır.”*⁷¹ gerekçesiyle düşme kararı vermiş, hükmün A. bendinde ise *“Başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmaması nedeniyle DÜŞMESİNE,”* şeklinde hüküm kurmuştur⁷².

2013/3775, 14/4/2016; *Hacı Akgül ve Ramziye Akgül*, B. No: 2014/8878, 21/3/2018;

69 *Abc Çağdaş Dershanecilik Eğitim Turizm ve Ticaret Limited Şirketi*, B. No: 2014/4806, 16/6/2016; *Liora Razon*, B. No: 2013/7172, 30/3/2016.

70 *Dinçoğlu Makina Sanayi Ticaret ve Ltd.Şti.*, § 45.

71 *Altay Aksoy*, B. No: 2018/36557, 28/1/2021, § 18.

72 *Altay Aksoy*.

C. BİREYSEL BAŞVURU ÖNCESİ ETKİLİ BİR BAŞVURU YOLU OLUŞTURULMAMASI NEDENİYLE DÜŞME

Bu başlığa kadar incelediğimiz düşme kararlarının hemen hepsinde bireysel başvurunun incelenmesini gerekli kılan haklı neden kalmaması sonucuna ulaştıran gerekçe feragatte olduğu gibi ya doğrudan 6216 sayılı Kanun'dan kaynaklanmaktaydı yahut da davanın konusuz kalması örneğinde olduğu gibi 6216 sayılı Kanun'un göndermesiyle diğer usul kanunlarında düzenlenen konular arasında yer almaktaydı. Başka bir ifadeyle buraya kadar incelediğimiz kararların hemen hepsinde düşme kararı verilmesinin kanuni dayanağı mevcuttu. Üstelik bu başlıktan önce ele aldığımız konularda bireysel başvurunun incelenmesini haklı kılan nedenin ortadan kalkmasında mesuliyet büyük ölçüde başvurucuya veyahut başvurunun zaman içinde değişen şartlarına yüklenilecek mahiyetteydi. Bireysel başvuru öncesinde etkili bir başvuru yolu oluşturulmamış olması gerekçesiyle bireysel başvurunun düşme ile sonuçlandırılması ise diğer düşme sebeplerinden açıkça ayrılmaktadır.

Giriş kısmında değinildiği üzere AYM pek çok farklı gerekçeyle düşme kararı vermiştir. Bunlardan *Keser Altıntaş*⁷³ kararı yaklaşık 60.000 bireysel başvurunun düşme ile sonuçlandırılmasına öncülük eden karar olduğu için en önemli düşme kararlardan biridir. Karar ayrıca TBMM'yi harekete geçiren karar olarak da anlamlıdır. Kararı tahlil etmeden evvel kararın arka planına bakmak gerekir.

AYM, 1/12/2022 tarihi itibarıyla derdest 130.000 başvurunun 80.000'inin makul sürede yargılama hakkının ihlali iddiasına ilişkin olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, makul sürede yargılanma hakkının ihlaline karar verdiği ilk başvurudan başka bir ifadeyle 2/7/2013 tarihinden 2022 yılı sonuna kadar geçen sürede 55.000'den fazla başvuruda makul sürede

73 *Keser Altıntaş* [GK].

yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁴. Ancak yapısal sorun çözülemediği için başvuru sayısında artış hızla devam etmiştir. Bunun üzerine AYM, *Nevriye Kuruç* [GK] pilot kararı⁷⁵ ile Anayasa'nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerektiğini belirtmiştir⁷⁶.

Nevriye Kuruç [GK] pilot kararı kısmen etkili olmuş⁷⁷, kararın yayımlanmasından sonra 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikle 9/3/2023 tarihi itibarıyla AYM önünde derdest olan başvurulara ilişkin Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirilmiştir⁷⁸. 9/3/2023 tarihinden sonra yapılan makul sürede yargılanma hakkının ihlali başvuruları yönünden ise herhangi bir mekanizma getirilmemiştir. Bunun üzerine yapısal bir sorun⁷⁹ olduğu tescilli olan uzun yargıla-

74 Yamlı, M. S. ve Gedik, Ö. (Ed.). (2023). *Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hak ve Yükümlülükler Yönüyle) Karar Özetleri*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 287.

75 *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.
"Sonuç olarak Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sayıları ve verilen ihlal kararları incelendiğinde makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açan yapısal bir sorunun mevcut olduğu değerlendirilmiştir. Bu yapısal sorunun giderilmesi için alınan her türlü tedbire rağmen makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için Anayasa'nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerekir." § 97.

76 *Nevriye Kuruç* başvurusunda AYM düşme kararı vermemiş, makul sürede yargılanma hakkı ve bu hakla bağlantılı etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Nevriye Kuruç* [GK], § 115).

77 Kararın kısmen etkili olmasını şöyle açıklayabiliriz: Karar sonrası yapılan kanun değişikliği sonucu verilen *Veysi Ado* ([GK], B. No: 2022/100837, 27/4/2023) kararıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla 9/3/2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan başvuruda başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmiş ve Tazminat Komisyonuna başvuru yapılmasının yolu açılmıştır. Fakat yalnızca belli bir tarihe kadar derdest başvurular için Komisyona başvuru imkânı getirilmiş; makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle AYM'ye başvurmadan önce başvurulabilecek idari veya yargısal bir mekanizma kurulmamıştır.

78 Tazminat Komisyonuna dair kapsamlı bir çalışma için bkz. Yıldırım, Z. (2013). "6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17., S. 2., s. 1725-1756.

79 Yapısal ve sistematik sorun kavramını İnsan Hakları Tazminat Komisyonu uygulaması üzerinden çözümleyen güncel bir çalışma için bkz. Gümüş Boyacı, Ö. T. (2024). "Yapısal ve Sistemik Sorunun Çözümünde İnsan Hakları Tazminat Komisyonu", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 42., S. 1., s. 1-38.

malara dair başvurular kaldığı yerden hızla artış göstererek devam etmiştir.

Nevriye Kuruç [GK] pilot kararına rağmen AYM'ye başvuru yapılmadan önce müracaat edilebilecek kalıcı idari veya yargısal bir mekanizma kurulmamış, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamındaki başvuruların doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmasına devam edilmiştir. Nihayetinde AYM temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi açısından bir önem taşımayan; yalnızca tazminat miktarının belirlenmesinden ibaret olan on binlerce ihlal kararı vermiştir.

Keser Altıntaş [GK] kararı, makul sürede yargılanma hakkında yaşanan gelişmeleri derlemiş ve *Nevriye Kuruç* [GK] pilot kararını ayrıca analiz etmiştir (bkz. §§ 52-71). Karar nihayetinde pilot kararın gereğinin yerine getirilmediği tespitine yer vermiştir⁸⁰.

Pilot kararın gereğinin yerine getirilmediği tespitinden sonra bu türden başvurular için makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların ilk elden AYM tarafından incelenmesinin mümkün olmadığı altı çizilmiş, *Nevriye Kuruç* [GK] pilot kararı doğrultusunda etkili bir başvuru yolu oluşturulduktan sonra anılan başvuruların incelenilebileceği gerekçesiyle 12'ye karşı 3 oyla başvurunun düşmesine karar verilmiştir⁸¹. Bu riskli tercih Sn. Seferinoğlu ile Sn. Menteş'in birlikte kaleme aldıkları karşıoy gerekçesinde de keyfî uygulamaya yol açabileceği vurgusuyla yer almıştır:

80 "Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkına ilişkin alınan tüm tedbirlere rağmen oluşabilecek zararları gidermeyi amaçlayan etkili bir başvuru yolunun mevcut olmadığına dair yapısal sorunu tespit etmiş ve bu anayasal sorunun çözümü için kararı TBMM'ye göndermiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi üzerine düşen anayasal yükümlülüğü yerine getirmiş olup sorunun çözümü ancak *Nevriye Kuruç* pilot kararının gereği olarak böyle bir etkili hukuk yolunun yasama organı tarafından oluşturulması ile mümkün olabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin mevcut aşama itibarıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların esasını incelemeyi sürdürmesi *Nevriye Kuruç* kararına ve bu kararda açıkladığı üzere bireysel başvurunun ikincilliği ilkesine aykırı olur." *Keser Altıntaş* [GK], § 68.

81 Bu alt başlığın ilgili kısımları Ceren Damar IV. Bilim İnsanları Sempozyumu'nda "*Anayasa Mahkemesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkı İhlali Başvurusu Neticesinde Düşme Kararı Vermesi Üzerine Bir İnceleme*" başlıklı bildiriye sunulmuştur.

“Gerekli yasal düzenlemenin yapılmamış olması, anılan pilot kararın önemini yitirecek olması ve Mahkemenin diğer temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasıyla yapılan başvuruları incelenmesinin güçleşeceği gibi gerekçeler İçtüzük’ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi kapsamında haklı sebep olarak değerlendirilemez. Nitekim anılan fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan haller başvurucuya ilişkin hallerdir. Bu sebeple söz konusu fıkranın (ç) bendinin de başvurucuya ilişkin haklı sebepler kapsamında yorumlanması gerekir. Başvuru konusu olayda başvurucudan kaynaklanmayan ya da anayasal veya yasal bir düzenlemeden kaynaklanmayan gerekçelerin yorum yoluyla haklı sebep şeklinde nitelenerek düşme kararı verilemeyeceği değerlendirilmektedir.”

Karşıoyda da işaret edildiği üzere diğer tüm düşme sebeplerinden farklı olarak *Keser Altıntaş* [GK] başvurusunda “bireysel başvurunun incelenmesini haklı kılan sebep kalma”-ması başvurucu için değil AYM için haklı sebep kalmamasına işaret etmektedir. Başvurucu açısından başvurunun incelenmesi ve ihlal ile sonuçlanmasında hukuki yarar bulunduğu kuşkusuzdur. *Keser Altıntaş* [GK] kararının gerekçesi kanuni dayanağı olmayan düşme sebebinin İçtüzük’le eklenebilmesinin potansiyel sonuçlarını göstermesi bakımından anlamlıdır.

Kararın kendi içinde tutarlı olduğunu ve her ne kadar kanuni bir dayanağı olmasa da AYM’nin işlevleri bakımından yaptığı “tazminat mahkemesi olmama” vurgusunun anlamlı olduğunu teslim etmeliyiz. Her ne kadar AYM’nin böyle bir gerekçeye dayanarak düşme kararı veremeyeceğini savunuyorsak da 2/3/2024 tarihli ve 7499 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*’un 23. ve devamı maddeleri ile Anayasa Mahkemesinin kararları uyarınca uzun yargılamadan kaynaklı ihlal iddiaları bakımından daha kolay erişilebilir, hızlı işleyen ve birincil nitelikte bir başvuru yolu oluşturulduğunu da göz ardı edemeyiz⁸².

82 Kanun’un genel gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir: “Makul sürede yargılanma hakkı

AYM'nin yetki sınırlarını aşarak aldığı *Keser Altıntaş* [GK] kararı, yetkisi sınırları içinde aldığı *Nevriye Kuruç* [GK] pilot kararına oranla TBMM nezdinde daha güçlü bir makes bulmuş ve kanun koyucu bu defa düzenleme yapmak suretiyle makul sürede yargılanma ihlali iddiaları kaynaklı meseleyi tazminat komisyonunu kalıcı hale getirmek suretiyle çözüme kavuşturmuştur.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesinin Türk hukukuna kazandırıldığı 1961 Anayasası'ndan bu yana Anayasa Mahkemesinin yargılama usulünün kanunla düzenlenmesi gerekliliği de anayasal güvence altına alınmıştır. Bu güvence ayrıca vurgulanmasa dahi mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerekliliği ile adil yargılanma hakkına dair sınırlamaların ancak kanunla yapılabilmesine ilişkin hükümlerden çıkarılabilmekteydi. Bireysel başvurunun kabulüyle birlikte yarım asırlık güvenceden bir kopuş yaşanmış ve bireysel başvuru sonrası çıkarılan 6216 sayılı Kanun'la Anayasa Mahkemesinin yargılama usulünü de içerir kimi kanuna bırakılmış düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile yapılabileceği Anayasa'ya rağmen Kanun'la düzenlenmiştir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile bireysel başvuruların düşme sebeplerine kanuni temeli olmayan ve diğer usul kanunlarında da bulunmayan bir düzenleme eklenmiştir. *Başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi* hâlinde düşme kararı verileceği İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendiyle

ihlal edilenlerin başvurabileceği idari veya yargısal bir yol bulunmadığından bu kişiler doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi 5/7/2022 tarihli ve 2021/58970 başvuru numaralı kararında makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi son olarak 25/7/2023 tarihli ve 2023/18536 başvuru numaralı kararında başvurunun düşmesine ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulara ilişkin etkili bir başvuru yolu oluşturulduktan sonra bu konudaki başvuruların incelenebileceğine karar vermiştir."

düşme sebeplerine dâhil edilmiştir. Bu çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesinin Kararlar Bilgi Bankası'nda yer alan 400'ü aşkın düşme kararının tamamı incelenmiştir. İçtüzük'le eklenen bu bent kanuni dayanağı haiz diğer üç düşme sebebinin tamamının toplamından daha fazla başvuru alan bir düşme sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu tablo bir gereklilikten ziyade düşme gerekçesi üzerinde yeterince hassas durulmamasının bir yansımasından ibarettir.

Örneğin başvuru alanın ölmesi ve mirasçılarının davaya devam etmemesi durumundan kanuni dayanağı bulunan İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki başvuru alanın davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması gerekçesine yer verilmemesi veyahut sınır dışı kararına karşı bireysel başvuruda bulunan kişinin sonradan kendi rızasıyla yurt dışına çıkması durumunda yine kanuni dayanağı olan İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendindeki ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkması gerekçesine başvurulmaması kanaatimizce bu tespitimizi doğrular niteliktedir. Elbette bu hâllerde de başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmamaktadır ancak başvuru alanın açıkça feragat ettiği durumlar da bundan farklı değildir. Dolayısıyla burada kanuni temeli bulunan düşme sebeplerine daha sık başvurmak daha isabetli bir tercih olacaktır.

Anayasa Mahkemesi benzer başvuruları düşme ile sonuçlandırırken yeknesak ve istikrarlı bir yol izlemektedir. Ancak düşme kararlarının gerekçeleri oluşturulurken yeterince ihtimam gösterilmemekte, başvurunun düşmesine karar verildikten sonra İçtüzükteki düşme gerekçelerinden herhangi birinin seçilmesi suretiyle gerekçe oluşturulmaktadır. Bu yaklaşım ise somut başvuru ile düşme gerekçesi arasındaki ilişkiyi koparabilmektedir. Birbiriyle aynı somut olay ve olgulara sahip başvurularda düşme kararı verilirken dahi bu karar farklı fıkralara dayanılarak gerekçelendirilebilmektedir. Mahkeme bir kararında tüm düşme gerekçelerini saymış nihayetinde

incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan neden olmadığı gerekçesiyle düşme kararı vermiştir:

*“...başvurucuların makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvurularından feragat ettikleri ve başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektiren bir husus da bulunmadığı gözönüne alındığında ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılarak başvuru-
vurucuların mağdurluk statülerinin sona erdiği ve başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektiren bir husus bulunmadığı anlaşılmaktadır.”⁸³”*

Bu paragraf ulaştığımız sonucu gösterir niteliktedir. Gerçekde yaşanan bu karmaşıklık hüküm kısmında da kendisini göstermektedir. Hüküm kısmında düşme gerekçesi veya hut madde fıkrasının ayrıca belirtilmemesi de burada işaret edilen soruna kaynaklık etmektedir. Bu durum düşme kararlarında yeknesaklık sağlanmasına da engel teşkil etmektedir.

Mahkeme bazı kararlarında doğrudan başvurunun düşmesine⁸⁴, bazı kararlarında başvurcunun ölümü⁸⁵ veya vefatı nedeniyle düşmesine⁸⁶ diyerek düşme gerekçesini açıkça yazmamaktadır. Bazı kararların hüküm kısımlarında ise başvurunun *incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden* kalmadığından düşmesine⁸⁷ gibi özel olarak İctüzük hükmünü tekrar etmektedir. Kanaatimizce hüküm kısmında düşme kararı verilmesine sebebiyet veren kanun veyahut İctüzük fıkra hükmünün yazılması yeknesaklığa hizmet edebilecektir. Ayrıca Mahkemenin de düşme gerekçesi üstünde durmasına, en azından bir kez daha düşme kararı gerekçesini düşünmesine yardımcı olabilecektir.

83 Abdullah Ekim ve Celalettin Sami Erençül, B. No: 2014/12490, 26/12/2017, § 25.

84 (Mehmet Gürsoy, B. No: 2020/23242, 4/7/2022, § ...)

85 (Rıdvan Yılmaz, B. No: 2017/32673, 20/7/2023, § ...)

86 (Mesut Naci Topkara ve Mutlu Topkara, B. No: 2017/28890, 7/10/2021, § ...)

87 (Tasfiye Halinde Nuri Aykon Gazetecilik Ltd. Şti. [GK], § ...)

KAYNAKÇA

- ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim ve ERDOĞAN, Ersin (2020). *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yay.
- DOĞAN, Zelal Pelin (2021). *Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü*, İstanbul: On İki Levha Yay.
- DOĞRU, Osman (2013). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal Yay.
- DURŞUN, Halil İbrahim (2018). *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri*, Ankara: Seçkin Yay.
- EGELİĞİ, Ömer Emrullah (2021). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yay.
- GÖRGÜN, L. Şanal, BÖRÜ, Levent ve KODAKOĞLU, Mehmet (2024). *Medenî Usûl Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yay.
- GÜMÜŞ BOYACI, Özgem Tuğçe (2024). "Yapısal ve Sistemik Sorunun Çözümünde İnsan Hakları Tazminat Komisyonu", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 42., S. 1., ss. 1-38.
- KURU, Baki (2016). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: Legal Yay.
- MECEK, Hüseyin (2023). *İnsan Hakları Hukukunda İşkence Soruşturması*, İstanbul: On İki Levha Yay.
- PEKCANİTEZ, Hakan (2017). *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yay.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar (2021). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- T. C. ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI (2024). "Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012 - 30/6/2024)", https://www.anayasa.gov.tr/media/9362/bb_2024_2.pdf (Erişim Tarihi: 1/11/2024)

- TURHAN, Hikmet Berk (2022). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kamu Tüzel Kişilerinin Başvuru Ehliyeti*, Ankara: Seçkin Yay.
- YAMLI, Mehmet Sadık ve GEDİK, Ömer (Ed.) (2023). *Adil Yarılanma Hakkı (Medeni Hak ve Yükümlülükler Yönüyle) Karar Özetleri*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- YILDIRIM, Zeki (2013). "6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17., S. 2., ss. 1725-1756.
- YILMAZ, Ejder (1996). *Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yay.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.2011/59, K.2012/34, 1/3/2012.
- AYM, E.2021/74, K.2021/51, 14/7/2021.
- A.S., B. No: 2018/36105, 26/5/2021.
- Abc Çağdaş Dershanecilik Eğitim Turizm ve Ticaret Limited Şirketi*, B. No: 2014/4806, 16/6/2016.
- Abdulaziz Boğa ve diğerleri*, B. No: 2021/24647, 5/6/2024.
- Adem Cansever*, B. No: 2014/15422, 5/12/2017.
- Adnan Serdaroğlu ve diğerleri*, B. No: 2020/31057, 14/12/2023.
- Ahmet Özışık*, B. No: 2013/2714, 6/10/2015.
- Akif Eğitim Yayın İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2016/6771, 8/7/2020.
- Ali Demir ve Ali Erden*, B. No: 2014/7847, 22/2/2018.
- Alpay Alver ve Aylin Özdemir*, B. No: 2019/38334, 3/3/2022.

- Altay Aksoy*, B. No: 2018/36557, 28/1/2021.
- Ammar Aakoula*, B. No: 2017/5918, 8/3/2018.
- Arzu Kafesci ve diğçerleri*, B. No: 2013/9322, 8/9/2014.
- Aslan Özşahin ve Ecem Özşahin*, B. No: 2020/788, 29/3/2023.
- Atiyah Abed Khaleefah Khaleefah*, B. No: 2019/11426, 23/2/2022.
- Ayaz Çelik*, B. No: 2021/1862, 22/2/2022.
- Ayhan Macit*, B. No: 2019/17704, 20/3/2024.
- Ayhan Pehlivanoğlu*, B. No: 2014/2152, 16/6/2016.
- Bekir Yıldırım ve diğçerleri*, B. No: 2019/13050, 30/3/2022.
- Bilim Medikal Sağlık Hizmetleri İthalat İhracat Sanayi Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2018/18455, 8/6/2021.
- Candaş Kat*, B. No: 2015/18467, 19/11/2019.
- Canım İnşaat Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, B. No: 2019/27145, 7/3/2024.
- Cemile Karadağ ve Nuray Karadağ*, B. No: 2014/11747, 3/4/2019.
- D.D. ve E.M.*, B. No: 2017/6591, 8/6/2021.
- D.M.*, B. No: 2015/4176, 30/9/2015.
- Dinçoğlu Makina Sanayi Ticaret ve Ltd. Şti.*, B. No: 2014/5782, 17/5/2016.
- Egeplast Ege Plastik Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, B. No: 2016/10725, 18/4/2019.
- Ejder Yıldırım*, B. No: 2020/35744, 6/10/2021.
- Ejder Yıldırım (2)*, B. No: 2020/36553, 6/10/2021.
- Elberan Vural ve diğçerleri [GK]*, B. No: 2018/30235, 17/1/2023.
- Emine Sözen ve Şeyhmus Sözen*, B. No: 2016/13577, 9/6/2020.

- Engin Gök ve diğçerleri*, B. No: 2013/3955, 14/4/2016.
- Farah Abdulhameed Mohammed Alı Al-Mudhafar*, B. No: 2015/13854, 18/5/2016.
- Fatma Ülker Akkaya*, B. No: 2014/18979, 22/2/2018.
- Fehmi Arslan*, B. No: 2014/621, 5/4/2018.
- Ferhat Encu (3) [GK]*, B. No: 2017/38747, 29/11/2023.
- G.D.*, B. No: 2014/1811, 5/10/2017.
- G.I.H.A.*, B. No: 2021/31871, 11/6/2024.
- Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş.*, B. No: 2013/1210, 26/6/2014.
- Gümüşdere İnşaat Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, B. No: 2013/5016, 12/6/2018.
- H.P.*, B. No: 2018/37926, 16/3/2022.
- Haci Akgül ve Ramziye Akgül*, B. No: 2014/8878, 21/3/2018.
- Halib Özel Eğitim Yurt İşletmeciliğı Dış Ticaret Pazarlama Sanayi A.Ş.*, B. No: 2016/7284, 8/7/2020.
- Hasan Caner*, B. No: 2016/1773, 17/7/2019.
- Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013.
- Hüseyin Altuncı*, B. No: 2016/22582, 28/5/2019.
- Hüsnü Esen*, B. No: 2021/2260, 23/2/2022.
- İbrahim Aytekin*, B. No: 2015/9444, 21/2/2018.
- İrfan Akkaya*, B. No: 2012/69, 12/2/2013.
- Kaan Antomı Gerede*, B. No: 2020/22945, 22/2/2022.
- Kalehan Murat Enerji Üretim A.Ş.*, B. No: 2019/38736, 9/6/2021.
- Kemal Karaca*, B. No: 2019/20691, 2/3/2022.
- Kemal Ördçek*, B. No: 2016/11513, 23/6/2020.

- Kemal Yüzbaşı*, B. No: 2018/27081, 26/5/2021.
- Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz*, B. No: 2014/15571, 5/4/2018.
- Kerim Satı*, B. No: 2015/14524, 8/1/2020.
- Keser Altıntaş [GK]*, B. No: 2023/18536, 25/7/2023.
- Khadijeh Mohammadıpiraghaj*, B. No: 2017/21577, 14/9/2017.
- Leılı Farajı*, B. No: 2022/21288, 5/6/2024.
- Liora Razon*, B. No: 2013/7172, 30/3/2016.
- M.C.*, B. No: 2020/1032, 16/3/2022.
- M.e.s. ve K. Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2017/30810, 3/6/2020.
- M.L. ve diğerleri*, B. No: 2019/20735, 28/12/2021.
- Marlene Mıssonı Padome*, B. No: 2019/40424, 16/3/2022.
- Mehmet Ali Balyen*, B. No: 2019/14852, 30/3/2022.
- Mehmet Avcı*, B. No: 2013/805, 21/1/2015.
- Mehmet Aydoğan ve Nufer Aydoğan*, B. No: 2013/3775, 14/4/2016.
- Mehmet Girasun ve Ömer Elçi [GK]*, B. No: 2015/15266, 17/6/2021.
- Mehmet Gürsoy*, B. No: 2020/23242, 4/7/2022.
- Mehmet Şerif Bayındır*, B. No: 2014/16664, 4/10/2017.
- Mehmet Tekin*, B. No: 2019/17210, 12/4/2023.
- Melisa Timacın*, B. No: 2021/2735, 22/2/2022.
- Melle Malgir*, B. No: 2014/11355, 15/2/2017.
- Mesut Naci Topkara ve Mutlu Topkara*, B. No: 2017/28890, 7/10/2021.
- Mesut Yıldızak*, B. No: 2019/17227, 15/3/2023.
- Metin Bilgili*, B. No: 2021/20089, 8/2/2024.

- Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.
- Nezhat Demir*, B. No: 2021/5867, 14/12/2023.
- Nokta Dergi ve Gazetecilik Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/16564, 24/10/2019.
- O.K.*, B. No: 2017/5841, 11/5/2017.
- Oktaç Can*, B. No: 2013/6379, 14/10/2015.
- Orhan Okşak*, B. No: 2020/32457, 14/12/2023.
- Otabek Karimov ve diğerleri*, B. No: 2016/36559, 4/11/2020.
- Ö.Ç.*, B. No: 2014/1091, 23/5/2018.
- Ramazan Ay ve diğerleri*, B. No: 2013/7784, 10/3/2015.
- Rasul Tamaev ve diğerleri*, B. No: 2016/30880, 21/7/2020.
- Recep Öztaş*, B. No: 2021/10316, 24/5/2023.
- Rıdvan Yılmaz*, B. No: 2017/32673, 20/7/2023.
- Richmass Madencilik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Organize Sanayi Şubesi*, B. No: 2018/16637, 13/12/2023.
- Ruhi Abat*, B. No: 2014/4724, 7/3/2019.
- S.E.*, B. No: 2017/27839, 7/3/2018.
- Samanyolu Yayıncılık Hizmetleri A.Ş.*, B. No: 2015/18554, 25/9/2019.
- Serkan Madsar*, B. No: 2012/751, 16/10/2014.
- Suat Özçelik*, B. No: 2021/44670, 2/5/2023.
- Süleyman Demir*, B. No: 2014/7307, 26/10/2016.
- Süleyman Kurt* [GK], B. No: 2016/14581, 18/5/2022.
- Ş.G.*, B. No: 2017/5820, 19/4/2017.
- Şamil Camekan*, B. No: 2014/928, 13/7/2016.

Şenol Eskin ve diğçerleri, B. No: 2021/26114, 5/6/2024.

Şükrü Can, B. No: 2016/76356, 9/5/2019.

T.G., B. No: 2017/21163, 9/1/2019.

Tasfiye Halinde Nuri Aykon Gazetecilik Ltd. Şti. [GK], B. No: 2015/956, 25/10/2018.

Tolga Günaydın, B. No: 2021/3477, 17/7/2024.

Ufuk Nil Eğitim ve Yurt İşl. İnş. Taah. Gıda Tur. Paz. Tic. San. A.Ş., B. No: 2016/6772, 8/7/2020.

Uthman Deya Ud Deen Eberle, B. No: 2015/16437, 11/10/2018.

Veli Saçılık, B. No: 2014/16192, 3/7/2018.

Veysi Ado [GK] B. No: 2022/100837, 27/4/2023.

Veysi Ekin, B. No: 2020/26415, 24/1/2024.

Zeki Demir, B. No: 2015/16719, 2/12/2020.

Zeki Hakan Nebioğlu, B. No: 2015/2418, 8/5/2019.



ANAYASAYA SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ EKSENİNDE ANAYASA MAHKEMESİ VE YARGITAY İLİŞKİSİ

*Relationship Between the Constitutional Court and the Court of
Cassation on the Axis of the Obligation of Loyalty to the Constitution*

Doç. Dr. Ümit GÜVEYİ*

ÖZET

1982 Anayasası mad. 11, anayasanın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü ortaya koyan asli düzenlemedir. Anayasa hükümlerini “*nihai*” olarak yorumlama yetkisi 1982 Anayasası mad. 148 (152. ve 153.) hükmünce münhasıran Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi neticesinde verilen kararlar, diğer mahkemeler gibi Yargıtay açısından da bağlayıcılık arz etmektedir. 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasında hiyerarşik bir tercihte bulunmamış olsa dahi anayasaya uygunluk denetimi ve anayasal hükümlerin yorumlanması bakımından Anayasa Mahkemesi kararlarını diğer yargı yerleri gibi Yargıtay açısından da bağlayıcı kılmaktadır. Yargıtayın herhangi bir somut uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bir normu esas alması mümkün olmadığı gibi Anayasa Mahkemesince iptal talebi reddedilmiş olan meri bir normu ihmal edebilmesi de mümkün değildir. Anayasaya sadakat yükümlülüğü bulunan Yargıtayın bahse konu yükümlülüğünün somutlaştırılması ve denetlenebilmesi Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde şekillenmektedir. Bireysel başvuru kapsamında verilen ve mahkeme kararlarından kaynaklanan ihlal kararları ise

* İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, umit.gueyeyi@idu.edu.tr, ORCID-ID: 0000-0002-8365-2471.

bu durumun belirginlik kazandığı asıl mecradır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları kapsamında, Yargıtay yorumlarıyla oluşan içtihatlardan kaynaklanan çok sayıda ihlal kararı verildiği anlaşılmaktadır. Bu ihlal kararları ise kendi içinde genel olarak “dairenin kurul içtihadından ayrılması nedeniyle ihlal”, “derin ve sürekli içtihat farklılığı nedeniyle ihlal” ve “makul gerekçeden ve istikrarlı uygulamadan yoksun içtihat değişikliği nedeniyle ihlal” olmak üzere üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Yargıtayın 2023 yılındaki basın açıklaması kapsamında, Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında yasal ve anayasal denetim yetkisini aştığı öne sürülerek Anayasa Mahkemesinin aktivist yaklaşımı eleştirilmiş, bu durum ise iki yüksek yargı mercii arasında yaşanan yargısal bir kriz olarak kamuoyunda yer bulmuştur. Ancak Yargıtayın konuya dair tutumunun basın açıklamasında öne sürülen görüşler üzerinden değil Yargıtay içtihatları üzerinden okunması gerekir. Bu yaklaşımla ele alındığında Yargıtayın içtihatlarında genel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarına uyum eğilimi içinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi, anayasaya sadakat yükümlülüğü, anayasal normların yorumu, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay.

ABSTRACT

Article 11 of the 1982 Constitution is the fundamental provision that reveals the binding force and supremacy of the Constitution. According to Article 148 (152 and 153) of 1982 Constitution, the authority to provide “final” interpretation of constitutional provisions exclusively is vested in the Constitutional Court. The decisions of the Constitutional Court rendered as a result of constitutionality review are binding on the Court of Cassation as well as other courts. Even though the 1982 Constitution did not establish a hierarchical relation between the Constitutional Court and the Court of Cassation, it prescribed that the decisions of the Constitutional Court concerning constitutionality review and interpretation of constitutional provisions shall be binding on the Court of Cassation as well as other courts. It is not possible for the Court of Cassation to rely on a norm annulled by the Constitutional Court in the disputes before it nor can the Court of Cassation disregard a norm in force whose annulment request has been rejected by the Constitutional Court. The concretization and supervision of the Court of Cassation’s obligation of loyalty the Constitution is shaped within the framework of the decisions of the Constitutional Court. Violation decisions within the scope of individual applications are the main channel where this situation becomes evident. It is understood that several violation decisions have been issued by the Constitutional Court within the scope of the individual application mechanism stemming from the jurisprudence formed by the interpretations of the Court of Cassation. These violation decisions can generally be classified into three categories: "violation due to the chamber's departure from the board's jurisprudence", "violation due to profound and recurring difference in jurisprudence" and "violation due to change in jurisprudence lacking reasonable justification and consistent application". Within the scope of the press release of the Court of Cassation (published in 2023), the activist approach of the Constitutional Court was criticized for allegedly exceeding

its legal and constitutional review authority in some of its decisions, and this situation was publicly framed as a judicial crisis between two high judicial authorities. However, the Court of Cassation's stance on the issue should be read from the Court of Cassation's jurisprudence, not from the opinions put forward in the press release. In line with this approach, it is understood that the Court of Cassation generally tends to comply with the decisions of the Constitutional Court in its jurisprudence.

Keywords: The principle of bindingness and supremacy of the Constitution, obligation of loyalty to the Constitution, interpretation of constitutional norms, Constitutional Court, Court of Cassation.

GİRİŞ

1982 Anayasası mad. 2 uyarınca *sosyal demokratik bir hukuk devleti* olarak nitelenen Türkiye Cumhuriyeti devleti hukukla bağlı, sosyal adaleti hedefleyen, kişilerin hukuk kurallarıyla güvence altına alındığı anayasal bir devlet düzeni olarak varlık göstermektedir. 1982 Anayasası mad. 11 hükmüne göre “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*”. *Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi* olarak adlandırılan bu ilke, anayasanın herkesi devletin erkleri olan yasama, yürütme, yargı erkleri ile idareyi bağladığını açıkça ortaya koymaktadır. Bir diğer ifadeyle anılan ilke gereği muhatapların tamamı *Anayasa'ya sadakat yükümlülüğü* altındadır. Türkiye Cumhuriyeti devletinin yargı erki kapsamında yer alan ilk derece mahkemeleri, ara derece mahkemeleri ve üst derece mahkemelerinin tümü Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin ya da anayasaya sadakat yükümlülüğünün muhatapları arasındadır. Bu bağlamda yargı erkinden çıkan her kararın anayasaya uygun olması, diğer bir ifadeyle yargı yetkisinin anayasa kuralları çerçevesinde kullanılması haklı ve doğal bir beklentidir. Öğretide bu durum, *hukuk dallarının anayasalaşması*¹ olarak da ifade edilebilmektedir. Ancak kimi zaman anayasaya sadakat yükümlülüğü altında bulunan yargı mercilerinin dahi anayasaya aykırı işlem ve eylemlerde bulunabilmeleri de söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda ise hukuk devleti ilkesi uyarınca etkin hukuki denetim mekanizmaları devreye girmekte ve Anayasa'ya aykırılık sorunu telafi edilebilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti devletinde Anayasa'ya uygunluk denetimi konusunda nihai kararı verme yetkisi ise Anayasa mad. 148, 152 ve 153 hükümlerince Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin varlığı, diğer devlet erklerinin ve diğer kişilerin anayasa kurallarını resen gözetme

1 Kaboğlu, İ. Ö. (2024). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul: Legal Yay., ss. 49-51.

yükümlülüğü altında buldukları gerçeğini değiştirmemektedir. Özellikle hukuki uyuşmazlıkları çözme yetkisini haiz yargı erkinin kararlarında anayasa hükümlerini resen gözetmesi, yargı erkinin varlık amacı bakımından daha kuvvetli bir beklentiye sebep olmaktadır. Çünkü etkin bir yargı fonksiyonu, hukuki uyuşmazlıkların pozitif, meri hukuk kuralları ışığında adalet ve hakkaniyetle örtüşecek biçimde çözümlenmesi gayesine hizmet etmektedir. Diğer bir anlatımla geniş anlamda hukuka uygun bir yargı kararı ile sosyolojik düzlemdeki adalet ve hakkaniyet beklentisinin karşılanması, bahse konu yargı kararının meşruiyetini tesis edebilmektedir. Yargı kararlarının meşru olup olmaması meselesi ise ilk aşamada toplumdaki hukuka ve adalete olan inanca, ikinci aşamada ise toplumu oluşturan ve aynı zamanda büyük bir kısmı devletin insan unsuru kapsamında yer alan kişilerin devlet ile olan manevi bağına sirayet etmektedir. Bu bakımdan “*Adalet mülkün temelidir.*” ifadesini doğrulayan bu illiyet bağının devletin tüm erklerince dolayısıyla yargı erkince de resen gözetilmesi gerekliliğinin doğal bir refleks olarak var olması yönündeki beklentinin haklılığı son derece aşikârdır.

Bilindiği üzere Türkiye Cumhuriyeti devleti yargı örgütünde adli yargı, idari yargı, uyuşmazlık yargısı, anayasa yargısı, hesap yargısı ve seçim yargısı olarak adlandırılan farklı yargı kolları (çeşitleri) bulunmaktadır. Yargı kollarının her biri, kendi görev alanlarında anayasaya uygun olarak fonksiyon icra etmekle yükümlüdür. Diğer taraftan anayasa kurallarının kamu hukukunun kapsamında yer alıyor oluşu, önüne gelen hukuki uyuşmazlıkları ağırlıklı olarak özel hukuk kuralları ile çözümlenmek durumunda olan, daha ziyade özel hukuk alanlarında uzmanlaşan adli yargı kolunun anayasayı gözetme yükümlülüğüne herhangi bir esneklik kazandırmamaktadır. Dolayısıyla adli yargıda yer alan ilk derece, ara derece ve üst derece mahkemelerinin tamamının kararlarında anayasaya uygunluk ölçütünün gözetilmesi gerekir. Diğer taraftan anayasa hükümlerinin somut hukuki uyuşmazlıkların çözümüne doğrudan uygulanabilmesi her zaman mümkün

değildir. Ancak özellikle *yorum* konusunda anayasa kurallarının ve ilkelerin öncelenmesi normlar hiyerarşisinin bir gereğidir. Anayasaya uygun bir yargı kararı için ilk koşul, anayasal normların doğru anlamlandırılması, diğer bir ifadeyle doğru yorumlanmasıdır. Bu durum, Yargıtay bakımından da geçerlilik arz etmektedir. Bu nedenlerle diğer mahkemeler gibi Yargıtayın da anayasal meşruiyete sahip kararlar verebilmesi ancak kararlarında doğru ve istikrarlı olarak yorumlanan anayasa normlarının gözetilmesi suretiyle mümkün olabilecektir. Yorum ise niteliği gereği yorumcuya bağlı olarak değişkenlik gösterebilen bir faaliyettir. Anayasa normlarının yorumu bakımından da söz konusu farklılaşma durumu geçerlidir. Bununla birlikte hukuk devleti ilkesi, mahkemeler arasındaki yorum farklılıklarının, *hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesiyle* sınırlı kalmasını gerektirir. Söz konusu sınırın etkinliğini sağlamak üzere, anayasa hükümlerini *nihai olarak yorumlama yetkisi*, 1982 Anayasası kapsamında Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Mahkemenin bu yetkisi, bireysel başvuru kapsamında mahkeme kararlarından kaynaklanan ihlal iddiaları konusunda daha da geniş bir alana sirayet etmekte ve (nihai olmayan yorum yetkisine sahip olan) diğer yüksek mahkemelerce eleştirilebilmektedir.

Çalışmada, adli yargı üst derece mahkemesi olan Yargıtayın anayasaya sadakat yükümlülüğü Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi bağlamında, içtihatlar üzerinden anayasal perspektiften incelenmektedir. Bu amaçla çalışmada ilk olarak 1982 Anayasası düzeninde Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin yargı erki üzerindeki ve Yargıtay özelindeki etkisine değinilmektedir. İkinci başlık altında ise anayasal normların yorumu ve Anayasa Mahkemesinin nihai yorum yetkisi üzerinde durulmaktadır. Üçüncü başlık altında, Anayasa Mahkemesinin Yargıtay içtihat değişiklikleri ve farklılıkları konusundaki tutumu irdelenmektedir. Son başlık olan dördüncü başlıkta, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi konusunda Yargıtayın yaklaşımı ele alınmakta; sonuç kısmında ise konuya dair anayasa hukuku perspektifinden

değerlendirmelerde bulunmak suretiyle çalışma sonlandırılmaktadır.

I. 1982 ANAYASASI DÜZENİNDE ANAYASANIN BAĞLAYICILIĞI VE ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİNİN YARGI ERKİ ÜZERİNDEKİ VE YARGITAY ÖZELİNDEKİ ETKİSİ

A. ANAYASANIN BAĞLAYICILIĞI VE ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİNİN ANLAMI

Bilindiği üzere anayasalar en genel ifade ile temel hak ve özgürlükler ile devlet erklerini konu edinen hukuk metnidir². Anayasaların esaslarını çizdiği düzen içinde yer alan kişiler ve devlet erkleri, ilgili anayasal düzenin hukuki sınırları içinde kalmakla yükümlüdürler. Anayasaların temel varlık gayesinin ya da otantik işlevinin ise yine bilindiği üzere, *devlet iktidarını sınırlamak ve özgürlükleri korumak* olduğu kabul edilmektedir³. 17 ve 18. yüzyıl tabii hukuk okulu düşüncesinden temellenen devlet iktidarını yazılı bir anayasa ile sınırlama düşüncesi, aynı zamanda *anayasacılık düşüncesinin* en öz tanımı olarak da bilinmektedir. Bu düşüncenin filizlenmesi sürecinde öncelikle yazılı hukuk kurallarının yazısız örf ve âdet kurallarına göre üstün ve daha güçlü kabul edilmesi, akabinde ise devlet organlarını, bu organların faaliyetlerini ve birbirleri ile olan ilişkilerini yazılı bir anayasa ile düzenleme gerekliliği savunulmuştur. Nihayetinde tabii hukuk düşünürlerinin fikirleri, önce Amerika Birleşik Devletleri'nde ardından Fransa ve diğer Avrupa devletlerinde vücut bulmuştur⁴.

Anayasaların varlık amaçlarına hizmet edebilmesi, diğer bir ifade ile anayasa normlarının etkin olabilmesi şüphesiz ki anayasal normların muhataplarınca uygulanmasına bağlıdır. İşte bu maksatla anayasaların bağlayıcı ve diğer hukuk

2 Anayurt, Ö. (2019). *Anayasa Hukuku Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Ankara: Seçkin Yay., s. 53.

3 Bu aynı zamanda anayasanın siyasi anlamıdır. Teziç, E. (2018). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yay., s. 4; Erdoğan, M. (2011). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Orion Yay., s. 35; Anayurt, Ö. (2019). s. 53.

4 Arsel, İ. (1955). *Anayasa Hukukunun Umumi Esasları Birinci Kitap Demokrasi*, Ankara: Güven Matbaası, s. 378.

düzenlemeleri karşısında üstünlük sahibi hukuk metinleri olarak varlık göstermesi beklenir. Anayasanın bahse konu karakteristiği *Yargıç Paterson*'un şu ifadeleri ile ortaya konulmaktadır: “*Anayasa, yasama yetkisinin kullanımının sınırlarını ve hareket etmesi gereken yörüngeyi çizer. Kısacası... Anayasa, tüm Yasama, Yürütme ve Yargı organlarının etrafında dönmesi gereken siyasi sistemin güneşidir... Yasama'nın Anayasa'ya aykırı her eylemi, kesinlikle geçersizdir.*”⁵.

Diğer taraftan bahse konu durumun tüm anayasalar bakımından geçerlilik arz etmediğini de hatırlatmak gerekir. Bu bakımdan istisnai nitelik taşıyan durum, Birleşik Krallık örneğinde karşımıza çıkar. Bilindiği üzere Birleşik Krallık anayasal düzeninde kanunlardan üstte yer alan ve daha zor usullerle değiştirilebilen katı bir anayasa bulunmamaktadır⁶. Yazısız bir anayasaya sahip olan Birleşik Krallık, on sekizinci yüzyılın sonlarında ortaya çıkan yazılı anayasacılık yaklaşımının hâkim olduğu günümüzde diğer sistemlere benzemeyen, kimilerince eşsiz olarak nitelendirilen bir örnektir⁷. Yazısız bir anayasaya sahip olmasına rağmen Birleşik Krallık yargı mercilerinin ağırlıklı olarak anayasa kurallarını uygulama ve böylelikle anayasayı bağlayıcı kılma eğiliminde oldukları aşikârdır⁸. Kendine özgü dinamikleri sayesinde diğer devletlerden farklı olarak Birleşik Krallık, mevcut yazısız anayasal düzeninde yazılı bir anayasaya sahip olma ihtiyacı hissetmemektedir⁹.

1982 Anayasası mad. 11, Anayasa'nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü ortaya koyan asli düzenlemedir. Bununla birlikte Anayasa'nın “Başlangıç” kısmının üçüncü ve sekizinci paragraflarının da anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne işaret ettiği kabul edilmektedir. “Başlangıç” kısmının üçüncü pa-

5 *Van Horne v Dorrance* 2 US 304, 309 (1795).

6 *Rosenberg*'e göre, bahse konu niteliği ile Birleşik Krallık anayasası diye bir şey esasen yoktur. Bkz. Rosenberg, L. B. (1969). “Constitutional Supremacy: An Early Advocate of Judicial Review”, *Duquesne Law Review*, C. 7., S. 4., s. 532.

7 Alder, J. (2002). *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, London: Palgrave Macmillan, s. 39.

8 *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Simms* 3 All ER 400, 412 (1999).

9 Kubalı, H. N. (1950). *Devlet Ana Hukuku (Esas Teşkilât Hukuku) Birinci Cilt*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 45; Arsel, İ. (1955). s. 378.

ragrafında “...hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı...”, sekizinci paragrafında ise Anayasa’nın “FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere...” kabul edildiği ifade edilmektedir. Anayasa mad. 176/1 gereğince “Başlangıç” kısmı anayasa metnine dâhil olduğu için bu iki düzenlemenin de 1982 Anayasası’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralına dayanak teşkil ettiğini kabul etmek mümkündür¹⁰.

Anayasa normlarının diğer normlardan üstünlüğünü ortaya koyan anayasanın üstünlüğü kuralının beraberinde anayasalara bağlayıcılık özelliği kazandırdığı da kabul edilmektedir¹¹. Bununla birlikte anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralının manasını irdelemeye başlamadan evvel “bağlayıcılık” ve “üstünlük” kelimelerinin eş anlamlı kelimeler olmadığını belirtmek gerekir. Bu bakımdan “anayasanın bağlayıcılığı” ile “anayasanın üstünlüğü” ilkelerini, anayasaya atfedilen iki ayrı niteleme olarak tahlil etmek daha sağlıklı olacaktır¹².

1. Anayasanın Bağlayıcılığı

“Bağlayıcılık” kelimesi sözlük anlamıyla “bağlayıcı olma durumu” olarak tanımlanmaktadır. “Bağlayıcı” kelimesi ise yine aynı sözlükte, hukuki bakımdan “uyulması zorunlu” anlamına gelmektedir¹³. Öyle ise sözlük anlamından yola çıkıldığında Anayasa’nın bağlayıcılığı en öz ifade ile ilgili Anayasa’ya uyulmasını zorunlu kılan bir niteleme olarak tanımlanabilmektedir. Bilindiği üzere her hukuk kuralı gibi anayasa kuralları da uyulması zorunlu kurallar ihtiva etmektedir. Bahse konu hukuk kurallarının etkinliği için bu kurallara muhatap-

10 Gözler, K. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yay., s. 257.

11 Atar, Y. (1989). “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları”, C. 2., S. 2., *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 182.

12 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yay., s. 131.

13 <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 9/8/2023)

larca uyulması beklenir. Anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin muhataplarının “kamu erki kullananlar” ve “yönetilenler” olmak üzere iki sınıfa ayrılabilmesi mümkündür. Kamu erki kullananlardan kasıt -yasama organı yanı sıra-¹⁴ bütün devlet organları ve bu organların yetkilerini kullanan kişilerdir¹⁵. Nitekim 11. maddenin ilk cümlesinde bağlayıcılık ilkesinin muhatapları olarak yasama, yürütme, yargı erkleri, idare makamları, diğer kuruluş ve kişiler gösterilmektedir. Dolayısıyla anayasa hükümlerinin tüm bu muhataplarca uyulması zorunlu kurallar olarak varlık göstermesi söz konusudur. Bu durum ise esasen anayasacılık düşüncesinin ve anayasaların varlık amaçları olan devlet iktidarını sınırlama işlevinin etkinliği açısından bir zorunluluk olarak kabul edilmelidir. Zira her hukuk kuralı gibi anayasa kuralları da ancak uygulanırlık kazandığı ölçüde etkinlik sahibi olabilmektedir.

1961 Anayasası mad. 8 kapsamında, anayasanın bağlayıcılığı devlet organları yanında kişileri de muhatap almaktadır. Bu durum esasen uluslararası ölçekli bir anlayış dönüşümünün uzantısı olarak ülkemizde de çıktı vermiştir. Zira önceleri, hak ve hürriyetlere yönelen ihlallerin yegâne kaynağının devlet gücü olduğu düşünülüyordu. Ancak zamanla kişi hak ve hürriyetlerinin yine kişiler tarafından da ihlal edilebildiği tecrübe edilmiş ve akabinde anayasanın devlet organları yanında kişiler için de bağlayıcılık taşıdığı vurgusu anayasalara yerleşmiştir¹⁶. *Tanör*, 1961 Anayasası'nın kabulü ile *Meclisin üstünlüğünden Anayasa'nın üstünlüğüne* doğru yaşanan bu dönüşümü, çoğunlukçu demokrasi uygulamasına karşı atılan haklı bir adım olarak tahlil etmektedir. *Tanör*'e göre “...1950'lerde, her türlü siyasi ve ideolojik vesayet altında tutulup bilinçleri köreltilmiş olan halk kitlelerinin oylarını 'millî irade' zırhıyla süsleyenler, kendi gerici sınıf egemenliklerini de 'meclis hakimiyeti' yaftası

14 Klasik anlamıyla bağlayıcılık ilkesinin yasama erkiyle sınırlı olarak muhataplık oluşturması söz konusuysa çağdaş yaklaşımda muhatapların kapsamı genişlemiştir. Atar, Y. (1989). s. 182.

15 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2018). s. 131.

16 Aldıkaçtı, O. (1982). *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay., ss. 194, 195.

altında saklamaya çalışıyorlardı.” Bu nedenle anılan dönemde anayasanın üstünlüğü ilkesi, toplumun farklı sınıfları arasında bir uzlaşma ve denge tesis aracı olarak ilerici ve demokrat aydınlar ile tekelci baskıya karşı koyan orta sınıf tarafından savunulmuştur¹⁷.

Diğer taraftan bağlayıcılık ilkesinin muhatapları bakımından taşıdığı anlam, muhataplar arasındaki işlevsel farklılıklara bağlı olarak değişmektedir. Yasama erki bakımından bağlayıcılık en öz ifade ile anayasaya aykırı kanun yapmamayı gerektirmektedir. Yürütme erki ve idare makamları açısından ise bağlayıcılık ilkesi, anayasaya aykırı işlem yapmamayı gerekli kılmaktadır. Yargı erki¹⁸ ise bağlayıcılık ilkesi gereğince önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde anayasa kurallarını uygulamak ve anayasaya aykırı karar vermemek zorundadır. Bunlar haricinde kuruluşlar ve kişiler bakımından bağlayıcılık ilkesi, anayasanın kuruluşları ve kişileri muhatap alan hükümleri açısından kişileri ve kuruluşları söz konusu anayasa kurallarına uyma yükümlülüğüne tabi kılmaktadır¹⁹.

Anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin hukuk devleti ilkesi çerçevesinde okunması, bu ilkenin anlam ve öneminin ortaya konulabilmesi bakımından önem taşır. *Hukuk devleti ilkesi (rechtsstaat/rule of law/Etat de droit)*²⁰, 1982 Anayasası mad. 2

17 Tanör, B. (2013). *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: On İki Levha Yay., ss. 198, 199.

18 Çalışma konusu bakımından önem arz eden bir husus olarak Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin yargı erkine etkisi meselesi aşağıda ayrı bir başlık altında irdelenmiştir.

19 Gözler, K. (2019). ss. 257, 258; Atar, Y. (1989). s. 183.

20 Hukuk devleti ilkesi hakkında bilgi için bkz. Esen, B. N. (1970). *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Ayyıldız Matbaası, ss. 305, 316; Özçelik, S. (1982). *Esas Teşkilât Hukuku Dersleri Birinci Cilt Umumî Esaslar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay., ss. 219, 221; Soysal, M. (1987). *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Ankara: Gerçek Yay., ss. 245, 256; Teziç, E. (2018). s. 162, 165; Özbudun, E. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Yetkin Yay., ss. 121, 137; Kaboğlu, İ. Ö. (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, İstanbul: Legal Yay., ss. 16, 24; Gözübüyük, A. Ş. (2010). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, ss. 167, 169; Dikmen Caniklioğlu, M. (2010). *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara: Yetkin Yay., ss. 66, 68; Gülsoy, M. T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yay., ss. 62, 78; Atar, Y. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yay., ss. 105, 116; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2018). s. 113, 119; Gözler, K. (2019). s. 207, 224; Erdoğan, M. (2011). s. 183, 195; Döner, A. (2023). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yay., ss. 149, 168; Demir, F. (2017). *Anayasa Hukuku*, İzmir: Birleşik Matbaa, ss. 398, 404;

kapsamında Türkiye Cumhuriyeti devletinin temel bir niteliği olarak vurgulanmaktadır. Kapsamı bu çalışmanın sınırlarını aşacak derecede geniş olan hukuk devleti ilkesinin özetle iki unsur ilke çerçevesinde anlamlandırılabilmesi mümkündür. Bu iki unsur “devletin hukuka bağlılığı ilkesi” ile “hukuki güvenlik ilkesi” olarak kabul edilmektedir²¹. Devletin hukuka bağlılığı ilkesi anayasanın bağlayıcılığı ilkesini de içinde barındıran geniş kapsamlı bir ilkedir. Öyle ki devletin hukuk ile bağlılığı, devletin anayasa dâhil tüm hukuk kurallarına uyması gerekliliğini ifade etmektedir. Bu açıdan ele alındığında anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin hukuk devleti ilkesi açısından *sine qua non* bir yapı taşı olarak görülmesi mümkündür. Diğer bir ifade ile anayasanın bağlayıcılığı ilkesini kabul eden herhangi bir anayasa kuralının olmadığı, bununla birlikte hukuk devleti ilkesinin kabul edildiği her anayasal düzende aynı zamanda anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin de varlık göstermesi söz konusudur. Bu bakımdan 1982 Anayasası mad. 11 düzenlemesi olmasaydı dahi 2. madde uyarınca -hukuk devletinin olmazsa olmaz bir unsuru olarak- Anayasa’nın bağlayıcılığı ilkesinin yine de var olacağını hatırlatmak gerekir.

Bağlayıcılık konusunda son olarak bağlayıcı olan “anayasa” ile ne anlaşılması gerektiği de aydınlatılması gereken bir diğer meseledir. 1982 Anayasası bakımından bu sorunun yanıtı Anayasa’nın 176. maddesine göre “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir. Madde kenar başlıkları... Anayasa metninden sayılmaz.”. Dolayısıyla Anayasa ile bağlı olan tüm muhatapların madde kenar başlıkları hariç olmak üzere kendisini ilgilendiren ya da kendisini muhatap alan anayasa metni ile bağlı bulunduğunu söylemek mümkündür²². Diğer bir anlatımla her anayasa hük-

Gören, Z. (2011). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yay., ss. 146, 152; Eroğul, C. (2012). *Anatüzeğe Giriş*, Ankara: İmaj Yay., s. 308; Oder, B. E. ve Kanadoğlu, O. K. (2016). *Uygulamalı Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yay., ss. 201, 210; Eren, A. (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yay., ss. 403, 414; Anayurt, Ö. (2019). s. 44, 45; İba, Ş. (2008). *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Ankara: Turhan Kitabevi, ss. 74, 77.

21 Özçelik, S. (1982). s. 219; Döner, A. (2023). s. 149.

22 Gözler, K. (2019). s. 257.

münün tüm muhataplara uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle her bir anayasa hükmünün niteliğine göre, ilgili muhataplık durumu çerçevesinde normatif etki durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir²³. Söz gelimi Anayasa mad. 54 kapsamında işçilere tanınan grev hakkının işverenleri de bağladığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında işçiye grev hakkını işverene ise lokavt hakkını “...iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde...” kullanmama yükümlülüğü de öngörülmüştür. İşçilerin ve işverenlerin bu düzenleme ile bağlı olmaları söz konusudur. Bir diğer ifade ile işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkide 54. maddenin uygulanabilirliği söz konusudur. 54. madde bu yönüyle anayasa hükümlerinin özel kişiler arasında etki göstermesi anlamına gelen, *yatay etkisini*²⁴ ortaya koyan bir örnek teşkil etmektedir²⁵.

2. Anayasa'nın Üstünlüğü

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin temelinde yatan tabii hukuk anlayışına göre anayasa; siyasi topluluğu ya da devleti meydana getiren bir sosyal sözleşme, devleti kuran temel kanun olarak kabul edilmektedir. Devletin tüm erkleri, sahip oldukları yetkilerini ve sınırlarını bu temel kanun (anayasa) kapsamında tayin eder. Bunun yanı sıra yine aynı düşünce akımına göre anayasa egemenliğin asıl sahibi olan millet tarafından hazırlandığından anayasa normlarının yasama erki tarafından kabul edilen (alelade) kanunların üstünde yer aldığı da kabul etmek elzemdir. Zira anayasayı yasama erki kabul etmemiş; aksine anayasa, yasama erkini kurmuştur²⁶.

23 Ulucan, D. (1981). *Toplu İş Sözleşmesinin Özerkliği ve Hukuki Niteliği*, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Yay., s. 58; Süzek, S. (1985). *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara: Savaş Yay., s. 46; Atar, Y. (1989). s. 186.

24 Yatay etki konusunda bkz. Köküsarı, İ. (2024). “Hakların Çatışması ile Hakların Yatay Etkisi Arasındaki İlişki”, *Anayasa Yargısı*, C. 41., S. 1., ss. 112-122.

25 Gözler, K. (2019). s. 258, 259.

26 Arsel, İ. (1955). s. 378, 379.

Anayasanın üstünlüğünü haklılaştırmaya yönelik savlar nitelik itibarıyla *siyasi* görülebilmektedir. Öyle ki meseleye Amerikan tipi yaygın denetim (*Marshall*) çerçevesinden yaklaştığımızda *Troper*'a göre anayasaya aykırı kanunların hükümsüz kılınabilmesi, anayasanın üstünlüğünü ortaya koymaktadır. Tekelci denetim (*Kelsen*'in) perspektifinden yaklaşıldığında ise hiyerarşinin etkinliği adına anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirmenin tek yolunun anayasallık denetimi olduğu kabul edilmektedir. Her iki yaklaşımın müşterek odak noktası ise *anayasanın üstünlüğü ilkesidir*. Dolayısıyla ilk yaklaşımdaki *sınırlı devlet doktrini* ile ikinci yaklaşımdaki *Kelsen*'in hukuki olmayan *temel normu* esasen siyasi niteliği haizdir²⁷. Siyasi nitelikte de olsa her iki yaklaşımın anayasanın üstünlüğü ilkesinin çağdaş anayasal devlet düzenleri için vazgeçilmez bir nitelik olduğu hususunda birleşmesi söz konusudur.

Meseleye ayrıntı kazandıracak bir diğer yaklaşımla anayasanın üstünlüğünün dört gerekçe ile temellendirilmesi söz konusudur: İlk olarak konu itibarıyla anayasanın devleti örgütleyici niteliği *maddi temel* teşkil etmektedir. İkinci temel ise anayasanın en üstün iradenin eseri olmasıdır ki bu bir *organik temel* olarak nitelendirilebilmektedir. *Demokratik temel* ise anayasanın demokrasi teorisinde bir sosyal sözleşme olmasından ileri gelmektedir. Dördüncü ve son temel ise anayasanın yapılış ve değiştirilme esaslarının kanunlardan farklı olmasını ifade eden *biçimsel temeldir*²⁸.

Anayasanın üstünlüğü ilkesi, en öz tanımı ile anayasaların diğer hukuk normlarına karşı üstün değerde olduğunu ifade eder. Bu ilkeye göre devletin hukuk düzenini oluşturan hukuk kuralları arasındaki hiyerarşik sıralamada anayasa en üst basamakta yer alır. Anayasa, devletin esas yapısını kuran ve devlet iktidarı karşısında kişilerin hak ve hürriyetlerini teminat altına alan asli kanun niteliğiyle, hukuk devletinin esaslı bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Yine hukuk devletinin

27 Gülsoy, M. T. (2007). s. 90, 94.

28 Anayurt, Ö. (2019). s. 654, 656.

bir diğer gereği de hukuk kurallarına uygunluğun sağlanabilmesidir. Anayasanın üstünlüğü ilkesi, hukuk kurallarına uygunluğu sağlayan önemli bir etken olarak nitelendirilebilmektedir²⁹. Diğer taraftan anayasanın üstünlüğü, hem *esasa ilişkin/maddi üstünlük* hem de *şekle ilişkin üstünlük* olarak iki farklı boyutta anlam ifade eder. Esasa ilişkin ya da maddi üstünlüğü, anayasanın hiyerarşik olarak en üstte yer almasını, diğer hukuk kurallarının ondan kaynaklanmasını ve ona aykırı olmamalarını ifade etmektedir. Şekle ilişkin üstünlük ise anayasanın yapımı ve değiştirilmesine dair farklı usul ve şekil kurallarına tabi tutulması anlamına gelmektedir³⁰.

Bilindiği üzere hukuk devletinde hukukun üstünlüğü esastır. İnsan onurunun en üstün değer olarak kabul edildiği hukuk devletinde bu değer hukuk sisteminde layıkıyla korunabilmesi ise birtakım teknik tedbirleri gerekli kılar. Bahse konu teknik tedbirlerin en başında ise kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ile idare makamlarının yargı erkince denetimi gelmektedir. Bu durum, anayasanın diğer hukuk düzenlemelerine karşı üstün kılınmasını bir diğer ifade ile anayasanın üstünlüğü ilkesini gerektirir. Anayasanın üstünlüğü ilkesi, devlet erklerinin ve diğer hukuk kişilerinin anayasaya saygı gösterdiği, anayasaya aykırılık hâlinde ise bu aykırılığın yargı erki tarafından giderilebildiği bir düzeni işaret eder³¹.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin en öz anlamına göre anayasa ulusal hukuk düzeninde mevcut kurallar kademelenmesinde (normlar hiyerarşisinde) kanunlardan üst sırada yer almaktadır³². Geçmişte 1924 Anayasası mad. 103, 1961 Anayasası mad. 8 kapsamında kabul edilmiş olan bu ilke, cari 1982 Anayasası mad. 11 kapsamında da kabul edilmiş olmakla Türk anayasal düzeninde yerleşik bir anayasal ilke vasfı kazanabilmiştir. Ancak anayasanın üstünlüğü ilkesinin asıl etkinliğini, 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi (anayasallık

29 Özçelik, S. (1982). s. 219, 221.

30 Anayurt, Ö. (2019). s. 656, 657.

31 Esen, B. N. (1970). s. 593, 594.

32 Gözler, K. (2019). s. 259.

denetimi) ile birlikte hukuki yaptırıma kavuşmasıyla elde ettiği düşünülmektedir³³. Zira anayasanın üstünlüğü ilkesinin pratiğe sirayet edebilmesi için hem katı bir anayasanın hem de anayasaya uygunluk denetiminin mevcudiyeti gerekmektedir. Aksi durumda, hukuksal güvence mekanizmasından yoksun bir üstünlük ilkesinin, anayasada kalan *ölü bir hüküm (lettre morte)* olarak yalnızca kâğıt üzerinde kalma riski doğabilecektir. Bu açıdan anayasallık denetimi, üstünlük ilkesinin kurumsal güvencesi niteliğindedir³⁴. 1982 Anayasası düzeninde anayasanın üstünlüğü ilkesi uyarınca anayasanın altında yer alan kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler ve diğer idari düzenleyici işlemlerin anayasaya aykırı olmamaları gerekir. Şayet bir aykırılık olursa da anayasaya aykırı düzenleme, görevli ve yetkili yargı organı tarafından iptal edilmektedir. Kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi konusunda Anayasa Mahkemesi, yönetmelikleri iptal etme konusunda ise Danıştay ve idare mahkemeleri görevli ve yetkili kılınmıştır. Bu hususta önem arz eden bir husus olarak şunu belirtmek gerekir ki mahkemelerin somut uyuşmazlığın çözümünde uygulamaları gereken kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini ihmal edip bunu yerine doğrudan Anayasa hükmünü uygulayabilmeleri söz konusu değildir. Zira anayasallık denetimi konusunda anayasaya aykırılık teşkil eden kanunları ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini iptal etme yetkisi Anayasa Mahkemesinin tekelinde bulunmaktadır. Bu bakımdan anayasanın üstünlüğü ilkesinin kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından kendiliğinden bir sonuç doğurması söz konusu değildir³⁵. Bu konu, yönetmelikler ve diğer idari hukuki düzenlemeler bakımından ise daha karmaşıktır. İdari yargı mecrasında mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlığa uygulamak durumunda oldukları yönetmelik ve sair idari düzenleyici işlem hükümlerini belirli şartlar altında İdari Yargılama Usulü Kanunu mad.

33 Teziç, E. (2018). s. 11; Anayurt, Ö. (2019). s. 658.

34 a.g.e. s. 658.

35 Gözler, K. (2019). s. 259, 260.

7/4 kapsamında *ihmal etme* imkânına sahip bulunmaktadır³⁶. Dolayısıyla kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aksine yönetmelik ve diğer idari düzenleyici işlemler bakımından anayasanın üstünlüğü ilkesinin doğrudan bir sonuç doğurmadığını söylemek mümkün değildir.

Bu meyanda Anayasa Mahkemesinin bir kararında yer alan karşı oy yazısında öne sürülen bir görüşe göre Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen "anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" ilkesinden kaynaklanan bir diğer önemli kurumun ise *anayasaya uygun yorum ilkesi* olduğu ifade edilmektedir. Yine aynı görüşün devamında Anayasa Mahkemesinin 31/3/1987 tarihli ve E.1986/24, K.1987/8 sayılı kararına atıfta bulunmak suretiyle *anayasaya uygun yorum ilkesi* "...bir yasa hükmünün değişik yorumlara açık bulunması halinde Anayasa'yla bağdaşan ihtimale öncelik tanıma..." şeklinde tanımlanmaktadır³⁷. Anayasaya uygun yorum sayesinde hukuk normlarının yorumunda anayasal hükümlerin gözetilmesi sağlanmakta, böylelikle anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile anayasaya sadakat yükümlülüğünün etkinliği pekiştirilebilmektedir³⁸.

B. İLKENİN YARGI ERKİNE SİRAYETİ

Kısaca ortaya konulan kapsamıyla *anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi* anayasalarca devlet erklerini ve hukuk kişilerini muhatap alan hukuk düzenlemelerinin uygulanırlık ve etkinlik bakımından güçlenmesi gayesine hizmet eden anayasal bir ilke olarak tanımlanabilmektedir. Bu ilke, tüm muhataplarına eylem ve işlemlerinde anayasaya uygun davranma yükümlülüğü öngörmektedir. Yine Anayasa Mahkemesine göre anayasanın bir maddesine aykırılık durumu, aynı zamanda 11.inci maddeye aykırılığın belirtisi olarak kabul

36 İdari yargıda ihmal konusunda bkz. Yasin, M. (2013) "İdari Yargılama Usulünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 16., S. 1.-2., ss. 9, 27; Tan, T. (2014). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 24.

37 AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017.

38 Anayasa uygun yorum sayesinde idare yargıcının da anayasaya uygunluk denetiminde yardımcı bir rol üstlendiği düşünülmektedir. Bkz. Azrak, A. Ü. (1992). "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", *Anayasa Yargısı*, C. 9., ss. 332-339.

edilmektedir³⁹. Diğer bir ifade ile Mahkemenin bu yorumuna göre 11. maddenin anayasanın etkinliğini sağlayan *asli normatif temel* olarak kabul edilmesi söz konusudur. Anayasanın olması gerektiği biçimde varlık gösterebilmesi, görünürde var olma ile yetinmeyerek muhataplarca uygulanabilir ve etkin olabilmesi, hukuken bahse konu 11. madde sayesinde temel kazanabilmektedir.

Bu denli büyük öneme sahip olan 11. maddenin muhataplığı meselesi ise anayasa koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. 11. madde lafzında muhataplar, yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları ve diğer kuruluş ve kişiler olarak sarıh biçimde zikredilmektedir. Sayılan muhataplar özetle devlet dâhil tüm gerçek ve tüzel kişileri ihtiva etmektedir. Devlet erkleri arasında yer alan yargı erkinin de 11. maddenin muhatapları arasında yer aldığı ise son derece açıktır.

Bilindiği üzere yargı erki, hukuk kişileri arasındaki hukuki uyuşmazlıkları hukuka uygun olarak çözümlenmek suretiyle yargı fonksiyonunu icra etmektedir. Yargı fonksiyonu, Anayasa mad. 9 uyarınca bir yetki olarak bağımsız mahkemelere verilmiştir. Yargı organı ya da yargı mercileri, önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin pozitif hukuk kurallarını somut olaya uygulamak suretiyle hukuka uygun kararlar verebilmektedir. Yargı fonksiyonunun yerine getirilmesi esnasında, somut uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk normunun anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olabilmesi ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda yukarıda kısaca ifade edildiği üzere, özellikle adli yargı örgütündeki mahkemelerin anayasaya aykırılık teşkil ettiği varsayılan hukuk normunu ihmal edebilmesi kural olarak mümkün değildir. Zira anayasaya aykırılık iddiasını kesin olarak çözüme yetkisi ve görevi, Anayasa Mahkemesine aittir.

Diğer taraftan anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin adli yargıdaki etkisini daha geniş ele almak gerekir. Öyle

39 AYM, E.1989/14, K.1989/49, 19/12/1989.

ki anayasaya aykırılık durumu, hukuk normunun anlamlandırılması çabası olarak tanımlanan *yorum* eylemi nedeniyle de doğabilmektedir. Yorum yetkisine sahip bulunan tüm yargı mercileri bakımından, anayasaya aykırı yorumda bulunabilme riski mevcuttur. Bu risk, herhangi bir yargı merciinin uygulama maksadıyla anlamlandırmada bulunduğu hukuk normuna anayasaya aykırı bir anlam atfetmesi suretiyle gerçekleşebilmektedir. Böylece anayasaya aykırı yorum yapan ilgili mahkemenin vereceği kararın da anayasaya aykırılığı söz konusu olabilmektedir. Diğer taraftan bahse konu aykırılık durumu, ilgili mahkemenin *anayasaya sadakat yükümlülüğüne* aykırılık niteliğini de haizdir. Bu durum, sadakat yükümlülüğünün muhatapları kapsamında yer alan Yargıtay bakımından da geçerlilik arz etmektedir.

C. YARGITAYIN ANAYASAYA SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ANAYASA MAHKEMESİNCE DENETİMİ

Anayasaya sadakat yükümlülüğü 1982 Anayasası kapsamında “Başlangıç” kısmında, mad. 42’de, mad. 81’de ve mad. 129/1’de zikredilmektedir. Başlangıçta yer alan ifadeye göre 1982 Anayasası “...sözüne ve ruhuna... saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere” varlık kazanmıştır. Anayasa’nın 42. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.”. 81. maddede ise milletvekili andı kapsamında milletvekillerinin “...Anayasaya sadakattan...” ayrılmayacakları yönündeki taahhütleri mevcut bulunmaktadır. Anayasa’nın 129/1 hükmüne göre ise “Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.”. Zikredilen bu düzenlemelerden “Başlangıç” hükmü ile 129/1 hükmü, Yargıtayın anayasaya sadakat yükümlülüğünü pozitif hukuk zemininde temellendirmektedir.

2022 yılında verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi, 129/1 hükmüne dair şöyle bir değerlendirmede bulunmaktadı: “Anılan hüküm uyarınca devletin memurlar ve kamu görevli-

lerinden özel bir güven ve sadakat bağlılığı ile kamu görevini yerine getirmelerini talep etme yetkisi bulunmaktadır. Bu husus devletin faaliyetlerine güven duyulmasının bir gereğidir.”⁴⁰. Böylece Mahkeme, anayasaya sadakat yükümlülüğünün devletin faaliyetlerine yönelik güvenin tesisi açısından gereklilik arz ettiğini ifade etmiştir. Devletin faaliyetlerinin yasama fonksiyonu, yürütme fonksiyonu ve yargı fonksiyonu olarak özetlenebilmesi mümkündür. Diğer taraftan geniş anlamda kamu görevlisi⁴¹ kapsamında hâkimlerin de yer almaları söz konusudur. Bu nedenlerle hâkimler ve dolayısıyla mahkemeler açısından da kendi fonksiyon alanlarında anayasaya sadakat yükümlülüğünün bulunduğu, bu yükümlülüğün ise toplum nezdinde yargı fonksiyonuna ve yargı organına duyulan güven için elzem olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan Anayasa mad. 138 uyarınca hâkimlerin anayasaya, kanunlara ve hukuka uygun olarak karar vermeleri gerekir. Danışma Meclisinin maddeye dair gerekçesinde, “... Hâkim herhangi bir kanun hükmünü uygularken gerek tarafların beyanlarını dikkate alarak ve gerek kişisel araştırma ve incelemesini esas tutarak kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa veya kendisi aykırılık görürse Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir.” ifadeleri geçmektedir⁴². Gerekçede hâkimlerin anayasaya aykırı kanunlara karşı somut norm denetimi mekanizmasını işletme yükümlülüğü altında buldukları hususu vurgulanmaktadır. Bununla birlikte yine gerekçede, anayasaya uygunluk denetimi konusunda Anayasa Mahkemesinin tekeli denetim yetkisi de hatırlatılmaktadır.

Bu nedenlerle Anayasanın “Başlangıç” kısmı, mad. 11, mad. 129/1 ve mad. 138 kapsamında hâkimlerin ve mahkeme-

40 AYM, E.2018/76, K.2022/125, 26/10/2022, §§ 31, 32.

41 Kamu görevlisi kavramının Anayasa kapsamında belirsiz olması ve öğretilerde karmaşaya yol açtığı düşünülmektedir. Eren’e göre asli ve sürekli bir kamu hizmetini meslek olarak seçen, özlük işleri, atanma, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlendiği, idari kadro ve hiyerarşi içinde yer alan kişilerin kamu görevlisi olarak tanımlanabilmesi mümkündür. Eren, H. (1998). “1982 Anayasası ve Kamu Görevlileri Kavramı”, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2., S. 1., s. 87.

42 Yılmazoğlu, Y. E. ve Perdecioğlu, İ. E. (Haz.). (2019). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., s. 849.

lerin (yargı organının) anayasaya sadakat yükümlülüğü altında bulunduğu aşikârdır. Dolayısıyla Anayasa mad. 154'te yargı organı kapsamında düzenlenen Yargıtayın da aynı pozitif anayasal normlar gereğince anayasaya sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede Yargıtay, gerçekleştirdiği yargı fonksiyonunda anayasaya uygun davranmakla yükümlüdür. Yeri gelmişken şunu da hatırlatmak gerekir ki anayasaya sadakat yükümlülüğü ya da anayasaya uygun davranma yükümlülüğü, Yargıtayın tüm fonksiyonları açısından geçerlilik arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle Yargıtay gerek idari fonksiyonu⁴³ gerekse asli görevi olan yargı fonksiyonunda diğer tüm mahkemeler gibi anayasaya sadakat ya da anayasaya uygun davranma yükümlülüğü altında bulunmaktadır.

Nitekim 1982 Anayasası mad. 154/1 hükmü uyarınca “*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*”. 2797 s. Yargıtay Kanunu mad. 1'e göre bağımsız bir yüksek mahkeme olan Yargıtay “...*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile bu Kanun ve diğer kanunların hükümlerine göre görev...*” ifa eder. Bu itibarla 2797 sayılı Kanun'un mad. 1'i, Yargıtayın anayasaya sadakat yükümlülüğünün sarih, pozitif yasal dayanağını oluşturmaktadır.

Yargı fonksiyonunun icrası esnasında yargı merci tarafından ortaya konan irade, içeriğinde yoruma yer vermektedir. Yorum ile hukuk normunun somut olaydaki koşullar ve ilgili mevzuat kapsamında anlamlandırılması söz konusudur. *Azrak*'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, yorum yapan yargıç ya da mahkeme esasen ilgili hukuk normunun alternatif anlamları arasında bir seçim yetkisini haiz bulunmaktadır⁴⁴. Yar-

43 Bilindiği üzere yargı erkinin idari nitelikte olan fonksiyonları da bulunmaktadır. Söz gelimi Yargıtay dairelerindeki personelin özlük işlemleri, yargısal değil idari fonksiyon niteliğindedir. Yargı fonksiyonunun iki unsuru, birlikte gerekli kıldığı kabul edilmektedir: 1. Bahse konu işlem bir mahkeme tarafından gerçekleştirilmelidir. 2. İşlem hukuki uyumsuzluğu çözüme ilişkin, bir mahkeme kararı olmalıdır. Bkz. Gözler, K. ve Kaplan, G. (2022). *İdare Hukuku*, Bursa: Ekin Yay., ss. 21-22.

44 Azrak, Ü. (1968). “Yargı ve İdare İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir

gı organı yorumu ile nihai bir sonuca ulaşmaktadır. Öyle ise ulaşılması gereken sonuç ne olmalıdır? Yine *Azrak* tarafından, bu sonucun geniş anlamda kamu yararı kapsamında yer alan adaletin gerçekleştirilmesi amacı olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak burada bahse konu adalet, *sosyal faydayı* dahi kapsayan geniş bir manada ele alınmalıdır⁴⁵. Meseleye Yargıtay özelinde yaklaşıldığında gerçekleştirilecek olan her bir yorum faaliyetinde sosyal faydayı kapsayacak nitelikte adaletin hedeflenmesi gerekmektedir. Bu nedenle her bir yorum eyleminde Yargıtayın kullanacağı seçme ya da takdir yetkisinin bahsi geçen geniş anlamlı adalet ile örtüşmesi beklenebilecektir. Ancak diğer mahkemeler gibi Yargıtayın sahip olduğu kabul edilen, adalet gayesine yönelen, bu nedenle de *adaletle sınırlı olan yorum yetkisinin* Anayasa mad. 138/1 uyarınca pozitif hukuk kuralları ile de kayıtlı bulunması söz konusudur. Bu sebeple Yargıtayın anayasaya sadakat yükümlülüğü aynı zamanda bahse konu *adaletle sınırlı takdir yetkisinin pozitif anayasal sınırı* olarak anlam kazanmaktadır.

Anayasa hükümlerini *nihai olarak* yorumlama yetkisi, 1982 Anayasası mad. 148, 152 ve 153 hükümlerince münhasıran Anayasa Mahkemesinde bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi haricindeki sair yargı yerleri gibi Yargıtay da somut uyuşmazlığın çözümünde başvurulacak olan kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasaya aykırılığı konusunda karar verme yetkisini haiz değildir. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi neticesinde verilen kararlar, diğer mahkemeler gibi Yargıtay açısından da bağlayıcılık arz eder. Bu bakımdan 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasında hiyerarşik bir tercihte bulunmamış olsa dahi anayasaya uygunluk denetimi ve anayasal hükümlerin yorumlanması bakımından Anayasa Mahkemesi kararlarını diğer yargı yerleri gibi Yargıtay açısından da bağlayıcı kılmaktadır. Yargıtayın herhangi bir somut uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi tarafından

Deneme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 34, S. 1-4, s. 144.

45 a.g.e. s. 137, 145.

iptal edilmiş bir normu esas alması mümkün olmadığı gibi Anayasa Mahkemesince iptal talebi reddedilmiş olan meri bir normu ihmal edebilmesi de mümkün değildir. Öyle ise anayasaya sadakat yükümlülüğü bulunan Yargıtayın bahse konu yükümlülüğünün somutlaştırılması ancak Anayasa Mahkemesi sayesinde gerçekleşebilmektedir. Dolayısıyla diğer mahkemeler gibi Yargıtayın anayasaya sadakat yükümlülüğünün de Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde somutlaştırılması ve böylece Anayasa Mahkemesince Yargıtayın yorum yetkisine dair anayasal sınırların çizilmesi söz konusudur. Çizilen somut sınırların etkinlik kazanabilmesi ise ancak etkin bir denetim mekanizmasının işletilebilmesine bağlı bulunmaktadır. Bu nedenlerle Yargıtayın anayasal sadakat yükümlülüğüne ilişkin etkinlik meselesinin, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında irdelenmesi gerekir. Ancak içtihadi yaklaşım öncesinde Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek olan bahse konu denetime diğer bir ifadeyle anayasa normlarının somutlaştırılması ya da yorumlanması konusuna açıklık kazandırmak meselenin anlaşılabilirliğine katkı sunacaktır.

II. ANAYASAL NORMLARIN YORUMU VE ANAYASA MAHKEMESİNİN NİHAİ YORUM YETKİSİ

Bilindiği üzere anayasalar en basit anlatımla devlet erklerinin oluşumu işleyişi ve birbirleriyle olan ilişkileri ile temel hak ve hürriyetleri konu edinir⁴⁶. Bu durum 1982 Anayasası bakımından da geçerlidir. Konu alanının ilk kısmı olarak kabul edilen, devlet erklerinin organik ve fonksiyonel yapısına ilişkin olan anayasa normlarının anlamının lafzi yorumla ortaya konabilmesi mümkündür. Örnek vermek gerekirse “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.*” (Anayasa mad. 7), “*Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen altı yüz milletvekilinden oluşur.*”

46 Özer, A. (2016). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 9; Gözler, K. (2024). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, Bursa: Ekin Yay., s. 22. Kaboğlu'na göre, bu iki konu başlığına çevresel anayasa hukukunu da eklemek gerekmektedir. Bkz. Kaboğlu, İ. Ö. (2024). s. 1-2.

(Anayasa mad. 75), “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” (Anayasa mad. 8), “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” (Anayasa mad. 9) gibi anayasa normlarının anlamlarını ortaya koymak için karmaşık yorum yöntemlerine başvurma gereği yoktur. Zira bu gibi anayasal normların anlamı, normun lafzından anlaşılabilir niteliktedir. Ancak temel hak ve hürriyetler (anayasal haklar) açısından durum farklıdır. Temel hak ve hürriyetler, anayasanın asli gayesi olan devlet iktidarının sınırlandırılması işlevine yönelmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin hak öznesine sunduğu norm alanının belirlenmesinde çoğu zaman türlü yorum yöntemlerine başvurulması gerekir.

Temel hak ve özgürlüklerin yorumu açısından, yorumlanacak olan düzenlemenin normatif yapısının niteliği önem arz etmektedir. *Oder*'e göre temel hak hürriyetler normatif yapıları bakımından *soyut ve genel nitelikli güvenceler (ilke normlar); pozitifleşmiş öz öğeleri (kural normlar); özel sınırlama nedeni içeren temel hak ve hürriyetler; sınırlama nedeni içermemekle birlikte sınırlama klozu içeren hak ve hürriyetler; sınırlama nedeni ya da sınırlama klozu içermeyen hak ve hürriyetler; düzenleme ya da tespit, gösterme, belirtme klozu içeren temel hak ve hürriyetler; tedbir alma yükümlülüğü içeren temel hak ve hürriyetler ve doğrudan etkiye sahip temel hak ve hürriyetler*” şeklinde sınıflandırılabilir. İlke normların bir kısmı ana güvenceyi belirtmekle yetinir ve ilgili özgürlüğün somutlaştırılmasını yasa koyucuya ya da yargı mercine bırakır. Örneğin Anayasa m. 23/1'e göre, “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.”. Bu gibi normların somutlaştırılması için teleolojik (gai) yorum ya da sistematik yorum gibi yöntemlere başvurulması gerekir. İlke normlardan Anayasa mad. 20/son hükmü⁴⁷ gibi bir kısmı ise hak ve hürriyetin kapsamını belirlemektedir. Kapsamın anayasa koyucu

47 “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.”.

tarafından belirlenmiş olduğu ilke normlar bakımından ise sözel yorum ağırlık kazanmaktadır. Kural normlar ise temel hak ve özgürlükler lehine getirilmiş ve anayasada pozitif olarak somutlaşmış sınırlardır. Örnek vermek gerekirse Anayasa mad. 28/1 kapsamında “*Basın hürdür, sansür edilemez...*” hükmü sarıh bir biçimde sansürü yasaklamaktadır. Kural normlar, ilke normlara kıyasla belirli ve öngörülebilir niteliktedir. Doğrudan etkiye sahip olan, tüm makamlar tarafından doğrudan uygulanabilen ve nitelik itibariyle kural norm olarak kabul edilen “*Düzeltilme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.*” (Anayasa mad. 32/2) gibi normlar bakımından da aynı durum geçerlilik arz etmektedir. Özel sınırlama içeren temel hak ve hürriyetler bakımından ise yorum konusunda sınırlama nedeninin yapısı etki göstermektedir. Şöyle ki “*kamu düzeni*” gibi müphem nedenlerin yorumu zorlaştırdığı, “*başkalarının meslek sırlarının korunması*” gibi açık, somut, ilgili özgürlüğün doğasına ve çağdaş anayasal düzenlere uygun sınırlama nedenlerinin ise yorumu kolaylaştırdığı kabul edilmektedir. Sınırlama nedeni içermeyen fakat “*kanunda yazılı hâller*”, “*kanunda belirtilir*” ya da “*kanunla düzenlenir*” (Anayasa mad. 17/2, 22/son, 54/3) gibi sınırlama klozu içeren normlar bakımından ise anayasal hak ile anayasal değerler arasında optimum bir denge kurmak anlamında *uyumlaştırmada* bulunmak maksadıyla sistematik-teleolojik yoruma başvurmak gerekir. Sınırlama nedeni gibi sınırlama klozu da içermeyen hak arama özgürlüğü (Anayasa mad. 36) gibi hak ve hürriyetler içinse anayasanın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde sistematik-teleolojik yorumdan faydalanmak mümkündür. Tedbir alma yükümlülüğü içeren “*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*” (Anayasa mad. 48/2) gibi normlarda ise tedbir alma yükümlülüğünün tespitinde diğer hak ve özgürlüklerle ve anayasal değerlerle (anayasanın bütünlüğü ilkesiyle) desteklenen sistematik-teleolojik yorum öne

çıkılmaktadır. Böylelikle “sosyal amaçlar” gibi soyut ifadelerin anayasanın tüketicinin korunması yönündeki (Anayasa mad. 172) düzenleme bağlamında anlamlandırılabilmesi mümkün olabilecektir⁴⁸.

Kısaca değinilen somut örneklerden de anlaşıldığı üzere yorum, en öz ifadesiyle hukuk normlarının taşıdığı anlamın ortaya konulması çabasıdır. Hukuk kurallarının gerçek anlamının tespit edilmesi amacına yönelik yorum faaliyetinin ise insanın kurala tabi olmasını gerekli kılan *hukuk devleti ilkesine* uygun olarak, sübjektif ve değişken neticelere yol açmaması, uygulayıcılar değişse de mümkün merteye aynı sonucu vermesi beklenir⁴⁹. Bu durum özellikle de yargı fonksiyonu açısından belirginlik kazanmaktadır. Hukuki uyumsuzlukları çözümlene faaliyetine yönelik yargı fonksiyonu, somut uyumsuzluğun çözümünde uygulanacak hukuk normunu yorumlamak durumunda kalır. Hukuk devletinden temellenen beklenti ise yargı erkince gerçekleştirilecek olan yorumun *öngörülebilir, nesnel ve istikrarlı* olmasıdır⁵⁰. Öngörülebilir, nesnel ve istikrarlı yoruma giden yol ise yukarıda kısaca ifade edilen, yoruma konu normun yapısal niteliklerinin doğru okunmasına ve bu niteliklere uygun yorum yöntemleri ile yorum ilkelere uygun uygulanabilmesinden geçmektedir⁵¹. Bu durum, herhangi bir hukuk sisteminde varlık gösteren ve yorum faaliyetinde bulunan her derecedeki tüm yargı mercileri bakımından kritik öneme sahiptir. Hukuk sisteminin yapı taşları olarak betimlenebilen mahkemelerin yargısal faaliyetlerinin kolektif olarak sistemin etkinliğini belirlediği gerçeğinden yola çıkıldığında yüksek mahkemelerin üstlendikleri rol açısından yorum faaliyetinde hataya düşülmemesi bütün bir hukuk sisteminin selameti açısından kritik öneme sahiptir. Anayasa mahkeme-

48 Oder, B. E. (2013). Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler, içinde Ergül, O. (Haz.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması* (ss. 121-213), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., ss. 127-134.

49 Gözler, K. (2013). Yorum İlkeleri, içinde Ergül, O. (Haz.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması* (ss. 15-120), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., ss. 17-19.

50 Oder, B. E. (2013). s. 134.

51 Gözler, K. (2013). s. 17-19.

lerince gerçekleştirilen yorum faaliyeti sayesinde devlet erk-lerince gerçekleştirilen anayasaya aykırılıkların giderilmesi dolayısıyla da ilgili hukuk sisteminin anayasaya uygunluğu gözetilebilmektedir. Devletin diğer erkleri gibi yargı erki tarafından yapılan anayasaya uygun olmayan hatalı yorumların anayasa mahkemesi tarafından denetlenmesi süreci de bu nedenlerle sağlıklı işleyen, çağdaş kriterlere uygun her hukuk devleti için büyük bir önem taşır.

Anayasayı yorumlamak, ilgili metnin içeriğindeki kelime ve cümlelerin anlamını ortaya koymanın ötesinde ilgili normu anayasal kurum ve kavramlar yardımıyla açıklayabilmeyi gerektirir. Yorum yoluyla eski tarihli ve genel anayasa normunun açık, belirli, zaman ve yer bakımından somut durum ile uzlaşması hedeflenmektedir. Anayasa normlarına dair sağlıklı bir yorumda bulunabilmek için ulusal hukuk verileri yanı sıra uluslararası ve karşılaştırmalı yöntemlere başvurulması da gerekir. Bu amaçla girilen yorum faaliyetinde anayasa hukuku uzmanları arasında dahi farklı değerlendirme ve görüşlere ulaşılabilmektedir. Farklılaşan bu yorumlar arasındaki mücadelede ise yorumlayıcıların ortaya koyduğu gerekçeler belirleyici olmaktadır. Öyle ki *hukuki mantık yürütme* sürecinin temelinde, *gerekçe* mevcut bulunmaktadır⁵².

Anayasa hükümlerinin uygulayıcılar ve hukuk doktrini tarafından yorumlanabilmesi söz konusudur. Bu yönüyle anayasa normlarının Anayasa Mahkemesi haricindeki aktörler tarafından yorumlanması olağan ve gereklidir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti devleti Anayasa Mahkemesinin yorumu, Mahkemenin hukuki statüsü ile yaptığı yorum neticesinde yasa- ma, yürütme, yargı, idare makamları ile gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcı kararlar vermesi yönleriyle diğer yorumlardan ayrılmaktadır. Bu sebeple “...anayasayı bağlayıcı biçimde yorum- lama tekelinin hukuk düzeni içerisinde sadece anayasa mahkemesine ait olduğu söylenebilir.”⁵³. Anayasa Mahkemesinin de aynı gö-

52 Kaboğlu, İ. Ö. (2024). *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*, İstanbul: Platon Plus Yay., s. 83-85.

53 Hakyemez, Y. Ş. (2022). “Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak

rüşü benimsemesi söz konusudur. Nitekim bireysel başvuru neticesinde vermiş olduğu bir kararında Mahkeme "...Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir..." demek suretiyle anayasayı yorumlama konusundaki tekel (nihai) yetkisini işaret etmektedir⁵⁴. Şu hususu bir kez daha açıklığa kavuşturmak gerekir ki diğer aktörlerin de anayasa normlarını yorum yetkisini haiz olması söz konusu olmakla birlikte anayasa normlarını *nihai ve bağlayıcı olarak yorumlama yetkisi* Anayasa Mahkemesindedir. Diğer bir anlatımla Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesinden temellenen⁵⁵ söz konusu nihai (tekel) yorum yetkisi sayesinde diğer aktörlerce yapılan yorumları geçersiz kılacak *üstün ve bağlayıcı bir yorum* ortaya koyabilmektedir.

Anayasa normlarının yorumlanması faaliyeti yukarıda kısaca değinilen kapsamıyla son derece teknik ve uzmanlık gerektiren bir faaliyettir. Hukuk dalları arasındaki farklılaşmanın kaçınılmaz olduğu günümüzde her hukukçunun bir anayasa hukuku uzmanı olması elbette beklenemez. Anayasa normlarının doğru yorumu için gereken uzmanlığa sahip olmayan hukukçular tarafından yapılan yorumlarda hataya düşülebilmesi ise her zaman olasıdır. Kamu hukuku ile özel hukuk ayrımının kabul edildiği Kara Avrupası hukuk sistemleri bakımından bu durum, özel hukuk alanında yer alan yargı

ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., s. 234.

54 Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020, § 71. Mahkeme sonrasında şu kararlarında aynı görüşüne atıfta bulunmaktadır: Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, § 82; Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, B. No: 2016/39759, 30/3/2022, § 41; Leyla Güven [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022, § 105; Hulusi Yılmaz [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022, § 54.

55 Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatına dair yaptığı bir değerlendirmede "*Anayasa hükümlerinin yeknesak bir biçimde uygulanmasını ve yorumlanmasını sağlama görevi Anayasa Mahkemesine aittir. Öte yandan diğer yargı organlarının da Anayasa hükümlerini yorumlaması mümkün, hatta gerekli olabilir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi Anayasa hükümlerini yorumlama konusunda yegâne makam değildir. Ancak Yüce Divanın görevine ilişkin Anayasa kurallarının doğrudan yorumlanması ve uygulanması ile ilgili meselelerde nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesininindir. Dolayısıyla Yüce Divanın görevleriyle ilgili anayasal kurallar yorumlanırken Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı mercileri tarafından gözetilmemesi kanuni hâkim güvencesini ihlal edebilir.*" demek suretiyle nihai yorum yetkisine, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde açıklık getirmek durumunda kalmıştır. Bkz. Ahmet Çörekçi [GK], B. No: 2021/30753, 26/1/2023, § 120.

yerleri açısından daha da büyük bir risk teşkil edebilmektedir. Her hâkimin anayasa hukuku alanında asgari bir düzeyde bilgi sahibi olması gerektiği yönündeki varsayım gerçek dahi olsa anayasa normlarının doğru yorumu için gereken asgari uzmanlık seviyesine hâkimlerin geneli bakımından erişilebilmesi pek gerçekçi bir beklenti değildir. Bu nedenle anayasa mahkemeleri aynı zamanda *anayasanın resmî yorumcusu yargı mercileri* olarak da kabul edilebilmekte⁵⁶ ve diğer yargı mercilerinin anayasal sınırlar ya da anayasaya sadakat yükümlülüğü çerçevesinde işlev görmelerinin teminatı olarak varlık göstermektedir. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti devleti Anayasa Mahkemesi bakımından da geçerlidir. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesine tanınan bu anayasal yetkinin varlık amacına hizmet eder biçimde kullanılması beklenir. *Turhan* söz konusu beklentinin Anayasa Mahkemesince liberal değerlerle uyumlu, *hak-temelli veya hak-eksenli bir yorum* biçiminin kabul edilmesi ve Mahkemenin yorumlarında devlet-birey sıralamasında *bireylerin hak ve özgürlüklerine öncelik vermesi* suretiyle karşılanabileceğini ifade etmektedir⁵⁷.

1982 Anayasası tarafından anayasa hükümlerinin yeknesak bir biçimde uygulanmasını ve nihai olarak yorumlanmasını sağlama yetkisi ile donatılmış olan Anayasa Mahkemesinin bu yetkisi, Yargıtay (kararları) üzerinde de etkisini göstermektedir. Bahse konu etkinin ise ilgili Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden içtihadî yöntem yardımıyla okunabilmesi mümkündür.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGITAY İÇTİHAT DEĞİŞİKLİKLERİ VE FARKLILIKLARI KONUSUNDAKİ TUTUMU

Tüm anayasal organlar gibi Yargıtay da anayasa ile kendisine verilmiş olan görev ve yetkilerinde Anayasa kuralları

56 Kaboğlu, İ. Ö. (2024). s. 85.

57 Turhan, M. (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404, 402-403. Benzer yönde bkz. Gülsoy, M. T. (2007). s. 257; Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yay., ss. 240-242.

ile bağılı olarak anayasaya sadakat yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmek durumundadır. Yargıtayın söz konusu sadakat yükümlülüğünü denetleme yetkisi ise 1982 anayasal düzeninde, yukarıda izah edildiği üzere Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi denetiminde 1982 Anayasası'nı kıstas almaktadır. Sahip olduğu denetim yetkisi ise Anayasa Mahkemesinin Yargıtay üzerinde yer alan bir üst derece mahkemesi olduğu anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi bir derece mahkemesi gibi ilgili hukuki uyuşmazlığın esasına dair değerlendirmede bulunmaz. Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilen görüşe göre somut uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve bu kuralları yorumlama yetkisi derece mahkemelerine aittir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin Yargıtay yerine geçerek ilgili normu somut olay çerçevesinde yorumlaması ya da derece mahkemelerinin farklı yorumları arasında bir tercihte bulunması söz konusu değildir. "...Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir..."⁵⁸. Diğer taraftan "...Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki denetimi sırasında belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri bakımından değerlendirme yapması bu yorumlardan birini benimsediği veya bunlardan birine üstünlük tanıdığı biçiminde anlaşılmalıdır..."⁵⁹.

Böylelikle Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi yoluyla, diğer yargı mercileri gibi Yargıtayın da muhatap bulunduğu anayasaya sadakat yükümlülüğünün denetlenebilmesi mümkün olabilmektedir. Diğer taraftan sözü geçen denetim, 2012 yılında⁶⁰ uygulanmaya başlamış olan *bireysel başvuru usulü* sayesinde varlık kazanabilmiştir. Zira nitelikleri gereği normlara yönelik denetim

58 Mehmet Arif Madenci, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81.

59 Ford Motor Company, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 66.

60 Bireysel başvuru yolu, 1982 Anayasası Geçici m. 18/7 ve 6216 s. Kanun m76/1-a uyarınca 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Güveyi, N. (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 54.

yolları olan somut norm denetimi (itiraz/defi yolu) ile soyut norm denetimi (iptal davası) kapsamında Anayasa Mahkemesinin Yargıtayın yorum yetkisini denetleyebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi ancak bireysel başvuru usulü sayesinde Yargıtayın yorumlarıyla şekillenen içtihat tercihlerinden kaynaklanan ihlal iddialarını denetleme yetkisine kavuşabilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bahsi geçen denetimlerinde yoğunluklu olarak Yargıtayın yorum yetkisi kullanımında ya da içtihat inşasında *adil yargılanma hakkı* kapsamında yer alan *hakkaniyete uygun yargılanma hakkının*⁶¹ (Anayasa m. 36'nın) ihlal edilip edilmediği, *hukuk devleti ilkesinin* unsurları olan *hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri* (Anayasa mad. 2) ışığında irdelenmektedir. Konuya dair Anayasa Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında bireysel başvuru kararları kapsamında, Yargıtay yorumlarıyla oluşan içtihatlardan kaynaklanan çok sayıda ihlal kararı verildiği anlaşılmaktadır. Bu ihlal kararları ise kendi içinde genel olarak *“dairenin kurul içtihadından ayrılması nedeniyle ihlal”*, *“derin ve sürekli içtihat farklılığı nedeniyle ihlal”* ve *“makul gerekçeden ve istikrarlı uygulamadan yoksun içtihat değişikliği nedeniyle ihlal”* olmak üzere üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulabilmektedir. Söz konusu sınıflandırma çerçevesinde, içtihadi yaklaşımda bulunmak suretiyle Anayasa Mahkemesinin konuya dair yaklaşımının (tutumunun) okunabilmesi mümkündür.

A. DAİRENİN KURUL İÇTİHADINDAN AYRILMASI NEDENİYLE İHLAL

Anayasa Mahkemesince incelenen bir bireysel başvuruda⁶², başvuru Elektrik Üretim A.Ş.ye (EÜAŞ) ait bir termik santralde işçi olarak çalışmaktadır. Başvurucu 2012 yılında ilgili hizmet kolunda faaliyette bulunan sendikaya üye olmuştur. Üyeliği sonrasında başvuran, sendika ile EÜAŞ arasında halen

61 Hakkaniyete uygun yargılanma hakkına dair bilgi için bkz. Karakehya, H. (2014). “Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar”, *Ombudsman Akademik*, C. 1., ss. 90-95.

62 *Hakan Altıncan* [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018.

yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve işçilik alacaklarını EÜAŞ'tan talep etmiş ancak EÜAŞ başvurusunun talebini kendi işçisi olmayıp taşeronun işçisi olması gerekçesiyle reddetmiştir. Bunun üzerine başvuran, iş mahkemesinde bahse konu ücret ve işçilik alacaklarının ifası konulu dava açmıştır. Başvuranın davası hizmet alımına konu işin asıl iş niteliğinde bulunması, bu sebeple asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet alımının muvazaalı olduğu gerekçesiyle iş mahkemesince kabul edilmiştir. Bu meyanda aynı iş mahkemesine başvuru haricinde diğer çok sayıda çalışan tarafından benzer davalar açılmış ve mahkeme istikrarlı biçimde aynı yönde kararlar vermiştir. İlk derece mahkemesinin sözü geçen kararları temyiz edilmiş, 2012 yılında temyiz incelemesinde görevli Yargıtay 22. Dairesi tarafından bahse konu kararlar bozulmuştur. Bozma kararı akabinde dosyalardan bir kısmı 1. İş Mahkemesi, bir kısmı ise 2. İş Mahkemesine tevzi edilmiştir. 1. İş Mahkemesi bozma kararına direnmiştir. Direnme kararı üzerine dosyalar bu kez Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından incelenmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu direnme kararını yerinde bulmuştur. 2. İş Mahkemesi ise başvurusunun dosyasının da aralarında bulunduğu dosyalarda, 22. Dairenin 2014 yılındaki bozma kararına uyarak davaların reddine karar vermiştir. 2016 yılında Yargıtay 22. Dairesi, Hukuk Genel Kurulu tarafından kendisine gönderilen dosyaların Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda onanmasına karar vermiştir. Böylelikle benzer davaların bir kısmı kabul edilmiş, başvurusunun davasının da aralarında bulunduğu bir kısım dava ise reddedilmiştir. Söz konusu içtihat farklılığının giderilmesi amacıyla Yargıtaya içtihadı birleştirme talebinde bulunulmuşsa da söz konusu talep reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran, adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) mad. 6 ve Anayasa mad. 36'da güvenceye kavuşan *adil yargılanma hakkının* kapsamında yer alan *hakkaniyete uygun yargılanma hakkının* ihlal edildiğine, AİHS'in "Ön Sözü" ve Anayasa mad. 2 uyarınca *hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) ilkesi* ışığında yorum yapmak suretiyle karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle “Uluslararası Hukuk” başlığı altında Avrupa AİHS ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına atıfta bulunmakta, AİHM’in Sözleşme hükümlerinin yorumunda *hukukun üstünlüğü (hukuk devleti) ilkesinin* dikkate alınması yönündeki görüşüne değinmektedir. Bu bağlamda AİHM’e göre *hukuki belirlilik ilkesi, hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) ilkesinin* temel unsurlarından biri olarak, hukuki durumlarda istikrarı ve toplumun mahkemelere olan güvenini garanti altına almaktadır. Diğer taraftan yine AİHM’e göre bir hukuk devletinde toplumun yargısal sisteme güven duyması gerekir. Farklı ve birbiriy-le çelişen yargı kararlarının süreklilik arz etmesi ise hukuki belirsizlik durumuna neden olabilmektedir. Bununla birlikte AİHM, hukuki belirlilik ilkesinin yargı kararlarının statik kalması olarak anlaşılması gerektiğini, ulusal mevzuatın yorumlanması yetkisinin ulusal mahkemelere ait olduğunu, kendisinin ulusal mahkemelere ait olan söz konusu yorumlama yetkisini kullanma görevi bulunmadığını vurgulamaktadır. AİHM, çelişkili yargı kararlarından doğan hak ihlali temelli başvurularda ulusal mahkemelerin yorum sonuçlarının AİHS ile uyumlu olup olmadığını denetlemekle sınırlı bir görevi olduğunu, bu bakımdan içtihat farklılığından kaynaklanan tutarsızlık sorununun çözümü için ulusal bir mekanizmanın bulunup bulunmadığının ve bu mekanizmanın etkin olup olmadığının önem arz ettiğini ifade etmektedir⁶³.

Aynı kararının devamında Anayasa Mahkemesi, AİHM’in yukarıda kısaca özetlenen yaklaşımını 1982 Anayasası hükümleri çerçevesinde benimsemekte ve temellendirmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, Anayasa mad. 36’da güvence altına alınmış olan *adil yargılanma hakkı* ihlali iddialarının Anayasa mad. 2 uyarınca *hukuk devleti ilkesi* çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden birinin de toplumun devlete olan güvenine hizmet eden *hukuki güvenlik ilkesi* olduğunu, hukuki güvenlik ilkesinin hukuk normlarının

63 Hakan Altıncan, §§ 31-35.

öngörülebilirliğini, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmelerini ve devletin bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Mahkeme, hukuk devletin bir diğer gereği olan *hukuki belirlilik ilkesine* de vurguda bulunmakta ve bu ilkeyi “...yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi...” olarak tanımlamaktadır⁶⁴. Anayasa Mahkemesi görev sınırı konusunda da AİHM yaklaşımını benimsemekte ve bireysel başvurudaki görevinin kanunilik ilkesi çerçevesinde derece mahkemelerinin yerine geçerek yorum yapmak ya da derece mahkemeleri yorumlarından birine üstünlük tanımak olmadığını, görevinin “...birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmek...” ile sınırlı bulunduğunu vurgulamaktadır⁶⁵.

İçtihat değişikliği konusunda da Anayasa Mahkemesi, AİHM ile benzer yaklaşımı sergilemekte ve içtihat değişikliğinin tek başına adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmayacağı⁶⁶ hususuna kararında yer vermektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, *hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri* gereğince aynı yüksek mahkemeler içindeki dairelerce benzer somut olay ve hukuksal durumdaki kişilerce açılan davalarda *çelişen kararlar* verilmemesi gerektiğini, bu hususta uygulamadaki yeknesaklığı sağlama görevinin ise yüksek mahkemelere ait olduğunu ifade etmektedir⁶⁷. Neticede Anayasa Mahkemesi başvuruya konu olayda Yargıtayın Daire ve Kurulunun içtihat farklılığından kaynaklı olarak birbiriyle çelişen kararların verildiğine, “...başvurucunun alacak isteği, tutarlı olarak uygulanmayan yeni içtihatta benimsenen esaslara göre değerlendirilmiş olup aynı somut olaydan kaynaklanan uyumsuzlukların birbirine

64 Hakan Altıncan, §§ 43-45.

65 Hakan Altıncan, § 46.

66 Bu yönde görüş içeren eski tarihli bir başka karar için bkz. *Berna Berkeş Bayar*, B. No: 2013/4662, 10/3/2015, §§ 31-34.

67 Hakan Altıncan, §§ 47, 48.

zıt olacak şekilde neticelenmesi hukuki belirsizliğe...” ve öngörülemezliğe yol açtığını, bu sebeple yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği ve başvurucunun Anayasa mad. 36’da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁸.

B. DERİN VE SÜREKLİ İÇTİHAT FARKLILIĞI NEDENİYLE İHLAL

Bir diğer ihlal kararının verildiği bireysel başvuruya konu uyumsuzlukta⁶⁹ özetle bir sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfında büro görevlisi olarak çalışmakta olan başvuran, ilave tediye (kamu işçilerine ödenen ikramiye) alacağına kendisine ödenmesini vakıftan talep etmiş, söz konusu talebin vakıf tarafından reddedilmesi üzerine Vakıf aleyhine iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde dava açmış, dava mahkeme tarafından kabul edilmiş fakat davalı vakfın istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmış ve dava reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran, *Yargıtay daireleri arasında süregelen görüş ayrılığından kaynaklı olarak davasının reddedildiği ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, yukarıda kısaca değinilen kararındaki değerlendirmeleriyle örtüşen gerekçelerle ve AİHS (mad. 6 ve Ön Söz) ile AİHM içtihatlarına atıfta bulunmak suretiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının (Anayasa mad. 36) kapsamında yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.*

Anayasa Mahkemesi bu kararında da yukarıdaki kararda olduğu gibi Anayasa mad. 36 kapsamında güvence altına alınmış olan *adil yargılanma hakkına* (Anayasa mad. 36), adil yargılanma hakkının bir gereği olarak *hukuk devleti ilkesine* (Anayasa mad. 2), hukuk devleti ilkesinin gereği olarak *hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik* ilkelerine dayanan bir çözüm-

68 Hakan Altıncan, §§ 55, 56.

69 Yasemin Bodur, B. No: 2017/29896, 25/12/2018.

lemede bulunmuştur. Bu bağlamda Mahkeme, öncelikle hukuk devleti ilkesini akabinde ise bu ilke kapsamında yer alan *hukuki güvenlik ilkesi* ile *hukuki belirlilik ilkelerini* yukarıda ele alınan kararındaki ifadeleri tekrarlamak suretiyle tanımlamaktadır⁷⁰.

Kararın devamında Anayasa Mahkemesi, yorum yetkisine ilişkin görüşünü izah etmektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, hukuk kurallarını somut uyuşmazlık çerçevesinde yorumlama ve birden fazla yorumun mevcut bulunması hâlinde bu yorumlardan hangisine üstünlük verileceği hususundaki yetkinin derece mahkemelerine ait olduğunu, kendisinin birden fazla yorum arasında tercihte bulunma yetkisinin olmadığını ifade etmektedir. Yorum hususunda Anayasa Mahkemesi, yukarıda değinilen kararında olduğu gibi AİHM yaklaşımıyla uyumlu olarak kendi görevinin kanunilik ilkesi çerçevesinde, “...birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmek...” ile sınırlı kaldığını vurgulamaktadır. Yukarıda ele alınan kararında olduğu gibi bu kararında da Anayasa Mahkemesi, yargı kararlarındaki değişiklikleri hukukun dinamik yapısı gereği olumlu karşılamakta ve kabul etmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, yüksek mahkemeler içindeki dairelerin benzer uyuşmazlıklarda tatmin edici gerekçe göstermeksizin farklı kararlar vermesinin hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin ihlaline neden olacağını ifade etmektedir. Zira bir daireye tevzi edildiğinde kabul edilecek olan davanın bir diğer daireye düştüğünde reddedilecek olmasının *ihtimale dayalı ve birbiriyle zıt hukuki sonuçlar doğurması* söz konusu olacaktır⁷¹.

Anayasa Mahkemesi bu kararında yukarıda ele alınan kararına da atıfta bulunmuş, “...Yargıtayın istikrarlı olarak uygulanan içtihadattan ayrılarak yeni bir yaklaşımı benimsemesi hâlinde kamuoyu nezdinde yargıya olan güvenin muhafaza edilmesi bakımından yeni yaklaşımın istikrarlı bir şekilde uygulanması gerek-

70 Yasemin Bodur, §§ 38-40.

71 Yasemin Bodur, §§ 41, 42.

tiğine... içtihat değişikliği sonucunda benimsenen yaklaşımın uygulamada birliği sağlamakla görevli yüksek mahkemeler tarafından istikrarlı olarak uygulanmamasının adil yargılanma hakkını ihlal edebileceğine..."⁷² dair görüşünü tekrarlamıştır. Bu yaklaşımın Anayasa Mahkemesinin kendi içtihatlarındaki istikrarı gözetme hassasiyeti olarak yorumlanabilmesi kanaatimizce mümkündür. Nihayetinde somut başvuru konusundaki değerlendirmesinde Anayasa Mahkemesi, Yargıtay daireleri arasında yedi yıldır süregelen *derin ve sürekli içtihat farklılığının* içtihadı birleştirme kararı mekanizması kullanılmak suretiyle giderilmemesi sebebiyle "...sonucun başvuru için öngörülemez olduğu ve bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmış...Açıklanan gerekçelerle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁷³. Mahkemenin Yargıtayın *derin ve süregelen (sürekli) içtihat farklılığından* dolayı aynı yönde verilmiş başkaca çok sayıda kararları da mevcuttur⁷⁴.

C.MAKUL GEREKÇEDEN VE İSTİKRARLI UYGULAMADAN YOKSUN İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİ NEDENİYLE İHLAL

2019 yılında bireysel başvuru üzerine verilmiş olan bir diğer kararında Anayasa Mahkemesi⁷⁵ Yargıtayın yerleşik içtihatlarına aykırı karar vermesinin *hakkaniyete uygun yargılanma ilkesinin ihlaline* yol açtığına karar vermiştir. Karara konu olayda başvuru, tapuda başkaları adına kayıtlı bulunan taşınmazın bir bölümü üzerine 1976 yılında konut inşa etmiş; 1999 ve 2008 yıllarında söz konusu taşınmazın sahipleri ve mirasçılara karşı asliye hukuk mahkemesinde olağanüstü

72 Yasemin Bodur, § 45.

73 Yasemin Bodur, § 52.

74 Bahse konu kararların bir kısmı için bkz. Mesut Demir ve diğerleri, B. No: 2020/16709, 16/3/2023; T.H. Çamlıkoru Konut Yapı Kooperatifi (2), B. No: 2018/36995, 2/11/2023; Hacer Deneri ve Okan Okutucu, B. No: 2019/1868, 13/10/2020; Abdullah Alp, B. No: 2019/14160, 13/10/2020; Lokman Abur ve Özge Karaboğa, B. No: 2018/36676, 13/10/2020; Mehmet Nuri Koçak ve diğerleri, B. No: 2018/34732, 13/10/2020; Savaş Çalan ve Tuba Gezen Alperoğlu, B. No: 2018/18903, 13/10/2020; Sadi Taş, B. No: 2018/13891, 13/10/2020; Hakan Akça ve diğerleri, B. No: 2018/4133, 19/11/2020.

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

kazandırıcı zamanaşımına (4721 sayılı Kanun, mad. 713'e) dayalı tapu iptali ve tescili davaları açmıştır. Açılan davalar asliye hukuk mahkemesi tarafından birleştirilmiş ve 2013 yılında "...birleşen davanın 2008 yılında açıldığını, Anayasa Mahkemesinin ise 17/3/2011 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 713. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan 'ölmüş' ibaresini iptal ettiğini, bu sebeple anılan maddede yer alan koşulların oluşmadığı..."⁷⁶ gerekçesiyle reddedilmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesinin anılan kararı başvuru tarafından temyize taşınmış, Yargıtay (8'inci Dairesi) 2014 yılında temyiz başvurusunun reddine karar vermiştir. Ret kararı üzerine başvuru bu kez karar düzeltme yoluna başvurmuş ancak bu talebi de Yargıtayca reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru "...Anayasa Mahkemesinin iptal kararının geçmişte kazanılmış haklara etki edecek şekilde geriye dönük uygulanması ve Yargıtayın yerleşik içtihadına aykırı karar verilmesi nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği..."⁷⁷ iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede, yukarıda irdelenen iki kararıyla uyumlu ve istikrarlı biçimde *hukuk devletinin* (Anayasa mad. 2) ön koşulları arasında yer alan *hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine* vurguda bulunmuştur⁷⁸. Mahkeme bahse konu değerlendirmesinde *hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin* kişilerin devlete, yargıya ve hukuka güven duya-bilmeleri için elzem olduğunu ifade etmektedir. Yine Mahkemeye göre bu güven duygusunun muhafaza edilebilmesi için kişilerin güvenliğini temin eden hukuk kurallarının yorumlanması hususunda mahkemeler arasında uyumun, diğer bir ifadeyle içtihat birliğinin sağlanması gerekmektedir. İchtihat birliğini sağlamak ve içtihat farklılıklarını çözümlenmek ise yüksek mahkemelerin fonksiyonları arasında yer almaktadır.

76 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/yargitayin-yerlesik-ictihatlarina-aykiri-olarak-karar-verilmesi-nedeniyle-hakkaniyete-uygun-yargilanma-hakkinin-ihlal-edilmesi/> (Erişim Tarihi: 7/6/2024)

77 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/yargitayin-yerlesik-ictihatlarina-aykiri-olarak-karar-verilmesi-nedeniyle-hakkaniyete-uygun-yargilanma-hakkinin-ihlal-edilmesi/> (Erişim Tarihi: 7/6/2024)

78 Aşır Tunç, §§ 52, 56, 57, 64, 68, 69.

Dolayısıyla bir yüksek mahkeme olarak Yargıtay da kendi görev alanı olan adli yargı kapsamında içtihat birliğini sağlamakla yükümlüdür⁷⁹. Diğer taraftan bu durum, Yargıtayın içtihat değişikliğine gitmesine engel teşkil etmemektedir. Zira içtihat değişikliği, hukuk kurallarının zamana bağlı olarak yaşanan değişikliklere uyum sağlayabilmeleri bakımından gereklidir. Ancak içtihat değişikliklerinin *tatmin edici gerekçelerle*⁸⁰ amaca uygun olarak yapılması şarttır. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın bir dairesince gidilen içtihat değişikliğinin tek başına anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceği görüşünü ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesine göre, şayet gidilen içtihat değişikliği gerekçelendirilmemişse ya da gidilen değişiklik ilgili Yargıtay Dairesi ya da Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca benimsenmemiş ise Anayasa Mahkemesine göre Anayasa mad. 36 kapsamında güvence altına alınmış olan *hakkaniyete uygun yargılanma hakkı* ihlal edilmektedir. Çünkü bu gibi durumlar, içtihat değişikliğinin yalnızca münferit uyuşmazlıklarda uygulanmasına ve fakat benzer koşullara sahip diğer uyuşmazlıklarda ise hukuki belirsizliğe yol açacak şekilde aksi yönde uygulamaların devamına yol açabilmektedir. Nihayetinde ise söz konusu ayırık uygulamalar sebebiyle yargılamanın hakkaniyeti zedelenebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin vurguladığı bir diğer önemli husus ise yargılamanın hakkaniyetini zedeleyecek nitelikteki içtihat farklılıklarını giderme görevinin Yargıtaya ait olduğu hususudur. Somut uyuşmazlıkta ise *yargılamanın hakkaniyetini* korumakla yükümlü olan Yargıtayın ilgili dairesince gidilen içtihat değişikliği makul bir gerekçeye dayandırılmamış ve sonra-

79 Yargıtayın bahse konu görevinin kanuni dayanağı Yargıtay Kanunu mad. 15 ve 16'dır. Konuya dair ayrıca bkz. Yılmazoğlu, Y. E. (2019). "İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 7., S. 13., ss. 603-605.

80 Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Dairesinin aynı maddi vakaya dair gerekçe göstermeksizin (herhangi bir açıklamada bulunmaksızın) içtihat değişikliğine gitmesini hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi daha eski tarihli kararlarında ise benzer görüşüyle tutarlı olarak ve fakat hakkaniyete uygun yargılanma hakkına değinmeyerek Anayasa mad. 36 kapsamında (hukuki belirlilik ve) adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir. Bkz. *Özlem Terzioğlu*, B. No: 2014/19341, 21/11/2017, §§ 53, 54; *Ahmet Gül ve diğerleri*, B. No: 2014/1182, 22/9/2016, §§ 46-52.

sında Yargıtayca istikrarlı bir şekilde uygulanmamış olduğu için hakkaniyete uygun yargılanma hakkının (Anayasa mad. 36'nın) ihlal edildiğine karar verilmiştir.

D. ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGITAY İÇTİHAT DEĞİŞİKLİKLERİ YAKLAŞIMI ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME

Yukarıda kısaca irdelenen kararları ışığında Anayasa Mahkemesinin Yargıtay içtihatları konusunda bireysel başvuru usulünden temellenen bir denetim yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bahse konu denetim yetkisinin Anayasa Mahkemesince kanunilik ilkesi çerçevesinde Yargıtay yorumlarından herhangi birine üstünlük tanımak şeklinde değil yorum yetkisi kullanımının anayasada güvence altına alınmış olan *adil yargılanma (hakkaniyete uygun yargılanma) hakkına* uygun olup olmadığı hususuyla sınırlı olarak kabul edilmesi söz konusudur. Denetim yetkisi konusundaki söz konusu yaklaşım, AİHM'in konuya dair yaklaşımı ile uyumludur ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında söz konusu tutum istikrarlı olarak vurgulanmaktadır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru usulünün başından itibaren istikrarlı olarak aktivist yetki kullanımına dair muhtemel eleştirilerin önünü alma, diğer bir ifadeyle denetim yetkisinin meşruiyetini temellendirme çabasında bulunduğu söylenebilir. Diğer taraftan istikrarlı tutum, aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin de muhatap olduğu anayasaya sadakat yükümlülüğüyle de örtüşmektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin Yargıtay yorumları konusundaki denetiminin temelinde yukarıda izah edildiği üzere söz konusu yükümlülük bulunmaktadır. Bu yükümlülük, diğer mahkemeler gibi anayasaya sadakat yükümlülüğünün denetimiyle yetkili kılınan Anayasa Mahkemesini de evleviyetle muhatap almaktadır. Dolayısıyla öncelikle Anayasa Mahkemesinin anayasaya sadakat yükümlülüğüne riayet etmesi, içtihat ve yorum konularında diğer mahkemelerden beklediği yönde adil yargılanma (hakkaniyete uygun yargılanma) hakkına, hukuk devleti ilkesine, hukuki güven-

lik, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun yetki kullanımında bulunması gerekir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin yorum ve içtihat değişikliği hususundaki kendi içtihatlarında ya da yorumlarında, istikrarlı ve öngörülebilir bir tutum içinde bulunması anayasal etkinlik bakımından olumlu karşılanmalıdır.

İçtihadi yaklaşımda göze çarpan bir diğer husus ise Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarında yaşanan kavram tercihindeki bir dönüşümdür. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru usulünün yeni yürürlük kazandığı dönemdeki konuya dair öncül kararlarında, Yargıtay Daireleri arasında oluşan ve “...yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvurucuların açtığı davaların görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvurucular açısından öngörülemez bulunduğu...” değerlendirmesinde bulunarak *adil yargılanma hakkının* (Anayasa m. 36) ihlaline karar vermiştir⁸¹. Zaman ilerledikçe esasa dair değerlendirmesi istikrarlı olarak korunmakla birlikte Mahkemenin adil yargılanma hakkının bir unsuru ya da spesifik koruma alanı olan *hakkaniyete uygun yargılanma hakkının* ihlaline karar verdiği görülmektedir. Konuya ilişkin kararlara bakıldığında Anayasa Mahkemesinin istikrarlı biçimde, adil yargılanma (ve hakkaniyete uygun yargılanma) hakkının güvenceye kavuştuğu 36’ncı maddeyi *hukuk devleti ilkesi* ışığında yorumladığı, hukuk devleti ilkesini hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine kaynak teşkil etmesi yanında yorumlarında başvurulan bir anayasal ilke olarak⁸² kabul ettiği anlaşılmaktadır. Konunun esasına dair izlenen istikrarlı tutum ile birlikte ele alındığında ise Anayasa mad. 36 ihlallerine ilişkin “adil yargılanma hakkı” nitelemesinde bulunulması ile “hakkaniyete uygun yargılanma hakkı” nitelemesinde bulunulması arasında pratikte herhangi bir farklılık

81 *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 72, 73; *Semra Bekiroğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/6717, 16/12/2015, § 77.

82 Anayasa Mahkemesine göre “...Anayasa’nın 2. maddesinde Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, Anayasa’nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir.” Bkz. *Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 51.

oluşmadığını söylemek mümkündür.

Bilindiği üzere *hakkaniyete uygun yargılanma hakkı* AİHS mad. 6/1 kapsamında güvenceye kavuşmaktadır. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, davanın hakkaniyete uygun dinlenilmesi (AİHS mad. 6/1), masumiyet karinesi (AİHS mad. 6/2) ve suç isnat edilen kişinin asgari haklarını (AİHS mad. 6/3) kapsar. Bunun da ötesinde “...silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkı, susma ve kendini suçlayıcı delil sunmama, gerekçeli karar hakkı, çeşitli temel delil kuralları gibi usûl hukukuna ilişkin hak ve ilkeler hakkaniyete uygun yargılanma hakkının alt unsurları...hukuki kesinlik ve keyfilik yasağı gibi ilkeler de 6/1’in zımni unsurları...” olarak kabul edilmektedir⁸³. Anayasa Mahkemesi “hukuki kesinlik” terimi yerine “hukuki belirlilik” terimini tercih etmekte ve hukuki belirlilik ilkesini, hukuki güvenlik ilkesi ile birlikte hukuk devletinin asli bir unsuru olarak nitelendirmektedir⁸⁴. Bu bağlamda Mahkemenin Yargıtay yorumları ve içtihatları hususundaki kararlarında adil yargılanma (hakkaniyete uygun yargılanma) hakkını, AİHS ve AİHM ile uyumlu olarak hukuk devleti ilkesinin ön koşulları arasında yer alan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ışığında yorumladığı anlaşılmaktadır. AİHS ve AİHM ile uyumlu yaklaşımın benimsenmiş olması ise bireysel başvuru usulünün temel amaçlarından biri olarak AİHM’in ihlal kararlarının azaltılması gayesine⁸⁵ hizmet etmesi bakımından makul karşılanmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin kısaca irdelenen kararları kapsamındaki fonksiyonu, Yargıtayın anayasadan temellenen yorum yetkisine yahut içtihat inşası yetkisine yönelen ve ana-

83 İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4*, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., ss. 111, 112.

84 Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı, B. No: 2013/135, 21/1/2015, § 44.

85 2010 anayasa değişikliği ile Anayasa mad. 147 kapsamında değişikliğe gidilmek suretiyle bireysel başvuru usulüne yer verilmiştir. Değişiklik gerekçesine göre, “...ülkemiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine her yıl binlerce başvuru yapılmaktadır. Bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanması amacıyla bireysel başvuru hakkının getirilmesi öngörülmektedir.”. Yılmazoğlu, Y. E. ve Perdecioğlu, İ. E. (Haz.). (2019). s. 900.

yasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkelerinden kaynaklanan, aynı zamanda bu ilkeler lehine işletilen bir anayasaya uygunluk denetimi olarak nitelendirilebilir. Kendi içtihatlarında da vurguladığı üzere, Anayasa Mahkemesinin söz konusu denetiminde, hukuki uyuşmazlığın esasına dair herhangi bir değerlendirmede bulunabilmesi söz konusu değildir. Bu husustaki yetkinin derece mahkemelerine ait bulunduğu görüşü, yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında ısrarla tekrarlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın fonksiyon icrasındaki Anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmektedir. Böylelikle Mahkeme, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün muhatapları arasında yer alan Yargıtayın anayasal meşruiyetini pekiştirmekte, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri ışığında hukuk devleti ilkesinin etkinliğini kuvvetlendirmektedir. Diğer taraftan bu durum, temel hak ve özgürlüklerin korunduğu bir anayasal devlet düzeni bakımından zaten kaçınılmazdır⁸⁶. Bu sebeplerle içtihadı yaklaşımla irdelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin Yargıtay yorumlarından kaynaklanan ihlal iddialarını denetleme hususundaki yetkisinde kanunilik ilkesiyle sınırlı, aktivist tutum olarak eleştirilmesi mümkün görünmeyen istikrarlı bir yaklaşım benimsediğini söylemek kanaatimizce hatalı olmayacaktır. Bu aşamada aydınlatılması gereken bir diğer mesele ise Anayasa Mahkemesinin irdelenen denetim yetkisinin Yargıtay tarafından nasıl karşılandığı hususudur.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN DENETİM YETKİSİ KONUSUNDA YARGITAYIN YAKLAŞIMI

Çalışmanın bu kısmına kadar Anayasa Mahkemesinin Yargıtay yorumları ve içtihatları üzerindeki anayasaya uygunluk denetimi yetkisinin meşruiyeti ve kapsamı, teori, pozitif hukuk ve Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde irdelen-

⁸⁶ Nitekim *Dikmen Caniklioğlu*'na göre anayasal bir hukuk devletinde, yasama ve yürütme erklerinin anayasal devlete potansiyel tehlike olarak görülebilmesi, yargı erkinin ise bu iki erkten kaynaklanan tehditlere karşı bekçiliği söz konusudur. *Dikmen Caniklioğlu, M. (2010). s. 306-307.*

miştir. İrdeleme neticesinde Anayasa Mahkemesinin bahse konu yetkisinin meşruiyetine dair kanaatimiz ortaya konulmuştur. Ancak meseleye dair daha sağlıklı bir çıktının elde edilebilmesi için ilişkinin diğer tarafı olan Yargıtayın konuya dair yaklaşımının da değerlendirilmesi gerekir. Söz konusu gerekliliğe bir cevap olarak açılan bu başlık altında, Yargıtayın konuya dair yaklaşımının içtihadi yöntemle tahlil edilmesi amaçlanmaktadır. İçtihadi yaklaşıma geçmeden evvel, pek de uzak olmayan bir tarihte Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasında yaşanan yetki konulu gerilim meselesine de kısaca değinmek faydalı olacaktır.

A. ANAYASA MAHKEMESİNİN DENETİM YETKİSİNE İLİŞKİN YARGITAYIN BASIN AÇIKLAMASI

Anayasa Mahkemesi 25/10/2023 tarihli milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması konulu bireysel başvuru kararında, başvuru Anayasa mad. 67 kapsamında güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile Anayasa mad. 19'da güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁸⁷. Kararda Mahkeme, yasama dokunulmazlığının istisnası olarak Anayasa'nın "14'üncü maddesindeki durumlar" ifadesinin mahkeme yorumlarıyla değil belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütleri gereğince yasama organınca çıkarılacak bir kanun ile belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸. Anayasa Mahkemesine göre "3. Ceza Dairesi kararında Yargıtay'ın önceki içtihatlarından farklı olarak Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kaldığı düşünülen suçlar sayma yoluyla gösterilmiş, ancak içtihadın neden değiştirildiğine, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasındaki 'Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar' ibaresi maddenin tümüne atıf yaptığı halde 14. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının niçin tamamen değerlendirme dışında bırakıldığına ilişkin makul bir gerekçeye yer verilmemiştir." ki bu durum hukuki belirsizliğe neden olmak-

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

88 Şerafettin Can Atalay (2), §§ 38-57.

tadır⁸⁹. Yine Anayasa Mahkemesine göre, 3. Ceza Dairesi kararında “... Anayasa’nın açık hükmüne ve Anayasa Mahkemesinin açık içtihadına rağmen temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılan bir yorum tercih edilerek Anayasa’nın ‘Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması’ kenar başlıklı 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yorum yasağına aykırı hareket edilmiştir.”⁹⁰. Kararda ayrıca Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında gerçekleştirdiği Anayasa normlarını yorum yetkisinin -hukuk devleti başta olmak üzere- anayasal düzenin selameti için son derece kritik önemde olduğu vurgusunda bulunulmuş, 3. Ceza Dairesinin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararına uymama yönündeki kararı ile anayasal hakları daraltıcı yorumlamak suretiyle ihlale neden olduğu da ifade edilmiştir⁹¹.

Kısaca özetlenen Anayasa Mahkemesi kararı üzerine 10/11/2023 tarihinde Yargıtay tarafından Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisine ilişkin bir basın açıklaması paylaşılmıştır. Basın açıklamasında Yargıtay özetle Anayasa Mahkemesi kararları gibi kesinleşmiş olan tüm mahkemelerin kararlarının bağlayıcı olduğunu, Yargıtayın köklü bir geçmişe sahip, (Anayasa mad. 154 uyarınca) adli yargının en üst temyiz merci olduğunu ve üyelerinin tamamının alanlarında uzman ve deneyimli yüksek hâkimlerden oluştuğunu, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yetkisinin ise ikincillik ilkesine tabi olduğunu ve (Anayasa mad. 148/5 uyarınca) kanun yollarında gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yetkisi vermediğini, Anayasa Mahkemesinin adli ve idari mahkemelerce verilen kararları bozma yetkisini haiz bir istinaf ya da (süper) temyiz merci olmadığını, buna karşın Anayasa Mahkemesinin zaman zaman anayasal ve yasal sınırları aşarak Yargıtay ve Danıştay içtihatlarını ters yüz edecek, hukuk sistemini kaosa sürükleyecek şekilde karar aldığını bu sebeple de kesin hüküm etkisinin tamamen devre dışı bırakıldığını, temel hak ve özgürlükleri koruma görevinin yalnız Anayasa Mahkemesine değil

89 Şerafettin Can Atalay (2), §§ 45, 46.

90 Şerafettin Can Atalay (2), § 71.

91 Şerafettin Can Atalay (2), §§ 73-88.

tüm yargı organlarına ait olduğunu, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolundaki anayasal ve yasal yetki aşımı nedeniyle bireysel başvuru yolunun mecrasından çıktığını, Anayasa Mahkemesince Yargıtayın anayasayı ihlal suçuyla itham edilmesinin yüksek yargı kurumlarının saygınlığını zedelediğini, Yargıtayın anayasal yetkisi çerçevesinde hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve toplumsal barışın tesisi amacıyla bireysel başvuru konusundaki anayasal ve yasal çalışmalarda gerekli desteği sağlamaya hazır olduğunu ifade etmektedir⁹².

Kısaca özetlenen Yargıtay basın açıklamasına konu tartışma, kamuoyunun gündemine taşınmış ve kimi anayasa hukukçuları da konuya dair görüş paylaşımında bulunmuşlardır. Söz konusu görüşlere kısaca değinmek gerekirse meseleye, Yargıtayın basın açıklaması ile aynı tarihte *Eren* tarafından kaleme alınan ayrıntılı bilimsel incelemeyle başlamak mümkündür. Yazar, Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasındaki meselenin siyasi bir konu olarak değil geçmişe dayanan ve iki yargı merci arasındaki *kararların etkisine ve uygulanmasına dair bir tartışma* olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. *Eren*, Anayasa Mahkemesinin bahse konu kararında derece mahkemesinin takdir yetkisini tümüyle ortadan kaldıracak şekilde yapılması gerekenlerin bir zorunluluk şeklinde sayılmasının yeniden yargılama kurumunu anlamsız kılan bir tutum olarak yargı ayrılığına dayalı anayasal düzene aykırı bulunmaktadır. Çünkü bu yolla Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun, mad. 50 hükmüne dayanarak kendi yorumu yoluyla yeniden yargılamanın kapsamını genişletmekte ve bu yorumuyla oluşturduğu usul kurallarını diğer usul kurallarının üstüne taşımaktadır. *Eren*, eleştirilere hedef olan bu yaklaşımla Anayasa Mahkemesinin kendisini olağan kanun yollarının üstünde yer alan bir *süper temyiz mercii* konumuna yükselttiğini ifade etmektedir. *Eren* çalışmasında, tartışmanın iki sebebe dayandığını ifade etmektedir: İlk sebep, Anayasa mad. 83/2 kapsamında yasama dokunulmazlığının istisnasına iliş-

92 <https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi> (Erişim Tarihi: 23/9/2024)

kin hükmün hukuki belirliliğe sahip olmamasıdır. Bu durumun düzeltilmesi için yeni ve iç tutarlılığa sahip bir anayasa yapılması önerilmektedir. Tartışmaya yol açan diğer sebep ise yeniden yargılama ile yargılamanın yenilenmesine dair kanuni düzenlemelerdeki çelişki ve boşluklardır. Bahse konu hukuki sorunun çözümü ise 6216 sayılı Kanun, mad. 50 ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) ilgili hükümlerinde düzenlemeye gidilerek Anayasa Mahkemesi kararlarının AİHM kararlarında olduğu gibi yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesiyle mümkündür. Zira *Eren'e* göre Anayasa Mahkemesinin 50. maddeye ilişkin yorumu, yargı ayrılığı sistemi ile yeniden yargılama kurumunun özüne aykırı olarak Anayasa Mahkemesine çok geniş bir takdir alanı tanımaktadır⁹³. Kısaca özetlenen görüşleri çerçevesinde *Eren'in* Yargıtay ile örtüşür bir yaklaşımı benimsediği ortadadır.

Konuya ilişkin basına değerlendirmelerde bulunan bir diğer Anayasa Hukukçusu *İnceoğlu'na* göre ise basın açıklamasıyla Yargıtay, Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin daraltılmasını talep etmektedir. *İnceoğlu*, Yargıtayın, Anayasa Mahkemesine tanınan bireysel başvuru yolu kapsamındaki denetim yetkisinden rahatsızlık duyduğunu, bu rahatsızlığın Yargıtay 3. Dairesi kararında, bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesinin *tali* bir işlevi olarak nitelendirilmesinde bulunmak suretiyle ortaya konulduğunu ifade etmektedir. Yazara göre insan hakları mecrasında yaşanan gelişmelerin bir neticesi olarak ortaya çıkan bireysel başvuru yolunun tali konuma taşınmasının modern anayasacılıkta kabul edilebilmesi söz konusu değildir. *İnceoğlu* açıklamasında, hukuk devleti ilkesi ve anayasal devlet anlayışı uyarınca Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararının yargı organı tarafından uygulanması gerektiği vurgusu yapmıştır. Benzer yaklaşımda bulunan *Özsoy Boyunsuz'a* göre de Yargıtay, anayasadan temellenen bireysel

93 Eren, A. (2023). "AYM'nin Şerafettin Can Atalay Kararının Değerlendirilmesi", *Kânûn-i Esâsî*, <https://www.kanuniesasi.com/2023/11/10/aymnin-serafettin-can-atalay-kararinin-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 24/9/2024)

başvuru yolunun ve Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükleri koruma görevinin kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir. *Özsoy Boyunsuz* konuya dair değerlendirmesinde, ilk gündeme geldiği günlerde de Yargıtay ve Danıştay tarafından bireysel başvuru yolunun eleştirildiğini ifade etmektedir. *Yazara* göre iki Yüksek Mahkeme de verecekleri kararlar üzerine Anayasa Mahkemesinin hak ihlali olup olmadığı hususundaki değerlendirme yetkisine karşı durmaktadır. Oysaki bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesi için esasına ilişkin herhangi bir karar vermemekte, Yargıtayın yargılama fonksiyonunda anayasal hak ihlali olup olmadığını tespit etmektedir. *Özsoy Boyunsuz* bu nedenlerle Anayasa Mahkemesinin kendisine verilmiş olan hak ve özgürlükleri koruma görevini ifa ettiği için süper temyiz mercii olarak itham edilememesi gerektiği görüşündedir⁹⁴.

Konuya dair görüşü sorulan bir diğer anayasa hukukçusu olan *Üskül* ise “AYM üyeleri verdikleri karar sebebiyle alt mahkeme tarafından anayasayı ihlal etmekte ilk kez suçlanıyor. Nasıl bu suçlamayı yapıyorlar? Anlayabilmiş değilim...Anayasaya aykırıdır. Herkes karar eleştirilebilir, doğru bulunmayabilir ama uymak zorundadır...” ifadeleriyle Yargıtayın basın açıklamasını ve konuya dair tutumunu eleştirmektedir. Eski Anayasa Mahkemesi Üyesi *Paksüt*'e göre ise mesele yasama dokunulmazlığı konusunu aşmış, anayasal düzendeki devlet organları arasındaki uyum probleminde evrilmiştir. *Türmen* de benzer şekilde meseleyi, bir skandal ve hukuk devleti problemi olarak nitelendirmektedir⁹⁵. Anayasa hukukçusu ve eski Anayasa Mahkemesi Raportörü *Can* ise Yargıtayın tutumunun hukukla izah edilebilmesinin mümkün olmadığını, Anayasa mad. 154 hükmünün açık olduğunu, Yargıtayın Anayasa Mahkemesi

94 *İnceoğlu* ve *Özsoy Boyunsuz*'un değerlendirmeleri için bkz. Abatay, B. (2023). “Yargıtay'ın AYM Açıklamasına Hukukçular Ne Diyor?”, *BBC News Türkçe*, <https://www.bbc.com/turkce/articles/c97ry9rlz4jo> (Erişim Tarihi: 24/9/2024)

95 *Üskül* ve *Paksüt*'ün değerlendirmeleri için bkz. Mengüç, D. (2023). “AYM-Yargıtay Krizinde Hukukçular Ne Diyor?”, *Independent Türkçe*, <https://www.indyturk.com/node/673171/siyaset/aym-yarg%C4%B1tay-krizinde-hukuk%C3%A7ular-ne-diyor> (Erişim Tarihi: 24/9/2024)

kararlarını tanımama gibi bir yetkisi olmadığını, tartışmanın hukuki boyuttan çıkarak duygusal bir itiraz ve kırılğan bir ego savaşına büründüğünü ifade etmektedir⁹⁶.

Konuya ilişkin kısaca yer verilen değerlendirmelere bakıldığında, işin esasında yer alan yasama dokunulmazlığı meselesinden bağımsız olarak Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla Yargıtay kararlarından kaynaklanan ihlal iddialarını denetleme yetkisinin tartışıldığı görülmektedir. Yargıtayın iddiası, bir yüksek mahkeme olarak verdiği kararların Anayasa Mahkemesince denetlenmesinin kendi fonksiyon alanına yönelik haksız bir müdahale teşkil etmesi yönündedir. Bu bağlamda Yargıtay, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolundaki denetim yetkisinin gerekli yasal düzenlemelerle sınırlandırılmasını talep etmektedir. Zira Yargıtay, kendisinin de bir yüksek mahkeme olarak anayasal hak ve özgürlükleri gözettiği iddiasındadır.

Ancak çalışmada daha evvel ifade edildiği üzere, gelinen aşamada hukuk alanında derinleşen bir uzmanlaşma ve bu nedenle de ulusal ölçekte yargı örgütlerinde farklı uzmanlık mahkemelerinin ortaya çıkması söz konusudur. Bu durum anayasa hukuku mecrasında ise uzman ve tekeli denetim yetkisiyle donatılmış anayasa mahkemelerinin kurulmasıyla neticelenmiştir. Yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde başlayan söz konusu sürecin, insan haklarının gelişimini ve etkinliğini pekiştirdiği ise aşikârdır. Bahse konu gelişim sürecinde ortaya çıkan bireysel başvuru usulü için de aynı şey geçerlilik arz etmektedir⁹⁷. Diğer taraftan bu gelişim sürecinin, insan haklarının dinamik yapısının ya da ideal niteliğinin doğal bir neticesi olarak okunabilmesi de mümkündür. Kaldı ki günümüzde hukukun üstünlüğü (hukuk devleti) ilkesi, demokratik devlet ilkesi, insan haklarına saygılı devlet ilkesi gibi evrensel oldu-

96 *Can'ın değerlendirmeleri için bkz. Öztürk, F. (2023). "Yargıtay'dan Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusu", BBC News Türkçe, <https://www.bbc.com/turkce/articles/c72q6d5d9j2o> (Erişim Tarihi: 24/9/2024)*

97 Güveyi, N. (2015). s. 147.

ğu kabul edilen ilkelerin kapsamının da sürekli genişlemesi ve anayasal devletlerin ise bu gelişime uyum sağlamaları kaçınılmazdır. Diğer çağdaş devletler gibi Türkiye Cumhuriyeti devleti de bu yöndeki gelişim trendine anayasal bir düzen inşa etmek suretiyle dahil olmuştur. Mevcut anayasal düzenin etkinliğinin pekiştirilmesine yönelik ulusal hukukta gerekli anayasal ve kanuni değişikliklere gidilmesi de yine bu yöndeki çabanın somut göstergesidir. Bu bağlamda eleştirilere konu Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla tanınan denetim yetkisi, 2010 Anayasa Değişikliği ile getirilmiştir (Anayasa mad. 148). 2011 yılında yayımlanan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun mad. 45-51 hükümleri çerçevesinde ise söz konusu yetkiye dair ayrıntılı kurallar düzenlenmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru üzerine ihlal kararı verirse ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmeder (6216 sayılı Kanun mad. 50/1). Şayet ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmakta ise Anayasa Mahkemesi bu amaçla yeniden yargılama yapılması için dosyayı ilgili mahkemeye gönderir (6216 sayılı Kanun mad. 50/2). *“Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”* (6216 sayılı Kanun mad. 50/2-son). Lafzi yorumla aşikâr olduğu üzere ihlale neden olan kararı veren mahkeme, *yeniden yargılama yapmak suretiyle ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte bir karar vermekle yükümlü tutulmakta, Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama kararına ilişkin direnme kararı verme yetkisinden yoksun tutulmaktadır*⁹⁸. Anılan hüküm tüm mahkemeler gibi Yargıtayı da bağlamaktadır. Yargıtayın ceza yargılamasına dair usul kurallarının yer aldığı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu mad. 311 ve devamında ise yargı-

98 Bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin anayasa hükümlerini nihai yorumlama yetkisi, etkin bir anayasaya uygunluk denetimi ve daha da ötesinde Anayasal hükümlerin (Anayasanın) etkinliği ile uyumlu ve gerekli bir düzenlemedir. Anayasa Mahkemesinin nihai yorum yetkisinin haklılaştırılmasına dair ayrıca için bkz. *Şerafettin Can Atalay (2)*, §§ 73-88.

lamanın yenilenmesi konusu düzenlenmektedir. *Eren* tarafından işaret edildiği üzere CMK mad. 311 kapsamında yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilmemiştir. Diğer taraftan CMK'nın ilgili hükümleri kapsamında mahkemeye yargılamanın yenilenmesi konusunda *sınırları çizilmiş bir yasal takdir hakkı* tanınması da söz konusudur⁹⁹. Bu noktada karşımıza Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama kararı vererek dosyayı gönderdiği Yargıtayın CMK'nın ilgili yargılamanın yenilenmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapıp yapamayacağı sorusu çıkmaktadır. Söz konusu sorunun yorum yoluyla aşılması kanaatimizce mümkündür. 6216 sayılı Kanun mad. 50 hükmünce Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama kararı üzerine Yargıtayın (ya da ilgili mahkemenin) herhangi bir değerlendirme yapmaksızın ihlali ve sonuçlarını ve giderici bir şekilde karar vermesi emredilmektedir. Bu hüküm ile mahkeme kararından kaynaklanan bir ihlal kararı verilmesi halinde, yeniden yargılama kararı verme ya da vermeme yetkisi, kararıyla ihlale neden olan ilgili mahkemeye değil, Anayasa Mahkemesine verilmiştir. *Lex specialis-lex generalis* (özel hüküm- genel hüküm) ilkesi¹⁰⁰ kapsamında değerlendirildiğinde 6216 s. Kanun m. 50/2 hükmünde spesifik olarak, "*bireysel başvuru üzerine bir mahkeme kararından kaynaklanan ihlal üzerine yeniden yargılama*" konusunun düzenlenmesi, CMK mad. 311 ve devamı maddelerinde ise daha genel bir uygulama alanı olarak "*ceza muhakemesinde yargılamanın yenilenmesi*" konusunun düzenlenmesi nedeniyle 6216 sayılı Kanun mad. 50 hükmünün *lex specialis* olarak *lex generalis* niteliğindeki CMK'nın ilgili hükümlerine göre öncelikle uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu çıkarımı *lex posterior-legi priori* (sonraki kanun-önceki

99 Örnek vermek gerekirse CMK mad. 315 hükmüne göre "(1) Kanunun aynı maddesinde yer almış sınır içinde olmak üzere cezanın değiştirilmesi amacıyla yargılamanın yenilenmesi kabul edilemez. (2) Hatanın giderilebilmesini sağlayacak başka bir yol varsa, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez.". Yine CMK m. 318/1'e göre, "Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur. Bu mahkeme, istemin kabule değer olup olmadığına karar verir."

100 Bahsi geçen yorum ilkesi hakkında bkz. Gözler, K. (2013). s. 100-104; Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yay., ss. 16, 17.

kanun) ilkesi¹⁰¹ de desteklemektedir. Bilindiği üzere bu ilkeye göre sonraki tarihli hüküm ile önceki tarihli hüküm arasındaki tercihte sonraki tarihli hükmün uygulanmaktadır. 6216 sayılı Kanun 2011 yılında, 5271 sayılı Kanun ise 2004 yılında kabul edildiğine göre 6216 sayılı Kanun mad. 50/2 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Öyle ise tartışılan meseleye dair pozitif hukuk normlarının belirliliği konusunda, hukuk bilimi yardımıyla içinden çıkılmayacak bir durum esasen mevcut değildir. Anayasa Mahkemesinin tartışmaya açılan bireysel başvuruları inceleme yetkisi, meri mevzuat hükümleriyle asli ve tali kurucu iktidar ile yasamanın iradesi doğrultusunda açıkça tanınmıştır. Bu açıdan, dile getirilen eleştirilenin asıl muhatabının kurucu iktidar ile yasama erki olarak anlaşılması da söz konusudur. Diğer taraftan, kurucu iktidarın iradesinden (anayasadan) meşruiyetini almak suretiyle varlığını kazanan bir yüksek mahkeme olarak Yargıtayın söz konusu eleştirisi, kendi meşruiyet temeli olan anayasanın bağlayıcılık ve üstünlük niteliği ile anayasaya sadakat yükümlüğü bakımından risklidir. Zira diğer tüm unsurları gibi yargı erkinin bir unsuru olan Yargıtayın da anayasal düzenin bekasının gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu hususta, hukuken geçerli olan bir anayasanın, anayasal normların uygulanırlığının sağlanmasıyla görevli olan anayasal kurumlarca, kamuoyunda gündem olacak şekilde eleştirilmesinin, anayasal düzenin prestijine ve etkinliğine vereceği zararın göz ardı edilmemesi gerekir. Elbette hukuk kuralları dinamik ve değiştirilebilir niteliktedir. Ancak hukuk kurallarını belirlemekle yetkili anayasal organların tercihlerinin, bu kuralları uygulamakla yetkili olan diğer yargısal organlarca eleştirilmesinin anayasal devlet düzenlerinin vazgeçilmez bir unsuru olan *kuvoetler ayrılığı prensibi*yle örtüşmediği de aşikârdır. Tüm bu nedenlerle Yargıtayın irdelenen eleştirilerinin anayasa hukuku bilimi bakımından hukuki temelden yoksun kaldığını söylemek kanaatimizce mümkündür.

101 Gözler, K. (2013). s. 100.

Yargıtayın Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisine dair güncel tutumu, irdelenen basın açıklaması çerçevesinde ana hatlarıyla ortaya konulmuştur. Ancak basın açıklamasının hukuken bir bağlayıcılığı yoktur. Kaldı ki genel tutumun, münferit bir yaklaşım üzerinden ortaya konulabilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle Yargıtayın meseleye dair hukuken sonuç doğuran genel tutumunun ancak içtihatlar üzerinden okunabilmesi mümkündür. Bu doğrultuda devam eden başlık kapsamında, Anayasa Mahkemesinin denetim (yorum) yetkisi konusundaki Yargıtayın genel tutumu, içtihadi yaklaşımla irdelenmeye çalışılacaktır.

B. YARGITAY İÇTİHATLARINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN DENETİM YETKİSİNE DAİR GENEL TUTUM

Her ne kadar Yargıtay yukarıda irdelenen görüşleri ışığında Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru konulu yetkisini sorgulamış olsa da geçmiş kararlarında Yargıtayın, Anayasa Mahkemesinin ilgili mevzuat çerçevesinde sahip olduğu anayasal normları yorum yetkisini kabul ettiğini ve kararlarını Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda inşa ettiğini söylemek mümkündür.

2022 yılından verilen, yasama dokunulmazlığı ile ilgili bir kararında Yargıtay¹⁰², ulusal hukukun yorumlanıp uygulanması ile ilgili olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruların açıkça keyfîlik ve bariz takdir hatası içermedikçe her iki Mahkeme tarafından ikincillik ilkesi ile dördüncü yargı yeri doktrini çerçevesinde kabul edilemez bulunduğunu işaret etmektedir. Mahkeme anılan kararında “...yargılama süreci tamamlanmış ve kanun yolu incelemesinden de geçerek kesinleşmiş hükümler yönünden gerçekleştirilen bireysel başvuru sonucunda tespit edilen hak ihlallerinin... yeniden yargılama sebebi olarak kabul edildiği (CMK 311) sistemde, yargılamanın devamı sırasında ihlal neticesini doğuracak tespitlerin yargılama mercilerince göz

102 Yargıtay 3. CD, E.2022/7608, K.2022/6526, 11/10/2022.

ardı edilmesi düşünülemez. Aslolanın haksız-ölçüsüz bir müdahaleye maruz bırakılan temel hakkın bir an önce teslimi olduğuna göre, sair çatışma ve tartışmaların bu değer önüne geçmesine 'hukuk düzeninin teklifi' ilkesi de müsaade etmez..." görüşündedir. Akabinde Mahkeme "...Anayasanın geçici 20. maddesinin, Anayasa Mahkemesinin Daireyi de bağlayan kararı doğrultusunda yorumlaması ve anlaşılması gerektiğinden..." bahisle bireysel başvuru üzerine verilen Anayasa Mahkemesi kararlarının ve yorumunun kendisi dâhil tüm mahkemeleri bağladığını kabul etmektedir¹⁰³.

Yargıtayın aynı Dairesi, aynı tarihte verdiği bir başka kararında da aynı gerekçelerle, bu kez Anayasa'nın 14. maddesine dair Anayasa Mahkemesi yorumunun bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁴. 3'üncü Dairenin söz konusu değerlendirmelerinde yeniden yargılama sebebinin pozitif hukuk dayanağı olarak CMK mad. 311'i göstermesi ise hukuken eleştirilebilir. Zira yukarıda değinildiği üzere 6216 sayılı Kanun mad. 50/2 hükmü *lex specialis* olarak öncelenmesi ve göz önünde bulundurulması gereken asıl normdur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararında da Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında ortaya koyduğu yorumun tüm mahkemeler açısından bağlayıcılığı şu şekilde kabul edilmektedir: "...Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBK'nın ilgili hükmünden üstün nitelikte bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan Anayasa hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin yorum ve uygulamaları yargı mercilerini

103 Aynı yönde bir diğer kararlar için bkz. Yargıtay 3. CD, E. 2022/1234, K.2022/3922, 22/6/2022; Yargıtay 3. CD, E. 2021/7929, K. 2021/9940, 4/11/2021; Yargıtay 3. CD, E.2021/7930, K.2021/9758, 25/10/2021.

104 Yargıtay 3. CD, E. 2022/23755, K. 2022/6527, 11/10/2022. Yargıtayın bu doğrultuda, aynı gerekçe ile Anayasa Mahkemesinin anayasa normları hakkındaki yorumlarının bağlayıcı olduğunu kabul eden bir başka kararı için bkz. Yargıtay 3. CD, E.2022/1228, K.2022/4114, 28/6/2022.

bağlayıcı niteliktedir.”¹⁰⁵. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, mahkeme kararında temyiz süresinin hatalı yazılması sebebiyle süreyi kaçıran başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlaline karar verilmesi üzere “...Anayasa Mahkemesinin kararı doğrultusunda...” kendisince verilmiş olan iki kararın ortadan kaldırılmasına karar vermiştir¹⁰⁶. Bir başka kararda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi “Anayasanın 153. maddesine göre... Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir ve Anayasa Mahkemesi kararları... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar... bireysel başvuruları inceleyen Bölüm kararları da yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlamaktadır. Tüm bu açıklamalar ışığında... ihlal kararı gözetilerek davanın tümünden reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış...” ifadeleriyle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği kararların ve yaptığı yorumun kendisi için bağlayıcı bulunduğuna yönelik görüşünü ortaya koymak suretiyle ilgili kararın bozulmasına oy birliğiyle hükmetmiştir¹⁰⁷. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bir kararında ise “Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararları, soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak, sadece başvuruda bulunan kişi ve başvuruya konu idari işlem ya da karar açısından geçerli ve bağlayıcıdır... hak ihlalinin, mahkeme kararından kaynaklandığını belirleyen... ‘ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmasına’ ilişkin kararı karşısında, Mahkemelerin ve Temyiz makamlarının başvuru konusu somut olay ve kişi bakımından artık başka türlü karar vermesine olanak yoktur.” değerlendirmesi bağlamında, 6216 s. Kanun m. 50/2 hükmünce Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama konusundaki kararlarının tüm yargı mercileri açısından bağlayıcı olduğu vurgusunda bulunulmuştur¹⁰⁸.

105 Yargıtay HGK, E.2021/355, K.2022/1225, 4/10/2022.

106 Yargıtay 9. HD, E.2022/4503, K.2022/5324, 27/4/2022.

107 Yargıtay 4. HD, E.2020/2795, K.2021/316, 1/2/2021.

108 Yargıtay 10. HD, E. 2017/186, K. 2018/6878, 20/9/2018. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 10. HD, E.2017/182, K.2018/6879, 20/9/2018; Yargıtay 10. HD, E.2017/185, K.2018/6881, 20/9/2018; Yargıtay 10. HD, E.2017/181, K.2018/6880, 20/9/2018; Yargıtay 10. HD, E.2017/184, K.2018/6882, 20/9/2018.

Feshin geçersizliği ve işe iade talepli uyuşmazlık hakkında verilen Yargıtay kararından kaynaklanan hak ihlali üzerine, Anayasa Mahkemesince verilen yeniden yargılama kararına da Yargıtay tarafından uyulduğu gözlenmektedir¹⁰⁹. Yine Yargıtay 16. Ceza Dairesi bir kararında “...bireysel başvurusu üzerine AYM ve AİHM tarafından verilen... kararları gereğince derece mahkemelerini ve Daireyi de bağlayan kararlarda yer alan tespit ve değerlendirmeler muvacehesinde, özellikle gazetecilik faaliyeti kapsamında değerlendirilen konuşma ve makaleler dışında kalan... silahlı terör örgütüne yardım etmek suçlarının işlendiğine dair yeterli ve inandırıcı delil niteliği taşımadığı da gözetilerek sanığım... ispat edilemeyen müsnet suçlardan beraatine...” hükmetmiş, böylelikle Anayasa Mahkemesinin ve AİHM’in ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin yorumunu kararına dayanak almıştır¹¹⁰.

Kısaca değinilen içtihatları çerçevesinde Yargıtayın genel tutum olarak, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolu kapsamındaki yetkisini kabul etme ve bireysel başvuru kararlarına uyum eğilimi içinde bulunduğu aşikârdır. Bu genel tutum, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri, hukuk devleti ilkesi, anayasaya sadakat yükümlülüğü ve anayasal düzen penceresinden yapılan yukarıdaki açıklamalarımız ışığında müspet bir eğilim olarak kabul edilmelidir. Üst başlık altında irdelenen basın açıklamasına konu olay ya da gerilim ise anayasal perspektiften münferit bir durum olarak değerlendirilebilir. Ancak bahse konu münferit tutumun kalıcı ve genel bir eğilim olarak yerleşmesi hâlinde bu durumun hukuk devleti ilkesi ile anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri başta olmak üzere anayasal düzen açısından oluştura-

109 Bu doğrultuda 22. Hukuk Dairesince istikrarlı olarak verilen içtihat örnekleri için bkz. Yargıtay 22. HD, E.2016/16899, K.2016/18989, 23/6/2016; Yargıtay 22. HD, E.2016/17080, K.2016/18991, 23/6/2016; Yargıtay 22. HD, E.2016/16897, K.2016/18987, 23/6/2016; Yargıtay 22. HD, E. 2016/16719, K. 2016/18983, 23/6/2016; Yargıtay 22. HD, E.2016/16895, K.2016/18985, 23/6/2016; Yargıtay 22. HD, E.2016/16477, K.2016/18981, 23/6/2016; Yargıtay 22. HD, E.2016/15577, K.2016/17351, 9/6/2016; Yargıtay 22. HD, E.2016/15578, K.2016/17349, 9/6/2016; Yargıtay 22. HD, E.2016/13002, K.2016/15232, 26/5/2016, Yargıtay 22. HD, E.2016/9568, K.2016/12488, 26/4/2016; Yargıtay 22. HD, E.2016/9374, K.2016/11137, 18/4/2016.

110 Yargıtay 16. CD, E.2019/521, K.2019/4769, 5/7/2019.

cağı riski göz ardı etmemek gerekir. Her ne kadar anayasayı *nihai yorum* yetkisi Anayasa Mahkemesine ait olsa dahi anayasal düzenin etkinliğini pekiştirme yükümlülüğü, Yargıtay dâhil diğer yargı organlarını ve kamu gücünü kullanan tüm organları da muhatap almaktadır¹¹¹. Anayasal düzenin ise en nihayetinde tüm anayasal organların ahenkli, sorumlu ve kolektif yaklaşımlarıyla muhafaza edilmesi gereken bir meşruiyet temeli olduğu unutulmamalıdır. Bu sebeplerle, Anayasa Mahkemesinin meşru yetkisi hususunda Yargıtayın anayasaya sadakat yükümlülüğü ile örtüşen müspet genel tutumunu muhafaza etmesi, münferit gerilimin ise tekrarlanmaması, başta anayasal düzenin ve devletin selameti açısından haklı bir beklenti olarak karşılanmalıdır.

SONUÇ

Çalışma kapsamında izah edildiği üzere anayasaya sadakat yükümlülüğü, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve anayasal devlet düzeni ile yakın bir ilişki içinde bulunmaktadır. Günümüzde her çağdaş devlet için kazanılmak istenen bir vasıf niteliğiyle “anayasal devlet düzeni” özünde kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi ile temel hak ve hürriyetlerin (anayasal hakların) güvence altına alındığı bir düzeni betimlemektedir. Tarifi kısa cümlelerle mümkün olsa da anayasal devlet düzeninin tesis edilebilmesi ve akabinde korunabilmesi hedefi, kısa süreli, yüzeysel bir çabanın ötesinde güvenilirlik, istikrar ve etkinlik gibi meşakkatli bir dizi çabayı gerektirmektedir. Anayasal tasarımla başlayan bu zorlu süreçte asıl önemli olan husus, kurgulanan anayasal sistemin sağlıklı olarak hayata yansıtılabilmesi, diğer bir ifadeyle sistemin etkinlik kazanabilmesidir. Aksi hâlde tasarımı mükemmel de olsa etkinlik kazanamamış ya da sağlıklı işletilememiş olan anayasal sistem kâğıt üzerinde kalmaktan öteye geçemeyecektir. Anayasal tasarımın yaşayan bir anayasal düzen olarak varlık kazanabilmesi ise devlet erklerinin kolektif

111 Şerafettin Can Atalay (2), § 76.

çabasına bağlı bulunmaktadır. Anayasanın bağlayıcılığı ve anayasanın üstünlüğü ilkesi ile anayasaya sadakat yükümlülüğü bağlamında amaçlanan çıktı da esasen bu çabaya yönelmektedir. Anayasaya sadakat yükümlülüğü altında bulunan yasama, yürütme ve yargı erkleri, kuvvetler ayrılığı prensibi gereğince birbirlerinden bağımsız olarak icra ettikleri fonksiyonlarında müşterek hedef olarak kendilerine meşruiyet temeli sunan anayasal düzenin bekasını benimsedikleri takdirde anayasal düzen idealinin gerçekleşme ihtimali artacaktır. Aksi durumda ise anayasal düzen riske edilmiş olacaktır.

Diğer birçok çağdaş devlet gibi Türkiye Cumhuriyeti devleti de anayasa başta olmak üzere ilgili mevzuatı çerçevesinde anayasal bir devlet düzeni olarak varlık gösterme iddiasındadır. Devletin benimsediği söz konusu amaç devlet erkelerinin birbirleri ile olan ahenk gibi aynı erk içindeki tüm unsurlar arasında da bir uyumu gerektirir. Meseleye yargı erki özelinde yaklaşıldığında ilk derece, ara derece ve üst derece yargı mercilerinin tümünün birbirlerinin anayasal görev alanına saygı göstermek suretiyle anayasal düzeni koruyabilmeleri ve geliştirebilmeleri mümkün olabilecektir. Adli yargı ile idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarında son sözü söyleme yetkisi nasıl ki (Anayasa mad. 158 uyarınca) Uyuşmazlık Mahkemesine ait ise anayasa hükümlerinin anlamlandırılması konusundaki *nihai yorum yetkisi* de (Anayasa mad. 148, 152 ve 153 uyarınca) Anayasa Mahkemesine aittir. Yine anayasanın ilgili hükümleri gereğince anayasaya sadakat yükümlülüğü altında bulunan tüm yargı mercilerinin anayasadan temellenen bahse konu yargısal görev ve yetki dağılımına da riayet etmeleri gerekir. Bu hususta yargı mercilerinin anayasal görev ve yetki dağılımını sorgulama gibi bir görevi ve yetkisi ise bulunmamaktadır. Anayasal görev ve yetki dağılımı, kurucu iktidarın tercihi ile şekillenmiş, gerektiğinde yine kurucu iktidar tarafından değiştirilebilmesi mümkün olan bir tercihtir. Söz konusu tercihin yargı erkince şekillendirilmeye çalışılması ise ne kuvvetler ayrılığı ilkesi ne

de demokratik devlet ilkesi açısından izah edilebilir bir durumdur.

Anayasaya sadakat yükümlülüğü çerçevesinde yargı erkinin anayasaya uyması, kararlarında ve yorumlarında anayasaya uygun davranması beklenir. Söz konusu yükümlülük en başta anayasayla kendisine ve diğer anayasal kurumlara çizilen görev ve yetki alanına saygı göstermek ile başlar. Akabinde devlet erklerinin kendi aralarında ve her bir erkin kendi içinde kendi unsurları arasında istikrarlı bir ahenk kazanmasıyla sürdürülebilir. Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasındaki görev ve yetki paylaşımı meselesi de bu bakımdan yargı erkinin kendi içinde var olması gereken ahenkle ilgilidir. Bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi ile birlikte yargı erki içindeki alışlagelmiş görev ve yetki paylaşımının marjinal bir dönüşüm yaşaması söz konusudur. Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı devlet ilkesi, demokratik devlet ilkesi, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri gibi evrensel nitelikli müspet değerleri pekiştirme amacına yönelik bu meşru dönüşüm, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetki alanında fark edilir bir genişlemeye yol açmıştır. Her köklü değişim gibi bahse konu değişimin sistemin tüm aktörlerince sindirilmek suretiyle benimsenmesi, ahenkli ve etkin bir işlev kazanması ise zaman meselesi olarak görülebilir. Anayasaya sadakat yükümlülüğü çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin yaşanan dönüşüm ile ciddi oranda artan iş yüküyle baş etmesi gerekmektedir. Diğer yargı mercilerinin ise Mahkemenin genişleyen görev ve yetki alanına saygı göstermek başta olmak üzere Anayasa Mahkemesinin artan iş yükünü dolaylı olarak azaltmak yönünde azami çaba sarf etmesi beklenir. Anayasaya sadakat yükümlülüğünün bir gereği olan bu tutumun yargı kararlarından kaynaklanan ihlallerin azaltılması gayesine yönelik bir yaklaşımı gerektirdiği ise açıktır. Bu durum tüm yargı mercileri gibi Yargıtay için de geçerlidir. Anayasal düzenin yüksek bir mahkemesi olan Yargıtayın anayasal sadakat yükümlülüğü gereğince anayasal düzene kendisinden bekle-

nen katkıyı sunması ise kararlarında Anayasa Mahkemesiyle uyumlu, anayasaya uygun yorumlarda bulunmak suretiyle mümkün olabilmektedir. Nitekim çalışmada içtihadi yöntemle irdelendiği üzere Yargıtayın genel tutumu bu yöndedir. Bu bakımdan çalışmada değinilen yargı içi gerilimin tekrar edilmemesi arzulanan, münferit, üzücü bir vaka olarak kalması, Türkiye Cumhuriyeti devletinin anayasal düzeni açısından tabii bir beklenti olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKLAR

- ALDER, John (2002). *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, London: Palgrave Macmillan.
- ALDIKAÇTI, Orhan (1982). *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay.
- ANAYURT, Ömer (2019). *Anayasa Hukuku Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Ankara: Seçkin Yay.
- ARSEL, İlhan (1955). *Anayasa Hukukunun Umumi Esasları Birinci Kitap Demokrasi*, Ankara: Güven Matbaası.
- ARSLAN, Zühtü (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yay.
- ATAR, Yavuz (1989). "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları", C. 2., S. 2., *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss. 181-209.
- ATAR, Yavuz (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yay.
- AZRAK, Ali Ülkü (1992). "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", *Anayasa Yargısı*, C. 9., ss. 323-340.
- AZRAK, Ülkü (1968). "Yargı ve İdare İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Deneme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 34., S. 1-4., ss. 129-155.
- DEMİR, Fevzi (2017). *Anayasa Hukuku*, İzmir: Birleşik Matbaa.
- DİKMEN CANIKLIOĞLU, Meltem (2010). *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara: Yetkin Yay.
- DÖNER, Ayhan (2023). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yay.
- ERDOĞAN, Mustafa (2011). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Orion Yay.
- EREN, Abdurrahman (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yay.

- EREN, Hayrettin (1998). "1982 Anayasası ve Kamu Görevlileri Kavramı", *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 55-87.
- EROĞUL, Cem (2012). *Anatüzeğe Giriş*, Ankara: İmaj Yay.
- ESEN, Bülent Nuri (1970). *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Ayyıldız Matbaası.
- GÖREN, Zafer (2011). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yay.
- GÖZLER, Kemal (2013). Yorum İlkeleri, içinde Ergül, Ozan (Haz.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması* (ss. 15-120), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay.
- GÖZLER, Kemal (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yay.
- GÖZLER, Kemal (2024). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, Bursa: Ekin Yay.
- GÖZLER, Kemal ve KAPLAN, Gürsel (2022). *İdare Hukuku*, Bursa: Ekin Yay.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Şeref (2010). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜLSOY, Mehmet Tevfik (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yay.
- GÜVEYİ, Nazmiye (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması*, İstanbul: On İki Levha Yay.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2022). "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu", *Anayasa Yargısı*, C. 39., S. 1., ss. 233-257.
- İBA, Şeref (2008). *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4*, Ankara: Avrupa Konseyi Yay.

- KABOĞLU, İbrahim Özden (2021). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul: Legal Yay.
- KABOĞLU, İbrahim Özden (2024). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul: Legal Yay.
- KABOĞLU, İbrahim Özden (2024). *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*, İstanbul: Platon Plus Yay.
- KARAKEHYA, Hakan (2014). "Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar", *Ombudsman Akademik*, C. 1., ss. 83-97.
- KÖKÜSARI, İsmail (2024). "Hakların Çatışması ile Hakların Yata Etkisi Arasındaki İlişki", *Anayasa Yargısı*, C. 41., S. 1., ss. 95-149.
- KUBALI, Hüseyin Nail (1950). *Devlet Ana Hukuku (Esas Teşkilât Hukuku) Birinci Cilt*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- ODER, Bertil Emrah (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yay.
- ODER, Bertil Emrah (2013). *Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler*, içinde Ergül, Ozan (Haz.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması* (ss. 121-213), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay.
- ODER, Bertil Emrah ve KANADOĞLU, Osman Korkut (2016). *Uygulamalı Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yay.
- ÖZBUDUN, Ergun (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Yetkin Yay.
- ÖZÇELİK, Selçuk (1982). *Esas Teşkilât Hukuku Dersleri Birinci Cilt Umumî Esaslar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay.
- ÖZER, Attila (2016). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi.

- ROSENBERG, Leonard B. (1969). "Constitutional Supremacy: An Early Advocate of Judicial Review", *Duquesne Law Review*, C. 7., S. 4., ss. 515-541.
- SOYSAL, Mümtaz (1987). *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Ankara: Gerçek Yay.
- SÜZEK, Sarper (1985). *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara: Savaş Yay.
- TAN, Turgut (2014). *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2018). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yay.
- TANÖR, Bülent (2103). *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: On İki Levha Yay.
- TEZİÇ, Erdoğan (2018). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yay.
- TURHAN, Mehmet (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404.
- ULUCAN, Devrim (1981). *Toplu İş Sözleşmesinin Özerkliği ve Hukukî Niteliği*, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Yay.
- YASİN, Melikşah (2013) "İdari Yargılama Usulünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 16., S.1.-2., ss. 9-27.
- YILMAZOĞLU, Yunus Emre (2019). "İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 7., S. 13., ss. 551-622.
- YILMAZOĞLU, Yunus Emre ve PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (Haz.). (2019). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay.

Mahkeme Kararları

AYM, E.1989/14, K.1989/49, 19/12/1989.

- AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017.
- AYM, E.2018/76, K.2022/125, 26/10/2022.
- Abdullah Alp*, B. No: 2019/14160, 13/10/2020.
- Ahmet Çörekçi [GK]*, B. No: 2021/30753, 26/1/2023.
- Ahmet Gül ve diğlerleri*, B. No: 2014/1182, 22/9/2016.
- Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı*, B. No: 2013/135, 21/1/2015.
- Aşır Tunç*, B. No: 2015/17453, 22/1/2019.
- Berna Berktaş Bayar*, B. No: 2013/4662, 10/3/2015.
- Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017.
- Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğlerleri*, B. No: 2016/39759, 30/3/2022.
- Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017.
- Hacer Deneri ve Okan Okutucu*, B. No: 2019/1868, 13/10/2020.
- Hakan Akça ve diğlerleri*, B. No: 2018/4133, 19/11/2020.
- Hakan Altınca [GK]*, B. No: 2016/13021, 17/5/2018.
- Hulusi Yılmaz [GK]*, B. No: 2017/17428, 1/12/2022.
- Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK]*, B. No: 2018/30030, 17/9/2020.
- Leyla Güven [GK]*, B. No: 2018/26689, 7/4/2022.
- Lokman Abur ve Özge Karaboğa*, B. No: 2018/36676, 13/10/2020.
- Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017.
- Mehmet Nuri Koçak ve diğlerleri*, B. No: 2018/34732, 13/10/2020.
- Mesut Demir ve diğlerleri*, B. No: 2020/16709, 16/3/2023.
- Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK]*, B. No: 2019/10634, 1/7/2021.
- Özlem Terzioğlu*, B. No: 2014/19341, 21/11/2017.
- Sadi Taş*, B. No: 2018/13891, 13/10/2020.
- Savaş Çalan ve Tuba Gezen Alperoğlu*, B. No: 2018/18903, 13/10/2020.

- Semra Bekiroğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/6717, 16/12/2015.
- Serpil Bodur*, B. No: 2019/10793, 19/1/2023.
- Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.
- T.H. Çamlıkoru Konut Yapı Kooperatifi (2)*, B. No: 2018/36995, 2/11/2023.
- Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015.
- Yasemin Bodur*, B. No: 2017/29896, 25/12/2018.
- Ziya Metehan Arısoy*, B. No: 2019/22055, 15/11/2023.
- R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Simms* 3 All ER 400, 412 (1999).
- Van Horne v Dorrance* 2 US 304, 309 (1795).
- Yargıtay 4. HD, E.2020/2795, K.2021/316, 1/2/2021.
- Yargıtay 9. HD, E.2022/4503, K.2022/5324, 27/4/2022.
- Yargıtay 10. HD, E.2017/181, K.2018/6880, 20/9/2018.
- Yargıtay 10. HD, E.2017/182, K.2018/6879, 20/9/2018.
- Yargıtay 10. HD, E.2017/184, K.2018/6882, 20/9/2018.
- Yargıtay 10. HD, E.2017/185, K.2018/6881, 20/9/2018.
- Yargıtay 10. HD, E.2017/186, K.2018/6878, 20/9/2018.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/13002, K.2016/15232, 26/5/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/15577, K.2016/17351, 9/6/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/15578, K.2016/17349, 9/6/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/16477, K.2016/18981, 23/6/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/16719, K.2016/18983, 23/6/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/16895, K.2016/18985, 23/6/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/16897, K.2016/18987, 23/6/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/16899, K.2016/18989, 23/6/2016.

- Yargıtay 22. HD, E.2016/17080, K.2016/18991, 23/6/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/9374, K.2016/11137 18/4/2016.
- Yargıtay 22. HD, E.2016/9568, K.2016/12488, 26/4/2016.
- Yargıtay 3. CD, E.2021/7929, K.2021/9940, 4/11/2021.
- Yargıtay 3. CD, E.2021/7930, K.2021/9758, 25/10/2021.
- Yargıtay 3. CD, E.2022/1228, K. 2022/4114, 28/6/2022.
- Yargıtay 3. CD, E.2022/1234, K.2022/3922, 22/6/2022.
- Yargıtay 3. CD, E.2022/23755, K.2022/6527, 11/10/2022.
- Yargıtay 3. CD, E.2022/7608, K.2022/6526, 11/10/2022.
- Yargıtay 16. CD, E.2019/521, K.2019/4769, 5/7/2019.
- Yargıtay HGK, E.2021/355, K.2022/1225, 4/10/2022.

İnternet Kaynakları

EREN, Abdurrahman (2023). “AYM’nin Şerafettin Can Atalay Kararının Değerlendirilmesi”, *Kânûn-i Esâsî*, <https://www.kanuniesasi.com/2023/11/10/aymnin-serafettin-can-atalay-kararinin-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 24/9/2024).

<https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi> (Erişim Tarihi: 23/9/2024).

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/yargitayin-yerlesik-ictihatlarina-aykiri-olarak-karar-verilmesi-nedeniyle-hakkaniyete-uygun-yargilanma-hakkinin-ihlal-edilmesi/> (Erişim Tarihi: 7/6/2024).

ABATAY, Burak (2023). “Yargıtay’ın AYM Açıklamasına Hukukçular Ne Diyor?”, *BBC News Türkçe*, <https://www.bbc.com/turkce/articles/c97ry9rlz4jo> (Erişim Tarihi: 24/9/2024).

MENGÜÇ, Dora (2023). “AYM-Yargıtay Krizinde Hukukçular Ne Diyor?”, *Independent Türkçe*, <https://www.indyturk.com/node/673171/>

siyaset/aym-yarg%C4%B1tay-krizinde-hukuk%C3%A7ular-ne-di-yor (Erişim Tarihi: 24/9/2024).

ÖZTÜRK, Fundanur (2023). “Yargıtay'dan Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusu”, *BBC News Türkçe*, <https://www.bbc.com/turkce/articles/c72q6d5d9j2o> (Erişim Tarihi: 24/9/2024).

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 9/8/2023).



KİŞİSEL VERİLERİN ÇEREZLER ARACILIĞI İLE İŞLENMESİNDE AÇIK RIZA

Explicit Consent in the Processing of Personal Data through Cookies

Doç. Dr. Bayram DOĞAN*

ÖZET

Kişisel verileri çerezleri kullanarak işleyen teknolojilerde açık rızanın hukuka uygun olarak alınmasını irdelediğimiz bu çalışmada öncelikle kişisel veri, çerez, çerez türleri ve açık rıza kavramları ele alınmıştır. Akabinde çerezlerin kullanımına ilişkin tarihçeye yer verilmiştir. Daha sonra ise kişisel verileri koruma hukuku kapsamında açık rıza alınması gereken durumlar ile açık rızaya gerek olmayan durumlar genel hatları ile belirtilerek çerez türleri bağlamında açık rıza gereken ve gerekmeyen çerezler açıklanmıştır. Son olarak işlenmesinde açık rıza gereken çerezler hakkında hukuka uygun olarak nasıl bir şekilde açık rızanın alınabileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda çerezler yoluyla kişisel veri işleyen internet sitesi operatörleri için 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Kanun) kapsamında kişisel verilerin işlenmesi amacıyla yönelik öneriler ile eleştirilere de yer verilmiştir. Ayrıca çerezler kullanılarak kişisel verilerin işlenmesi hakkında hangi ilkelere dikkat edilmesi gerektiği hususu da ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Kişisel veri, açık rıza, çerezler, çerezlerin hukuka uygun işlenmesi.

* Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, bayramdogan@ksu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6920-2685

ABSTRACT

In this study, which strives to elaborate on the requirement to obtain explicit consent in accordance with the law in technologies that process personal data using cookies, the concepts of personal data, cookie, cookie types and explicit consent are first defined. The study then refers to the history of the use of cookies. Then, within the scope of personal data protection law, the situations for which explicit consent is required and the situations for which explicit consent is not sought are outlined in general terms, and cookies that require and do not require explicit consent are explained by the types of cookies. The study then explains how explicit consent can be obtained in accordance with the law for cookies that require explicit consent to be processed. In this context, the study also puts forward suggestions and criticisms for the purpose of processing personal data within the scope of the Personal Data Protection Law no. 6698 (Law) for website operators who process personal data through cookies. In addition, the principles that should be taken into consideration in processing personal data through using cookies are also discussed.

Keywords: Personal data, explicit consent, cookies, processing of cookies in accordance with the law.

GİRİŞ

İnternet kullanımının yaygınlaşması ve bilişim teknolojilerinin gelişmesiyle beraber çerez kavramı gündeme gelmeye başlamıştır. İnternet sitelerinde gezinirken ve site içi uygulamaları kullanırken kişisel veriler, çerez adı verilen dosyalar vasıtasıyla depolanmaktadır. Bu şekilde pek çok kişisel verinin veri sahibinin bilgisi dâhilinde olsun ya da olmasın işlenmesi bu alanın da kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Çerez adı verilen dosyalar vasıtasıyla internet siteleri yoğun şekilde kişisel verileri işlemektedir. Dolayısıyla bu sorun günümüzde oldukça yoğun olarak yaşanmaktadır¹. Özellikle bilgi çağı olarak nitelendirilen bu zamanda bilginin yani verinin öneminin artması karşısında kişisel verilere duyulan ihtiyaç çerez kullanımının yaygınlaşmasının en önemli nedenidir. Başka bir ifade ile çerezler birçok açıdan büyük bir öneme sahip hâle gelmiştir².

Çerez kullanımına ilişkin rıza, kullanılan tarayıcının ayarları ile genel olarak verilebileceği gibi³ ziyaret edilen internet sitesinin de özel olarak çerez ayarlarına ilişkin seçenekleri ziyaretçiye sunması gerekmektedir.

1 Kandır, M. O. (2023). "İnternet Sitelerinde Çerez (Cookies) Terörü", <https://www.mkandir.av.tr/2023/01/24/internet-sitelerinde-cerez-cookies-teroru/> (Erişim Tarihi: 26/12/2023)

2 Erşin, A. (2024). "‘Agencia Espanola Proteccion Datos’ Çerez Kullanma Rehberi", *Hukuk ve Bilişim 3.Nesil Hukuk Dergisi*, <https://hukukvebilisim.org/agencia-espanola-proteccion-datos-kvkk-ispayanya-muadili-cerez-kullanma-rehberi/> (Erişim Tarihi: 15/1/2024), "... İnternet çerezlerinin yaygın amaçlarından biri, kullanıcıları birden fazla web sitesinde gezinirken izlemek ve onlara kişiselleştirilmiş reklamlar (web aramalarına, beğenilerine ve beğenmediklerine göre) göstermektir. ..." Uzman Posta (2024). "Cookie Nedir? Çerezler Güvenli mi? Veri Güvenliği ve Gizliliği İçin Çerez Yönetimi", <https://uzmanposta.com/blog/cookie/#:~:text=Bir%C3%A7ok%20%C3%A7erez%2C%20siz%20web%20sitesini,hangi%20%C3%A7erezleri%20kabul%20edece%C4%9Finizi%20se%C3%A7ebilirsiniz> (Erişim Tarihi: 15/1/2024)

3 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (2023). "Çerez Politikası", <https://kvkk.asbu.edu.tr/tr/cerez-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023)

Kişisel verilerin korunması açısından çerezler konusu oldukça önem arz etmektedir. Zira veri gizliliği ihlali potansiyeli bulundurması nedeniyle konu önemli hâle gelmektedir⁴.

Çalışmanın ilk bölümünde kişisel veri, çerez, çerez türleri ve açık rıza gibi kavramlar tanımlanmış olup ayrıca çerez kullanımın tarihçesine değinilmiştir. Böylelikle kavramsal çerçeve ortaya konulmuştur. Daha sonra ise 6698 sayılı Kanun çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesinin açık rızaya tabi olduğu hâller ile açık rızaya gerek olmayan hâller genel hatlarıyla aktarılmıştır. Bu ikili ayrımın kişisel verileri işleyen çerezler özelinde de geçerli olması karşısında çerezler yoluyla kişisel verilerin işlenmesinin açık rızaya tabi olduğu hâller ile açık rızanın gerekli olmadığı hâller ayrıntılı olarak işlenmeye çalışılmıştır.

Kişisel verilerin işlenmesinin veri sorumlusunun açık rızasına bağlı olduğu hâllerde açık rızanın sahip olması gereken nitelikler ortaya konulmalıdır. Bu nitelikleri en genel hâliyle şu şekilde sıralayabiliriz: Birincisi; rızanın belirli bir konuya ilişkin olması, ikincisi; aydınlatmaya dayalı olması, üçüncüsü; veri sahibinin özgür iradesiyle verilmesi olarak ifade edebiliriz. Söz konusu niteliklere sahip olarak alınan açık rızanın ancak hukuka uygun bir şekilde kişisel verilerin işlenmesi için alınan açık rıza olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE TARİHÇE

A. KİŞİSEL VERİ, ÇEREZ, ÇEREZ TÜRLERİ VE AÇIK RIZA KAVRAMI

1. Kişisel Veri

Kişisel veri, öğretilerde yer alan pek çok farklı yazar tarafından aynı şekilde tanımlandığı⁵ üzere 6698 sayılı Kanun'un

4 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). "AB ve Türk Hukukunda Çerezler: Kişisel Verilerin Korunması Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 3., S. 1., s. 62.

5 Dülger, M. V. (2016). "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması",

Tanımlar başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının d) bendinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi, (...) ifade eder.”

Yukarıda yer alan tanım, öğretilerde ifade edilen pek çok unsuru kapsamaktadır. Buna göre kişisel veri sayılabilecek unsurlara örnek olarak ad, soy ad, sosyal güvenlik bilgileri, ev adresi, iş adresi, bağlı bulunduğu yahut üyesi bulunduğu siyasi parti, sendika, dernek, vakıf bilgileri, fizyolojik özellikler, kredi kartı bilgileri, sağlık verileri verilebilir⁶. Söz konusu bu verilerden bazıları, tek başına belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiyi ifade etmese de bir araya getirilmesi hâlinde belirlenebilir bir gerçek kişiye ait olmaktadır⁷. Ayrıca tanım da gerçek kişi ifadesi yer aldığından tüzel kişilere ait veriler, Türk hukuku kapsamında kişisel veri olarak nitelendirilmemektedir⁸.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3., S. 2., s. 107; Doğan, B. (2023). *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 54; Akgül, A. (2014). *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 7; Kılıç, M. H. (2022). “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Çerezler”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 5.

6 Doğan, B. (2023). s. 54. Anayasa Mahkemesi de kişisel veri örneklerini şu şekilde sıralamıştır: “Adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler”. *Sebiha Kaya*, B. No: 2018/34124, 20/5/2021.

7 Ilgaz, B. (2023). “Çerezlerin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından İncelenmesi”, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 16; Kılıç, M. H. (2022). s. 10. “... o verinin sahibini belirli kılması, tanıtması, verinin belirli bir kişiyi tarif etmesi yeterlidir.” Doğan, B. (2023). s. 57.

8 Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ne göre gerçek kişilere tanınan kişisel verilerini koruma hakkının sözleşmeye taraf devletlerin iç düzenlemeleriyle tüzel kişilere de uygulanabilmesi olanaklı kılınmıştır. Doğan, B. (2023). s. 56; Göçmen Uyarer, S. (2019). “6698 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,

Veri sorumluları tarafından gerçek kişilere ait pek çok kişisel veri işlenebilmektedir. Söz konusu bu veri işleme faaliyeti, her veri sorumlusu özelinde ve dahi her türlü kişisel veri nezdinde farklı amaçlarla gerçekleştirilmektedir.

Kişisel verileri koruma hukuku alanında regülatif düzenleme yapma yetkisine haiz bağımsız bir idari otorite olarak Kişisel Verileri Koruma Kurumu ise 2016 yılında 6698 sayılı Kanun ile kurulmuştur⁹.

2. Çerez

Çerez kavramı, İngilizce öğretilde cookie¹⁰ (kurabiye) olarak adlandırılmakta iken Türkçeye çerez olarak aktarılmıştır¹¹. Söz konusu bu çeviri farklılığı, Türk kültüründe atıştırma olarak çerezin daha çok tercih edilmesinden kaynaklanmaktadır¹².

Çerez kavramı konusunda farklı tanımlar bulunmakla birlikte¹³ çerez, ziyaret edilen internet sitelerinin veri sahibinin

s. 30-31. Norveç, Avusturya ve İzlanda gibi devletler kişisel veri alanındaki ilk düzenlemelerinde kavrama tüzel kişilerin verilerini de dâhil etmişlerdir. Kılıç, M. H. (2022). s. 17.

9 Doğan, B. (2023). s. 136; Gürsel, E. ve Düğmeci, F. (2018). "Yapısal Anlamda Türkiye Kişisel Verileri Koruma Kurumu'na İlişkin Bir Değerlendirme", *Research Studies Anatolia Journal*, C. 1., S. 2., s. 319, Uyarer, S. G. (2019). s. 135.

10 Cookie kavramının nasıl ortaya çıktığı hakkında bkz., Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler", s. 7, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/c4cb3fce-4c4d-40af-9410-fe3bdcafe8e9.pdf> (Erişim Tarihi: 19/2/2024)

11 Göçmen Uyarer, S. (2019). s. 43; Ilgaz, B. (2023). s. 32.

12 Kandır, M. O. (2023).

13 "Ziyaret edilen internet siteleri tarafından internet tarayıcısına (Chrome, Internet Explorer, Firefox ya da Opera gibi) gönderilen küçük boyutlu metin dosyalarına çerez demektedir. Uzun, F. B. (2019). "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunda Çerez (Cookie) Kullanımı", <https://www.linkedin.com/pulse/ki%C5%9Fisel-verilerin-korunmas%C4%B1-hukukunda-%C3%A7erez-cookie-kullan%C4%B1m%C4%B1-uzun/> (Erişim Tarihi: 9/1/2024). "Çerez, temel olarak, kullanıcı bir internet sitesini ziyaret ettiğinde kişisel verilerinin kullanıcının terminal cihazlarında depolanmasını sağlayan text formatı olarak tanımlanmaktadır." Taş. C. A. (2024). "KVKK Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber", *Hukuk ve Bilişim 3.Nesil Hukuk Dergisi*, <https://hukukvebilisim.org/kvkk-cerez-uygulamaları-hakkında-rehber/> (Erişim Tarihi 12/1/2024). Çerezler, herhangi bir internet sayfası

ziyaret esnasında kullandığı tarayıcıda bıraktığı metin dosyaları olarak tanımlanabilir. Bu metin dosyaları sayesinde site aynı tarayıcı üzerinden tekrar ziyaret edildiğinde ziyaretçinin kullanılan çerezlere göre bazı bilgilerin hatırlanması sağlanmaktadır¹⁴. Bu sayede sitenin kullanımı daha kolay hâle gelmekte ve kullanıcıların da siteden bekledikleri faydaları temin etmeleri sağlanabilmektedir¹⁵. Söz konusu çerezleri kullanan veri sorumluları ziyaretçilerin kişisel verilerini çeşitli amaçlarla işleme olanağı elde etmektedir¹⁶. Bu kapsamda verilerin işlenmesi için gerekli verileri toplamak üzere çerezler kullanılmaktadırlar¹⁷. Çerezler yoluyla toplanan veriler tek başına bir kimsenin kimliğini belirlenebilir kılmasa da bir araya getirildiğinde kimliği belirlenebilir birine ulaşıldığı için kişisel veri kapsamına girmektedir¹⁸.

ziyaret edildiği zaman kullanıcılara ait bazı bilgilerin kişilerin terminal cihazlarında depolanmasına izin veren düşük boyutlu zengin metin biçimli text formatlarıdır. Mysoft (2024). "Çerez Nedir? Çerezler Kişisel Veri Midir?", <https://www.mysoft.com.tr/cezeler-kisisel-veri-midir-kvkk-cezeler-politikasi-nedir> (Erişim Tarihi: 12/1/2024). "... Çerezler (cookies), çerezler, bir internet sayfası ziyaret edildiğinde kullanıcılara ilişkin birtakım bilgilerin kullanıcıların terminal cihazlarında depolanmasına izin veren düşük boyutlu zengin metin biçimli text formatlarıdır. ..." Okur, F. (2024). "KVKK Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber Taslağı", <https://www.linkedin.com/pulse/hukuk-ve-bili%C5%9Fim-g%C3%BCndem-yaz%C4%B1lar%C4%B1-10-kvkk-%C3%A7erez-/> (Erişim Tarihi: 12/1/2024)

- 14 ICO (2024). "Cookies and Similar Technologies", <https://ico.org.uk/for-organisations/direct-marketing-and-privacy-and-electronic-communications/guide-to-pecr/cookies-and-similar-technologies/> (Erişim Tarihi: 15/1/2024)
- 15 Veri Koruma Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024). "Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Web Sitesi Çerez Rehberi", <https://www.verko.com.tr/wp-content/uploads/2020/09/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Bakimindan-Cerez-Rehberi-donusturuldu.pdf> (Erişim Tarihi: 16/1/2024)
- 16 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler", s. 15.
- 17 Uzun, F. B. (2024).
- 18 Aksoy, H. C. (2024). "Çerezler 101", *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Bülten Sayı: 3: Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler*, s. 10, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/c4cb3fce-4c4d-40af-9410-fe3bdcf8e8e9.pdf> (Erişim Tarihi: 19/2/2024); Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024). "Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Çerezler; Türleri, Kullanımları ve Uygulama Örnekleriyle", <https://blog.lexpera.com.tr/kisisel-verilerin-korunmasi-cercevesinde-cezeler-turleri-kullanimlari-ve-uygulama-ornekleriyle/> (Erişim Tarihi: 16/1/2024); Mysoft (2024).

a. Çerez Türleri

Çerezler; saklanma sürelerine göre, çerezleri kullanan tarafa göre ve kullanım amaçlarına göre farklı türlere ayrılmaktadır¹⁹.

Saklanma sürelerine göre çerezler, oturum çerezleri ve kalıcı çerezler olarak ikiye ayrılmaktadır²⁰. Oturum çerezleri, veri sahibinin oturumu boyunca saklanan ve oturumun sona ermesi ile silinen çerezlerdir²¹. Söz konusu bu çerezler oturumun sürekliliğini sağlamak üzere kullanılmaktadır²². Bu kapsamda çerezler, oturum sona erse dahi veri sahibinin kullandığı cihazdan silinmeyen veri toplamada kullanılan bir uygulamadır²³. Bu uygulama sayesinde elde edilen bilgiler, oturum sona erdikten belli bir zaman sonra kendiliğinden silinebildiği gibi bazı türlerinde ise veri sahibi tarafından silinene kadar muhafaza edilmektedir²⁴.

Çerezleri kullanan tarafa göre çerez türleri ise birinci taraf çerezler ve üçüncü taraf çerezler olarak ikiye ayrılmaktadır²⁵. Birinci taraf çerezler, veri sahibinin ziyaret ettiği internet sitesi tarafından oluşturulmakta iken üçüncü taraf çerezler ise ziyaret edilen internet sitesi haricinde üçüncü bir kişi tarafından oluşturulmaktadır²⁶. Üçüncü taraf çerezler özellikleri gereği genellikle reklam/pazarlama çerezleridir²⁷.

19 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 63; Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024).

20 Okur, F. (2024); Erşin, A. (2024).

21 Cihangir, A. T. (2024); Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024).

22 Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024); Takasbank (2023). “Çerezlere Dair Aydınlatma Metni”, https://www.takasbank.com.tr/documents/Document/ASP.NETD-Zorunlu%20%C3%87erezlere%20Dair%20Ayd%C4%B1nlatma%20Metni%2019.1_8eabc916-9a7c-47c1-bcaa-5f26ba10a4e2.pdf (Erişim Tarihi: 23/12/2023)

23 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021), s. 64.

24 Taş, C. A. (2024); Okur, F. (2024); Takasbank (2023).

25 Erşin, A. (2024); Taş, C. A. (2024); Uzman Posta (2024). “Cookie Nedir? Çerezler Güvenli mi? Veri Güvenliği ve Gizliliği İçin Çerez Yönetimi”, <https://uzmanposta.com/blog/cookie/#::~text=Bir%C3%A7ok%20%C3%A7erez%2C%20siz%20web%20sitesini,hangi%20%C3%A7erezleri%20kabul%20edece%C4%9Finizi%20se%C3%A7ebilirsiniz> (Erişim Tarihi: 15/1/2024)

26 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021), s. 63; Okur, F. (2024); Uzman Posta (2024).

27 Yeşilaltay, B. (2020). “Çerez Kullanımının Hukuki Çerçevesi”, İstanbul:

Son olarak çerezler kullanım amaçlarına göre türlere ayrılabilir. Buna göre çerezler kesinlikle gerekli (zorunlu), işlevsel, reklam/pazarlama ve performans/analiz çerezleri olarak dört alt sınıfa ayrılmaktadır²⁸. Kesinlikle gerekli çerezler, ziyaret edilen internet sitesinin veya site içerisindeki birtakım uygulamaların niteliğine uygun olarak kullanılmasını sağlayan çerezlerdir²⁹. Bu çerezler olmadan söz konusu sitenin veya uygulamanın kullanılması ya mümkün değildir³⁰ ya da oldukça güç durumda olacaktır. Üyelik gerektiren bir sitede üye girişi ile devam etme³¹, form doldurma³², gizlilik tercihlerinin hatırlanması gibi site içerisindeki bağlantılarda ilerlerken bu çerezlere ihtiyaç duyulabilmektedir. Şayet bu çerezler olmasaydı site içerisinde ilerlerken her sayfada yeniden üye girişi yapmak zorunda kalınacaktı³³. Birden fazla sayfada yer alan formun doldurulması, diğer sayfalarda verilen seçeneklerin kaydedilmemesi sonucu imkânsız hâle gelirdi. Söz konusu çerezler kullanılan tarafa göre birinci taraf çerezlerdir³⁴.

İşlevsel çerezler, kullanılan sitenin ve site içi uygulamaların daha işlevsel bir şekilde kullanımını sağlayan çerezlerdir³⁵. Site içerisindeki arama kayıtlarını ya da kullanıcı adı, şifre ve

İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 9; Uzman Posta (2024). Üçüncü taraf çerezlerin zorunlu çerez olarak değerlendirilemeyeceği hakkındaki karar örneği için bkz: Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2023/1645 No'lu ve 28.09.2023 Tarihli Kararı, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/7765/2023-1645> (Erişim Tarihi: 14/2/2024)

28 Uzun, F. B. (2024); Taş, C. A. (2024).

29 Kılıç, M. H. (2022). s. 81; Veri Koruma Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024).

30 Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024).

31 Taş, C. A. (2024); Aksoy, H. C. (2024).

32 Mysoft (2024).

33 "Örneğin, oturum açan üyelerin Site'de farklı sayfaları ziyaret ederken tekrar şifre girmelerine gerek kalmaması" Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (2023).

34 Aksoy, H. C. ve Halicioğlu, M. (2021). s. 64.

35 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber", s. 16, 50, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/fb193dbb-b159-4221-8a7b-3addc083d33f.pdf> (Erişim Tarihi: 06/2/2024)

dil tercihi gibi bilgileri tutan çerezler buna örnek verilebilir³⁶. Böylelikle sitenin ziyaretçiye uygun olarak kişiselleştirilmesi sağlanabilmektedir³⁷. Aynı zamanda bu çerezler, internet sitesinin güvenliği için de kullanılabilir³⁸.

Reklam/pazarlama çerezleri ise adından da anlaşılacağı üzere ziyaretçilerine yönelik profil oluşturarak³⁹ başta kişiselleştirilmiş reklamlar olmak üzere pazarlama faaliyetlerine yönelik kişisel verileri toplamaya yarayan çerezlerdir⁴⁰. Üçüncü taraf çerezlerin çoğu reklam/pazarlama çerezi olup bu çerezler, ziyaretçilerin hareketlerinden beğenmiş oldukları mal ve hizmetlerin benzerlerinin karşısına çıkmasını sağlamaktadırlar⁴¹.

Performans/analiz çerezleri, site ve site içi uygulamaları analiz ederek söz konusu uygulamaların performansını artırmaya yönelik çerezlerdir. Söz konusu siteyi kaç kişinin ziyaret ettiği, siteyi ziyaret edenlerin hangi uygulamaları daha çok kullandığı⁴², site içerisindeki arama seçeneğinden hangi bilgilerin talep edildiği gibi sitenin geliştirilmesi için kullanılan çerezlerdir⁴³. Bu tür çerezler ziyaretçilerin sonraki ziyaretlerinde daha iyi bir site hizmeti almasını amaçlamaktadır⁴⁴.

36 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 64; Uzun, F. B. (2024); Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, (2023).

37 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 64; Taş, C. A. (2024); Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024).

38 Uzun, F. B. (2024). Güvenlik için kullanılan bazı çerezler, zorunlu çerezler de olabilmektedir. Mysoft, (2024).

39 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 62.

40 "... Bu çerezler yoluyla elde edilen veriler diğer kişisel verilerle birleştirilerek gerekli içerikler oluşturulur ve kişiye özel reklam ve ürünler kullanıcıya gösterilir. ..." Taş, C. A. (2024); Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024); Veri Koruma Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024).

41 "... örneğin kişilerin internet sitesinde hangi ürüne baktığını tespit edip aynı veya benzer ürünün kullanıcının girdiği diğer sitelerde de gösterilmesi ..." Uzun, F. B. (2024); Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 64; Veri Koruma Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024).

42 "... örneğin internet sitesinde hangi menünün kaç kez tıkladığına ilişkin istatistik oluşturulması ..." Uzun, F. B. (2024). Bu yüzden bu tür çerezlere istatistik çerezleri de denilmektedir. Uzman Posta (2024).

43 Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024).

44 Okur, F. (2024); Veri Koruma Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024).

b. Açık Rıza

Açık rıza kavramına ilişkin öğretinin çoğu kanun hükmünü tekrarlarlarken⁴⁵ bazı daha geniş tanımlamalar da yapılmıştır⁴⁶. 6698 sayılı Kanun'un Tanımlar başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının a) bendinde açık rıza kavramı şu şekilde tanımlanmıştır; *"Bu Kanunun uygulanmasında Açık rıza: Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı, ifade eder."*

Açık rızanın tanımın yapıldığı bu madde aynı zamanda hukuka uygun açık rızanın unsurlarını da sıralamış olmaktadır. Söz konusu bu unsurlar ileride ayrıntısıyla ele alınacaktır.

B. Çerez Kullanımının Tarihçesi

Site içerisindeki sayfalar arası gezinti yapıldığında kullanıcının bilgilerinin hatırlanması ihtiyacının doğması çerezlere olan gereksinimi başlatmıştır⁴⁷. 1994 yılında Lou Montulli tarafından geliştirilen *"cookie"* kavramı ile birlikte çerezler de artık bireylerin günlük yaşantısının bir parçası olmuştur⁴⁸.

Çerezlerin ilk ortaya çıktığı zaman sakladığı bilgiler, ziyaretçinin siteyi ziyaret etme sıklığı ile internet alışverişlerinde

45 Ilgaz, B. (2023). s. 59; Güner, T. S. (2021). "Kişisel Verilerin İşlenmesine Yönelik Olarak Açık Rıza Verilmesi ve Açık Rıza Beyanında Bulunma Ehliyeti", Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 103; İmaçlı C. (2023). 6698 Sayılı KVKK Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenme Şartları, içinde Kaya, C. (Ed.), *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bilgi Edinme Hukuku: Çeşitli Açılardan Bakış*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 153.

46 "İlgili kişinin dolayısıyla veri sahibinin kendisiyle ilgili verinin işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanıdır." Doğan, B. (2023). s. 60. "Zira açık rıza en temel haliyle veri işleyene, verisi işleneni bilgilendirme yükümlülüğü ve verisi işlenene ise rızasını özgür iradeyle verebilme hakkı olarak tanımlanmış" Uyarer, S. G. (2019). s. 88.

47 "Çerezlerin internete 'hafıza kazandırma' ihtiyacından doğduğu düşünülebilir." Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler", s. 6.

48 Yeşilaltay, B. (2020) s. 5; Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler", s. 6.

birden çok sayfaya geçiş yapılırken ürünün hatırlanmasına ilişkin bilgilerden ibaretti⁴⁹. 2000`li yıllardan itibaren ise reklam çerezlerin ortaya çıkması ile kişisel verilerin ziyaret edilen site ve üçüncü taraflarca yoğun bir şekilde toplanması karşısında bu alanda düzenleme yapma gereksinimini ortaya çıkarmıştır⁵⁰. Hukuki düzenlemelerin yanı sıra tarayıcılar tarafından çerezlerin engellenmesine ve oturum çerezleri hariç kalıcı çerezlerin tarayıcı kapandığında veya kısa süre sonra kendiliğinden silinmesine yönelik ayarlar geliştirmiştir⁵¹.

Türk hukuku açısından Haziran 2022 tarihine kadar çerezler özelinde bir düzenleme bulunmamaktaydı. Fakat çerez kullanımının internet teknolojisi ile birlikte ülkemize girdiğini söyleyebiliriz. 6698 sayılı Kanun, kişisel veri işlenmesine ilişkin genel düzenlemeler barındırdığından çerezler yoluyla kişisel verileri işleyen teknolojilerde de uygulama alanı bulmuş ve hâlen de bulunmaktadır⁵². Bunun yanı sıra 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu`nun 51. maddesinin 3. fıkrası⁵³ bağlamında çerezlerin adı zikredilmeden ve sadece çerezlere yönelik olmayan sınırlı bir düzenleme yapılmıştır⁵⁴.

Haziran 2022 itibarıyla Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber (Çerez Rehberi) yayımlanmıştır⁵⁵. Söz konusu rehber ile çerezler yoluyla kişisel verilerin işlenmesine ilişkin esaslar gösterilerek açık rızanın hukuka uygun elde edilmesine yönelik iyi ve kötü uy-

49 Uzman Posta (2024).

50 a.g.e.

51 a.g.e.

52 Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024); Veri Koruma Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024).

53 "Elektronik haberleşme şebekeleri, haberleşmenin sağlanması dışında abonelerin/kullanıcıların terminal cihazlarında bilgi saklamak veya saklanan bilgilere erişim sağlamak amacıyla işletmeciler tarafından ancak ilgili abonelerin/kullanıcıların verilerin işlenmesi hakkında açık ve kapsamlı olarak bilgilendirilmeleri ve açık rızalarının alınması kaydıyla kullanılabilir."

54 Aksoy, H. C. (2024). s. 11.

55 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler".

gulama örnekleri tarif edilmiştir⁵⁶. Kişisel veri işlenmesinde kullanılmayan çerezler ise kapsam dışında tutulmuştur⁵⁷.

Avrupa Birliği (AB) bakımından çerezlere yönelik iki ana düzenleme bulunmaktadır⁵⁸. Bunlardan ilki 2018 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü⁵⁹ (General Data Protection Regulation-GDPR) olup anılan Tüzük AB üyesi ülkelerde veri işleme standartlarını ve bu ülkelerin vatandaşlarının kişisel verilerinin işlenmesini düzenleyen tüzüktür. Bir diğer düzenleme olarak 2002 yılında yürürlüğe giren ve 2009 yılında değişiklikler yapılan E-Gizlilik Direktifi⁶⁰ gösterilebilir⁶¹. Söz konusu bu direktif, elektronik haberleşme ortamındaki verilerle ilgili olup özellikle çerez kullanımına ilişkin oldukça geniş hükümler içermektedir⁶². Direktif'in Tüzüğe⁶³ göre daha özel hükümler içermesi nedeniyle öncelikli olarak uygulama alanı bulduğu söylenebilir⁶⁴.

56 Taş, C. A. (2024); Can, E. (2024). "Günlük Dijital Deneyimimizde Çerezlerin Rolü ve Çerezler Yoluyla Kişisel Verilerin İşlenmesi", *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Bülten Sayı: 3: Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler*, s. 13, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/c4cb3fce-4c4d-40af-9410-fe3bdcfae8e9.pdf>. (Erişim Tarihi: 19/2/2024)

57 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber", s. 15; Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler", s. 7.

58 Koçak, Ş. (2024). "Kişisel Verilerin Korunması Açısından Dijital Parmak İzi", *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Bülten Sayı: 3: Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler*, s. 42, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/c4cb3fce-4c4d-40af-9410-fe3bdcfae8e9.pdf>, (Erişim Tarihi: 19/2/2024)

59 Söz konusu tüzüğün tam metni için bkz. <https://gdpr-info.eu/chapter-1/> (Erişim Tarihi: 10/1/2024)

60 Söz konusu direktif için bkz. https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/legislation/directive-2009136ec_en, *European Data Protection Supervisor* (Erişim Tarihi: 10/1/2024)

61 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 61.

62 <https://cookiespool.com/>, *Cookie Spool* (Erişim Tarihi: 10/1/2024). Hakeza 2009 yılı değişiklikleri sonucu söz konusu Direktif için "Çerez Kanunu" ibaresi de kullanılmıştır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz., Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 64.

63 Normlar hiyerarşisinde Tüzük, Direktif'ten daha güçlü bir düzenleme şeklidir. Buna karşın Direktif Tüzüğe göre özel norm niteliğindedir. Bu nedenle öncelikli olarak uygulama alanı bulduğu söylenebilir. Fakat bu durum Direktif'in Tüzüğe aykırı hükümler içereceği anlamında da gelmemektedir.

64 Uzun, F. B. (2024).

AB hukuku normu olan yukarıdaki iki düzenlemeden GDPR, Türkiye’de kişisel veri işleme faaliyetinde bulunan veri sorumlularını daha yakından alakadar etmektedir zira AB üyesi olmayan bir ülkeden AB üyesi olan bir ülkeye mal veya hizmet tedarikinde bulunan veri sorumluları da GDPR hükümlerine tabi olmaktadır⁶⁵. Bu bağlamda Türkiye’de mevzuatın GDPR’ye uyumlu olması AB üyelik süreci haricinde bu yönden de önem arz etmektedir.

II. KİŞİSEL VERİ İŞLEMEDE AÇIK RIZA ALINMASI GEREKEN VE GEREKMEYEN HÂLLER

A. Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rıza Alınması Gereken Hâller

Bir gerçek kişiye ilişkin kişisel verilerin işlenmesi kural olarak veri sahibinin açık rızasına bağlı kılınmıştır. Söz konusu bu kural, 6698 Sayılı Kanun’un hem genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartının düzenlendiği 5. maddesinin ilk fıkrasında hem de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartının düzenlendiği 6. maddesinin ikinci fıkrasında aşağıdaki gibi yer almaktadır; “*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.*” *Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.*”

Kanun Koyucu tarafından kişisel verilerin işlenmesi kural olarak açık rıza şartına bağlı kılındığından açık rıza gereken hâller ayrıca sayılmamıştır. Diğer bir deyişle kanunda açık rıza alınmasına gerek olmayan hâller kapsamına giren bir hâl bulunmadığı sürece veri sorumlusunun veri sahibinin açık rızasını alması gerekecektir.

65 *“In order to ensure that natural persons are not deprived of the protection to which they are entitled under this Regulation, the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or a processor not established in the Union should be subject to this Regulation where the processing activities are related to offering goods or services to such data subjects irrespective of whether connected to a payment.”* <https://gdpr-info.eu/recitals/no-23/> (Erişim Tarihi:12/1/2024)

B. Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rıza Alınmasına Gerek Olmayan Hâller

Kişisel verilerin işlenmesi kural olarak veri sahibinin açık rızasına tabi bulunsa da bazı hâllerde bu açık rızanın alınmasına gerek bulunmamaktadır. Söz konusu bu hâller, 6698 Sayılı Kanun'un hem genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartının düzenlendiği 5. maddesinin 2. fıkrasında hem de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartının düzenlendiği 6. maddesinin 3. fıkrasında aşağıdaki şekilde yer almaktadır:

(3) (**Değişik:2/3/2024-7499/33 md.**)⁶⁶ Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak bu verilerin işlenmesi;

a) İlgili kişinin açık rızasının olması,

b) Kanunlarda açıkça öngörülmesi,

c) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendi-

66 KVKK'nın 6. maddesinin eski hali şu şekildedir: "Özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları Madde 6 - (1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. (2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. (3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. (4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır." KVKK'nın 6. maddesinin sistematığına bakıldığında; özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Hukuki işleme sebebi açısından ilgili kanunlarda öngörülen haller için sağlık ve cinsel hayat verileri dışındaki veriler için ise istisna tanınmıştır. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği öngörülmüştür. Diğer bir deyişle, açık rıza ve sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işleme temel hukuki işleme sebebidir. Bkz., Kaya, M. B. (2024). KVKK Reformu: 2024 Değişiklikleri (Dijital Baskı), <https://mbkaya.com/hukuk/kvkk-reformu.pdf>, s. 8-9 (Erişim Tarihi: 25/9/2024)

sinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,

ç) İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması,

d) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması,

e) Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması,

f) İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması,

g) Siyasi, felsefi, dinî veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması,

hâlinde mümkündür.

Kanun koyucu tarafından açık rıza aranmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği hâller tahdidi olarak sayılmıştır. Veri sorumluları tarafından bu hâllerin somut veri işleme durumunda gerçekleştiği ispatlanmalıdır. Diğer bir deyişle veri sahibinden açık rıza alınmadan gerçekleştirilen veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olduğunun ileri sürülebilmesi ancak veri sorumluları tarafından Kanun'da sayılan bu hâllerden biri ya da birkaçının var olduğunun kanıtlanmasıyla mümkündür.

Ayrıca Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasında aşağıdaki şekilde bir düzenleme ile Kurula da önemli bir yükümlülük getirilmiştir.

(4) *Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.*

Kanun Koyucu yapılan değişikliklerle özet olarak; kişisel verilerin işlenmesinde açık rıza alınmasına gerek olmayan hâllere, 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 33. maddesi ile 2 Mart 2024 tarihinde değişiklik yapmıştır. Bu sayede veri sahibinden açık rıza alınmadan gerçekleştirilen veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olduğunun ileri sürülebilmesi ancak veri sorumluları tarafından Kanun'da sayılan bu hâllerden biri ya da birkaçının var olduğunun kanıtlanmasıyla mümkün hâle gelmiştir. Ayrıca Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasında yapılan bir düzenleme ile Kurul'a da önemli bir yükümlülük daha getirilmiştir. Mevcut 6. maddeye göre sağlık ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi, sadece ilgili kişinin açık rızasının bulunması veya kanunlarda öngörülmesi hâlinde mümkündür. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikli kişisel veriler ise açık rızanın dışında sadece kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetlerinin finansmanı, yönetimi ve planlanması amacıyla işlenebilmektedir.

KVKK Reform Yasası gerekçesinde de ifade edildiği üzere, mevcut düzenleme uyarınca sağlık verisini sadece Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ve Sağlık Bakanlığı ile sağlık kuruluşları işleyebilmektedir. Buna karşın, özellikle sigorta sektörü, iş kanunu ve çalışma mevzuatı, iş sağlığı ve güvenliği ile sosyal hizmetler alanlarında sağlık verisine ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla anılan değişikliklerle, özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları, gelişen şartlara göre güncel ihtiyaçlar ve GDPR dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir⁶⁷.

67 2024 yılında yapılan değişiklikler sonrası KVKK, genel olarak 2015 yılında ilk tasarı olarak TBMM'ye sunulduğu orijinal şekline döndürülmektedir. Bkz., a.g.e. s. 10-11.

III. ÇEREZLER YOLUYLA KİŞİSEL VERİ İŞLEMEDE AÇIK RIZA ALINMASI GEREKEN VE GEREKMEYEN HÂLLER

A. Çerezler Yoluyla Kişisel Veri İşlenmesinde Açık Rıza Alınması Gereken Hâller

Çerezler, kişisel veri barındıran dosyalar olduğundan çerezler yoluyla da kişisel veri işlenmesinde kural olarak veri sahibinin açık rızası gereklidir. Söz konusu bu rızanın alınmasında çeşitli açık rıza platformları da kullanılabilir⁶⁸. Ayrıca kullanılan çerez türleri yahut da çerezler yoluyla işlenen kişisel verilerin işleme amacı değiştiğinde tekrardan ziyaretçilerden açık rıza alınması gerekebilecektir⁶⁹. Her bir çerez işleme amacı için çerezler özelinde ayrı ayrı açık rıza alınması gerekmektedir⁷⁰. Böylelikle rızanın güncelliği temin edilmiş olacaktır⁷¹.

Açık rıza, geçerli olması için gerekli unsurlar dâhilinde veri sahibinin aktif bir davranışıyla gerçekleştirilmelidir⁷². Nitekim AB Adalet Divanı'nın Planet 49 kararında da bu husus

68 Erşin, A. (2024).

69 ICO (2024).

70 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber", s. 16, 57.

71 Bart Custers, B. (2023). Sonsuza Dek Rıza Vermek İçin Tıklayınız: Aydınlatılmış Rıza İçin Geçerlilik Süresi", Yalçın Erdoğan, Ş. E. (Çev.), içinde Kaya, C. (Ed.), *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bilgi Edinme Hukuku: Çeşitli Açılardan Bakış*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 904.

72 "... Consent must be actively and clearly given. ..." ICO (2024). "... Kurul, açık rıza kavramının tanımı gereği bireyin önceden onayı alınmaksızın kişisel verilerin işlenmesine otomatik onay verildiğinin varsayıldığı (opt-out) gibi bir yöntemin kullanılmayacağını ve bireyin bilinçli eylemi ile kişisel verilerinin işlenmesine onay vereceği (opt-in) bir sistem kurulması gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten, kişiye rızayı kaldırma imkanının verilmiş olması bu noktada bir anlam ifade etmemelidir. Kişi, kişisel verilerinin işlenmemesi için ayrıca bir çaba sarf etmemelidir. Kural olan kişisel verinin işlenmemesidir ve ancak işlenmesine rıza vermek için ayrıca bir harekette bulunulması gerekir. Veri sorumlusunun da açık rıza süreçlerini bu şekilde tasarlaması gerekir ..." Dülger, M. V. (2024). "Yurt Dışına Veri Aktarımında Milyonluk Ceza: Kişisel Verileri Koruma Kurulunun Amazon Kararı", <https://www.hukukihaber.net/yurt-disina-veri-aktariminda-milyonluk-ceza-kisisel-verileri-koruma-kurulunun-amazon-karari> (Erişim Tarihi: 16/1/2024)

dile getirilmektedir⁷³. Bununla birlikte bu çalışmanın yapıldığı tarihte birçok internet sitesinin hâlen bu tanıma uygun bir çerez kullanımı gerçekleştirmediği görülmektedir⁷⁴.

Çerez türleri açısından ise zorunlu çerezler dışında kalan tüm çerez türleri yoluyla kişisel verilerin işlenmesinde veri sahibinin açık rızasının alınması gerekmektedir⁷⁵. Çerez Rehberinde bu çerezlere örnek olarak sosyal eklenti takip çerezleri ve çevrimiçi davranışsal reklamcılık çerezleri verilmiştir⁷⁶. Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından verilen bir kararda zorunlu olmayan çerezlerin kullanıldığı sitede veri sorumlusu tarafından açık rıza alınmadan kişisel verilerin işlenmesi, veri ihlali olarak değerlendirilmiştir⁷⁷.

Üçüncü taraf çerezlerde çerezler yoluyla kişisel verileri işleyen internet sitesi sahibinden bağımsız üçüncü bir kişi ko-numundadır. Çerez Rehberinde üçüncü taraf çerezleri kullanan taraf ile çerezleri direk toplayan birinci taraf arasındaki sözleşmesel ilişki bağlamında iş birliği yapılması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁸.

İnternet sitesine erişim sağlandığında veya site içerisinde

73 Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 01.10.2019 Tarihli Planet 49 GmbH Kararı, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D064F-C9AE5825F3BBCEE9089B8ED0E56?text=&docid=218462&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=912249> (Erişim Tarihi: 12/1/2024)

74 Kandır, M. O. (2023). Uygun olan ve olmayan çerez ayarları örnekleri için bkz., Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024).

75 "... Reklam, pazarlama ve performans amacıyla çalışan çerezlerin kullanılmasının ilgili kişinin açık rızasına tabi olduğu, ..." Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2022/1358 No'lu ve 23.12.2023 Tarihli Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7595/2022-1358> (Erişim Tarihi: 9/1/2024). Bkz., Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024). Birleşik Krallık Bilgi Ofisi Komisyonu da aynı görüşte olmasına rağmen Fransız Veri Koruma Otoritesi performans/analiz çerezleri için açık rızaya gerek olmadığı görüşündedir. Bkz., Aksoy, H. C. ve Halicioğlu, M. (2021). s. 69.

76 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber".

77 Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2022/1358 No'lu Kararı.

78 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber".

yer alan bir eklentiye erişilmek istendiğinde site ve tarayıcı ayarlarında çerezlerin kabul edilip edilmemesi konusunda bir tercihte bulunmayan kullanıcın çerezler yoluyla kişisel verilerinin işlenip işlenemeyeceği cevaplanması gereken bir sorudur. Yukarıdaki paragrafta ifade edildiği üzere site kullanıcısının aktif bir davranış olmadan dolayısıyla çerezler yoluyla kişisel verilerinin işlenmesine açık rıza vermediği hâllerde çerez kullanımını reddetmiş sayılması gerekmektedir. Burada ifade edilen çerezlerin açık rıza alınarak işlenmesi gereken kişisel verilere ilişkin çerezler olduğunu bir kez daha tekrar etmekte yarar bulunmaktadır⁷⁹.

Çerezler yoluyla kişisel verilerin işlenmesi açık rızaya tabi olduğundan internet sitenin kullanılmasına başlandığı anda açık rızaya tabi tüm çerezlerin kapalı yani kullanılamaz hâlde bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle veri sahibi tarafından çerezlere ilişkin açık rıza verilene kadar çerez ayarları “tüm çerezleri reddet” seçeneğine göre hazırlanmalıdır⁸⁰.

Açık rıza konusunda ayrıca KVKK'nın 6. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde uyulacak usul ve esaslar hâlinde daha çok özen gösterilmesi gerektiğine vurgu yapmakta yarar vardır⁸¹.

79 Çerezleri reddet seçeneği ile işlenmesinde açık rıza gerekmeyen zorunlu çerezler dışındaki çerezlerin reddedilebileceği yönünde açıklamaya yer veren örnek çerez seçenekleri için bkz., <https://cookiespool.com/>; <https://www.dataprotectionauthority.be/citizen>, *Belgium Data Protection Authority* (Erişim Tarihi: 16/1/2024). Söz konusu bu örneklerin aydınlatma yükümlüğü açısından olması gereken olduğunu söyleyebiliriz.

80 “... İnternet sitesini/mobil uygulamaları ziyaret eden kullanıcılardan internet sitesine/mobil uygulamaya giriş anında ilgili kişilerin iradi aktif hareketiyle söz konusu çerezlerin çalışmasına onay vermesini, dolayısıyla varsayılan ayar olarak çerezlerin çalışmamasını öngören “opt-in” mekanizmasına göre açık rıza alması gerektiği, ...” Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2022/1358 No'lu Kararı. “... Opt-out yani bireyin önceden onayını almaksızın kişisel verilerinin işlenmesine otomatik onay verdikleri kabul edilerek kişilere bu onayı sonradan kaldırmaları yönünde imkân veren bir sistemin değil; opt-in yani bireyin bilinçli eylemi ile kişisel verilerinin işlenmesine önceden onay vereceği bir sistemin kullanılması gerekmektedir. ...” Okur, F. (2024).

81 ICO (2024).

B. Çerezler Yoluyla Kişisel Veri İşlenmesinde Açık Rıza Alınmasına Gerek Olmayan Hâller

Çerezler yoluyla kişisel veri işlenmesinde tıpkı diğer türlü veri işleme yollarında olduğu gibi Kanun'da sayılan hâllerde açık rıza aranmasına gerek yoktur⁸². Hatta açık rıza aranmasına gerek olmayan hâllerde veri sorumlusu tarafından açık rıza alınması hâli, Kurum tarafından dürüstlük kurallarına aykırılık şeklinde yorumlanmaktadır⁸³.

Kanun koyucu tarafından çerezler özelinde bir düzenleme yapılmadığından çerezlerin türlerine ve kullanım alanlarına göre kanunda yer alan hâllerden birinin bulunup bulunmadığı her veri işleme olayı özelinde irdelenmelidir.

Çerez türleri özelinde bakıldığında ise zorunlu çerezler yoluyla kişisel verinin işlenmesinde açık rızaya gerek olmadığını söylenebilir⁸⁴. Zira bu tür çerezler, aşağıda ifade edildiği üzere 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası kapsamındaki veri işleme faaliyetleri kapsamında kişisel veri işleme araçlarıdır.

6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendinde yer alan bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla sözleşmenin taraflarına ait kişisel veri-

82 Kanundaki bu düzenlemenin yanında Çerez Rehberinde AB düzenlemelerine paralel olarak Kriter A ve Kriter B olmak üzere iki kriter giren hallerde açık rıza aranmayacağı ifade edilmiştir. Kriter A, "Çerezin sadece, iletişimin elektronik haberleşme şebekesi üzerinden sağlanması amacıyla kullanılması," Kriter B ise Çerez kullanımının, abonenin veya kullanıcının hizmet almak için açıkça talep ettiği bilgi toplum hizmetleri için kesinlikle gerekli olması" hallerini kapsamaktadır. Her iki kriter de nihayetinde 6698 sayılı Kanun'da yer alan açık rıza alınmadan veri işleme hallerinin kapsamına girdiğinden çalışmada ayrıca değerlendirilmemiştir.

83 "... Bilindiği üzere açık rıza dışında işleme nedenlerinin varlığı halinde açık rıza alınması yoluna gidilmesi, dürüstlük kuralına aykırılık şeklinde yorumlandığı gibi, ..." Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2020/173 No'lu ve 27.02.2020 Tarihli Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173> (Erişim Tarihi: 9/1/2024)

84 "... Öte yandan, bir internet sitesinin düzgün çalışması için zorunlu çerezler vasıtasıyla kişisel verilerin işlenmesinde kişilerin açık rızasına gerek duyulmayacak iken; ..." Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2020/173 No'lu Kararı.

lerin işlenmesinin gerekli olması, uygulamada en çok karşılaşılabilecek hâllerden biridir⁸⁵. Özellikle internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler⁸⁶ bu durumun en tipik örneği olup sözleşmenin karşı tarafına ilişkin bilgilerin çerezler yoluyla saklanmasında açık rıza aranmayacaktır.

6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinin f) bendi kapsamında ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek koşuluyla veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması hâli de uygulamada sıklıkla çerez kullanım nedeni olarak veri sorumlularınca ileri sürülmektedir⁸⁷. İnternet sitesinin güvenliği için kullanılan

çerezler⁸⁸ ve gelen web sunucusu taleplerini birden fazla makineye dağıtmayı sağlayan yük dengeleme çerezleri⁸⁹ bu duruma örnek verilebilir. Burada veri sorumluları ya da üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile veri sorumlusunun meşru menfaati arasında dengenin kurulması gerekmektedir⁹⁰. Bunların dışında (ç) bendi kapsamında veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için kişisel veri işlemenin zorunlu olması hâli kapsamında da çerez kullanılan sitelere rastlanmaktadır⁹¹.

85 Örnek olarak bkz., Takasbank (2023); Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (2023); ZES (2023). "Çerez Politikası", <https://zes.net/çerez-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023)

86 "... Örneğin, bir e-ticaret sitesinde sepete ürün ekleyen kullanıcının kişisel verileri işlendiği takdirde bir satış sözleşmesinin kurulmasında Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi devreye girebilecektir. ..." Taş. C. A. (2024). "... Eg to remember what's in their online basket, ..." ICO (2024).

87 Örnek olarak bkz., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (2023); Dünya Gazetesi (2023). "Çerez Politikası", <https://www.dunya.com/p/çerez-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023); Çiçek Sepeti (2023). "Çerez Politikası", <https://www.ciceksepeti.com/s/çerez-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023); ZES (2023); Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2023). "Çerezlere Dair Aydınlatma Metni", https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/çerezlere_dair_aydinlatma_metni.pdf (Erişim Tarihi: 27/12/2023)

88 Mysoft (2024).

89 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (2024). "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber".

90 a.g.e.

91 Örnek olarak bkz., Kariyer.net (2023). "Çerez Politikası", <https://www.kariyer.net/veri-politikamiz/çerez-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023)

Çerezler yoluyla kişisel veri işlenirken açık rıza alınmasını gerektirmeyen çerezleri kullanan sitelerin yukarıdaki paragraflarda ifade edildiği şekilde 6698 sayılı Kanun kapsamına giren hangi hâl kapsamında açık rızayı aramadıklarını belirtmeleri gerekir. Bu belirtmenin yapılmaması hâlinde veri sorumlularınca çerezlere ilişkin aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmiş sayılamayacağı düşünülmektedir⁹².

Çerezlerin karma çerez niteliğinde örneğin aynı anda hem kesinlikle gerekli çerez hem de reklam çerezi olması mümkündür. Bu ihtimalde çerezin bir yönünün açık rıza alınmasını gerektirmesi hâlinde o çerezin kullanımı için açık rıza alınması mutlak bir gerekliliktir⁹³.

IV. ÇEREZLER YOLUYLA KİŞİSEL VERİ İŞLENMESİNDE AÇIK RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK UNSURLARI

A. Genel Olarak

6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (a) bendinden açık rızanın; *"Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı"* ifade ettiği belirtilmiştir. Kurum tarafından yayımlanan rehber ilkede de çerezler yoluyla kişisel veri işlenmesinde açık rızanın hukuka uygunluk şartları, kanunda yer alan tanım çerçevesinde belirlenmiştir⁹⁴.

B. Rızanın Belirli Bir Konuya İlişkin Olması

Çerezlere rıza konusunda internet sitelerine erişim sağlayan tarayıcıların çerez ayarları kullanılabilir. Böylelikle

92 Kurul tarafından bir kararda bizimle aynı yönde ifadelere yer verilmiştir; *"Kişisel Veri Koruma Politikası"* metninde (...) hangi ilgili kişi grubunun, hangi kişisel verilerinin, hangi amaçla ve hangi hukuki sebebe dayanılarak işlendiği ve hangi üçüncü taraflara aktarıldığının açık bir şekilde anlaşılmadığı, bu nedenle söz konusu metnin *Aydınlatma Tebliği'nin 5'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g), (ğ) ve (h) bentlerine uygun hale getirilmesi gerektiği, ..."* Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2023/1645 No'lu Kararı.

93 Aksoy, H. C. ve Halicioğlu, M. (2021). s. 69.

94 Aynı belirleme Birleşik Krallık Bilgi Ofisi Komisyonu tarafından da yapılmıştır. ICO (2024).

le veri sahibi olan ziyaretçiler tarafından ilgili internet sitesine erişim sağlanmadan önce hangi çerezlerin kabul edilip edilmeyeceği belirlenebilmektedir⁹⁵.

Her ne kadar çerezler konusunda kullanılan tarayıcı ayarları yardımcı olsa da veri sahibi tarafından erişilen internet sitesinde de çerez ayarlarına ilişkin seçeneklerin sunulması gerekmektedir. Nitekim AB Veri Çalışma Grubunun GDPR öncesi AB'nin kişisel veriler hukuku düzenlemesi olan 95/46/EC sayılı Direktif'in 29. maddesine ilişkin olarak yayımladığı görüş yazısında da tek başına tarayıcı ayarlarında belirtilen tercihin yeterli olmayıp internet sitesi içerisinde de çerez tercihinin ilişkin rıza alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır⁹⁶.

İnternet sitesinde kullanılan çerezlere ilişkin rıza verirken bu rızanın ilgili çerez türüne göre farklılık gösterebilmesi de gerekebilmektedir. Söz gelimi işlevsel çerezlere yönelik rıza vermek isteyen veri sahibinin performans çerezlerine yönelik rızası bulunmayabilir. Battaniye rıza⁹⁷ adı verilen genel nitelikte rıza alınması, açık rıza şartını sağlamayacaktır. İşbu sebepten çerez türlerine yönelik özelleştirilmiş seçeneklerin bulunması gerekmektedir⁹⁸. Uygulamada birçok internet sitesinin "Seçenekleri özelleştir." veya bu ifadeye benzer bir seçeneği, "tümünü kabul et" ya da "tümünü reddet" seçeneklerinin

95 Kullanılan tarayıcıya göre çerez ayarlarının nasıl yapılacağına dair açıklamalar için bkz: Pinsent Masons (2019). "How to Manage and Delete Cookies", <https://www.aboutcookies.org/how-to-manage-and-delete-cookies> (Erişim Tarihi: 28/12/2023)

96 Uzun, F. B. (2024). Söz konusu değerlendirme hakkında bkz., Avrupa Birliği Veri Çalışma Grubu, "95/46/EC sayılı Direktif'in 29. Maddesine İlişkin Görüş Yazısı", https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf (Erişim Tarihi: 12/1/2024)

97 "Belirli bir konu ile sınırlandırılmayan ve ilgili işlemle sınırlı olmayan genel nitelikteki açık rıza." Veri Koruma Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024).

98 "... Çerezlerin kullanımı, kişisel verilerin aktarılması gibi Amazon'un verileri işlemesi kapsamına giren bütün fiillerin, tek bir rıza beyanı ile onaylanması "battaniye rıza" olarak ifade edilen belirli bir konu ile sınırlandırılmamış olan genel nitelikli rıza anlamına gelmekte olup, bu tür bir rızanın Kanun'a uygun olması mümkün değildir. ..." Dülger, M. V. (2024).

yanında bir çerez tercihi olarak sunduğu görülmektedir⁹⁹. Nitekim bu seçeneğin sunulmaması hâline ilişkin Kurulun verdiği bir ihlal kararı bulunmaktadır¹⁰⁰. Böylelikle veri sahipleri tarafından hangi çerezlere ve dolayısıyla hangi kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterildiği açıkça bilinebilecektir¹⁰¹.

C. Rızanın Aydınlatmaya Dayalı Olarak Alınması

Kişisel verilerin hukuka uygun işleme koşullarından birisi de veri sahibinin aydınlatılmış bir şekilde açık rızasının alınmasıdır. Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü, açık rızadan bağımsız olarak 6698 sayılı Kanun'un 10. maddesinde aşağıda yer aldığı şekilde düzenlenmiştir; "*Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;*

- a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
 - b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
 - c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı,
 - ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
 - d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları,
- konusunda bilgi vermekle yükümlüdür."*

99 Örnek olarak bkz., Amazon (2023). "Çerez Tercihlerinizi Seçin", <https://www.amazon.com.tr/>, (Erişim 28/12/2023); <https://www.sahibinden.com/>, Sahibinden.com (Erişim Tarihi: 28/12/2023); <https://www.bim.com.tr/>, BİM (Erişim Tarihi: 28/12/2023); <https://www.sokmarket.com.tr/>, ŞOK (Erişim Tarihi: 28/12/2023)

100 "Çerezlere ilişkin pop-up açıklaması altında "sadece gerekli çerezleri kullanın" ve "tüm çerezlere izin ver" olmak üzere iki seçeneğin sunulduğu, gerekli çerezler dışındaki çerezler yoluyla kişisel veri işleme faaliyeti için "tüm çerezlere izin ver" seçeneğinin sunulması topluca açık rıza alma yoluna gidildiği ve ilgili kişilere tercih etme imkanının sunulmadığı, ancak açık rıza alınmasını gerektiren her bir çerez tipi için seçeneklerin sunulması suretiyle "opt-in" yöntemiyle açık rıza alınması gerektiğinden veri sorumlusunun açık rıza metninin açık rızanın "belirli bir konuya ilişkin olması" ve "özgür iradeyle verilmesi" unsurlarını sakatladığı ve Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında hukuka uygun bir kişisel veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilmediği, ..." Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2023/1645 No'lu Kararı.

101 Erşin, A. (2024).

Çerezler yoluyla kişisel verilerin işlenmesinde de diğer kişisel veri işleme faaliyetleri gibi mutlaka aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir¹⁰². Aydınlatma metnine ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemişse de metnin içeriğinin yukarıda yer alan Kanun hükmüne uygun olması gerekmektedir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından verilen kararlarda aydınlatma metninin Kanun'da ve Tebliğ'de yer alan zorunlu unsurları taşımaması veri ihlali olarak değerlendirilmiştir¹⁰³.

Aydınlatma metninin içeriğinin açık, sade ve anlaşılır olması ve farklı anlamlara gelebilecek şekilde muğlak ifadeler¹⁰⁴ yer verilmemesi gerekmektedir¹⁰⁵. Söz konusu internet sitesinin hedef kitleleri de aydınlatma metninin içeriğinin nasıl olması gerekeceğini belirleyebilmektedir¹⁰⁶. Örneğin çocuklara yönelik bir sitede görsellerden yararlanılması aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için gerekli olacaktır¹⁰⁷. Aydınlatmanın en geç rızanın verildiği ana kadar yapılması gerekmektedir¹⁰⁸. Bu an ise çoğu zaman internet sitesine giriş ile birlikte çerez kullanımına başlandığı için siteye giriş anıdır¹⁰⁹. İspat yükü ise veri sorumlusuna aittir¹¹⁰.

Aydınlatma yükümlülüğünün dikkat çeken bir yönü kanun koyucu tarafından istisnasının düzenlenmemiş olması-

102 Okur, F. (2024); Veri Koruma Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024).

103 Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2022/1358 No'lu Kararı; Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2023/1645 No'lu Kararı.

104 "... 'Paylaşılabilir.' gibi muğlak ifadelere yer verilmemesi gerektiği, ..." Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2023/1645 No'lu Kararı.

105 ICO (2024); Dülger, M. V. (2024); Erşin, A. (2024).

106 ICO (2024).

107 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber"; Mysoft (2024).

108 Dülger, M. V. (2024); Mysoft (2024).

109 "... Çerez kullanımı açısından ilgili kişiye yapılacak olan bilgilendirme, ilgili kişinin web sitesini ziyareti ile birlikte aynı anda yapılmalıdır. Böylece aydınlatma yükümlülüğü, en geç kişisel verilerin işlenmesi sırasında yerine getirilmiş olacaktır. ..." Dülger, M. V. (2024); Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). "Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber".

110 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024).

dır. Dolayısıyla açık rıza düzenlemesinin aksine aydınlatma yükümlülüğüne gerek olmayan bir hâl söz konusu değildir. Kişisel verilerin işlenmesinde açık rıza gereksin ya da gerekmesin her hâlükârda veri sorumlusu tarafından aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir¹¹¹. Söz konusu bu yükümlülük yerine getirilmeden çerez tercihinin sorulması, kişisel verilerin korunması hukukuna aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğü ile açık rıza alınmasının birlikte yapılmaması, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirildikten sonra açık rıza tercihinin sorulması gerekecektir¹¹². Nitekim bu husus Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinin ilk fıkrasının f) bendine açıkça yer almaktadır¹¹³.

Çerezler yoluyla kişisel verilerin işlenmesinde de aynı şekilde kullanılan çerezlere ilişkin internet sitesi içerisinde aydınlatma metni bulunmalıdır¹¹⁴. Söz konusu aydınlatma metninde çerezlerin hangi amaçlarla kullanıldığı, kullanılan çerez türlerinin neler olduğu, söz konusu çerezlerin saklanma süreleri, üçüncü kişiler tarafından kullanılan yahut onlarla paylaşılan çerezlerin olup olmadığı ile çerezlere ilişkin verilen açık

111 Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararlarında, site içerisinde yer alan çerez türlerine ilişkin bir aydınlatmanın yapılmamasını veri ihlali olarak değerlendirmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2020/173 No'lu Kararı; Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2022/1358 No'lu Kararı.

112 İmaçlı, C. (2023). s. 157. "... Diğer yandan açık rıza gerektiren veri işleme süreçleri bakımından da aydınlatmanın yapılması ile açık rızanın alınmasının birlikte yapılması yürürlükteki mevzuata uygun kabul edilmemektedir. ..." Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2020/173 No'lu Kararı. Aynı yöndeki başka bir karar örneği için bkz., Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2018/90 No'lu ve 26.07.2018 Tarihli Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5420/2018-90> (Erişim Tarihi: 6/2/2024)

113 "Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir."

114 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 65. Çerezlere dair aydınlatma metni örneği olarak bkz: Takasbank (2023); Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (2023); Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi (2023). "Çerez Politikası", <https://cbddo.gov.tr/cerezler> (Erişim Tarihi: 27/12/2023). Örneklerde görüleceği üzere bu aydınlatma metni site içerisindeki çerez politikası ile de gerçekleştirilebilmektedir.

rızanın nasıl geri alınacağı gibi bilgiler yer almalıdır¹¹⁵. Fransız Veri Koruma Otoritesi (CNIL) ve Birleşik Krallık Bilgi Ofisi (ICO), ayrıca üçüncü kişi konumundaki veri sorumlularının tam listesinin de aydınlatma metninde olması gerektiğini vurgulamaktadır¹¹⁶.

AB Adalet Divanı'nın Planet 49 kararında da çerez kullanımı ile ilgili olarak tercihte bulunmadan önce mutlaka aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁷.

D. Rızanın Veri Sahibinin Özgür İradesiyle Verilmesi

Veri sahibinin çerezler konusunda vereceği rızanın tamamen özgür iradesine dayanması gerekmektedir¹¹⁸. İnternet siteleri türlerine göre kullanıcıların farklı deneyimler yaşamak üzerine kullandıkları alanlardır. Bu deneyimleri oyun oynamak, müzik dinlemek, yazı okumak, film seyretmek gibi sıralamak mümkündür. Hâl böyle olunca site kullanıcısı olan veri sahibinin (ki bunların bir kısmının çerezler konusunda bilgi sahibi dahi olunmadıkları gerçeğinde) çerezler konusunda tercihte bulunurken karmaşık ve anlaşılabilir bir çerez tercih rehberiyle karşılaşması, özgür iradesiyle çerezler konusunda tercihte bulunmasını etkileyebilmektedir¹¹⁹. Ayrıca mal teslimi ve/veya hizmet sunumunun açık rıza verme şartına bağlı kılınmasının özgür iradeye aykırılık teşkil ettiği Kurum'un ilk kurulduğu zamanlardan beri yayımlandığı kararlar ile de sabittir¹²⁰.

115 "... Çerez kullanan sitelerin çerezlerin nasıl ve ne şekilde kullanıldığı ne kadar süre saklanabileceği konularında her kullanıcının anlayabileceği açıklıkta bilgilere kapsamlı bir şekilde yer vermesi,(...) gerekir. ..." Okur, F. (2024). "... You must tell people if you set cookies, and clearly explain what the cookies do and why. ..." ICO (2024); Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 64-65.

116 Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 66.

117 Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 01.10.2019 Tarihli Planet 49 GmbH Kararı.

118 Erşin, A. (2024); Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024).

119 "Gizlilik politikalarının genellikle uzun ve anlaşılması zor metinler olması, kullanıcıların aslında gerçek bir seçeneğe sahip olmadıklarını hissetmesi gibi problemleri getirir." Custers, B. (2023) s. 897.

120 Dülger, M. V. (2024); Aksoy, H. C. ve Halıcıoğlu, M. (2021). s. 66; Veri Koruma

Veri sahibinin önüne sunulan çerez tercihlerinin karmaşık yapıda olması hâlinde site içerisinde ilerlemek adına tümünü kabul et seçeneğinin seçilmesi, bu seçimin özgür irade sonucu gerçekleştiği kanaatini güçleştirmektedir¹²¹. Bu yüzden “tümünü kabul et” ve “özelleştir” seçeneklerinin yanı sıra “tümünü reddet” seçeneğinin de yer alması hâlinde özgür iradeyle bir seçimin yapılması mümkün olabilecektir¹²². Çerez kullanımını konusunda nasıl açık rızaya tabi olarak veri işleme olanağı mevcut ise aynı şekilde veri sahibi tarafından verilen bu rızanın aynı usullere tabi olarak geri alınabilme imkânı da sağlanmalıdır¹²³. Çerez Rehberinde internet sayfasının bir köşesinde verilen açık rızanın rahatça geri alınabilmesi için bir ikon ya da bant hâlinde bulunması tavsiye edilmektedir¹²⁴. Fakat bu durum, veri sorumlularının veri sahiplerinin rızalarını geri çekmediği müddetçe sonsuza dek rıza verildiği varsayımına dayandırılmamalıdır¹²⁵. Yine aynı şekilde açık rızanın siteye her girişte alınması şeklindeki rıza yorgunluğuna yol açmayacak ve fakat çerezin ömrü ile bağlantılı olacak şekilde 6698 sayılı Kanun’un 4. maddesine uygun olarak açık rızanın tekrar alınması gerektiği belirtilmektedir¹²⁶. Zira zaman içerisinde veri sahiplerinin rıza konusundaki düşünceleri değişebilir¹²⁷.

Rıza yorgunluğuna yol açmamakla birlikte açık rızanın tekrar alınmasına ilişkin olarak Fransa Veri Koruma Otorisi-

Danışmanlığı ve Eğitim A.Ş. (2024).

121 “Veri işlemeyi reddetme hakkı mümkün olduğunca “kullanıcı dostu” bir yöntemle sunulmalıdır” Aksoy, H. C. ve Halicioğlu, M. (2021). s. 66.

122 ICO (2024); Erşin, A. (2024); Kandır, M. O. (2023).

123 “It shall be as easy to withdraw as to give consent.” General Data Protection Regulation, 7. madde, 3. fıkra, <https://gdpr-info.eu/art-7-gdpr/>, *intersoft consulting* (Erişim 15/2/2024). Doğan, B. ve Bozkurt, T. (2024); Erşin, A. (2024).

124 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). “Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber”.

125 Custers, B. (2023). s. 905.

126 Kişisel Verileri Koruma Kurumu (2024). “Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber”. Rızanın geçerlilik süresi ile ilgili kapsamlı bir çalışma örneği için bkz., Custers, B. (2023). s. 897-911.

127 Custers, B. (2023). s. 908.

tesî'nin (CNIL) Google firmasına verdiği karar örnek teşkil edebilecektir¹²⁸. Söz konusu kararda Google firmasına ait Google ve YouTube adlı internet sitelerinde çerez tercihi olarak "tümünü kabul et" ve "özelleştir" seçeneklerinin yanı sıra "tümünü reddet" seçeneğinin bulunmaması kişisel veri ihlali olarak değerlendirilmiştir. Kararda dikkat çeken yön ise her ne kadar "özelleştir" seçeneğine tıkladıktan sonra çerezlerin tümünü reddetme ihtimali bulunsa da bu işlem için birkaç seçeneğe tıklanmasına rağmen "tümünü kabul et" seçeneğinin tek tıkla seçilebilmesinin, her iki seçenek yönünde kanaat oluşturmasıdır¹²⁹.

SONUÇ

Çerez kavramı ile birlikte kişisel verilerin işlenmesi meselesi yeni bir boyut kazanmıştır. Zira kişisel veri işleme faaliyetlerinin büyük bir kısmı internet üzerinde çerezler özelinde gerçekleştirilmektedir.

Kişisel verilerin işlenmesinin hukuk tarafından düzenlenmesi ile birlikte çerezlerin de düzenleme altına alınması gerekliliği gündeme gelmiştir. Zira internet sitelerinde kullanıcılar gezinirken kişisel verileri çerez adı verilen dosyalar vasıtasıyla depolanmaktadır. Veri sahipleri çoğu zaman bu verilerin depolandığından ve/veya işlendiğinden habersizdir. Bu durum dahi söz konusu alanın mahremiyetle ilişkisini ortaya koymakta ve suiistimale karşı korumayı gerektirmektedir.

Bilgi çağı olarak adlandırılan modern ve teknoloji çağında veriler altın değerinde olup özellikle internet ortamında pazarlama disiplini açısından çerezler yoluyla kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle

128 Söz konusu kararın tamamı için bkz: https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/deliberation_of_the_restricted_committee_no._san-2021-023_of_31_december_2021_concerning_google_llc_and_google_ireland_limited.pdf.

129 CNIL (2023). "Cookies: GOOGLE fined 150 million euros", <https://www.cnil.fr/en/cookies-google-fined-150-million-euros> (Erişim Tarihi: 26/12/2023).

çerezler kategorilere ayrılmalıdır. Bu ayrıma göre çerezlerin sınıflandırması yapılarak hangi çerezler için açık rıza alınması gerekeceği hangi çerezler için açık rızaya ihtiyaç olmadığı belirlenmiş olmalıdır. Dolayısıyla çerezler için açık rıza aranıp aranmayacağı söz konusu çerezlerin niteliğine göre belirlenmelidir.

Çerezler yoluyla toplanan verilerin hepsi kişisel veri niteliğinde olmadığı gibi bazı veriler de tek başına belirli bir kişiyi tanımlamaya elverişli değildir. Fakat bir araya getirildiğinde belirli bir kişiyi tanımlamaya yeterli olan veriler de kişisel veri olarak kabul edildiğinden söz konusu çerezler yoluyla da kişisel veri işleme faaliyetinde bulunduğu kabul edilmelidir.

Çerezlere ilişkin sınıflandırmalardan açık rıza alınması ile ilişkilendirilebilecek olan sınıflama ise kullanım amaçlarına göre yapılan sınıflandırmadır. Buna göre kesinlikle gerekli (zorunlu), işlevsel, reklam/pazarlama ve performans/analiz çerezleri olarak dört alt sınıfa ayrılmaktadır. Kesinlikle gerekli dolayısıyla zorunlu olan çerezler söz konusu internet sitesinin ya da site içi eklentilerin çalışması için gerekli olduğundan kişisel veri işlenmesinde açık rızaya gerek yoktur. Fakat diğer çerez türleri için 6698 sayılı Kanun'un açık rızaya gerek duyulmayan istisna hâllerine giren bir durum olmadığından veri sahibinin çerezler yoluyla kişisel verilerinin işlenmesinde açık rızanın aranması gerekecektir. Somut olay özelinde her bir çerez çeşidinin kullanım amacına göre açık rıza alınmasını gerektirir bir durum olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Açık rıza, veri sahibinin site içerisinde aktif bir davranışıyla gerçekleştirilmelidir. Söz konusu siteye ilk girişte açık rıza gerektiren tüm çerezlerin kapalı devre modunda çalışması gerekmekte olup ancak ziyaretçinin söz konusu çerezlere ilişkin açık rızasını belirtmesi sonucu çerezlerin veri işlemeye başlaması mümkün olmalıdır. AB Adalet Divanı ve Kurul kararları da bu yönde olup öğretide de görüş birliği bulunmaktadır.

Çerez Rehberinde açık rıza kapsamında veri işleyecek çe-

rez örnekleri olarak zorunlu çerez türlerinden olmayan sosyal eklenti takip çerezleri ve çevrimiçi davranışsal reklamcılık çerezleri örnek verilmiştir. Çerezler yoluyla kişisel veri işlenmesinde açık rızaya gerek olmayan hâllerde açık rızanın alınması, Kurul kararlarında açıkça hukuka ve dürüstlük kurallarına aykırılık olarak değerlendirilmiştir.

Açık rızaya gerek olmayan çerezlere ilişkin olarak çalışmada verilen örneklerde 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasının (c), (ç) ve (f) bentlerine dayanıldığı görülmektedir. Sadece bu üç bentte sayılan sınırlı hâllerde çerezler özelinde açık rızaya gerek olmadığı söylenirse de internet sitelerinde yapılan taramalarda başkaca bir bende dayanıldığı bir durum da gözlenmemiştir. Bazı internet siteleri açık rıza alınmasını gerektirmeyen çerezleri kullandıklarını ifade etmesine rağmen Kanun'un hangi hükmüne dayandıklarını belirtmemişlerdir. Bu durumda çerezlere ilişkin aydınlatma yükümlülüğü tam olarak yerine getirilmiş sayılmamalıdır.

Çerezlerin karma çerez niteliğinde olması dolayısıyla çerezin bir işlevinin açık rıza alınmasını gerektirmediği ancak diğer bir işlevinin açık rıza alınmasını gerektirdiği hâllerde söz konusu çerez için açık rıza alınması gerekecektir.

Açık rızanın hukuka uygun olmasına ilişkin şartlardan ilki rızanın belirli bir konuya ilişkin olmasıdır. İnternet sitelerine erişimi sağlayan tarayıcıların çerez ayarları bulunmakta olup bu ayarlar sayesinde tüm sitelere ilişkin kullanıcıların çerez tercihinde bulunması mümkündür. Fakat bu durum ziyaret edilen sitenin kullandığı çerezlere ilişkin veri sahibine özel olarak tercihte bulunma hakkını vermemesine neden olamaz. Bu yüzden ziyaret edilen sitenin çerez ayarlarının kabulü ya da reddine ilişkin seçenekler sunması gerekmektedir.

Çerezlere ilişkin verilen rızanın her bir çerez türüne ilişkin özelleştirilmiş seçenekler dâhilinde sunulması gerekmektedir. Böylelikle veri sahibi hangi çerez türüne göre kişisel verisinin işlenebileceğini kontrol altına alabilecektir. Battaniye rıza adı

verilen genel nitelikte rıza alınması, açık rıza şartını sağlamayacaktır. Çerezlere dair “tümünü kabul et” ya da “tümünü reddet” seçeneklerinin yanında “seçenekleri özelleştir” veya bu ifadeye benzer bir seçeneğin sunulması gerekmektedir.

Açık rızanın hukuka uygunluk şartlarından bir diğeri veri sahibinin aydınlatılmış bir şekilde açık rızasının alınmasıdır. Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü, açık rızadan bağımsız olarak 6698 sayılı Kanun’un 10. maddesinde düzenlenmiştir. Aydınlatma metnine ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemişse de metnin içeriğinin Kanun’da sayılan zorunlu unsurları taşıması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKGÜL, Aydın (2014). *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- AKSOY, Hüseyin Can (2024). “Çerezler 101”, *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Bülten Sayı: 3: Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler*, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/c4cb3fce-4c4d-40af-9410-fe3bdcfae8e9.pdf> (Erişim Tarihi: 19/2/2024).
- AKSOY, Hüseyin Can ve HALICIOĞLU, Mesut (2021). “AB ve Türk Hukukunda Çerezler: Kişisel Verilerin Korunması Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 3., S. 1., ss. 61-88.
- AMAZON (2023). “Çerez Tercihlerinizi Seçin”, <https://www.amazon.com.tr/> (Erişim Tarihi: 28/12/2023).
- ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ (2023). “Çerez Politikası”, <https://kvkk.asbu.edu.tr/tr/cerez-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023).
- AVRUPA BİRLİĞİ VERİ ÇALIŞMA GRUBU, “95/46/EC sayılı Direktif'in 29. Maddesine İlişkin Görüş Yazısı”, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf (Erişim Tarihi: 12/1/2024).
- CAN, Ersin (2024). “Günlük Dijital Deneyimimizde Çerezlerin Rolü ve Çerezler Yoluyla Kişisel Verilerin İşlenmesi”, *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Bülten Sayı: 3: Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler*, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/c4cb3fce-4c4d-40af-9410-fe3bdcfae8e9.pdf>. (Erişim Tarihi: 19/2/2024).
- CNIL (2023). “Cookies: GOOGLE fined 150 million euros”, <https://www.cnil.fr/en/cookies-google-fined-150-million-euros> (Erişim Tarihi: 26/12/2023).
- CUSTERS, Bart (2023). Sonsuza Dek Rıza Vermek İçin Tıklayınız: Aydınlatılmış Rıza İçin Geçerlilik Süresi, Yalçın Erdoğan, Şimal Efsane (Çev.), içinde Kaya, Cemil (Ed.), *Kişisel Verile-*

rin Korunması Hukuku ve Bilgi Edinme Hukuku: Çeşitli Açılardan Bakış, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.ÇİÇEK SEPETİ (2023). “Çerez Politikası”, <https://www.ciceksepeti.com/s/cezere-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023).

DOĞAN, Başak ve BOZKURT, Tuğçe (2024). “Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Çerezler; Türleri, Kullanımları ve Uygulama Örnekleriyle”, <https://blog.lexpera.com.tr/kisisel-verilerin-korunmasi-cercevesinde-cezere-turleri-kullanimlari-ve-uygulama-ornekleriyle/> (Erişim Tarihi: 16/1/2024).

DOĞAN, Bayram (2023). *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi.

DÜLGER, Murat Volkan (2016). “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3., S. 2., ss. 101-167.

DÜLGER, Murat Volkan (2024). “Yurt Dışına Veri Aktarımında Milyonluk Ceza: Kişisel Verileri Koruma Kurulunun Amazon Kararı”, <https://www.hukukihaber.net/yurt-disina-veri-aktariminda-milyonluk-ceza-kisisel-verileri-koruma-kurulunun-amazon-karari> (Erişim Tarihi: 16/1/2024).

DÜNYA GAZETESİ (2023). “Çerez Politikası”, <https://www.dunya.com/p/cezere-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023).

ERŞİN, Ali (2024). “‘Agencia Espanola Proteccion Datos’ Çerez Kullanma Rehberi”, *Hukuk ve Bilişim 3.Nesil Hukuk Dergisi*, <https://hukukvebilisim.org/agencia-espanola-proteccion-datos-kvkk-ispunya-muadili-cezere-kullanma-rehberi/> (Erişim Tarihi: 15/1/2024).

GÖÇMEN UYARER, Sinem (2019). “6698 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

GÜNER, Tülay Selin (2021). “Kişisel Verilerin İşlenmesine Yönelik Olarak Açık Rıza Verilmesi ve Açık Rıza Beyanında Bulunma Ehliyeti”, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal

- Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- GÜRSEL, Esin ve DÜĞMECİ, Fatih (2018). “Yapısal Anlamda Türkiye Kişisel Verileri Koruma Kurumu’na İlişkin Bir Değerlendirme”, *Research Studies Anatolia Journal*, C. 1., S. 2., ss. 318-329.
- ICO (2024). “Cookies and Similar Technologies”, <https://ico.org.uk/for-organisations/direct-marketing-and-privacy-and-electronic-communications/guide-to-pecr/cookies-and-similar-technologies/> (Erişim Tarihi: 15/1/2024).
- ILGAZ, Berk (2023). “Çerezlerin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından İncelenmesi”, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- İMAÇLI, Canan (2023). 6698 Sayılı KVKK Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenme Şartları, içinde Kaya, C. (Ed.), *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bilgi Edinme Hukuku: Çeşitli Açılardan Bakış*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık,
- KANDIR, Murat Osman (2023). “İnternet Sitelerinde Çerez (Cookies) Terörü”, <https://www.mkandir.av.tr/2023/01/24/internet-sitelerinde-cerez-cookies-teroru/> (Erişim Tarihi: 26/12/2023).
- KARİYER.NET (2023). “Çerez Politikası”, <https://www.kariyer.net/veri-politikamiz/cerez-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023).
- KAYA, Mehmet Bedii (2024). *KVKK Reformu: 2024 Değişiklikleri* (Dijital Baskı), <https://mbkaya.com/hukuk/kvkk-reformu.pdf> (Erişim Tarihi: 25/9/2024).
- KILIÇ, Muhammed Harun (2022). “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Çerezler”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU (2023). “Çerezlere Dair Aydınlatma Metni”, https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/cerezlere_dair_aydinlatma_metni.pdf (Erişim Tarihi: 27/12/2023).
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU (2024). “Çerez Uy-

gulamaları Hakkında Rehber”, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/fb193dbb-b159-4221-8a-7b-3addc083d33f.pdf> (Erişim Tarihi: 6/2/2024).

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU (2024). “Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler”, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/c4cb3fce-4c4d-40af-9410-fe3bdcae8e9.pdf> (Erişim Tarihi: 19/2/2024).

KOÇAK, Şükran (2024). “Kişisel Verilerin Korunması Açısından Dijital Parmak İzi”, *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Bülten Sayı: 3: Çevrim İçi Mahremiyet ve Çerezler*, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/c4cb3fce-4c4d-40af-9410-fe3bdcae8e9.pdf>, (Erişim Tarihi: 19/2/2024).

MYSOFT (2024). “Çerez Nedir? Çerezler Kişisel Veri Midir?”, <https://www.mysoft.com.tr/cerezler-kisisel-veri-midir-kvkk-cerez-politikasi-nedir> (Erişim Tarihi: 12/1/2024).

OKUR, Fatma (2024). “KVKK Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber Taslağı”, *Hukuk ve Bilişim 3.Nesil Hukuk Dergisi*, Gündem Yazıları 11, <https://www.linkedin.com/pulse/hukuk-ve-bili%C5%9Fim-g%C3%BCndem-yaz%C4%B1lar%C4%B1-10-kvkk-%C3%A7erez-/> (Erişim Tarihi: 12/1/2024).

PINSENT MASON'S (2019). “How to Manage and Delete Cookies”, <https://www.aboutcookies.org/how-to-manage-and-delete-cookies> (Erişim Tarihi: 28/12/2023).

TAKASBANK (2023). “Çerezlere Dair Aydınlatma Metni”, https://www.takasbank.com.tr/documents/Document/ASP.NETD-Zorunlu%20%C3%87erezlere%20Dair%20Ayd%C4%B1nlatma%20Metni%2019.1_8eabc916-9a7c-47c1-bca-a-5f26ba10a4e2.pdf (Erişim Tarihi: 23/12/2023).

TAŞ, Cihangir Altuğ (2024). “KVKK Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber”, *Hukuk ve Bilişim 3.Nesil Hukuk Dergisi*, <https://hukukvebilisim.org/kvkk-cerez-uygulamaları-hakkında-rehber/> (Erişim Tarihi: 12/1/2024).

TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI DİJİTAL DÖNÜŞÜM OFİSİ (2023). “Çerez Politikası”, <https://cbd-do.gov.tr/cezeler> (Erişim Tarihi: 27/12/2023).

UZMAN POSTA (2024). “Cookie Nedir? Çerezler Güvenli mi? Veri Güvenliği ve Gizliliği İçin Çerez Yönetimi”, <https://uzmanposta.com/blog/cookie/#:~:text=Bir%C3%A7ok%20%C3%A7erez%2C%20siz%20web%20sitesini,hangi%20%C3%A7erezleri%20kabul%20edece%C4%9Finizi%20se%C3%A7ebilirsiniz> (Erişim Tarihi: 15/1/2024).

UZUN, Fatih Burak (2019). “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunda Çerez (Cookie) Kullanımı”, <https://www.linkedin.com/pulse/ki%C5%9Fisel-verilerin-korunmas%C4%B1-hukukunda-%C3%A7erez-cookie-kullan%C4%B1m-%C4%B1-uzun/> (Erişim Tarihi: 9/1/2024).

VERİ KORUMA DANIŞMANLIĞI VE EĞİTİM A.Ş. (2024). “Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Web Sitesi Çerez Rehberi”, <https://www.verko.com.tr/wp-content/uploads/2020/09/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Bakimindan-Cerez-Rehberi-donusturuldu.pdf> (Erişim Tarihi: 16/1/2024).

YEŞİLTAY, Burak (2020). “Çerez Kullanımının Hukuki Çerçevesi”, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

ZES (2023). “Çerez Politikası”, <https://zes.net/cezeler-politikasi> (Erişim Tarihi: 27/12/2023).

<https://www.dataprotectionauthority.be/citizen>, *Belgium Data Protection Authority*, (Erişim Tarihi: 16/1/2024).

https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/legislation/directive-2009136ec_en, *European Data Protection Supervisor* (Erişim Tarihi: 10/1/2024).

<https://gdpr-info.eu/chapter-1/>, *intersoft consulting* (Erişim Tarihi: 9/1/2024).

<https://www.bim.com.tr/>, *BİM* (Erişim Tarihi: 28/12/2023).

<https://www.sokmarket.com.tr/>, *ŞOK* (Erişim Tarihi: 28/12/2023).

<https://cookiespool.com/>, *Cookie Spool* (Erişim Tarihi: 10/1/2024).

<https://www.sahibinden.com/>, *sahibinden.com* (Erişim Tarihi: 28/12/2023).

Mahkeme ve Kurum Kararları

Sebiha Kaya, B. No: 2018/34124, 20/5/2021.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 01.10.2019 Tarihli Planet 49 GmbH Kararı, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D064FC9AE5825F3BBCEE9089B8ED0E56?-text=&docid=218462&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=912249> (Erişim Tarihi: 12/1/2024).

Fransa Veri Koruma Otoritesi'nin 06.01.2022 Tarihli Google LLC ve Google Ireland Limited Kararı, https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/deliberation_of_the_restricted_committee_no_san-2021-023_of_31_december_2021_concerning_google_llc_and_google_ireland_limited.pdf (Erişim Tarihi: 23/12/2023).

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2018/90 No'lu ve 26.07.2018 Tarihli Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5420/2018-90> (Erişim Tarihi: 6/2/2024).

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2020/173 No'lu ve 27.02.2020 Tarihli Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173> (Erişim Tarihi: 9/1/2024).

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2022/1358 No'lu ve 23.12.2023 Tarihli Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7595/2022-1358> (Erişim Tarihi: 9/1/2024).

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2023/1645 No'lu ve 28.09.2023 Tarihli Kararı, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/7765/2023-1645> (Erişim Tarihi: 14/2/2024).



ANAYASA MAHKEMESİ'NE İTİRAZ BAŞVURUSUNDA İLK İNCELEME EŞİĞİ

*The Threshold for Preliminary Review in the Concrete Norm Review by
the Constitutional Court of the Republic of Türkiye*

Dr. Öğr. Üyesi Duygu DÜLGER*

ÖZET

Her yıl yerel mahkemelerden, istinaf mahkemelerinden, yüksek mahkemelerden ve hatta Anayasa Mahkemesinin kendisinden birçok dava dosyası, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmektedir. Bazı dosyalarda başvuru haklı bulunarak Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen kuralın iptali gerçekleşmekte, bazı dosyalar ise itirazın haklı bulunmaması nedeniyle reddedilmektedir. Üçüncü bir grupta ise başvurular, Anayasa Mahkemesinin esas incelemesi aşamasına geçememekte; "ilk inceleme" aşamasında geri çevrilmekte veya doğrudan reddedilmektedir. Bu çalışmada 1982 Anayasası'nın yürürlükte bulunduğu süreçte Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile getirilen bütün başvurular taranmış, bu başvurulardan ilk inceleme aşamasını geçemeyen yüzlercesi ayrıntılı olarak irdelenmiş ve bunların itiraza konu normun Anayasa'ya uygunluğunun test edileceği "esasa ilişkin inceleme aşaması"na geçememe sebepleri bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Çalışma, ağırlıklı olarak ilgili mevzuat ve bu mevzuatın uygulamasından kaynaklanan içtihat istatistikleri üzerine durmaktadır. Diğer yandan teoriye yalnızca zaman zaman değinilmektedir. Zira

* Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, duygu.dulger@ibu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0224-1417

çalışmanın gerçekleştirilmesindeki amaç, sıkça karşılaşılan hatalar üzerine uygulamacılara bir inceleme sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Somut norm denetimi, itiraz yolu, anayasaya uygunluk denetimi, kabul edilebilirlik incelemesi, ilk inceleme.

ABSTRACT

Every year, the Constitutional Court receives several cases from regional courts, courts of appeal, high courts, and even the Constitutional Court itself through the mechanism of concrete norm control. Some of these applications are found to be well-grounded, resulting in the annulment of the allegedly unconstitutional rule, while others are rejected for being ill-founded. However, there are some other applications fail to reach the assessment on merits by the Constitutional Court as they are dismissed or rejected outright at the “preliminary review” stage. This study presents a comprehensive analysis of all applications brought before the Constitutional Court under the contention of unconstitutionality procedure during the period of the 1982 Constitution. It includes a detailed examination of hundreds of these applications that did not pass the preliminary examination. This paper analysed and classified the reasons of failing to proceed to the merits examination, where the constitutionality of the norm that has been subject of objection will be evaluated. Drawing on the relevant legislation and the implementation thereof, the study primarily focuses on case-law statistics. Theoretical issues, however, are addressed only when necessary. A deeper understanding of theory is not specifically encouraged in this study, as its main aim is to provide practitioners with a review of frequently made mistakes.

Keywords: Concrete norm review, objection, constitutionality review, admissibility review, preliminary review.

I. GİRİŞ

Hukukun üstünlüğünü koruma, insan haklarını güvence altına alma ve demokratik bir hukuk devleti işleyişini sürdürme amacını taşıyan anayasaya uygunluk denetimi, bir ülkenin anayasa mahkemesi veya benzeri yüksek yargı organlarının yasaların ve diğer hukuki düzenlemelerin anayasaya uygun olup olmadığını denetleme sürecidir.

Uygulamada anayasaya uygunluk denetiminin ilk örneklerinin olağan yargı organları tarafından sürdürülen denetim şeklinde ortaya çıktığı ancak zaman içinde bu tür bir denetim için özellikle merkezî yargı organlarının ortaya çıktığı ve bunların giderek yaygınlaştığı görülmektedir.

Anayasaya uygunluk denetiminin gerçekleştirilmesinde yetkinin olağan mahkemelere açıkça tanındığı Finlandiya, Estonya, Japonya gibi ülkelerin yanında bu yetkiyi kendilerine yorum yoluyla devşiren Norveç, Danimarka ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkeler de bulunmaktadır. Bu grupların her ikisine de dâhil olmayan Türkiye, anılan yetkinin olağan mahkemelerde bulunmadığının açıkça kabul edildiği bir üçüncü kategoride yer almaktadır.

Bugün için ülkemizde somut norm denetimi Anayasa'nın 152., 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40 vd., Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün ise 46 vd. maddeleri uyarınca "itiraz yolu" ile gerçekleştirilmektedir.

"Somut norm denetimi" isimlendirmesindeki "somut" sıfatı "norm"u değil aslında "denetim"i nitelemektedir çünkü bu yol, kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluk denetimini uygulanma aşamasında mümkün kılan, a posteriori nitelikteki bir yargısal yöntemdir. Yani, isimlendirmede belirleyici olan şey anayasaya uygunluğu denetlenmekte olan normun somut veya soyut olması değil "somut olma"nın normun artık yürürlüğe girmiş olmasının yanında bir de gerçekleşmiş bir olay üzerinde uygulanma olanağına kavuşmuş olmasından ileri gelmektedir.

Bu çalışmada 1982 Anayasası'nın yürürlükte bulunduğu süreç boyunca Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi kapsamında getirilen bütün itiraz başvuruları incelenmiş ve ilk inceleme aşamasını geçemeyenler ayrıntılı olarak ele alınmış; bu durumun sebepleri bir sınıflandırmaya ve analize tabi tutulmuştur.

II. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADINDA "İLK İNCELEME"

İtiraz yolunda Anayasa Mahkemesinin kabul edilebilirlik incelemesi yetkisinin mevzuattan kaynaklanan sınırları, ancak Anayasa Mahkemesi içtihadı ile birlikte değerlendirildiğinde gerçek anlamıyla anlaşılabilir¹. Mahkemenin sınırları yorumlama biçimi fazlasıyla geniş olursa o zaman hukuk devletinin koruyuculuk ilkesi zayıflatılmış ve yargı denetiminin önemli bir kolu güçsüzleştirilmiş olur². Benzeri bir işlev kaybı, onlarca başvuru dosyasında tekrar tekrar aynı usul hatalarına düşülerek anayasallık denetimini olanaksız kılmakla da ortaya çıkmaktadır.

İtiraz başvuru neticesinde verilen kararların muhtemel biçimleri: esas incelemesine geçildiği takdirde iptal, ret veya kısmen iptal/kısmen ret; ilk inceleme aşamasını geçemediği takdirde ise başvurunun konusuz kalmasından ötürü karar verilmesine yer olmadığı, aynı kural hakkında daha önce karar verilmiş olduğu için karar verilmesine yer olmadığı, başvuruların birleştirilmesi, görevsizlik/yetkisizlik gerekçesiyle ret, başvurunun eksikliğin giderilmesi için geri çevrilmesi, on yıllık sürenin henüz dolmamış olması nedeniyle ret olarak karşımıza çıkmaktadır³.

1 Ülgen, Ö. (2013). *Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 133.

2 Karamustafaoğlu, T. (1974). "İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava", *AÜHFD*, C. 31., S. 1-4., s. 53.

3 Başlar, T. (2006). Anayasa Yargısında 'Davaya Bakmakta Olan Mahkeme', içinde Turhan, M. ve Tülen, H. (Ed.), *Anayasa Yargısı İncelemeleri-I*, Ankara: Ankara Mahkemesi Yayınları, s. 224.

Bu karar tipleri aşığıda, A. başvuru mahkeme tarafından yeniden ele alındığında giderilebilecek eksikliklerin olduğu başvurularda "geri çevirme"; B. başvuru mahkeme tarafından giderilemeyecek eksikliklerin bulunduğu başvurularda ise "ret kararları" olarak sınıflandırılmıştır. Başvuru dosyası, geri çevirme kararlarının neticesinde başvuran mahkemeye iade edilerek eksikliklerin giderilmesi beklenmekte ve bu karar Resmî Gazete'de yayımlanmamaktadır. Ret kararları ise Resmî Gazete'de yayımlanmakla birlikte başvuruda düzeltilme olanağı olmayan bir noksanlık bulunduğu anlamına gelir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Anayasa'ya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi" başlıklı 40. maddesi, başvurunun yöntemine uygun olup olmadığının evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde inceleneceğini ve açıkça dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceğini belirtmiştir.

A. GERİ ÇEVİRME KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi sırasındaki esasa girmeme tercihi, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin 1. ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin 2. fıkralarındaki türden giderilebilir bazı şekli veya maddi eksiklerden kaynaklanıyor ise "Geri Çevirme/ İade" kararı olarak karşımıza çıkar ve dosya, eksikliğin giderilmesi için başvuru mahkemeye geri gönderilir.

Aşığıda geri çevirme kararlarının sebepleri, gerekçeli başvuru kararındaki eksiklikler ve diğere belgelerdeki eksiklikler şeklinde tasnif edilerek maddi ve şekli hatalar irdelenmiştir.

1. Gerekçeli Başvuru Kararındaki Eksiklikler Nedeniyle Geri Çevrilme

Mahkeme kararlarının daima “gerekçe”li olması, Anayasa’nın 141. maddesi hükmü gereğince bir zorunluluk olmanın yanı sıra yargılamayı başlatan iddia ve taleplerin başvuru tarafından ileri sürülmesi, yargılama boyunca değerlendirilmesi, yargıç tarafından kesin hükme bağlanması aşamalarında yürütülen hukuk mantığının ve elde edilmesi hedeflenen hukuki yararın objektif ve rasyonel biçimde anlaşılabilmesi için de büyük önem taşır.

a. Maddi Eksiklik: Gerekçeli Başvuru Kararında İçerik Hataları

Tam ve Anlaşılır Bir Gerekçeli Başvuru Kararının Bulunmaması:

Bir kural hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile başvuruda bulunan mahkemeler, başvuru dosyalarında Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 2949 sayılı Kanun’un 28/1 ve daha sonra yürürlüğe giren 6216 sayılı Kanun’un 40/1(a) hükmü gereğince ayrıca bir gerekçeli başvuru kararı sunmalıdır. Ne var ki ilk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 76’sında⁴ (%9,2) bu gerekçeli başvuru kararı yerine salt kısa kararı içeren duruşma tutanağının onaylı örneği veya yalnızca bir üst yazı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu başvuruları geri çevirerek ilgili mahkemelerin eksiksiz ve anlaşılabilir bir gerekçeli başvuru kararını dosyaya eklemesine karar vermiştir.

Gerekçeli Kararda İtiraz Edilen Maddelerin ve İtiraz Gerekçelerinin Net Olmaması:

Başvuru dosyası için ayrı bir Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu karar düzenlenmiş olmasının karşın bu kararda hangi kanun maddelerinin Anayasa’nın hangi maddelerine, hangi gerekçeyle aykırı olduğunun yeterli açıklıkta gösterilmemesi,

4 Bkz. Karar Listesi.

başvuruların geri çevrilmesinde önemli bir nedendir. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 99'unda⁵ bu eksiklik görülmüştür ve bu oran %10,33'tür. İktüzük'ün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında itiraz başvurusunun mahkemelerce gerekçeli kararlar yapılacağı belirtilmiştir. Söz konusu fıkranın (a) bendinde, gerekçeli kararda Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Belirsizliklerden kaynaklı olarak başvuru kararının gerekçesi ile sonuç bölümü veya kısa karar arasında iptali istenen kurallar yönünden çelişki ya da eksiklikler bulunması da başvuruların iade edilmesinin nedenlerinden biridir. Anayasa Mahkemesi ilk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 14'ünde⁶ bu hatayı tespit ederek başvuruları ilgili mahkemelere geri göndermiş, çelişki ve eksikliklerin giderilmesine karar vermiştir.

Gerekçeli Başvuru Kararının Talep Kısmında Eksiklik Bulunması:

Davada uygulanacak hükmün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri anlatılmış olmasına karşın bu hükmün iptalinin açıkça talep edildiği bir istem ifadesinin bulunmaması da başvuruların geri çevrilmesine neden olmaktadır. Bu eksiklik, ilk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 1'inde⁷ görülmüştür. Anayasa Mahkemesi ilgili başvurunun mahkemeye geri gönderilmesi gerektiğine dair Anayasa Mahkemesi İktüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ve 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi hükmüne atıfta bulunmuştur.

Başvurunun Kimin Talebi İle Yapıldığına Açık Olmaması:

Başvurunun resen mi yoksa taraflardan birinin talebi

5 Bkz. Karar Listesi.

6 Bkz. Karar Listesi.

7 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2021/23, K.2021/12, 3/3/2021.

üzerine mi yapıldığının açık olmaması, başvurunun değerlendirilmesini zorlaştıran bir unsurdur. Bu durum, başvurunun dayanağını ve niteliğini belirsiz hâle getirmektedir ve incelemenin temelini oluşturan unsurların doğru şekilde belirlenmesini engellemektedir. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 1'inde⁸ bu eksiklik bulunmaktadır. İlgili kararda Anayasa Mahkemesi, başvuran mahkemece yapılan başvurunun resen mi yoksa sanığın isteminin ciddi bulunması sonucu mu yapıldığının açıklığa kavuşturulmasına karar vermiştir.

Kısa Karar ile Başvuru Kararı Arasındaki Farklılıklar:

Kısa karar ile başvuru kararı arasında farklılıkların bulunması, başvuruların iade edilmesine yol açan bir diğer faktördür. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 2'sinde⁹ bu durum tespit edilmiştir. İlgili dosyalarda Anayasa Mahkemesi, farklılıkların giderilmesi için geri çevirme kararı vermiştir.

b. Şekli Eksiklik: Gerekçeli Başvuru Kararında Kırtasiye Hataları

Gerekçeli Başvuru Kararının Aslının Olmaması:

6216 sayılı Kanun madde 10/1/a ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 46/2 hükmüne göre gerekçeli başvuru kararının aslı yerine onaylanmış örneğinin gönderilmesi, başvuruların kabul edilmemesine neden olan bir diğer eksikliktir. Bu eksiklik, ilk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 9'unda¹⁰ görülmüştür. Söz konusu

8 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2001/206, K.2001/66, 3/4/2001.

9 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2001/66, K.2001/31, 20/2/2001; AYM, E.2001/206, K.2001/66, 3/4/2001.

10 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2000/2, K.2000/1, 12/1/2000; AYM, E.2001/72, K.2001/30, 13/2/2001; AYM, E.2001/249, K.2001/76, 1/5/2001; AYM, E.2005/24, K.2005/12, 9/3/2005; AYM, E.2012/64, K.2012/93, 15/6/2012; AYM, E.2016/178, K.2016/171, 2/11/2016; AYM, E.2017/93, K.2017/69, 15/3/2017; AYM, E.2017/138, K.2017/114, 12/7/2017.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.2010/56, K.2010/83, 24/6/2010.

başvurular hakkında Anayasa Mahkemesi, gerekçeli başvuru kararının aslının dosyaya eklenmesi için geri çevirme kararı vermiştir.

Başvuru Kararında Kısmen Başka Dosyaya Ait Bilgilerin Bulunması:

Başvuru kararının kısmen başka bir dosyaya ait bilgileri içermesi de başvuruların iadesine neden olmaktadır. Bu eksiklik, ilk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 1'inde¹¹ görülmüştür. İlgili dosyada Anayasa Mahkemesi, hatanın giderilmesi için geri çevirme kararı vermiştir.

Başvuru Kararının Karar Günü ve Esas Sayısı Bilgilerini İçermemesi:

Başvuru kararında karar günü ve esas sayısının bulunmaması da geri çevirme nedenleri arasındadır. Bu eksiklik, ilk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 1'inde¹² görülmüştür. İlgili dosyada Anayasa Mahkemesi, eksikliğin giderilmesi için iade kararı vermiştir.

2. Diğer Belgelerdeki Eksiklikler Nedeniyle Geri Çevrilme

a. Maddi Eksiklikler: Var Olmayan İçerik

İtiraz başvurusu kararının olmaması:

Bazı başvurular, yalnızca tarafın talebinin tutanağa geçirilmesiyle sınırlı kalmakta ve ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesi'ne gönderilme kararını dahi içermemektedir. Bu tür başvurularda, geri gönderme yerine "karar verilmesine yer olmadığına dair karar" verilmesi söz konusudur. Ayrıca itirazın karara bağlanıp bağlanmadığını gösteren bilgi ve belgelerin eksikliği de başvuruların iade edilmesine yol açmaktadır. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 3'ünde¹³ bu durum görülmüştür.

11 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2005/23, K.2005/11, 9/3/2005.

12 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2005/48, K.2005/30, 23/5/2005.

13 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2004/110, K.2004/121, 8/12/2004; AYM, E.2016/42, K.2016/40, 26/5/2016; AYM, E.2005/48, K.2005/30, 23/5/2005.

Mahkemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasının taraflardan gelmesi durumunda bu iddiayı ciddiye alarak Anayasa Mahkemesine iletip iletmeme davranışını düzenleyen üç temel modele karşılaştırmalı hukukta rastlamak mümkün: Katı olan modelde mahkemenin iddiaya ikna olması gerekir. Almanya ve Bulgaristan uygulamaları buna örnektir. Gevşek olan modelde ise tarafların tespit ettiği aykırılık konusunda mahkemenin iddia sahibi taraf ile hemfikir olması şart değildir. İddianın mahkemede makul bir kuşku uyandırması yeterlidir. İtalya, İspanya ve Avusturya örnekleri bu yöndedir. Üçüncü seçenekte ise mahkeme inisiyatif kullanmamakta, taraflardan birinin böyle bir iddiası var ise bunu mutlaka merkezî yargı organına anayasaya aykırılık iddiasının kesin hükme bağlanması için iletmektedir. Bu seçeneğe Belçika örnek gösterilebilir¹⁴.

Türkiye'de de "ciddi bulmak" ifadesi ile açıklanan bu durumda ciddi bulmak ifadesinin iddiaya tümüyle katılmak olarak algılanmaması gerekliliği makuldür. Ne var ki "ciddi bulma" ifadesinin mahkemelerce zaman zaman "hemfikir olma" gibi algılandığına da rastlanmaktadır.

Yargılamanın Diğer Unsurlarının Anayasaya Aykırılık İddiası Hakkındaki Beyanlarının Eksikliği:

Başvuruların reddedilmesinin diğer yaygın bir nedeni de iddia sahibinin haricinde davacının, davalının, Cumhuriyet savcısının, sanıkların, müştekinin veya müdahilin Anayasa'ya aykırılık konusundaki görüşlerinin bulunmamasıdır. İlk inceleme aşamasını geçemeyen 949 kararın 63'ünde¹⁵ bu eksiklikler tespit edilmiştir.

Anayasa'ya aykırılık iddiasının sahibinin yanı sıra yargılamanın diğer unsurlarının bu iddiaya dair beyanlarının alınmasının gerekliliği, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un yanı

14 Ülgen, Ö. (2013). s. 150.

15 Bkz. Karar Listesi.

sıra 2004 yılı sonuna kadar yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde yer almış, daha sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 33. maddesinde de korunmuştur. Buna göre duruşmada verilecek kararlar orada hazır bulunan müdafî, vekil ve diğer ilgililer dinlendikten sonra verilir. Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşünün alınması ise gerek duruşmada gerekse duruşma dışında verilecek kararlar için bir gerekliliktir. Bu kuralın ilk inceleme aşamasında Anayasa Mahkemesi tarafından gözetileceğine dair 2949 sayılı Kanun'un 28/2. maddesi hükmü, 30/3/2011'de yürürlüğe giren 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinde varlığını korumamıştır.

b. Şekî Eksiklikler: Başvuru Dosyasında Sunulan Ancak Hata Barındıran Belgeler

Belgelerin Onaylı Örneklerinin Eksik Olması Nedeniyle Geri Çevrilme:

6216 sayılı Kanun'un madde 40/1/b-c ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde, "Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneği", (b) bendinde ise "Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örnekleri"nin gerekçeli başvuru kararının aslı ile birlikte Mahkemeye sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükümlere uyulmaması, başvurunun ilk inceleme aşamasında elenmesine neden olmaktadır. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 8'inde¹⁶ bu eksiklik tespit edilmiştir.

Belgelerin Tarih Sırasına Göre Dizi Pusulasına Bağlanarak Sıralanmış Olmaması:

6216 sayılı Kanun madde 40/1 ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü madde 46/2/c hükümlerine göre başvuru kararı

16 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2023/176, K.2023/196, 30/11/2023; AYM, E.2023/83, K.2023/74, 4/5/2023; AYM, E.2005/24, K.2005/12, 9/3/2005; AYM, E.2002/125, K.2002/70, 11/9/2002; AYM, E.2023/152, K.2023/169, 11/10/2023; AYM, E.2016/175, K.2016/168, 2/11/2016; AYM, E.2014/78, K.2014/82, 14/5/2014; AYM, E.2005/23, K.2005/11, 9/3/2005.

ekindeki ilgili belgelerin “dizi pusulasına bağlı onaylı örnekleri” yerine dizi listesine bağlı kalınmaksızın veya onaysız eklenen fotokopilerinin gönderilmesi ya da bazılarının hiç gönderilmemiş olması sıkça rastlanan bir durumdur. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 109’unda¹⁷ bu eksiklik tespit edilmiştir. Bu oran, %11,48’e denk gelmektedir.

Belgelerin Ayırık Ayırık Yerine Topluca Onaylanmış Olması:

Belgelerin her birinin ayrı ayrı onaylanması gerektiği hâlde topluca onaylanması da bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 1’inde¹⁸ bu hata yapılmıştır. Belgelerin ayrı ayrı onaylanması, her belgenin doğruluğunun ve geçerliliğinin ayrı ayrı teyit edilmesi açısından gereklidir.

Başvuru Dosyasının Okunaklı Olmayan Fotokopiler İçermesi:

Okunaksız fotokopiler, belgelerin doğru şekilde incelenmesini engellemektedir. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 3’ünde¹⁹ okunaklı olmayan fotokopilerin bulunduğu tespit edilmiştir. Belgelerin okunaklı ve anlaşılır olması, başvurunun sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi için şarttır.

Dosyanın Aslının Gönderilmiş Olması:

Başvuruların değerlendirilmesi sürecinde, ilgili belgelerin onaylı örnekleri yerine dosyanın aslının gönderilmesi de bir başka önemli hata olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 84’ünde²⁰ bu durum yaşanmıştır. Belgelerin onaylı örneklerinin gönderilmesi, belgelerin doğruluğunun resmîliğini teyit eder.

17 Bkz. Karar Listesi.

18 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2001/264, K.2001/75, 1/5/2001.

19 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2001/82, K.2001/39, 20/2/2001; AYM, E.2001/72, K.2001/30, 13/2/2001; AYM, E.2001/139, K.2001/49, 15/3/2001; AYM, E.2001/422, K.2001/350, 13/11/2001.

20 Bkz. Karar Listesi.

Dolayısıyla dosyanın aslının gönderilmesi hata olarak kabul edilmiş ve ilgili başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından iade edilmiştir.

Duruşma Tutanaklarında Eksiklik Nedeniyle Geri Çevrilme:

Başvuru sürecinde, duruşma zaptında sayfanın noksan olması bir diğer önemli eksikliklerdir. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın yalnızca 1'inde²¹ bu durum tespit edilmiştir. Belgelerin tam ve eksiksiz olması, başvurunun değerlendirilmesi için kritik öneme sahiptir.

İmza Eksikleri:

Başvuruların önemli bir kısmı, duruşma tutanaklarında veya gerekçeli kararda hâkimin veya zabıt kâtibinin imzasının bulunmaması nedeniyle geri çevrilmiştir. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 11'inde²² bu eksiklik tespit edilmiştir. İmzaların eksik olması, belgelerin resmî geçerliliğini yitirmesine neden olmaktadır.

Tarih Yanlılıkları:

Duruşma zabıtlarında gerekçeli karar tarihinden sonraki bir g tarihin yer alması, belgelerin düzenli ve tutarlı olmaması anlamına gelmektedir. Bu durum, başvuruların 1'inde²³ tespit edilmiştir ve %0,13 oranındadır. Belgelerdeki tarih uyumsuzlukları, belgelerin doğruluğunu sorgulatabilir.

Vekâletname Eksikleri:

Başvurularda, taraf vekillerinin vekâletnamelerinin ve duruşmaya kabullerine dair kararın bulunmaması da maddi eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk inceleme aşamasından öteye gidemeyen 949 kararın 3'ünde²⁴ bu eksiklik görülmüştür. Vekâletnamelerin eksik olması, vekilin yetkisini ve temsil hakkını belirsiz kılmaktadır.

21 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2001/108, K.2001/35, 20/2/2001.

22 Bkz. Karar Listesi.

23 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2001/127, K.2001/48, 15/3/2001.

24 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.1983/10, K.1983/11, 21/6/1983; AYM, E.1992/18, K.1992/15, 3/3/1992; AYM, E.2001/292, K.2001/84, 17/5/2001.

B. RET KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi sırasındaki esasa girmeme hâli, başvuru mahkeme tarafından giderilemeyecek eksikliklerin bulunduğu başvurularda “ret kararı” olarak karşımıza çıkar.

Anayasa Mahkemesinin burada kararlarında kullandığı “mahkemenin yetkisizliği nedeniyle ret” ifadesindeki “yetkisizlik”, Anayasa Mahkemesi bakımından hukuk veya ceza usul hukukundaki “yargılamayı yürütmeye coğrafi nedenlerle yetkisiz olma” durumunu değil “yürürlükte bulunan normlara aykırı bir başvuruda bulunmaya başvuru mahkemenin yetkili olmaması”nı ifade etmektedir.

Ret kararının verilmesi, başvuruda düzeltilme olanağı olmayan bir noksanlık bulunduğu anlamına gelir. Aşağıda ret kararlarının sebepleri, başvuruya konu kurala dair, başvurunun kaynaklandığı davaya dair derdest bir dava olmamasından ötürü ve başvuruda bulunan organa dair ret sebepleri şeklinde tasnif edilerek çeşitli hatalar analiz edilmiştir.

1. Başvuruya Konu Kurala Dair Ret Sebepleri

a. Davada Uygulanacak Kural Olması Gerekliliğini Karşılایamaması

“Uygulanacak kural” ifadesinin içinin doldurulmasında karşılaştırmalı hukuktaki iki ana eğilim, başvurunun yalnızca hükme etkili olan normlarla sınırlandırılması veya mahkemelerin uygulayacakları bütün kuralları başvuruya konu edebilmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır²⁵.

ARIK²⁶, AZRAK²⁷, KIRATLI²⁸ gibi yazarlara göre

25 Ülgen, Ö. (2013). s. 272.

26 Arık, K. F. (1961). “Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında (Mukayeseli Bir İnceleme)”, *Adalet Dergisi*, C. 52., S. 9-10., s. 843.

27 Azrak, A. Ü. (1968). “Türk Anayasa Mahkemesi”, *İÜHF Mecmuası*, C. 28., S. 3-4., s. 86-87.

28 Kıratlı, M. (1966). *Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara: SBF Yayınları,

“davada uygulanacak kanun” ifadesinin “hükme etki edecek kanun” olarak dar yorumlanması somut norm denetiminin niteliğine daha uygun görünmektedir. Bu düşünce tarzı Almanya, Avusturya ve İtalya gibi ülkelerde görülen anayasal düzenlemeyi yansıtmaktadır. Anılan yazarlara katılmayan ARMAĞAN²⁹ ve AYBAY³⁰ ise “davada uygulanacak kanun” ifadesi “davanın değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak kanunların tümü” olarak anlaşılmalıdır çünkü davada uygulanan normlar bütününe hangi parçasının tarafların hukuki faydaları bakımından ne derecede değerli olduklarının saptanması her zaman belirgin olmayabilir³¹.

İtiraz konusu kuralın davada doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanacak kural olması sorunu üzerine Anayasa Mahkemesi “*Davada uygulanacak kuraldan, davanın özüne etkili ve sonucu değiştirecek nitelikte doğrudan veya dolaylı biçimde uygulanacak kuralların anlaşılması gerekir.*”³² değerlendirmesinde bulunmuştur.

İptali talep edilen kuralın başvuru mahkemenin davaya uygulayacağı bir kural olmaması veya daha önce iptal edilmiş olması, taranan kararların 199’unda³³ ilk inceleme aşamasında ret sebebi teşkil etmiştir. Oldukça yüksek bir oran olarak %25’e denk gelen bu sayı, reddedilen her dört başvurudan birinde aslında davaya uygulanmayacak bir kuralın itiraza konu edildiğini göstermektedir.

s. 80-81.

29 Armağan, S. (1966-67). “Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Defi ve Re’sen Sevk”, İÜHF Mecmuası, C. 32., S. 1-4., s. 728-730.

30 Aybay, R. (1968). “Anayasaya Aykırılık İtirazının Özellikleri, ‘Davanın Varlığı’ ve ‘Uygulanacak Kanun’ Sorunları”, *Adalet Dergisi*, S. 6., s. 365.

31 Esen, E. (1996). İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi’nin Yaptığı İlk İnceleme, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları Tezler Dizisi, s. 86-87.

32 AYM, E.1997/31, K.1997/38, 15/3/1997.

33 Bkz. Karar Listesi.

Davada Uygulanacak Kuralın Başvuruda Yalnızca Bir Olasılık Olarak Değerlendirilmiş Olması:

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başvurulardan 3 tanesinde³⁴ başvuru mahkeme, başvurusuna konu ettiği kuralı baktığı davada uygulayacak olması olasılığına dayanarak başvuruda bulunmuştur. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, bu durumda yalnızca bir olasılığa dayanmayı kabul etmemekte, itiraza konu kuralın mutlaka davanın esasına uygulanacak olan kural olmasını beklemektedir.

b. Bir mahkemenin aynı norm hakkında birden fazla itiraz başvurusunun bulunması

6216 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre itiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması hâlinde, yapılmış olan itiraz başvurusu bu dosyalar için de bekletici mesele sayılır. Bu hükme aykırılık teşkil eden örnekler, taranan kararların 191'inde³⁵ ilk inceleme aşamasında ret sebebi teşkil etmiştir. %20 olan bu oran, her beş başvurudan birinde ret sebebi olarak bu sorunun karşımıza çıktığını ortaya koymaktadır.

c. On yıllık sürede başvuru yasağı

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kapsamında on yıllık başvuru yasağı bulunmaktadır. Kanun'un 41. maddesine göre, mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz. 72 başvuruda³⁶ durum böyledir.

Anayasa Mahkemesi, önceki kararının Resmî Gazete'de

34 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2005/76, K.2005/41, 18/7/2005; AYM, E.2005/492, K.2005/47, 27/9/2005; AYM, E.2005/93, K.2005/48, 27/9/2005; AYM, E.2005/105, K.2005/53, 29/9/2005; AYM, E.2005/122, K.2005/67, 17/10/2005.

35 Bkz. Karar Listesi.

36 Bkz. Karar Listesi.

yayımlanmamış olması durumunda bile bu kuralı uygulamakta ve kararın yine de on yıllık denetim yasağı kuralını bağlayıcı hâle getirdiği değerlendirilmesini yapmaktadır³⁷.

Başvuru yasağı için uygun görülen on yıllık sürenin sosyal yaşantının dinamizmi içinde ne denli uzun sayılabileceği, çelişkilere ve çözümsüzlüklere yol açıyor oluşu ve kişilerin hak arama mekanizmalarına erişimi ile hukukun istikrarı olguları arasındaki dengeyi ne derecede sağlayabildiği konuları üzerine tartışmalar doktrinde süregelmektedir³⁸. Bu akademik tartışmalar veya on yıllık süre yasağının tartışmaya açılacağı hukuki platformlar üzerine çokça söz söylenebilecek ise de bu alan çalışmamızın kapsamının dışında kaldığından bu tartışmalara burada değinilmeyecektir.

d. Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyecek bir normun başvuruya konu edilmesi

Bir kuralın itiraz başvurusuna konu edilebilmesi için:

i. Olumlu Koşul: Bir Kanun veya Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Yürürlüğe Konulmuş Olması

Anayasa'nın 152., 6216 sayılı Kanun'un 40 vd., Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün ise 46 vd. maddelerine göre bir kuralın Anayasa'ya aykırılığı iddiasının Anayasa Mahkemesi nezdinde somut norm denetimine konu edilebilmesi için o kuralın bir kanun veya olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ihdas edilmiş olması gerekir. İlgili hükümlerden farklı bir şekilde yürürlüğe konulan kurallar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası itiraz başvurusuna konu edilirse Anayasa Mahkemesi başvuru hakkında ret kararı verir.

Anayasa Mahkemesi 2006 tarihli bir kararında Avukatlık

37 AYM, E.1989/18, K.1989/31, 5/9/1989.

38 Derinleşmek için bkz. Sezer, A. (2022). *Anayasa Yargısında Güvence-İstikrar İkilemi: On Yıllık Norm Denetimi Yasağı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Asgari Ücret Tarifesi'nin iptalinin istenmesi üzerine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 13. maddesinin üçüncü fıkrasının iptaline ilişkin başvurunun başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine³⁹ karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in çeşitli hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası karşısında verdiği kararlarda başvurunun esasına geçilmeden reddine⁴⁰ karar vermiştir.

ii. Olumsuz Koşullar:

Anayasa, olumlu koşulların gerektirdiği şekilde bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olduğu *hâlde yine de* Anayasa'ya uygunluk denetimine konu edilemeyecek birtakım normlara da yer vermektedir. Bunlar, 148/1. madde gereğince olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, 174. madde gereğince inkılap kanunları ve geçici 15. madde gereğince *Millî Güvenlik Konseyi dönemi düzenlemeleridir*.

Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin ve inkılap kanunlarının hangileri olduğunun saptanmasında bir güçlük bulunmamaktadır. Bunun yanında, geçici 15. maddede⁴¹ konu edilen düzenlemelerin "12 Eylül 1980'den 6 Aralık 1983'e kadarki dönemde yasama işlemi olarak yürürlüğe girmiş olan kanun ve kanun hükmünde kararnameler" olduğunu hatırlatmakta fayda olabilir. Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar itiraz başvurusunun bu dönem düzenlemelerine ilişkin olmaması zorunluluğunu gözeterek 28 adet başvuruda⁴² ret kararı vermiştir.

39 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2006/60, K.2006/51, 17/4/2006.

40 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2007/53, K.2007/61, 31/5/2007; AYM, E.2014/44, K.2014/47, 13/3/2014.

41 Bu madde, 5982 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile 7/5/2010 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

42 Bkz. Karar Listesi.

Yine Sosyal Sigortalar Kanunu'nun, Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun'un ve Vergi Usul Kanunu'nun bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile ilgili verdiği 2000 ve 2001 tarihli kararlarında⁴³, bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırılıkları iddiası karşısında ret kararı verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesi hâlinde yetkisizlik sebebiyle ret kararı vermektedir. Taranan başvuruların 3'ü⁴⁴ buna örnek teşkil etmektedir.

2. Başvurunun Kaynaklandığı Davaya Dair Ret Sebepleri- Derdest Bir Dava Olmaması

“Davaya bakmakta olan mahkeme” ifadesindeki öne çıkan unsur, hâlihazırda açık bir dosyada bakılmakta olan bir davanın varlığıdır.

a. Aktif Bir Davanın Bulunmaması

Başvuru yapıldığı sırada mahkemenin elinde aktif bir dava bulunmaması nedeniyle başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmektedir. Taranan başvuruların 4'ü⁴⁵ buna örnek teşkil etmektedir.

b. Davanın Usûlüne Uygun Olarak Açılmamış Olması

Usulüne uygun şekilde açılmamış davalar da başvurunun reddedilmesine yol açar. Taranan başvuruların 5'i⁴⁶ buna örnek teşkil etmektedir.

43 AYM, E.2001/374, K.2001/337, 12/9/2001; AYM, E.2000/37, K.2000/14, 15/6/2000; AYM, E.2001/120, K.2001/44, 27/2/2001; AYM, E.2001/360, K.2001/105, 18/7/2001; AYM, E.2001/361, K.2001/106, 18/7/2001.

44 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2006/60, K.2006/51, 17/4/2006; AYM, E.1992/30, K.1992/36, 26/5/1992; AYM, E.1997/66, K.1997/72, 16/12/1997.

45 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2001/11, K.2001/3, 24/1/2001; AYM, E.2012/57, K.2012/85, 31/5/2012; AYM, E.2022/143, K.2022/141, 30/11/2022.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.2006/163, K.2006/121, 27/12/2006.

46 **Adli Yargı Başvuruları:** AYM, E.2001/118, K.2001/42, 27/2/2001; AYM, E.2001/181, K.2001/60, 27/3/2001; AYM, E.2001/181, K.2001/60, 27/3/2001.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1994/42, K.1994/55, 18/7/1994; AYM, E.2012/118, K.2012/170, 8/11/2012.

c. Nihai Hükümün Gerekçesinin Yazılmasının Ardından Başvurulduğu İçin

Mahkeme nihai hükümün gerekçesini yazdıktan sonra Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi için başvurduğunda başvuru, sonuçlanmış bir dava hakkında yapıldığı için reddedilmiştir. Taranan başvuruların 1'i⁴⁷ buna örnek teşkil etmektedir.

3. Başvuruda Bulunan Organa Dair Ret Sebepleri

a. Başvuran Mahkemenin Davaya Bakmakla Görevli Mahkeme Olmaması

“Davaya bakmakta olan mahkeme” ifadesindeki vurgu, bu başlıkta “bakmakta olan” kısmındadır. Bakmakta olmak, burada kuşkusuz “bakmakta olması çünkü bakabilecek olması; bakmasında hukuki dayanağın bulunması” mahiyetindedir.

Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu yapan mahkemenin davaya bakmakla görevli olmaması dolayısıyla başvuruya yetkisizliği nedeniyle Anayasa Mahkemesi ilgili başvuru hakkında ret kararı vermektedir. Taranan başvuruların 63'ü⁴⁸ buna örnek teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu yapan mahkemenin taraflardan birinin görev itirazını hükme bağlamadan başvuru yapmış olması durumunda da Anayasa Mahkemesi söz konusu başvuruyu reddeder. Taranan başvuruların 1'i⁴⁹ buna örnek teşkil etmektedir.

b. Başvuranın Bir Mahkeme Olmaması

Anayasa Mahkemesinin “mahkeme” ifadesinden anladığı; kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenen, karar organları hâkimlerden oluşan ve dolayısıyla göreve gelmeleri ile görevden ayrılmalarının hâkimlik teminatı usullerine göre gerçekleştiği, Anayasa'da başında

47 Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.2019/91, K.2019/70, 19/9/2019.

48 Bkz. Karar Listesi.

49 Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.2016/45, K.2016/41, 26/5/2016.

bir yüksek mahkeme ile birlikte sayılan yargı düzenlerinden birine dâhil olan, hukuki uyumsuzluğu bu koşullarla ve yargılama teknikleri kullanarak hükme bağlayan yargılama mercileridir⁵⁰.

Bu algılama biçimi neticesinde örneğin Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin itiraz yolu ile yapmış olduğu bir somut norm denetimi başvurusu, bu neviden hakem heyetlerinin üyelerinin “hâkim” olmadıkları gerekçesi ile reddedilmiştir⁵¹.

Benzer şekilde, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının bir itiraz başvurusu da uyumsuzluk çözmesine ve bazı cezai yaptırımlar uygulama yetkisini haiz olmasına karşın Kurulun bir “mahkeme” sayılamayacağı gerekçesi ile reddedilmiş ve dosyada esas incelemesine geçilmemiştir⁵².

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, Türkiye’de anayasal düzenin korunması ve hukuk devleti ilkesinin uygulanabilirliğinin sağlanmasında kritik bir role sahiptir. Bu rolü yerine getirirken, somut norm denetimi süreçlerinin etkin ve adil bir şekilde yürütülmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışma, Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimindeki ilk inceleme süreçlerine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme sunarak bu aşamada ortaya çıkabilen kabul edilebilirlik/edilmezlik olasılıklarını ve verilen kararları irdelemiştir.

Çalışma boyunca 1982 Anayasası’nın yürürlüğe giriş tarihi olan 9/11/1982 ile 30/6/2024 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesine gönderilen 2.331 karar taranmış ve ilk inceleme safhasını geçemeyen 949 karar ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu başvuruların %40,71’ini oluşturan dosyalardaki usul eksiklikleri sınıflandırılmış ve itiraz yolunun tıkanmasının sebepleri üzerinde durulmuştur.

2.331 başvurunun 1.575’inin adli yargıdan, 749’unun idari

50 AYM, E.1992/12, K.1992/7, 18/2/1992; AYM, E.2007/53, K.2007/61, 31/5/2007.

51 **Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başvurusu:** AYM, E.2007/53, K.2007/61, 31/5/2007.

52 İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı Başvurusu: AYM, E.1992/12, K.1992/7, 18/2/1992.

yargıdan 5'inin Anayasa Mahkemesinden ve 2'sinin ise yargı örgütüne dâhil olmayan kurumlardan geldiği gözlemlenmiştir.

Adli yargıdan gönderilen 1.575 başvurunun 745'i ilk inceleme safhasında ret kararı ile sonuçlanırken 641'i esas incelemesinde reddedilmiştir. Neticede yalnızca 189'u iptal talebinin kabulü ile sonuçlanmıştır.

İdari yargıdan gönderilen 749 başvurunun 202'si ilk inceleme safhasında ret yanıtı alırken 297'si esas incelemesinde reddedilmiştir. Neticede yalnızca 250'si iptal talebinin kabulü ile sonuçlanmıştır.

Talep doğrultusunda netice alınması bakımından idari yargı başvurularının kabul oranının (%33,37) adli yargı başvurularının kabul oranından (%12) daha yüksek olduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 5 başvurusunun 5'i de iptal ile sonuçlanmıştır.

Yargı örgütü dışından yapılan başvurular ise ilk inceleme aşamasını geçemeyerek reddedilmiştir.

Ulaşılan bulgulara göre Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruların büyük bir kısmı şekil ve usul yönünden kabul edilebilirlik aşamasında elenmektedir.

Başvuruların kabul edilebilirlik oranı, mahkemenin iş yükünü hafifletmekle birlikte bazı durumlarda başvuru hak arama özgürlüğünü sınırlayıcı bir etki yaratabilmektedir. Bu durum, kabul edilebilirlik kriterlerinin daha açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesi ve başvuru sahiplerine bu konuda daha fazla rehberlik edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Süreli Yayınlar

- ARIK, Kemal Fikret (1961). "Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında (Mukayeseli Bir İnceleme)", *Adalet Dergisi*, C. 52., S. 9-10., ss. 831-849.
- ARMAĞAN, Servet (1966-67). "Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Defi ve Re'sen Sevk", *İÜHF Mecmuası*, C. 32., S. 1-4., ss. 715-748.
- AYBAY, Rona (1968). "Anayasaya Aykırılık İtirazının Özellikleri, 'Davanın Varlığı' ve 'Uygulanacak Kanun' Sorunları", *Adalet Dergisi*, S. 6., ss. 350-367.
- AZRAK, Ali Ülkü (1968). "Türk Anayasa Mahkemesi", *İÜHF Mecmuası*, C. 28., S. 3-4., ss. 649-700.
- BAŞLAR, Kemal (2006). Anayasa Yargısında 'Davaya Bakmakta Olan Mahkeme', içinde Turhan, Mehmet ve Tülen, Hikmet (Ed.), *Anayasa Yargısı İncelemeleri-I* (ss. 219-257), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- ESEN, Selin (1996). İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları Tezler Dizisi.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer (1974). "İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava", *AÜHFD*, C. 31., S. 1-4.
- KIRATLI, Metin (1966). *Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara: SBF Yayınları.
- SEZER, Abdullah (2022). *Anayasa Yargısında Güvence-İstikrar İkilemi: On Yıllık Norm Denetimi Yasağı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÜLGEN, Özen (2013). *Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, İstanbul: Beta Yayınevi.

Anayasa Mahkemesi Kararları

*** 4 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1988/8, K.1988/7, 6/4/1988; AYM, E.1988/42, K.1988/43, 3/11/1988; AYM, E.1988/43, K.1988/44, 3/11/1988; AYM, E.1989/16, K.1989/30, 5/9/1989; AYM, E.1991/20, K.1991/12, 3/5/1991; AYM, E.1998/21, K.1998/20, 26/5/1998; AYM, E.2001/14, K.2001/4, 24/1/2001; AYM, E.2001/28, K. 2001/16, 3/1/2001; AYM, E.2001/46, K.2001/20, 7/2/2001; AYM, E.2001/50, K. 2001/22, 8/2/2001; AYM, E.2001/59, K.2001/25, 13/2/2001; AYM, E.2001/93, K.2001/40, 2/2/2001; AYM, E.2001/130, K.2001/53, 15/3/2001; AYM, E.2001/185, K.2001/58, 27/3/2001; AYM, E.2001/173, K.2001/59, 27/3/2001; AYM, E.2001/201, K.2001/64, 3/4/2001; AYM, E.2001/191, K.2001/65, 3/4/2001; AYM, E.2001/238, K.2001/72, 17/4/2001; AYM, E.2001/253, K.2001/74, 1/5/2001; AYM, E.2001/255, K.2001/78, 1/5/2001; AYM, E.2001/271, K.2001/81, 1/5/2001; AYM, E.2001/292, K.2001/84, 17/5/2001; AYM, E.2001/302, K.2001/88, 23/5/2001; AYM, E.2001/318, K.2001/94, 5/6/2001; AYM, E.2001/354, K.2001/102, 5/7/2001; AYM, E.2001/434, K.2001/353, 22/11/2001; AYM, E.2001/474, K.2002/5, 3/1/2002; AYM, E.2001/475, K.2002/6, 3/1/2002; AYM, E.2001/476, K.2002/7, 3/1/2002; AYM, E.2001/477, K.2002/8, 3/1/2002; AYM, E.2002/34, K.2002/30, 19/2/2002; AYM, E.2002/161, K.2002/101, 12/11/2002; AYM, E.2004/7, K.2004/7, 10/2/2004; AYM, E.2004/49, K.2004/83, 23/6/2004; AYM, E.2005/126, K.2005/75, 10/11/2005; AYM, E.2005/147, K.2005/97, 7/12/2005; AYM, E.2006/24, K.2006/23, 17/2/2006; AYM, E.2006/81, K.2006/58, 30/5/2006; AYM, E.2006/82, K.2006/59, 30/5/2006; AYM, E.2006/83, K.2006/60, 30/5/2006; AYM, E.2006/84, K.2006/61, 30/5/2006; AYM, E.2006/85, K.2006/62, 30/5/2006; AYM, E.2006/134, K.2006/95, 4/10/2006; AYM, E.2013/80, K.2013/91, 17/7/2013; AYM, E.2013/120, K.2013/120, 31/10/2013; AYM, E.2013/156, K.2014/2, 2/11/2014; AYM, E.2014/59, K.2014/55, 27/3/2014; AYM, E.2014/130, K.2014/127, 16/7/2014; AYM, E.2015/31, K.2015/34, 1/4/2015; AYM, E.2016/8, K.2016/8, 10/2/2016; AYM, E.2016/173, K.2016/166, 2/11/2016; AYM, E.2016/187, K.2016/180, 14/12/2016; AYM, E.2017/3, K.2017/3, 18/1/2017; AYM, E.2017/4, K.2017/6,

18/1/2017; AYM, E.2017/168, K.2017/151, 15/11/2017; AYM, E.2018/140, K.2018/101, 8/11/2018; AYM, E.2021/31, K.2021/21, 31/3/2021; AYM, E.2021/112, K.2021/75, 4/11/2021; AYM, E.2022/11, K.2022/15, 24/2/2022; AYM, E.2022/86, K.2022/83, 30/6/2022; AYM, E.2022/149, K.2022/143, 30/11/2022; AYM, E.2022/150, K.2022/152, 13/12/2022; AYM, E.2023/10, K.2023/6, 25/1/2023; AYM, E.2023/84, K.2023/78, 4/5/2023; AYM, E.2023/138, K.2023/145, 13/9/2023; AYM, E.2023/139, K.2023/146, 13/9/2023; AYM, E.2023/186, K.2023/216, 27/12/2023; AYM, E.2024/16, K.2024/21, 1/2/2024; AYM, E.2024/28, K.2024/24, 1/2/2024; AYM, E.2024/48, K.2024/49, 22/2/2024.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1997/38, K.1997/41, 2/4/1997; AYM, E.2001/444, K.2001/355, 5/12/2001; AYM, E.2002/21, K.2002/23, 31/1/2002; AYM, E.2002/20, K.2002/27, 7/2/2002; AYM, E.2014/168, K.2014/169, 13/11/2014; AYM, E.2023/157, K.2023/178, 26/10/2023.

*** 5. no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1985/13, K.1985/12, 2/8/1985; AYM, E.1986/4, K.1986/3, 4/2/1986; AYM, E.1990/3, K.1990/4, 13/2/1990; AYM, E.1993/30, K.1993/27, 7/9/1993; AYM, E.1995/49, K.1995/43, 19/9/1995; AYM, E.2000/28, K.2000/12, 18/5/2000; AYM, E.2001/16, K.2001/5, 24/1/2001; AYM, E.2001/17, K.2001/6, 24/1/2001; AYM, E.2001/18, K.2001/7, 24/1/2001; AYM, E.2001/20, K. 2001/8, 24/1/2001; AYM, E.2001/19, K. 2001/11, 30/1/2001; AYM, E.2001/21, K.2001/12, 30/1/2001; AYM, E.2001/22, K. 2001/13, 30/1/2001; AYM, E.2001/96, K.2001/45, 27/2/2001; AYM, E.2001/206, K.2001/66, 3/4/2001; AYM, E.2001/253, K.2001/74, 1/5/2001; AYM, E.2001/264, K.2001/75, 1/5/2001; AYM, E.2001/273, K.2001/79, 1/5/2001; AYM, E.2001/287, K.2001/85, 17/5/2001; AYM, E.2001/286, K.2001/87, 23/5/2001; AYM, E.2001/342, K.2001/99, 12/6/2001; AYM, E.2003/17, K.2003/11, 18/3/2003; AYM, E.2003/20, K.2003/14, 9/4/2003; AYM, E.2003/95, K.2003/97, 18/11/2003; AYM, E.2003/96, K.2003/98, 18/11/2003; AYM, E.2004/27, K.2004/52, 15/4/2004; AYM, E.2004/106, K.2004/119, 1/12/2004; AYM, E.2005/115, K.2005/49, 27/9/2005; AYM, E.2005/113, K.2005/57,

29/9/2005; AYM, E.2006/9, K.2006/15, 7/2/2006; AYM, E.2006/45, K.2006/41, 4/4/2006; AYM, E.2006/46, K.2006/42, 4/4/2006; AYM, E.2006/89, K.2006/70, 6/6/2006; AYM, E.2006/90, K.2006/71, 6/6/2006; AYM, E.2006/91, K.2006/72, 6/6/2006; AYM, E.2006/92, K.2006/73, 6/6/2006; AYM, E.2010/5, K.2010/25, 4/2/2010; AYM, E.2010/74, K.2010/94, 22/9/2010; AYM, E.2012/32, K.2012/51, 11/4/2012; AYM, E.2013/25, K.2013/37, 7/3/2013; AYM, E.2013/73, K.2013/82, 4/7/2013; AYM, E.2013/98, K.2013/98, 12/9/2013; AYM, E.2014/160, K.2014/156, 22/10/2014; AYM, E.2014/182, K.2014/185, 17/12/2014; AYM, E.2014/187, K.2014/189, 17/12/2014; AYM, E.2014/188, K.2014/190, 17/12/2014; AYM, E.2014/192, K.2014/193, 25/12/2014; AYM, E.2014/197, K.2015/1, 14/1/2015; AYM, E.2015/3, K.2015/13, 18/2/2015; AYM, E.2015/14, K.2015/16, 18/2/2015; AYM, E.2015/38, K.2015/39, 22/4/2015; AYM, E.2015/66, K.2015/66, 13/7/2015; AYM, E.2015/69, K.2015/69, 3/9/2015; AYM, E.2016/52, K.2016/122, 22/6/2016; AYM, E.2016/163, K.2016/146, 7/9/2016; AYM, E.2016/17784, K.2016/1740, 23/11/2016; AYM, E.2017/34, K.2017/24, 1/3/2017; AYM, E.2017/35, K.2017/26, 1/3/2017; AYM, E.2017/60, K.2017/27, 1/3/2017; AYM, E.2017/90, K.2017/72, 15/3/2017; AYM, E.2017/100, K.2017/85, 12/4/2017; AYM, E.2017/133, K.2017/110, 14/6/2017; AYM, E.2018/32, K.2018/31, 28/3/2018; AYM, E.2018/72, K.2018/44, 17/5/2018; AYM, E.2018/97, K.2018/45, 17/5/2018; AYM, E.2018/98, K.2018/46, 17/5/2018; AYM, E.2018/116, K.2018/92, 25/9/2018; AYM, E.2018/132, K.2018/95, 17/10/2018; AYM, E.2018/146, K.2018/103, 8/11/2018; AYM, E.2019/25, K.2019/8, 14/3/2019; AYM, E.2019/26, K.2019/9, 14/3/2019; AYM, E.2019/33, K.2019/17, 10/4/2019; AYM, E.2020/23, K.2020/8, 19/2/2020; AYM, E.2020/69, K.2020/43, 10/9/2020; AYM, E.2021/23, K.2021/12, 3/3/2021; AYM, E.2022/1, K.2022/1, 26/1/2022; AYM, E.2022/25, K.2022/29, 24/3/2022; AYM, E.2022/42, K.2022/42, 21/4/2022; AYM, E.2023/15, K.2023/8, 25/1/2023; AYM, E.2023/28, K.2023/20, 16/2/2023; AYM, E.2024/31, K.2024/37, 22/2/2024; AYM, E.2024/32, K.2024/39, 22/2/2024; AYM, E.2024/59, K.2024/73, 14/3/2024; AYM, E.2024/60, K.2024/74, 14/3/2024.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1997/58, K.1997/63, 23/9/1997; AYM, E.2003/68, K.2003/73, 23/7/2003; AYM, E.2007/7, K.2007/13,

7/2/2007; AYM, E.2007/19, K.2007/20, 27/2/2007; AYM, E.2007/29, K.2007/29, 21/3/2007; AYM, E.2011/102, K.2011/133, 28/9/2011; AYM, E.2012/50, K.2012/73, 24/5/2012; AYM, E.2012/156, K.2013/5, 3/1/2013; AYM, E.2013/56, K.2013/61, 22/5/2013; AYM, E.2013/90, K.2013/96, 12/9/2013; AYM, E.2014/163, K.2014/157, 22/10/2014; AYM, E.2015/44, K.2015/43, 13/5/2015; AYM, E.2022/1, K.2022/1, 26/1/2022; AYM, E.2024/63, K.2024/75, 14/3/2024; AYM, E.2024/64, K.2024/76, 14/3/2024.

*** 6 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.2001/82, K.2001/39, 20/2/2001; AYM, E.2001/305, K.2001/92, 29/5/2001; AYM, E.2001/371, K.2001/334, 12/9/2001; AYM, E.2001/468, K.2001/360, 10/12/2001; AYM, E.2002/51, K.2002/38, 27/3/2002; AYM, E.2003/69, K.2003/78, 11/9/2003; AYM, E.2004/21, K.2004/48, 7/4/2004; AYM, E.2007/26, K.2007/22, 12/3/2007; AYM, E.2010/67, K.2010/92, 22/9/2010; AYM, E.2010/72, K.2010/93, 22/9/2010; AYM, E.2017/148, K.2017/127, 26/7/2017; AYM, E.2021/116, K.2021/76, 4/11/2021.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.2006/145, K.2006/103, 3/11/2006; AYM, E.2006/146, K.2006/104, 3/11/2006.

*** 15 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1986/23, K.1986/21, 11/9/1986; AYM, E.1988/10, K.1988/10, 3/5/1988; AYM, E.1988/26, K.1988/20, 14/6/1988; AYM, E.1988/41, K.1988/42, 3/11/1988; AYM, E.1990/21, K.1990/15, 28/6/1990; AYM, E.1990/24, K.1990/16, 28/6/1990; AYM, E.1991/32, K.1991/28, 17/9/1991; AYM, E.1991/41, K.1991/42, 12/11/1991; AYM, E.1991/47, K.1991/49, 10/12/1991; AYM, E.1991/48, K.1991/51, 18/12/1991; AYM, E.1992/9, K.1992/3, 28/1/1992; AYM, E.1992/10, K.1992/4, 30/1/1992; AYM, E.1992/41, K.1992/45, 8/9/1992; AYM, E.1993/13, K.1993/12, 30/3/1993; AYM, E.1993/24, K.1993/22, 24/6/1993; AYM, E.1993/13, K.1993/12, 30/3/1993; AYM, E.1995/12, K.1995/11, 7/3/1995; AYM, E.1996/14, K.1996/9, 26/3/1996; AYM, E.1996/46, K.1996/29, 10/7/1996; AYM, E.1998/22, K.1998/21, 26/5/1998; AYM, E.1998/27, K.1998/26, 9/6/1998; AYM, E.2001/26, K.2001/14, 30/1/2001; AYM, E.2001/27,

K.2001/15, 30/1/2001; AYM, E.2001/30, K.2001/18, 1/2/2001; AYM, E.2001/41, K.2001/19, 7/2/2001; AYM, E.2001/43, K.2001/21, 8/2/2001; AYM, E.2001/50, K.2001/22, 8/2/2001; AYM, E.2001/52, K.2001/23, 8/2/2001; AYM, E.2001/72, K.2001/30, 13/2/2001; AYM, E.2001/93, K.2001/40, 20/2/2001; AYM, E.2001/96, K.2001/45, 27/2/2001; AYM, E.2001/127, K.2001/48, 15/3/2001; AYM, E.2001/139, K.2001/49, 15/3/2001; AYM, E.2001/130, K.2001/53, 15/3/2001; AYM, E.2001/177, K.2001/54, 20/3/2001; AYM, E.2001/177, K.2001/54, 20/3/2001; AYM, E.2001/146, K.2001/55, 20/3/2001; AYM, E.2001/185, K.2001/58, 27/3/2001; AYM, E.2001/223, K.2001/70, 10/4/2001; AYM, E.2001/238, K.2001/72, 17/4/2001; AYM, E.2001/264, K.2001/75, 1/5/2001; AYM, E.2001/255, K.2001/78, 1/5/2001; AYM, E.2001/320, K.2001/95, 5/6/2001; AYM, E.2001/338, K.2001/100, 12/6/2001; AYM, E.2001/354, K.2001/102, 5/7/2001; AYM, E.2001/492, K.2002/12, 8/1/2002; AYM, E.2003/95, K.2003/97, 18/11/2003; AYM, E.2003/96, K.2003/98, 18/11/2003; AYM, E.2004/49, K.2004/83, 23/6/2004; AYM, E.2007/108, K.2007/100, 18/12/2007; AYM, E.2007/109, K.2007/101, 18/12/2007; AYM, E.2007/110, K.2007/102, 18/12/2007; AYM, E.2010/59, K.2010/86, 1/7/2010.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1983/2, K.1983/4, 19/4/1983; AYM, E.1989/24, K.1989/37, 27/9/1989; AYM, E.1989/25, K.1989/38, 27/9/1989; AYM, E.1989/27, K.1989/40, 27/9/1989; AYM, E.1989/31, K.1989/43, 14/11/1989; AYM, E.1994/1, K.1994/3, 3/2/1994; AYM, E.1995/9, K.1995/6, 14/12/1995; AYM, E.1995/10, K.1995/7, 14/12/1995; AYM, E.1996/3, K.1996/3, 1/2/1996; AYM, E.1997/2, K.1997/1, 15/1/1997.

*** 17 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1982/12, K.1983/2, 12/1/1983; AYM, E.1984/13, K.1984/8, 13/9/1984; AYM, E.1985/6, K.1985/9, 25/6/1985; AYM, E.1985/10, K.1985/14, 2/8/1985; AYM, E.1988/30, K.1988/21, 14/6/1988; AYM, E.1990/14, K.1990/7, 3/5/1990; AYM, E.1990/16, K.1990/9, 29/5/1990; AYM, E.1990/33, K.1990/27, 6/11/1990; AYM, E.1990/34, K.1990/29, 19/11/1990; AYM, E.1991/3,

K.1991/3, 28/1/1991; AYM, E.1991/35, K.1991/31, 24/9/1991; AYM, E.1992/18, K.1992/15, 3/3/1992; AYM, E.1993/15, K.1993/16, 14/4/1993; AYM, E.1994/45, K.1994/43, 19/4/1994; AYM, E.1994/79, K.1994/77, 8/11/1994; AYM, E.1995/51, K.1995/54, 5/10/1995; AYM, E.1996/54, K.1996/32, 3/9/1996; AYM, E.1997/52, K.1997/61, 8/7/1997; AYM, E.1998/57, K.1998/77, 14/12/1998; AYM, E.1999/31, K.1999/34, 9/9/1999; AYM, E.2000/30, K.2000/11, 18/5/2000; AYM, E.2000/49, K.2000/18, 8/9/2000; AYM, E.2000/53, K.2000/20, 8/9/2000; AYM, E.2001/35, K.2001/17, 1/2/2001; AYM, E.2001/30, K.2001/18, 1/2/2001; AYM, E.2001/50, K.2001/22, 8/2/2001; AYM, E.2001/61, K.2001/24, 8/2/2001; AYM, E.2001/65, K.2001/28, 13/2/2001; AYM, E.2001/66, K.2001/31, 20/2/2001; AYM, E.2001/80, K.2001/32, 20/2/2001; AYM, E.2001/106, K.2001/33, 20/2/2001; AYM, E.2001/139, K.2001/49, 15/3/2001; AYM, E.2001/155, K.2001/51, 15/3/2001; AYM, E.2001/160, K.2001/52, 15/3/2001; AYM, E.2001/193, K.2001/62, 27/3/2001; AYM, E.2001/224, K.2001/68, 10/4/2001; AYM, E.2001/236, K.2001/71, 17/4/2001; AYM, E.2001/264, K.2001/75, 1/5/2001; AYM, E.2001/251, K.2001/77, 1/5/2001; AYM, E.2001/302, K.2001/88, 23/5/2001; AYM, E.2001/362, K.2001/103, 16/7/2001; AYM, E.2001/365, K.2001/104, 18/7/2001; AYM, E.2001/371, K.2001/334, 12/9/2001; AYM, E.2001/386, K.2001/338, 12/9/2001; AYM, E.2001/417, K.2001/349, 13/11/2001; AYM, E.2001/431, K.2001/352, 22/11/2001; AYM, E.2001/469, K.2001/365, 20/12/2001; AYM, E.2001/492, K.2002/12, 8/1/2002; AYM, E.2002/4, K.2002/13, 15/1/2002; AYM, E.2002/96, K.2002/50, 28/5/2002; AYM, E.2002/113, K.2002/61, 9/7/2002; AYM, E.2002/125, K.2002/70, 11/9/2002; AYM, E.2003/44, K.2003/45, 4/6/2003; AYM, E.2003/74, K.2003/79, 11/9/2003; AYM, E.2003/88, K.2003/95, 31/10/2003; AYM, E.2004/21, K.2004/48, 7/4/2004; AYM, E.2004/110, K.2004/121, 8/12/2004; AYM, E.2005/34, K.2005/17, 20/4/2005; AYM, E.2005/48, K.2005/30, 23/5/2005; AYM, E.2005/91, K.2005/50, 27/9/2005; AYM, E.2005/119, K.2005/61, 10/10/2005; AYM, E.2006/43, K.2006/39, 22/3/2006; AYM, E.2006/81, K.2006/58, 30/5/2006; AYM, E.2006/82, K.2006/59, 30/5/2006; AYM, E.2006/83, K.2006/60, 30/5/2006; AYM, E.2006/84, K.2006/61, 30/5/2006; AYM, E.2006/85, K.2006/62, 30/5/2006; AYM, E.2006/74,

K.2006/64, 30/5/2006; AYM, E.2009/35, K.2009/64, 20/5/2009; AYM, E.2011/49, K.2011/79, 18/5/2011; AYM, E.2011/76, K.2011/120, 20/7/2011; AYM, E.2012/32, K.2012/51, 11/4/2012; AYM, E.2014/78, K.2014/82, 14/5/2014; AYM, E.2016/174, K.2016/167, 2/11/2016; AYM, E.2019/19, K.2019/7, 14/3/2019; AYM, E.2019/67, K.2019/49, 26/6/2019; AYM, E.2021/45, K.2021/35, 3/6/2021; AYM, E.2021/39, K.2021/40, 21/4/2022; AYM, E.2022/77, K.2022/75, 21/6/2022; AYM, E.2022/79, K.2022/99, 21/6/2022; AYM, E.2022/118, K.2022/104, 28/9/2022; AYM, E.2022/147, K.2022/142, 30/11/2022; AYM, E.2023/83, K.2023/74, 4/5/2023.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1996/27, K.1996/23, 26/6/1996; AYM, E.1996/69, K.1996/42, 19/11/1996; AYM, E.1997/49, K.1997/59, 24/6/1997; AYM, E.1997/58, K.1997/63, 23/9/1997; AYM, E.1997/68, K.1997/71, 16/12/1997; AYM, E.1998/41, K.1998/55, 29/9/1998; AYM, E.2001/2, K.2001/1, 15/1/2001; AYM, E.2001/444, K.2001/355, 5/12/2001; AYM, E.2002/19, K.2002/26, 7/2/2002; AYM, E.2002/20, K.2002/27, 7/2/2002; AYM, E.2002/73, K.2002/47, 28/5/2002; AYM, E.2002/91, K.2002/48, 28/5/2002; AYM, E.2003/61, K.2003/69, 2/7/2003; AYM, E.2003/91, K.2003/94, 31/10/2003; AYM, E.2007/41, K.2007/49, 17/4/2007; AYM, E.2010/56, K.2010/83, 24/6/2010; AYM, E.2011/5, K.2011/18, 20/1/2011; AYM, E.2011/77, K.2011/121, 20/7/2011; AYM, E.2011/102, K.2011/133, 28/9/2011; AYM, E.2013/37, K.2013/54, 10/4/2013; AYM, E.2014/123, K.2014/114, 3/7/2014; AYM, E.2017/171, K.2017/152, 15/11/2017; AYM, E.2018/109, K.2018/88, 6/9/2018; AYM, E.2021/13, K.2021/9, 4/2/2021; AYM, E.2023/157, K.2023/178, 26/10/2023; AYM, E.2023/202, K.2024/2, 18/1/2024.

*** 20 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1982/12, K.1983/2, 12/1/1983; AYM, E.1985/13, K.1985/12, 2/8/1985; AYM, E.1985/13, K.1985/13, 2/8/1985; AYM, E.1986/23, K.1986/21, 11/9/1986; AYM, E.1987/26, K.1987/28, 3/11/1987; AYM, E.1987/27, K.1987/29, 3/11/1987; AYM, E.1988/24, K.1988/12, 24/5/1988; AYM, E.1988/26, K.1988/20, 14/6/1988; AYM, E.1988/40, K.1988/40, 3/11/1988; AYM, E.1988/44, K.1988/41, 3/11/1988; AYM, E.1988/54, K.1988/48, 7/12/1988;

AYM, E.1989/16, K.1989/30, 5/9/1989; AYM, E.1989/21, K.1989/34, 5/9/1989; AYM, E.1989/22, K.1989/35, 5/9/1989; AYM, E.1989/30, K.1989/41, 3/11/1989; AYM, E.1990/11, K.1990/5, 22/3/1990; AYM, E.1990/16, K.1990/9, 29/5/1990; AYM, E.1990/26, K.1990/20, 16/7/1990; AYM, E.1992/4, K.1992/1, 16/1/1992; AYM, E.1992/15, K.1992/8, 18/2/1992; AYM, E.1992/28, K.1992/35, 26/5/1992; AYM, E.1992/34, K.1992/44, 7/7/1992; AYM, E.1992/34, K.1992/44, 7/7/1992; AYM, E.1993/10, K.1993/9, 19/3/1993; AYM, E.1993/13, K.1993/13, 30/3/1993; AYM, E.1995/12, K.1995/11, 7/3/1995; AYM, E.1995/12, K.1995/11, 7/3/1995; AYM, E.1995/49, K.1995/43, 19/9/1995; AYM, E.1996/24, K.1996/17, 24/5/1996; AYM, E.1996/46, K.1996/29, 10/7/1996; AYM, E.1997/28, K.1997/37, 18/3/1997; AYM, E.1997/39, K.1997/42, 8/4/1997; AYM, E.1997/50, K.1997/60, 2/7/1997; AYM, E.1998/12, K.1998/7, 26/3/1998; AYM, E.1998/12, K.1998/7, 26/3/1998; AYM, E.1999/3, K.1999/2, 12/1/1999; AYM, E.1999/15, K.1999/7, 13/4/1999; AYM, E.1999/25, K.1999/27, 24/6/1999; AYM, E.2001/16, K.2001/5, 24/1/2001; AYM, E.2001/17, K.2001/6, 24/1/2001; AYM, E.2001/18, K.2001/7, 24/1/2001; AYM, E.2001/20, K.2001/8, 24/1/2001; AYM, E.2001/19, K.2001/11, 30/1/2001; AYM, E.2001/21, K.2001/12, 30/1/2001; AYM, E.2001/22, K.2001/13, 30/1/2001; AYM, E.2001/46, K.2001/20, 7/2/2001; AYM, E.2001/43, K.2001/21, 8/2/2001; AYM, E.2001/52, K.2001/23, 8/2/2001; AYM, E.2001/80, K.2001/32, 20/2/2001; AYM, E.2001/106, K.2001/33, 20/2/2001; AYM, E.2001/108, K.2001/35, 20/2/2001; AYM, E.2001/93, K.2001/40, 20/2/2001; AYM, E.2001/160, K.2001/52, 15/3/2001; AYM, E.2001/130, K.2001/53, 15/3/2001; AYM, E.2001/177, K.2001/254, 20/3/2001; AYM, E.2001/146, K.2001/55, 20/3/2001; AYM, E.2001/185, K.2001/58, 27/3/2001; AYM, E.2001/201, K.2001/64, 3/4/2001; AYM, E.2001/191, K.2001/65, 3/4/2001; AYM, E.2001/223, K.2001/70, 10/4/2001; AYM, E.2001/253, K.2001/74, 1/5/2001; AYM, E.2001/255, K.2001/78, 1/5/2001; AYM, E.2001/273, K.2001/79, 1/5/2001; AYM, E.2001/292, K.2001/84, 17/5/2001; AYM, E.2001/287, K.2001/85, 17/5/2001; AYM, E.2001/306, K.2001/93, 29/5/2001; AYM, E.2001/318, K.2001/94, 5/6/2001; AYM, E.2001/347, K.2001/101, 19/6/2001; AYM, E.2001/354, K.2001/102, 5/7/2001; AYM, E.2002/130,

K.2002/71, 11/9/2002; AYM, E.2002/161, K.2002/101, 12/11/2002; AYM, E.2003/88, K.2003/95, 31/10/2003; AYM, E.2003/95, K.2003/97, 18/11/2003; AYM, E.2003/96, K.2003/98, 18/11/2003; AYM, E.2004/49, K.2004/83, 23/6/2004; AYM, E.2004/110, K.2004/121, 8/12/2004; AYM, E.2005/115, K.2005/49, 27/9/2005; AYM, E.2005/122, K.2005/67, 17/10/2005; AYM, E.2006/134, K.2006/95, 4/10/2006.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1993/6, K.1993/6, 9/2/1993; AYM, E.1994/78, K.1994/74, 25/10/1994; AYM, E.1994/87, K.1994/81, 6/12/1994; AYM, E.1996/3, K.1996/3, 1/2/1996; AYM, E.1997/25, K.1997/36, 11/3/1997.

*** 22 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1988/30, K.1988/21, 14/6/1988; AYM, E.1989/5, K.1989/8, 14/2/1989; AYM, E.1994/61, K.1994/59, 18/7/1994; AYM, E.2000/54, K.2000/22, 13/9/2000; AYM, E.2001/16, K.2001/5, 24/1/2001; AYM, E.2001/17, K.2001/6, 24/1/2001; AYM, E.2001/18, K.2001/7, 24/1/2001; AYM, E.2001/20, K.2001/8, 24/1/2001; AYM, E.2001/19, K.2001/11, 30/1/2001; AYM, E.2001/21, K. 2001/12, 30/1/2001; AYM, E.2001/50, K.2001/22, 8/2/2001; AYM, E.2001/52, K.2001/23, 8/2/2001; AYM, E.2001/146, K.2001/55, 20/3/2001; AYM, E.2001/306, K.2001/93, 29/5/2001; AYM, E.2001/338, K.2001/100, 12/6/2001; AYM, E.2001/417, K.2001/349, 13/11/2001; AYM, E.2002/122, K.2002/65, 15/7/2002; AYM, E.2003/43, K.2003/43, 27/5/2003; AYM, E.2003/44, K.2003/45, 4/6/2003; AYM, E.2004/7, K.2004/7, 10/2/2004; AYM, E.2005/23, K.2005/11, 9/3/2005; AYM, E.2005/24, K.2005/12, 9/3/2005; AYM, E.2005/115, K.2005/49, 27/9/2005; AYM, E.2006/45, K.2006/41, 4/4/2006.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1993/14, K.1993/15, 6/4/1993; AYM, E.1994/74, K.1994/71, 27/9/1994; AYM, E.2016/202, K.2016/193, 28/12/2016; AYM, E.2016/201, K.2016/194, 28/12/2016; AYM, E.2021/124, K.2021/88, 16/12/2021.

*** 33 no'lu atıf:**

Adlî Yargı Başvuruları: AYM, E.2000/22, K.2000/7, 21/1/2000; AYM, E.2000/55, K.2000/26, 4/10/2000; AYM, E.2000/56, K.2000/28, 17/10/2000; AYM, E.2001/107, K.2001/34, 20/2/2001; AYM, E.2001/219, K.2001/69, 10/4/2001; AYM, E.2001/279, K.2001/86, 23/5/2001; AYM, E.2001/279, K.2001/91, 23/5/2001; AYM, E.2001/391, K.2001/343, 9/10/2001; AYM, E.2001/407, K.2001/347, 6/11/2001; AYM, E.2001/259, K.2002/1, 15/1/2002; AYM, E.2002/23, K.2002/32, 2/4/2002; AYM, E.2002/49, K.2002/37, 3/6/2002; AYM, E.2002/95, K.2002/49, 28/5/2002; AYM, E.2002/111, K.2002/60, 9/7/2002; AYM, E.2003/4, K.2003/1, 14/1/2003; AYM, E.2003/47, K.2003/49, 4/6/2003; AYM, E.2003/63, K.2003/71, 8/7/2003; AYM, E.2003/111, K.2004/1, 7/1/2004; AYM, E.2004/23, K.2004/50, 15/4/2004; AYM, E.2004/104, K.2004/117, 1/12/2004; AYM, E.2005/101, K.2005/51, 29/9/2005; AYM, E.2005/104, K.2005/52, 29/9/2005; AYM, E.2005/102, K.2005/58, 29/9/2005; AYM, E.2005/129, K.2005/76, 10/11/2005; AYM, E.2005/130, K.2005/77, 10/11/2005; AYM, E.2005/67, K.2006/6, 19/1/2006; AYM, E.2006/12, K.2006/16, 7/2/2006; AYM, E.2006/60, K.2006/51, 17/4/2006; AYM, E.2006/68, K.2006/52, 4/5/2006; AYM, E.2006/80, K.2006/67, 30/5/2006; AYM, E.2006/88, K.2006/69, 6/6/2006; AYM, E.2006/114, K.2006/81, 5/9/2006; AYM, E.2006/122, K.2006/83, 5/9/2006; AYM, E.2006/139, K.2006/102, 1/11/2006; AYM, E.2006/155, K.2006/111, 12/12/2006; AYM, E.2006/161, K.2006/116, 22/12/2006; AYM, E.2007/86, K.2007/73, 30/7/2007; AYM, E.2008/20, K.2008/87, 27/3/2008; AYM, E.2008/49, K.2008/115, 5/6/2008; AYM, E.2008/82, K.2008/136, 11/9/2008; AYM, E.2009/7, K.2009/29, 26/2/2009; AYM, E.2009/46, K.2009/110, 16/7/2009; AYM, E.2009/54, K.2009/115, 9/9/2009; AYM, E.2008/81, K.2010/8, 14/1/2010; AYM, E.2010/2, K.2010/24, 4/2/2010; AYM, E.2010/8, K.2010/35, 25/2/2010; AYM, E.2010/18, K.2010/45, 24/3/2010; AYM, E.2010/24, K.2010/46, 24/3/2010; AYM, E.2010/84, K.2010/98, 7/12/2010; AYM, E.2010/102, K.2010/105, 7/12/2010; AYM, E.2010/105, K.2010/107, 7/12/2010; AYM, E.2011/1, K.2011/11, 13/1/2011; AYM, E.2011/31, K.2011/56, 30/3/2011; AYM, E.2011/133, K.2011/174, 29/12/2011; AYM, E.2012/23, K.2012/42, 22/3/2012; AYM, E.2012/49,

K.2012/76, 11/4/2012; AYM, E.2012/59, K.2012/97, 21/6/2012; AYM, E.2012/79, K.2012/112, 12/9/2012; AYM, E.2012/136, K.2012/181, 22/11/2012; AYM, E.2013/11, K.2013/20, 31/1/2013; AYM, E.2013/69, K.2013/76, 11/6/2013; AYM, E.2013/75, K.2013/83, 4/7/2013; AYM, E.2013/85, K.2013/95, 5/9/2013; AYM, E.2013/109, K.2013/103, 3/10/2013; AYM, E.2013/131, K.2013/145, 11/12/2013; AYM, E.2014/1, K.2014/20, 11/2/2014; AYM, E.2014/6, K.2014/22, 11/2/2014; AYM, E.2014/13, K.2014/26, 11/2/2014; AYM, E.2014/40, K.2014/43, 13/3/2014; AYM, E.2014/42, K.2014/45, 13/3/2014; AYM, E.2014/44, K.2014/47, 13/3/2014; AYM, E.2014/51, K.2014/51, 13/3/2014; AYM, E.2014/66, K.2014/70, 9/4/2014; AYM, E.2014/70, K.2014/73, 9/4/2014; AYM, E.2014/104, K.2014/104, 11/6/2014; AYM, E.2014/121, K.2014/113, 3/7/2014; AYM, E.2014/151, K.2014/147, 2/10/2014; AYM, E.2014/152, K.2014/148, 2/10/2014; AYM, E.2014/156, K.2014/153, 22/10/2014; AYM, E.2014/190, K.2014/191, 25/12/2014; AYM, E.2015/12, K.2015/15, 18/2/2015; AYM, E.2015/27, K.2015/28, 19/3/2015; AYM, E.2015/30, K.2015/33, 1/4/2015; AYM, E.2015/48, K.2015/45, 13/5/2015; AYM, E.2015/64, K.2015/65, 13/7/2015; AYM, E.2015/87, K.2015/89, 22/10/2015; AYM, E.2015/95, K.2015/104, 25/11/2015; AYM, E.2015/100, K.2015/110, 3/12/2015; AYM, E.2015/103, K.2015/113, 23/12/2015; AYM, E.2016/12, K.2016/13, 16/3/2016; AYM, E.2016/26, K.2016/23, 7/4/2016; AYM, E.2016/40, K.2016/38, 26/5/2016; AYM, E.2016/53, K.2016/118, 22/6/2016; AYM, E.2016/126, K.2016/119, 22/6/2016; AYM, E.2016/197, K.2016/190, 22/12/2016; AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/3/2017; AYM, E.2017/88, K.2017/65, 15/3/2017; AYM, E.2017/101, K.2017/87, 12/4/2017; AYM, E.2017/125, K.2017/100, 31/5/2017; AYM, E.2017/131, K.2017/109, 14/6/2017; AYM, E.2017/147, K.2017/126, 26/7/2017; AYM, E.2017/176, K.2017/173, 28/12/2017; AYM, E.2017/177, K.2017/174, 28/12/2017; AYM, E.2018/102, K.2018/74, 21/6/2018; AYM, E.2019/68, K.2019/50, 26/6/2018; AYM, E.2019/97, K.2019/77, 16/10/2019; AYM, E.2019/98, K.2019/78, 16/10/2019; AYM, E.2019/107, K.2019/90, 4/12/2019; AYM, E.2020/2, K.2020/1, 22/1/2020; AYM, E.2020/3, K.2020/3, 22/1/2020; AYM, E.2020/102, K.2021/1, 14/1/2021; AYM, E.2021/93, K.2021/58, 22/9/2021; AYM, E.2021/67, K.2021/48, 14/7/2021; AYM,

E.2021/74, K.2021/51, 14/7/2021; AYM, E.2021/101, K.2021/64, 13/10/2021; AYM, E.2021/102, K.2021/65, 13/10/2021; AYM, E.2021/111, K.2021/68, 13/10/2021; AYM, E.2022/66, K.2022/59, 1/6/2022; AYM, E.2022/80, K.2022/78, 21/6/2022; AYM, E.2022/132, K.2022/131, 9/11/2022; AYM, E.2023/31, K.2023/24, 16/2/2023; AYM, E.2023/45, K.2023/41, 9/3/2023; AYM, E.2023/46, K.2023/42, 9/3/2023; AYM, E.2023/51, K.2023/48, 22/3/2023; AYM, E.2023/62, K.2023/61, 5/4/2023; AYM, E.2023/86, K.2023/92, 18/5/2023; AYM, E.2023/87, K.2023/93, 18/5/2023; AYM, E.2023/88, K.2023/94, 18/5/2023; AYM, E.2023/107, K.2023/111, 22/6/2023; AYM, E.2023/112, K.2023/119, 13/7/2023; AYM, E.2023/125, K.2023/132, 26/7/2023; AYM, E.2023/141, K.2023/144, 13/9/2023; AYM, E.2023/159, K.2023/179, 26/10/2023; AYM, E.2024/50, K.2024/50, 22/2/2024.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1991/51, K.1991/55, 31/12/1991; AYM, E.1991/52, K.1991/56, 31/12/1991; AYM, E.1991/53, K.1991/57, 31/12/1991; AYM, E.1991/54, K.1991/58, 31/12/1991; AYM, E.1991/55, K.1991/59, 31/12/1991; AYM, E.1991/56, K.1991/60, 31/12/1991; AYM, E.1991/57, K.1991/61, 31/12/1991; AYM, E.1991/58, K.1991/62, 31/12/1991; AYM, E.1991/59, K.1991/63, 31/12/1991; AYM, E.1996/18, K.1996/12, 22/4/1996; AYM, E.1996/32, K.1996/30, 10/7/1996; AYM, E.1997/30, K.1997/46, 9/4/1997; AYM, E.1998/36, K.1998/49, 20/7/1998; AYM, E.2002/69, K.2002/45, 17/4/2002; AYM, E.2002/102, K.2002/53, 6/6/2002; AYM, E.2002/103, K.2002/54, 6/6/2002; AYM, E.2003/37, K.2003/41, 21/5/2003; AYM, E.2003/113, K.2004/2, 7/1/2004; AYM, E.2004/41, K.2004/65, 9/6/2004; AYM, E.2004/105, K.2004/118, 1/12/2004; AYM, E.2004/112, K.2004/122, 8/12/2004; AYM, E.2005/20, K.2005/13, 9/3/2005; AYM, E.2006/98, K.2006/75, 29/6/2006; AYM, E.2006/108, K.2006/77, 17/7/2006; AYM, E.2006/117, K.2006/82, 5/9/2006; AYM, E.2006/133, K.2006/96, 4/10/2006; AYM, E.2008/21, K.2008/88, 27/3/2007; AYM, E.2010/45, K.2010/68, 20/5/2010; AYM, E.2010/66, K.2010/91, 22/9/2010; AYM, E.2010/70, K.2010/97, 7/12/2010; AYM, E.2010/103, K.2010/106, 7/12/2010; AYM, E.2010/117, K.2011/2, 6/1/2011; AYM, E.2012/14, K.2012/26, 22/2/2012; AYM, E.2012/16, K.2012/30, 1/3/2012; AYM, E.2012/17,

K.2012/35, 7/3/2012; AYM, E.2012/25, K.2012/43, 22/3/2012; AYM, E.2013/13, K.2013/21, 31/1/2013; AYM, E.2013/29, K.2013/42, 20/3/2013; AYM, E.2013/59, K.2013/68, 28/5/2013; AYM, E.2013/134, K.2013/136, 28/11/2013; AYM, E.2014/83, K.2014/85, 14/5/2014; AYM, E.2014/107, K.2014/107, 11/6/2014; AYM, E.2014/117, K.2014/111, 25/6/2014; AYM, E.2014/163, K.2014/157, 22/10/2014; AYM, E.2015/16, K.2015/19, 5/3/2015; AYM, E.2016/6, K.2016/7, 10/2/2016; AYM, E.2016/38, K.2016/34, 5/5/2016; AYM, E.2016/50, K.2016/43, 26/5/2016; AYM, E.2016/127, K.2016/120, 22/6/2016; AYM, E.2016/158, K.2016/150, 7/9/2016; AYM, E.2017/155, K.2017/135, 7/9/2017; AYM, E.2018/60, K.2018/30, 28/3/2018; AYM, E.2018/66, K.2018/37, 2/5/2018; AYM, E.2019/86, K.2019/68, 19/9/2019; AYM, E.2019/109, K.2019/91, 4/12/2019; AYM, E.2021/41, K.2021/30, 29/4/2021; AYM, E.2021/120, K.2021/83, 11/11/2021; AYM, E.2022/8, K.2022/14, 24/2/2022; AYM, E.2022/20, K.2022/24, 24/3/2022; AYM, E.2022/31, K.2022/25, 24/3/2022; AYM, E.2022/55, K.2022/54, 12/5/2022; AYM, E.2022/15, K.2022/63, 1/6/2022; AYM, E.2023/150, K.2023/157, 28/9/2023; AYM, E.2023/154, K.2023/170, 11/10/2023; AYM, E.2024/55, K.2024/66, 7/3/2024.

*** 35 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1984/3, K.1984/4, 27/3/1984; AYM, E.1987/13, K.1987/16, 1/7/1987; AYM, E.1987/34, K.1987/33, 3/12/1987; AYM, E.1988/6, K.1988/6, 17/3/1988; AYM, E.1988/47, K.1988/45, 29/11/1988; AYM, E.1988/48, K.1988/46, 29/11/1988; AYM, E.1988/49, K.1988/47, 29/11/1988; AYM, E.1988/49, K.1988/47, 29/11/1988; AYM, E.1988/55, K.1988/49, 21/12/1988; AYM, E.1988/56, K.1988/50, 21/12/1988; AYM, E.1988/57, K.1988/51, 21/12/1988; AYM, E.1988/58, K.1988/52, 21/12/1988; AYM, E.1988/59, K.1988/53, 21/12/1988; AYM, E.1988/60, K.1988/54, 21/12/1988; AYM, E.1989/19, K.1989/32, 5/9/1989; AYM, E.1989/20, K.1989/33, 5/9/1989; AYM, E.1990/37, K.1990/32, 11/12/1990; AYM, E.1991/14, K.1991/10, 30/4/1991; AYM, E.1991/46, K.1991/48, 10/12/1991; AYM, E.1992/16, K.1992/17, 3/3/1992; AYM, E.1992/49, K.1992/54, 29/12/1992; AYM, E.1993/1, K.1993/1, 19/1/1993; AYM, E.1993/2, K.1993/2, 19/1/1993; AYM,

E.1993/4, K.1993/3, 19/1/1993; AYM, E.1995/29, K.1995/17, 27/6/1995; AYM, E.1995/30, K.1995/18, 27/6/1995; AYM, E.1995/31, K.1995/19, 27/6/1995; AYM, E.1995/32, K.1995/20, 27/6/1995; AYM, E.1995/33, K.1995/21, 27/6/1995; AYM, E.1996/12, K.1996/8, 19/3/1996; AYM, E.1996/53, K.1996/31, 3/9/1996; AYM, E.1997/6, K.1997/5, 29/1/1997; AYM, E.1996/67, K.1997/19, 31/1/1997; AYM, E.1997/31, K.1997/38, 25/3/1997; AYM, E.1997/56, K.1997/62, 4/9/1997; AYM, E.1998/7, K.1998/5, 10/3/1998; AYM, E.1998/15, K.1998/12, 5/5/1998; AYM, E.1998/40, K.1998/51, 9/9/1998; AYM, E.1999/9, K.1999/4, 11/3/1999; AYM, E.1998/7, K.1998/5, 10/3/1998; AYM, E.1999/19, K.1999/12, 3/5/1999; AYM, E.2011/67, K.2011/107, 30/6/2011; AYM, E.2011/68, K.2011/108, 30/6/2011; AYM, E.2011/73, K.2011/123, 22/9/2011; AYM, E.2011/92, K.2011/126, 22/9/2011; AYM, E.2011/93, K.2011/127, 22/9/2011; AYM, E.2011/94, K.2011/128, 22/9/2011; AYM, E.2011/95, K.2011/129, 22/9/2011; AYM, E.2012/36, K.2012/57, 18/4/2012; AYM, E.2012/38, K.2012/58, 18/4/2012; AYM, E.2013/7, K.2013/19, 31/1/2013; AYM, E.2013/118, K.2013/119, 31/10/2013; AYM, E.2013/138, K.2013/146, 11/12/2013; AYM, E.2013/139, K.2013/147, 11/12/2013; AYM, E.2013/140, K.2013/148, 11/12/2013; AYM, E.2013/141, K.2013/149, 11/12/2013; AYM, E.2013/142, K.2013/150, 11/12/2013; AYM, E.2013/143, K.2013/151, 11/12/2013; AYM, E.2013/144, K.2013/152, 11/12/2013; AYM, E.2013/153, K.2013/157, 11/12/2013; AYM, E.2014/28, K.2014/33, 18/2/2014; AYM, E.2014/63, K.2014/69, 9/4/2014; AYM, E.2014/129, K.2014/126, 16/7/2014; AYM, E.2014/129, K.2014/126, 16/7/2014; AYM, E.2014/158, K.2014/1548, 22/10/2014; AYM, E.2014/165, K.2014/158, 22/10/2014; AYM, E.2014/166, K.2014/162, 30/10/2014; AYM, E.2014/175, K.2014/172, 13/11/2014; AYM, E.2014/191, K.2014/192, 25/12/2014; AYM, E.2014/198, K.2015/2, 14/1/2015; AYM, E.2015/81, K.2015/75, 3/9/2015; AYM, E.2015/82, K.2015/76, 3/9/2015; AYM, E.2015/83, K.2015/77, 3/9/2015; AYM, E.2015/89, K.2015/90, 22/10/2015; AYM, E.2015/92, K.2015/98, 12/11/2015; AYM, E.2015/93, K.2015/99, 12/11/2015; AYM, E.2016/131, K.2016/121, 22/6/2016; AYM, E.2016/152, K.2016/142, 7/9/2016; AYM, E.2016/153, K.2016/143, 7/9/2016; AYM, E.2016/160, K.2016/144, 7/9/2016; AYM, E.2016/161, K.2016/145,

7/9/2016; AYM, E.2016/175, K.2016/168, 2/11/2016; AYM, E.2016/177, K.2016/170, 2/11/2016; AYM, E.2016/183, K.2016/173, 23/11/2016; AYM, E.2016/185, K.2016/175, 23/11/2016; AYM, E.2016/188, K.2016/181, 14/12/2016; AYM, E.2016/194, K.2016/185, 14/12/2016; AYM, E.2016/200, K.2016/192, 28/12/2016; AYM, E.2016/203, K.2016/195, 28/12/2016; AYM, E.2016/204, K.2016/196, 28/12/2016; AYM, E.2017/2, K.2017/2, 18/1/2017; AYM, E.2017/6, K.2017/4, 18/1/2017; AYM, E.2017/7, K.2017/5, 18/1/2017; AYM, E.2017/5, K.2017/7, 18/1/2017; AYM, E.2017/8, K.2017/10, 9/2/2017; AYM, E.2017/10, K.2017/12, 9/2/2017; AYM, E.2017/10, K.2017/12, 9/2/2017; AYM, E.2017/12, K.2017/14, 9/2/2017; AYM, E.2017/29, K.2017/16, 9/2/2017; AYM, E.2017/30, K.2017/17, 9/2/2017; AYM, E.2017/46, K.2017/30, 1/3/2017; AYM, E.2017/108, K.2017/91, 12/4/2017; AYM, E.2017/114, K.2017/97, 4/5/2017; AYM, E.2017/127, K.2017/103, 31/5/2017; AYM, E.2017/128, K.2017/104, 31/5/2017; AYM, E.2017/149, K.2017/128, 26/7/2017; AYM, E.2018/17, K.2018/17, 28/2/2018; AYM, E.2018/18, K.2018/18, 28/2/2018; AYM, E.2018/19, K.2018/19, 28/2/2018; AYM, E.2018/20, K.2018/20, 28/2/2018; AYM, E.2018/21, K.2018/21, 28/2/2018; AYM, E.2018/22, K.2018/22, 28/2/2018; AYM, E.2018/23, K.2018/23, 28/2/2018; AYM, E.2018/24, K.2018/24, 28/2/2018; AYM, E.2018/25, K.2018/25, 28/2/2018; AYM, E.2018/26, K.2018/26, 28/2/2018; AYM, E.2018/141, K.2018/102, 8/11/2018; AYM, E.2018/147, K.2018/104, 8/11/2018; AYM, E.2018/148, K.2018/105, 8/11/2018; AYM, E.2019/43, K.2019/29, 15/5/2019; AYM, E.2019/44, K.2019/30, 15/5/2019; AYM, E.2019/45, K.2019/31, 15/5/2019; AYM, E.2019/52, K.2019/34, 15/5/2019; AYM, E.2019/58, K.2019/44, 30/5/2019; AYM, E.2019/61, K.2019/45, 30/5/2019; AYM, E.2019/63, K.2019/46, 30/5/2019; AYM, E.2019/65, K.2019/48, 30/5/2019; AYM, E.2019/81, K.2019/60, 11/7/2019; AYM, E.2019/82, K.2019/61, 11/7/2019; AYM, E.2019/83, K.2019/62, 11/7/2019; AYM, E.2021/64, K.2021/46, 14/7/2021; AYM, E.2021/134, K.2021/101, 30/12/2021; AYM, E.2021/135, K.2021/102, 30/12/2021; AYM, E.2022/17, K.2022/13, 24/2/2022; AYM, E.2022/64, K.2022/58, 1/6/2022; AYM, E.2022/78, K.2022/76, 21/6/2022; AYM, E.2022/79, K.2022/99, 21/6/2022; AYM, E.2022/137, K.2022/140, 30/11/2022; AYM, E.2023/111,

K.2023/118, 13/7/2023; AYM, E.2023/124, K.2023/131, 26/7/2023; AYM, E.2023/188, K.2023/218, 27/12/2023; AYM, E.2023/189, K.2023/219, 27/12/2023; AYM, E.2023/190, K.2023/220, 27/12/2023; AYM, E.2024/2, K.2024/3, 18/1/2024; AYM, E.2024/18, K.2024/22, 1/2/2024; AYM, E.2024/33, K.2024/40, 22/2/2024; AYM, E.2024/34, K.2024/41, 22/2/2024; AYM, E.2024/35, K.2024/42, 22/2/2024; AYM, E.2024/36, K.2024/43, 22/2/2024; AYM, E.2024/38, K.2024/45, 22/2/2024; AYM, E.2024/39, K.2024/46, 22/2/2024; AYM, E.2024/40, K.2024/47, 22/2/2024; AYM, E.2024/41, K.2024/48, 22/2/2024.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.2012/101, K.2012/137, 3/10/2012; AYM, E.2016/155, K.2016/147, 7/9/2016; AYM, E.2016/156, K.2016/148, 7/9/2016; AYM, E.2016/157, K.2016/149, 7/9/2016; AYM, E.2017/43, K.2017/36, 1/3/2017; AYM, E.2017/50, K.2017/37, 1/3/2017; AYM, E.2017/53, K.2017/38, 1/3/2017; AYM, E.2017/54, K.2017/39, 1/3/2017; AYM, E.2017/55, K.2017/40, 1/3/2017; AYM, E.2017/56, K.2017/41, 1/3/2017; AYM, E.2017/58, K.2017/43, 1/3/2017; AYM, E.2017/59, K.2017/44, 1/3/2017; AYM, E.2017/63, K.2017/45, 1/3/2017; AYM, E.2017/64, K.2017/46, 1/3/2017; AYM, E.2017/65, K.2017/47, 1/3/2017; AYM, E.2017/66, K.2017/48, 1/3/2017; AYM, E.2017/67, K.2017/49, 1/3/2017; AYM, E.2017/683, K.2017/50, 1/3/2017; AYM, E.2017/69, K.2017/51, 1/3/2017; AYM, E.2017/70, K.2017/52, 1/3/2017; AYM, E.2017/71, K.2017/53, 1/3/2017; AYM, E.2017/72, K.2017/54, 1/3/2017; AYM, E.2017/73, K.2017/55, 1/3/2017; AYM, E.2017/74, K.2017/56, 1/3/2017; AYM, E.2017/75, K.2017/57, 1/3/2017; AYM, E.2017/76, K.2017/58, 1/3/2017; AYM, E.2017/77, K.2017/59, 1/3/2017; AYM, E.2017/78, K.2017/60, 1/3/2017; AYM, E.2017/79, K.2017/61, 1/3/2017; AYM, E.2017/80, K.2017/62, 1/3/2017; AYM, E.2017/81, K.2017/63, 1/3/2017; AYM, E.2017/83, K.2017/73, 1/3/2017; AYM, E.2017/84, K.2017/74, 1/3/2017; AYM, E.2017/173, K.2017/159, 29/11/2017; AYM, E.2020/96, K.2020/72, 10/12/2020; AYM, E.2021/55, K.2021/43, 4/2/2021; AYM, E.2021/56, K.2021/44, 24/6/2021; AYM, E.2023/119, K.2023/123, 13/7/2023.

* 36 no'lu atıf:

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1984/17, K.1984/12, 11/12/1984;

AYM, E.1989/18, K.1989/31, 5/9/1989; AYM, E.1991/12, K.1991/9, 12/4/1991; AYM, E.1992/31, K.1992/37, 26/5/1992; AYM, E.1994/51, K.1994/46, 4/7/1994; AYM, E.1994/52, K.1994/47, 4/7/1994; AYM, E.1999/9, K.1999/4, 11/3/1999; AYM, E.2001/184, K.2001/57, 27/3/2001; AYM, E.2001/281, K.2001/82, 9/5/2001; AYM, E.2001/296, K.2001/83, 17/5/2001; AYM, E.2001/404, K.2001/344, 25/10/2001; AYM, E.2001/460, K.2001/359, 10/12/2001; AYM, E.2002/68, K.2002/44, 17/4/2002; AYM, E.2006/56, K.2006/48, 6/4/2006; AYM, E.2006/60, K.2006/51, 17/4/2006; AYM, E.2006/74, K.2006/65, 5/7/2007; AYM, E.2010/48, K.2010/70, 20/5/2010; AYM, E.2010/60, K.2010/88, 15/7/2010; AYM, E.2011/52, K.2011/84, 2/6/2011; AYM, E.2011/78, K.2011/124, 22/9/2011; AYM, E.2012/72, K.2012/107, 18/7/2012; AYM, E.2012/155, K.2013/4, 3/1/2013; AYM, E.2013/26, K.2013/38, 7/3/2013; AYM, E.2013/69, K.2013/76, 11/6/2013; AYM, E.2013/125, K.2013/129, 14/6/2013; AYM, E.2014/4, K.2014/9, 29/1/2014; AYM, E.2014/31, K.2014/36, 18/2/2014; AYM, E.2014/136, K.2014/131, 23/7/2014; AYM, E.2014/170, K.2014/168, 13/11/2014; AYM, E.2014/185, K.2014/187, 17/12/2014; AYM, E.2015/24, K.2015/21, 5/3/2015; AYM, E.2015/45, K.2015/44, 13/5/2015; AYM, E.2015/57, K.2015/58, 17/6/2015; AYM, E.2015/70, K.2015/70, 3/9/2015; AYM, E.2015/86, K.2015/88, 22/10/2015; AYM, E.2015/90, K.2015/96, 12/11/2015; AYM, E.2015/91, K.2015/97, 12/11/2015; AYM, E.2016/23, K.2016/18, 16/3/2016; AYM, E.2016/24, K.2016/22, 7/4/2016; AYM, E.2016/48, K.2016/42, 26/5/2016; AYM, E.2016/129, K.2016/123, 22/6/2016; AYM, E.2016/169, K.2016/157, 12/10/2016; AYM, E.2016/170, K.2016/163, 2/11/2016; AYM, E.2017/62, K.2017/25, 1/3/2017; AYM, E.2017/85, K.2017/64, 15/3/2017; AYM, E.2017/88, K.2017/65, 15/3/2017; AYM, E.2017/133, K.2017/110, 14/6/2017; AYM, E.2018/3, K.2018/3, 18/1/2018; AYM, E.2018/10, K.2018/13, 28/2/2018; AYM, E.2018/32, K.2018/31, 28/3/2018; AYM, E.2018/98, K.2018/46, 17/5/2018; AYM, E.2020/86, K.2020/79, 30/12/2020; AYM, E.2021/7, K.2021/5, 4/2/2021; AYM, E.2021/29, K.2021/17, 18/3/2021; AYM, E.2021/53, K.2021/41, 24/6/2021; AYM, E.2021/76, K.2021/53, 14/7/2021; AYM, E.2022/49, K.2022/43, 21/4/2022; AYM, E.2023/75, K.2023/76, 4/5/2023; AYM, E.2023/151, K.2023/168, 11/10/2023; AYM, E.2023/185, K.2023/215, 27/12/2023;

AYM, E.2024/7, K.2024/5, 18/1/2024; AYM, E.2024/16, K.2024/21, 1/2/2024; AYM, E.2024/49, K.2024/38, 22/2/2024.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.2002/103, K.2002/54, 6/6/2002; AYM, E.2014/163, K.2014/157, 22/10/2014; AYM, E.2016/4, K.2016/4, 28/1/2016; AYM, E.2016/199, K.2016/191, 22/12/2016; AYM, E.2017/25, K.2017/20, 9/2/2017; AYM, E.2018/5, K.2018/2, 18/1/2018; AYM, E.2018/64, K.2018/35, 2/5/2018; AYM, E.2018/65, K.2018/36, 2/5/2018; AYM, E.2018/63, K.2018/38, 2/5/2018.

*** 42 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1983/11, K.1983/12, 17/11/1983; AYM, E.1983/6, K.1983/13, 17/11/1983; AYM, E.1983/7, K.1983/14, 17/11/1983; AYM, E.1983/8, K.1983/15, 17/11/1983; AYM, E.1987/2, K.1987/5, 18/2/1987; AYM, E.1990/32, K.1990/25, 16/10/1990; AYM, E.1992/7, K.1992/2, 28/1/1992; AYM, E.1992/21, K.1992/19, 17/3/1992; AYM, E.1993/20, K.1993/17, 20/4/1993; AYM, E.1994/76, K.1994/73, 13/10/1994; AYM, E.1995/34, K.1995/30, 11/7/1995; AYM, E.1996/6, K.1996/6, 14/2/1996; AYM, E.1996/28, K.1996/24, 26/6/1996; AYM, E.1996/29, K.1996/25, 26/6/1996; AYM, E.1997/23, K.1997/34, 11/3/1997; AYM, E.1997/33, K.1997/39, 26/3/1997; AYM, E.1998/54, K.1998/74, 23/11/1998; AYM, E.1999/19, K.1999/12, 3/5/1999; AYM, E.1999/21, K.1999/17, 12/5/1999; AYM, E.1999/23, K.1999/18, 25/5/1999; AYM, E.2001/374, K.2001/337, 12/9/2001.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1991/31, K.1991/27, 12/9/1991; AYM, E.1991/60, K.1992/16, 3/3/1992; AYM, E.1998/17, K.1998/14, 12/5/1998; AYM, E.2000/37, K.2000/14, 15/6/2000; AYM, E.2001/120, K.2001/44, 27/2/2001; AYM, E.2001/360, K.2001/105, 18/7/2001; AYM, E.2001/361, K.2001/106, 18/7/2001.

*** 48 no'lu atıf:**

Adli Yargı Başvuruları: AYM, E.1986/21, K.1986/20, 29/7/1986; AYM, E.1991/28, K.1991/26, 19/7/1991; AYM, E.1991/50, K.1991/52, 24/12/1991; AYM, E.1992/32, K.1992/41, 23/6/1992; AYM, E.1997/46, K.1997/54, 10/6/1997; AYM, E.1997/47, K.1997/55, 10/6/1997; AYM,

E.1997/66, K.1997/72, 16/12/1997; AYM, E.1998/32, K.1998/27, 23/6/1998; AYM, E.2000/1, K.2000/2, 21/1/2000; AYM, E.2001/51, K.2001/27, 13/2/2001; AYM, E.2001/67, K.2001/29, 13/2/2001; AYM, E.2001/110, K.2001/43, 27/2/2001; AYM, E.2001/142, K.2001/50, 15/3/2001; AYM, E.2001/188, K.2001/61, 27/3/2001; AYM, E.2001/262, K.2001/80, 1/5/2001; AYM, E.2002/120, K.2002/64, 15/7/2002; AYM, E.2002/155, K.2002/99, 5/11/2002; AYM, E.2003/46, K.2003/46, 4/6/2003; AYM, E.2003/76, K.2003/80, 11/9/2003; AYM, E.2003/90, K.2003/93, 31/10/2003; AYM, E.2004/370, K.2004/62, 26/5/2004; AYM, E.2004/39, K.2004/66, 9/6/2004; AYM, E.2004/42, K.2004/67, 9/6/2004; AYM, E.2005/1, K.2005/5, 11/1/2005; AYM, E.2005/11, K.2005/9, 10/2/2005; AYM, E.2005/62, K.2005/39, 7/7/2005; AYM, E.2006/13, K.2006/18, 9/2/2006; AYM, E.2007/11, K.2007/19, 19/2/2007; AYM, E.2013/93, K.2013/101, 25/9/2013; AYM, E.2013/121, K.2013/127, 14/11/2013; AYM, E.2013/132, K.2013/135, 28/11/2013; AYM, E.2014/49, K.2014/50, 13/3/2014; AYM, E.2014/93, K.2014/88, 14/5/2014; AYM, E.2015/84, K.2015/78, 3/9/2015; AYM, E.2016/41, K.2016/39, 26/5/2016; AYM, E.2019/29, K.2019/10, 14/3/2019; AYM, E.2020/78, K.2020/59, 22/10/2020; AYM, E.2021/53, K.2021/41, 24/6/2021.

İdari Yargı Başvuruları: AYM, E.1989/3, K.1989/5, 26/1/1989; AYM, E.2011/124, K.2011/160, 8/12/2011; AYM, E.2013/81, K.2013/94, 5/9/2013; AYM, E.2014/2, K.2014/21, 11/2/2014; AYM, E.2014/11, K.2014/24, 11/2/2014; AYM, E.2014/12, K.2014/25, 11/2/2014; AYM, E.2014/15, K.2014/27, 11/2/2014; AYM, E.2014/23, K.2014/31, 18/2/2014; AYM, E.2014/29, K.2014/34, 18/2/2014; AYM, E.2014/163, K.2014/157, 22/10/2014; AYM, E.2016/4, K.2016/4, 28/1/2016; AYM, E.2016/199, K.2016/191, 22/12/2016; AYM, E.2017/25, K.2017/20, 9/2/2017; AYM, E.2018/5, K.2018/2, 18/1/2018; AYM, E.2018/64, K.2018/35, 2/5/2018; AYM, E.2018/65, K.2018/36, 2/5/2018; AYM, E.2018/63, K.2018/38, 2/5/2018; AYM, E.2014/30, K.2014/35, 18/2/2014; AYM, E.2015/51, K.2015/57, 17/6/2015; AYM, E.2015/77, K.2015/73, 3/9/2015; AYM, E.2021/126, K.2021/100, 30/12/2021; AYM, E.2014/30, K.2014/35, 18/2/2014; AYM, E.2015/51, K.2015/57, 17/6/2015; AYM, E.2015/77, K.2015/73, 3/9/2015; AYM, E.2021/126, K.2021/100, 30/12/2021.



ANAYASA MAHKEMESİNİN YORUMLU RET KARARLARI

Interpretative Dismissal Decisions of the Constitutional Court

Dr. Öğr. Üyesi Abdulsamet GÜLLER*

Arş. Gör. Dr. Mustafa Fatih SARI**

ÖZET

Anayasa yargısında içtihat yoluyla ortaya çıkan Anayasa'ya uygun yorum tekniği ve bununla irtibatlı olarak verilen yorumlu ret kararı, doktrinde yoğun tartışmaların yaşanmasına yol açmıştır. Bu tartışmaların özellikle Anayasa Mahkemesinin böyle bir karar verme yetkisine sahip olup olmadığı üzerinde düğümlendiği görülmektedir. Her iki görüş açısından çok sayıda argüman ortaya konulmuş ve aynı zamanda diğer görüşün neden isabetli olmadığı hakkında gerekçeler serdedilmiştir. Literatürdeki bu yoğun tartışmalara rağmen bu karar türünün Anayasa Mahkemesince istikrarlı bir biçimde kullanılmaya devam ettiği bilinmektedir. Bu çalışmada öğretilerde şu ana kadar benimsenmiş olan görüşler ele alındıktan sonra, bir çırpıda bu karar türünün verilmesini önleyecek argümanların bulunmasının güç olduğu ortaya konulacak, öte yandan bahse konu karara yönelik birtakım eleştirilerin gerçeklik taşıdığı da sebepleriyle birlikte gösterilecektir. Bu bağlamda çalışmanın temel aksı, Anayasa Mahkemesinin böyle bir karar veremeyeceğini savunmak yerine, Mahkemenin bu karara başvururken hangi sınırlara tabi olacağını belirlemesinin daha makul bir yol olacağı üzerinedir. Böylece yo-

* Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, abdulsamet.guller@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0744-3528

** Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, mustafafatihsari@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6803-669X

rumlu redde ilişkin tartışmalara özgün bir katkıda bulunulması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasallık denetimi, Anayasaya uygun yorum, iptal kararı, yorumlu ret kararı, Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcılığı.

ABSTRACT

The framework of constitutional interpretation grounded in compliance with the Constitution, which has emerged through case law in constitutional justice, along with the interpretative dismissal decisions rendered in connection with this framework, has sparked intense debates within the legal doctrine. It is observed that these debates predominantly focus on the question of whether the Constitutional Court is vested with the authority to render such a decision. Numerous arguments have been put forward in favour of both perspectives, alongside explanations as to why the opposing view may not be convincing. Despite these intense debates in the literature, it is well-established that this type of decision continues to be consistently applied by the Constitutional Court. In this study, after examining the doctrinal positions adopted to date, it will be demonstrated that it is challenging to find arguments that could prevent the issuance of this type of decision. Furthermore, it will be shown that certain criticisms directed at the decision in question are substantiated. In this context, the central focus of the study is not to argue that the Constitutional Court cannot issue such a decision, but rather to identify the limits within which the Court would be constrained when resorting to this decision. In doing so, the study aims to provide an original contribution to the ongoing debates.

Keywords: Constitutionality review, constitutional interpretation, annulment decision, interpretative dismissal decision, binding nature of Constitutional Court's judgments.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi sırasında önüne gelen bir kuralı incelerken, o kurala anayasaya uygun bir anlam vermek suretiyle iptal talebini reddetmesi anlamına gelen yorumlu ret kararları, gerek karşılaştırmalı anayasa yargısında, gerekse Türk sisteminde yerleşik bir uygulamaya sahiptir. Gerçekten dünya üzerinde çok sayıda anayasa mahkemesinin bu yorum tekniğini kullandığı ve bu kapsamda birtakım teorik kıstaslar belirlediği bilinmektedir. Bunun gibi Türk Anayasa Mahkemesi de hem 1961 hem de 1982 Anayasaları döneminde bu tekniğe başvurmak suretiyle hatırı sayılır ölçüde yorumlu ret kararı vermiştir. Bu karar kategorisinin bu ölçüde yaygın olmasına karşılık doktrinde bu ölçüde bir kabule şayan olduğu söylenemez. Gerçekten bu konuya ilişkin kaleme alınan çok sayıda eser ve bu sırada ortaya konulan görüşler incelendiğinde, yorumlu ret tekniğine yönelik pek çok eleştirinin serdedildiği ve Anayasa Mahkemesinin böyle bir karar veremeyeceğinin savunulduğu görülmektedir. Bunun gibi diğer çok sayıda yazar da Mahkemenin yorumlu ret kararı verme yetkisine sahip olduğunu muhtelif argümanlarla ortaya koymuştur. Şu hâlde anayasaya uygun yorum yöntemi açısından Türk anayasa hukuku öğretisinin adeta bıçak gibi ortadan ikiye ayrılmış olduğu söylenebilir. Yorumlu redde ilişkin tartışmaların bu denli şiddetli olması ve Anayasa Mahkemesinin de yakın tarihlere kadar bu karar türünü kullanmayı sürdürmesi karşısında, bu konuyu incelemeye devam edilmesinin önem taşıdığı yadsınamaz. Şu hâlde yorumlu ret meselesinin öğretilde hâlen tüketilmediği ve anayasa yargımızın bünyesinde önemli bir sorun olarak var olmaya devam ettiği kuşkusuzdur. Bu çalışmada da sözü edilen ihtiyaca dayalı olarak anayasaya uygun yorum ve buna bağlı olarak verilen yorumlu ret kararlarının bütün yönleriyle ele alınması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte çalışmaya özgünlük katmak adına doktrinde bu konuyu ele alırken genel olarak tercih edilen yaklaşımdan farklı olarak yalnızca bir görüşün benimsenip diğer bakış açı-

sının değillenmesine çalışılmasından ziyade, her iki görüşün de birtakım handikapları olduğu üzerinde durulacak ve bu bağlamda özellikle gri alanların tespit edilmesine çalışılacaktır. Bu ise bizi Anayasa Mahkemesinin, yorumlu ret kararına ilişkin pratikleri sırasında nasıl sınırlandırılması gerektiği sorusunun ele alınmasının daha önemli olduğu sonucuna götürecektir.

Çalışmada, sözü edilen bu kavramsal örüntünün çizilebilmesi için öncelikle, yorumlu reddin ne olduğu veya ne olmadığı üzerinde derinlemesine bir şekilde durulması gerekmektedir. Bu bakımdan ilk olarak yorumlu ret kararlarının tanımı, kapsamı ve Anayasa Mahkemesinin örnek kararları üzerinden genel bir çerçeve sunulmasına çalışılacaktır. Akabinde bu kavram setleri üzerinden hareketle tartışmanın boyutunu ve derinliğini ortaya koyabilmek adına doktrinde son derece geniş bir ölçüde ortaya konulan farklı görüşler derlenerek aktarılacaktır. Çalışma bütün bu tartışmaların düğümlendiği ve bir sonuca bağlandığı çözümlenmeleri içeren sonuç ve değerlendirme bölümüyle sona erecektir.

I. YORUMLU RET KARARLARININ GENEL ÇERÇEVESİ

A. TANIMI VE KAPSAMI

Anayasa yargısında içtihat yoluyla üretilmiş bir karar türü olan “*yorumlu ret*”, öğretilerde muhtelif isimlerle ifade edilmektedir. Bu çerçevede özellikle anılan karar türünün doğmasını sağlayan bir muhakeme yöntemi olmakla birlikte sıklıkla aynı kavramı ifade etmek için de kullanılan “anayasaya uygun yorum” terimi dikkat çeker¹. Bundan başka “yorumlayıcı

1 Çağlar, B. (1984). “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 5., S. 1-3., s. 30; Öden, M. (2023). *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 415 vd.; Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 121 vd.

cı karar”², “mutavassıt (ortalama) karar”³, “yorum kaydıyla anayasaya uygunluk kararı”⁴, “şarta bağlı anayasaya uygunluk”⁵ veya “şartlı (rezervli) ret”⁶ gibi adlarla da anılmaktadır. Bahse konu karar türünde bir norm, anayasaya uygun olarak yorumlanabildiği, dolayısıyla anayasaya uygun bir anlam taşıyabildiği takdirde iptal edilmez, bunun yerine anayasaya uygun düşen yorum tercih edilmek suretiyle onu hedefleyen dava veya itiraz reddedilerek kanunun hukuk düzenindeki varlığı korunur⁷. Bu bakımdan yorumlu ret kararı, Anayasa Mahkemesinin önüne gelen normu “belirli bir yorum, yani belirli bir anlam ve içerik şartıyla Anayasaya uygun bulup iptal talebinin veya itirazın reddine karar verdiği kararlardır”⁸. Bu yöntemi kullanırken Anayasa Mahkemesi, önce denetlediği kanunun anlamını kendi yorumuna göre saptamakta ve bu yorumlama sonucunda birbirine denk farklı anlamlar ortaya çıkmışsa, bunlardan anayasaya uygun olanı benimseyerek kanunu iptal etmekten kaçınmaktadır⁹.

- 2 Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 310.
- 3 Kaboğlu, İ. (2007). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s. 141.
- 4 Gözler, K. (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 459; Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, İstanbul: Asil Yayın Dağıtım, s. 73.
- 5 Çağlar, B. (1984). s. 30.
- 6 Anayurt, Ö. (2022). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 838 vd. Nitekim yazar, “yorumlu ret” kavramının yeterince açık olmadığını; maksadı ilk bakışta karşılamaktan uzak olduğunu; her kararın nihayetinde bir yoruma dayanmak zorunda olduğunu; “şartlı ret” deyiminin daha yerinde olduğunu söylemektedir (s. 839). Öte yandan Gözler de AYM’nin iptal yahut ret, bütün kararlarının zaten yorum içerdiğini belirtmek suretiyle AYM’nin bütün kararlarının “yorumlu ret” veya “yorumlu iptal” kararları olduğunu, diğer bir ifadeyle “yorumsuz” iptal veya “yorumsuz” ret kararı vermenin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları, s. 1380.
- 7 Öden, M. (2023). s. 415.
- 8 Döner, A. (2008). Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar, içinde Yazıcı, S., Gözler, K., Göztepe, E. (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan C. 2* (ss. 215-233), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 222.
- 9 Sağlam, F. (1996). “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 13., s. 51.

Anayasa Mahkemesi, bu karara başvurması hâlinde, “*gerekçede belirtilen çekinceler saklı kalmak kaydıyla anayasaya uygunluk kararı*” vermiş olur¹⁰. Şu hâlde bu karar neticesinde ilgili norm yürürlükte kalmaya devam ettiğinden, esasen bir ret kararının ortaya çıktığında şüphe yoktur. Ancak burada olağan bir ret kararından daha farklı bir sonuç doğmaktadır. Nitekim bu teknikle Anayasa Mahkemesi, ilgili normun sadece anayasaya uygunluk denetimini yaptığı sırada belirlenen spesifik bir anlamının Anayasa’ya uygun olduğuna karar vererek, böylelikle diğer mahkemelerce uygulanması gereken anlamı da göstermiş olur¹¹. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılık talebine ilişkin olağan bir ret kararından farklı olarak burada, normun belirli anlam veya anlamlarının anayasaya aykırı olacağını kabul etmekte ve fakat diğer bazı anlam veya anlamlarının ise anayasaya uygun olduğunu belirleyerek, kuralın anayasaya uygun olan bu içeriği itibarıyla uygulanması amacıyla iptal talebinin reddi yönünde hüküm kurmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu tarz bir karar vermesinin sonucu olarak, normun kapsamını saptamış olduğu belirtilmelidir. Nitekim Mahkemenin, kuralın bundan sonraki uygulaması açısından, yapmış olduğu yorum marifetiyle bazı hususları kanun kapsamına dâhil ederken, bazılarını ise dışarıda tutmaktadır¹². Anayasa Mahkemesi, böylece üzerinde anayasallık denetimi icra ettiği normun, sınırlandırılan bu kapsam yönünden anayasaya uygun olduğunu ilan etmekte, anayasaya aykırılığını tespit ettiği ve bu kapsamın dışında kalan içeriğin ise diğer mahkemelerce uygulanmamasını beklemektedir.

Anayasaya uygun yorum tekniğinin temel aldığı anlayışa göre, anayasanın üstünlüğü prensibi, yalnızca kanunların anayasaya uygun olarak çıkarılmasını değil ve fakat aynı zamanda anayasaya uygun olarak yorumlanmasını da zorunlu

10 Anayurt, Ö. (2022). s. 838.

11 Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 192-193.

12 Metin, Y. (2008). s. 73.

kılar¹³. Gerçekten de anayasaya uygunluk, üst normun sadece anayasallık denetimi sırasında Anayasa Mahkemesince iptalle ölçü teşkil edecek bir referans norm olma vasfını taşıması anlamına gelmemeli, bundan başka normların yorumlanarak anlamlandırılması ve uygulanması sırasında da bütün mahkemelerce dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla anayasaya uygun yorumun, aykırı yorumdan üstün olmasının sebebi, doğrudan doğruya anayasanın normlar hiyerarşisinin tepesinde yer almasıyla ilişkilendirilmiştir¹⁴. Anayasa, normlar hiyerarşisinin en üstünde olduğu için altında yer alan kendisine aykırı normları da geçersiz kılacaktır. Şu hâlde, anayasaya uygun yorumda esas alınan norma bağlılık ilkesi değil, anayasaya bağlılık ilkesidir¹⁵. Anayasaya uygun yorumun kaynak aldığı anlayışa göre, bir normun denetlenmesi sırasında anayasaya uygun olarak yorumlanması, yargı denetiminin amacına daha uygundur. Nitekim norm denetiminin amacı, anayasanın korunması ve ona uygunluğun sağlanması olduğundan eğer kanun anayasaya uygun olarak yorumlanabiliyorsa, iptal edilmesine ihtiyaç kalmadan da bu amaç sağlanıyor demektir¹⁶. Görüldüğü üzere bu yöntemle, normun anlamlandırılması sürecinde anayasaya uygun olan yorumun tercih edilmesi ve anayasaya aykırı olan yorum seçeneklerinin saf dışı bırakılması suretiyle normun varlığının korunması amaçlanmaktadır¹⁷. Bu bakımdan anayasaya uygun yorum ilkesinin, hukuk düzeninin birliğinin, anayasanın üstünlüğünün ve normlar

13 Öden, M. (2023). s. 415.

14 Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 192; Karan, U. (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 22.

15 Metin, Y. (2008). s. 74. Anayasa Mahkemesi de anayasaya uygun yorum ilkesini anayasanın üstünlüğü prensibine dayandırmaktadır. Nitekim Mahkemeye göre, "İptal konusu yasa hükmünün yorumunda da, bütün yasa hükümlerinin yorumunda olduğu gibi, Anayasa'nın 8. maddesinde belirtilen Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin ve bu arada Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca hukuk devleti olan Türk Devletinde kazanılmış hakların korunmasının zorunlu olduğunun gözönünde bulundurulması gerekir." (AYM, E.1968/38, K.1969/34, 12/6/1969, § 4)

16 Öden, M. (2023). s. 415.

17 Oder, B. E. (2010). s. 151.

hiyerarşisinin bir gereği olarak kabul edildiği söylenebilir¹⁸.

Yorumlu ret kararı verilmesinin altında yatan nedenler, normu anayasaya aykırı kılan anlatımlardan arındırmak; norm metninin anayasaya uygunluğu konusunda gerekli açıklamaları getirmek; normu uygulayacak görevli makamların anayasaya uygun uygulama şartlarını saptamak; yasama organı ile uyumsuzlukların çoğalmasını önlemek ve verilecek olası bir iptal kararının hukuk düzeninde yol açabileceği olumsuzlukları önlemek biçiminde ifade edilmiştir¹⁹. Dolayısıyla anayasa mahkemelerinin bu karar türünü benimsemesinin altında kayda değer pratik ihtiyaçların bulunduğu söylenebilir. Bununla bağlantılı olarak bahse konu yorum yöntemine kurumsal açıdan bakıldığında şu dört noktanın tespit edilerek çerçevelenmesi mümkündür: 1- anayasaya uygunluk karinesi, 2- iptal yolunun ölçülü kullanımıyla bağlantılı olarak normun mevcudiyetini korumayı amaçlayan “norm lehine davranma ilkesi (*favor legis*)” 3- anayasanın üstünlüğü ilkesi ve hukuk düzeninin bütünlüğü, 4- işlevsellik²⁰. Anayasaya uygunluk karinesiyle kuşku hâlinde kanunun anayasaya uygun sayılmasına ilişkin ilke öncelenirken, *favor legis* ile anayasal devlet ve demokrasi arasındaki tarihi gerilim yumuşatılmaktadır²¹. Çünkü bu sayede demokratik meşruiyete sahip olan yasama organının temsil ilişkisinin bir sonucu olarak ürettiği normların iptalinden kaçınılarak, ilgili kuralın anayasaya uygun biçimde yaşaması sağlanmakta, böylece yasama yetkisinin sınırlandırılmasından imtina edilmektedir. Bu bakımdan norm lehine davranma ilkesi uyarınca kabul edilen anayasaya uygun yorum, demokratik devlet ilkesi lehine bir uygulamadır²². Ayrıca iptal kararı sıklıkla muhalefetin bir siyasal reddi olarak telakki edildiğinden, ilgili kanunu anayasaya uygun yorumlayan Anayasa Mahkemesi yasama organı ile muhale-

18 Çağlar, B. (1984). s. 30.

19 Karan, U. (2018). s. 21-22.

20 Oder, B. E. (2010). s. 151-152.

21 a.g.e. s. 152-154.

22 a.g.e. s. 154.

fet arasında ihtilafların çoğalmasını da engellemiş olacaktır²³. Hukukun bütünlüğü ile anayasanın üstünlüğü ilkesinin, anayasal düzenin değişmesi durumunda anayasa öncesi yapılmış eski normların anayasaya uygun olarak yorumlanmasını sağlamada güçlü bir teorik temel sağladığı açık olmakla birlikte iptal yolunun da normlar arası çatışmayı gidermek suretiyle hukukun bütünlüğünü sağladığı ve anayasanın üstünlüğüne hizmet ettiği gerçeği karşısında anayasaya uygun yorumun niçin tercih edilmesi gerektiği yalnızca hukukun bütünlüğü ve anayasanın üstünlüğü ilkelerine dayanılarak açıklanamayacaktır²⁴. Son olarak yukarıda da kısmen değinilen hukuk düzeninde boşluk yaratmama, hukuki sürekliliğin ve öngörülebilirliğin korunması ve kazanılmış haklara ilişkin şikâyetlerin doğmasını önleme gibi faydaların anayasaya uygun yorumun işlevsel yönünü teşkil ettiği vurgulanmalıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere anayasaya uygun yorum yöntemi doğrudan pozitif bir dayanakla doğmamış ve yargısal içtihat neticesinde gün yüzüne çıkmıştır²⁵. Bu kapsamda özellikle İsviçre Federal Mahkemesi, İtalya, Avusturya ve Alman Anayasa Mahkemeleri ile Fransız Anayasa Konseyi, anayasaya uygun yorum tekniğine başvurmaktadır²⁶. Bu listeye İspanya ve Kanada ile 1990'lı yıllarda demokrasiye geçen ve Anayasa Mahkemelerini kuran Çek Cumhuriyeti, Polonya ve Macaristan gibi ülkelerin de eklenmesi mümkündür²⁷. Anılan uygulamalar arasında Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kayda

23 Kaboğlu, İ. (2007). s. 146.

24 Oder, B. E. (2010). s. 155-156.

25 Anayasaya uygun yorum neticesinde erişilen yorumlu redde ilişkin uygulamalar içtihatla ortaya çıkmışken Birleşik Krallık'ta 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu ile ihdas edilen anayasal denetim yolunun bu karar tekniğine ilişkin pozitif bir dayanak barındırdığı görülmektedir. Nitekim anılan kanunun 3. maddesinde gösterilen kapsama giren her durumda yorumlu ret yoluna başvurulması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Yüksel, İ. (2013). *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Ankara: Adalet Yayınevi.

26 Çağlar, B. (1984). s. 30.

27 Ergül, O. (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 140-141.

değer kavramsal çerçeveler yapıldığı görülür. Bu bağlamda Karlsruhe Mahkemesi, 1953 yılındaki meşhur içtihadında, kanunun anayasaya uyumlu bir şekilde yorumlanmasının mümkün olması ve anayasaya uygun yorumlanma durumunda da anlamını koruması şartlarının aynı anda mevcut olması hâlinde ilgili kanunun anayasaya aykırı olamayacağını kabul etmektedir²⁸. Şu hâlde bu yönetime başvurulabilmesi için normun birden fazla yolla anlaşılmaya elverişli olması icap eder. Şu hâlde denetlenen kuralın anlamı açıkça ve farklı türde yorumlara elvermiyorsa, doğal olarak yorumlu redde gidilemez. Bundan başka muhtemel birden fazla yorum arasından en az birinin anayasaya uygun olmasının zorunlu şart olduğu da açıktır. Aksi takdirde kuralın iptaline gidilmesi dışında bir seçenek yoktur. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin bu yönetime başvurulabilmesi için yüksek mahkemeler dâhil diğer yargı yerlerinin yorumuyla da kayıtlı olmaması gerekir²⁹. Bu durum, anayasaya aykırılık iddiasının bilhassa diğer mahkemelerce itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine getirilmesi hâlinde kendini göstermektedir. Nitekim bu ihtimalde diğer mahkemeler ilgili normu anayasaya aykırı olan anlamı itibarıyla yorumlamış ve bu iddia ile Anayasa Mahkemesine müracaat etmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun yorum tekniğini kullanabilmesi için bu yoruma iştirak etmeyip kendi yorumunu üretmesi ve onu anayasaya aykırı olan ve diğer mahkemelerce benimsenen yoruma tercih etmesi gerekir. Tam da bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin lanse ettiği anayasaya uygun yorumun bir anlam taşıyabilmesi için diğer yargı mercilerinin ve bu arada özellikle yüksek mahkemelerin, Anayasa Mahkemesinin kararından sonra eski yorumlarında direnmeyip anayasaya uygun yeni yoruma itibar etmeleri gerekir³⁰. Gerçekten de yorumlu ret kararının varlık kazanabilmesi için Anayasa Mahkemesini iptal talebini reddetmeye sevk eden gerekçelerin dikkate alınma-

28 Oder, B. E. (2010). s. 136.

29 Metin, Y. (2008). s. 73.

30 Sağlam, F. (1996). s. 51.

sı zorunluluk taşır. Gerekçenin hükmün anlamı için zorunlu olarak ayırt edici bir veri sunmadığı olağan ret kararlarından farklı olarak, yorumlu ret kararlarının bir anlam taşıyabilmesi için gerekçenin mutlaka bağlayıcılık taşıması icap ettiğinden, bu karar türü bakımından gerekçelerin diğer mahkemeler ve uygulayıcılar nezdinde bağlayıcı olması bir varlık koşulu teşkil etmektedir³¹. Şu hâlde yorumlu ret kararının kabul edilebilmesi için bu tür kararların hüküm fıkrasının yanı sıra hükme esas teşkil eden gerekçelerinin de bağlayıcılığının kabul edilmesi şarttır. Bu durumda bağlayıcılık sorununun da yorumlu ret karar tekniğine ilişkin tartışmalarda mündemiç olduğu açıktır. Buraya kadar muhtelif sistemlerde Anayasa Mahkemelerinin kullandığı anayasaya uygun yorum tekniğinden doğan yorumlu ret kararının genel çerçevesi ve anlamı üzerinde durulmuş olup, bu karar türüne ve bağlayıcılık sorununa yönelik öğretilerde tebellür eden tartışmalar aşağıda detaylıca ele alınacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN ÖRNEK KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasası döneminde yorumlu ret kavramının kapsamına girebilecek çok sayıda karar vermiştir. Binaenaleyh bu karar türünün Anayasa Mahkemesinin tarihi kadar eski bir geçmişe sahip olduğu belirtilmelidir. Bu durumu bizzat Anayasa Mahkemesi 1987 tarihli bir kararında şöyle ortaya koymuştur: *“Bir yasa hükmünün değişik yorumlara açık bulunması halinde Anayasa’yla bağdaşan ihtimale öncelik tanıma Anayasa’ya uygunluk denetiminde yerleşik bir yorum yöntemidir”*³². Bu itibarla bahse konu yöntemin diğer pek çok sistemin yanı sıra Türk anayasa yargısında da istikrar bulduğu söylenebilir. Bu başlık altında, bu kapsam içinde değerlendirilebilecek çok sayıda karar arasından dikkat çekici olanlar, eskiden yeniye doğru söz konusu karar kategorisinin daha iyi anlaşılmasına imkân sağlayacak ölçüde incelenecektir.

31 Oder, B. E. (2010). s. 191.

32 AYM, E.1986/24, K.1987/8, 31/3/1987, § 94.

Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun yorum yapmak suretiyle ret sonucuna vardığı en eski karar tespit edebildiğimiz kadarıyla Mahkemenin henüz ilk yılında verilmiş bulunmaktadır³³. Anayasa Mahkemesinin önüne itiraz yoluyla gelen bu davada Çine Gezici Kadastro Mahkemesi, 9831 sayılı Orman Kanununun geçici 1. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasına dayanmıştır. Anılan hükme göre: *“Ormanların tahdit ve kadastro sununun ikmaline kadar bu kanunun 1 inci maddesi takibatından çıkacak ihtilaflarda, bir yerin orman sayılıp sayılmayacağı Ziraat Vekaletince belirtilir.”* Dolayısıyla kanun hükmüne göre, kadastro sürecine yönelik yargılamalarda bir yerin orman arazisine dâhil olup olmadığına ilişkin bir tereddüt doğarsa bu husus Tarım Bakanlığına sorulacak ve Bakanlık ilgili arazinin orman vasfında olup olmadığını tespit edecektir. Kanunun bu düzenlemesi karşısında, Bakanlığın belirlemesinin mahkemeleri bağlayıp bağlamadığı konusunda bir belirsizlik ortaya çıkmış ve Yargıtay, 20/5/1957 gün ve 9/18 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla, mahkemelerin Tarım Bakanlığının bildirisine göre hüküm vermeye mecbur oldukları sonucuna ulaşmıştır. Kadastro Mahkemesi, önündeki davada gerçek kişiler adına tespit edilen ve Orman Bölge Şefliğinin itirazı üzerine uyuşmazlık konusu hâline gelen arazinin niteliğini Bakanlığa sormuş ve Bakanlık dava konusu yerin orman sayılan yerlerden olduğunu bildirmiştir. Bunun üzerine Mahkeme, içtihadı birleştirme kararında da belirtildiği üzere Orman Kanununun geçici 1. maddesi hükmü uyarınca Bakanlığın bu belirlemeyle bağlı olmasının Anayasanın mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen hükümlerine aykırı olduğu kanısına vararak somut norm denetimi yolunu işletmiştir. Nitekim Mahkemeye göre, bu nevi davalarda genel hükümler çerçevesinde tanık dinleyerek veya yerinde bilirkişi incelemesi yaptırarak mahkemenin kendi vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekirken, davanın tarafı olan Tarım Bakanlığının bildirimiyile kayıtlı sayılmasının mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle uyuşmadığı açıktır.

33 AYM, E.1962/211, K.1962/121, 26/12/1962.

Anayasa Mahkemesi bu talep karşısında, işin esasına girerken öncelikle konumuz açısından son derece ilginç olan şu tespiti yapmıştır:

“Bu geçici madde ile verilen yetkiye dayanarak bir yerin orman sayılıp sayılmayacağı hakkında Tarım Bakanlığının yapacağı belirtmenin hâkimi bağladığı ve kendisinin kesin olarak bu belirtmeye göre hüküm vermek zorunda bulunduğu kabul edilirse, bu maddenin Anayasamızın 132 nci maddesine aykırı olduğu sonucuna; aksi takdirde yani hâkimin bu belirtme ile bağlı olmadığı ve vicdanî kanısını sağlamak için durumun gerektirdiği incelemeleri ayrıca yapabileceği kabul edilirse, Anayasa’ya aykırılık söz konusu olamayacağı kanısına varılması gerektir. Mahkemenin iptal istemi hakkında bir karar verebilmek için, yukarıda belirtilen iki görüşten hangisinin kanuna ve hukuka uygun olduğu meselesini çözümlemek gerektir”³⁴.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin yorumuyla ortaya çıkan anlamın anayasaya aykırı olduğunu açıkça ve tereddütten uzak bir şekilde kabul etmiştir. Mutat bir işleyişte, bu tespitten sonra iptal hükmüne varılması gerekirken Anayasa Mahkemesi, bahse konu hükmün diğer bir anlamının daha olduğunu saptayarak eğer bu sonuca varılırsa anayasaya aykırılıktan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Bu yolda, Mahkeme, geçici 1. madde muvacehesince Bakanlık tarafından yapılan belirlemenin idari bir işlem niteliğinde olduğu ve bu itibarla da söz konusu işlemin yargı mercilerinin denetimi altında olması gerektiğini saptamıştır. Nitekim kanunda ilgili işlemin yargı denetimi dışında olacağına yönelik aksi yönde bir düzenlemenin yer almadığı kaldı ki bu yönde sarih bir hüküm olsaydı dahi bu durumun, Anayasanın idarenin hiçbir eylem ve işleminin hiçbir hâlde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağını âmir 114. maddesine aykırı olacağı açıktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine göre, Tarım Bakanlığınca yapılan tespitin idarî bir işlem olarak yargı mercilerince denetlenmesi mümkün olunca, hâkimin, bununla bağlı olarak karar vermesi düşü-

34 AYM, E.1962/211, K.1962/121, 26/12/1962, s. 3.

nülemez. Şu hâlde Orman Kanunu'nun geçici 1. maddesiyle verilen yetkiye istinaden Tarım Bakanlığınca bir yerin orman sayılıp sayılmadığının belirtilmesi, hâkimi ve ilgilileri kayıtlayan idarî bir işlem veya bir delil oluşturmayacağından ve bu belirleme karşısında hâkim, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatine göre hüküm vermekte serbest olduğundan, mahkemelelerin bağımsızlığına hâlel gelmesi söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi geçici 1. maddeyi bu suretle anlamlandırdıktan sonra, hüküm fıkrasında açıkça "*Yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla*" demek suretiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir. Şu hâlde bu ilk örnekte Mahkeme sarîh bir biçimde derece mahkemelerinin ve Yargıtayın anladığı itibarıyla kanunun Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul etmiş, akabinde söz konusu düzenlemenin Anayasa'yla uyumlu olan başka bir anlamı daha olduğu belirleyerek hüküm fıkrasında, bu sebep dolayısıyla iptal talebini reddettiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu defa 1982 Anayasası döneminde verdiği bir başka kararında dava konusu kuralda geçen ifade ilgi çekici bir biçimde Anayasa'ya uygun olarak yorumlanmıştır. Mahkemenin önüne iptal davası yoluyla gelen 29/2/1984 tarihli ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde "*Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun çalışma usul ve esasları, bu Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle tesbit edilir.*" hükmüne yer verilmiş ve bu Kurulun kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu hakkında da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Anayasa'nın 124. maddesinin yönetmelik çıkarma yetkisini maddede sayılanlar haricinde yalnızca kamu tüzel kişilerine vermesi sebebiyle anılan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası gündeme gelmiş Anayasa Mahkemesi ise bu talep karşısında sözü edilen normu Anayasa'yla uyumlu olarak yorumlamaya girişmiştir. Buna göre; "*Davacı, dava konusu fıkranın, kamu tüzel kişiliğine sahip bulunmayan Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kuruluna, çalışma usul ve esaslarını bir yönetmelikle tesbit yetkisi tanıdığı, bunun Anayasa'nın 24. maddesine aykırı düştüğü savındadır. Her ne kadar, 2983*

sayılı Kanunun 6. maddesinin son fıkrası 'Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun çalışma usul ve esasları, bu Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle tesbit edilir.' hükmünü içermekte ise de, Anayasa'nın 124. maddesinin açık ifadesi karşısında fıkra metnindeki 'çkarılacak' sözcüğünü 'hazırlanacak' anlamında kabul etmek gerekir. Nitekim, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 2869 sayılı Kanunla değişik 61. maddesinin (a) bendinde: '... iş müddetlerinin yukarıdaki esaslar çerçevesinde uygulama şekilleri Çalışma Bakanlığınca çıkarılacak İş Süreleri Tüzüğünde belirtilir ' denilmiştir olmasına rağmen, düzenlenmesi öngörülen Tüzük, Çalışma Bakanlığınca değil, Anayasa'nın 115. maddesine uygun olarak Bakanlar Kurulunca çıkarılmıştır (11/5/1984 günlü, 18398 sayılı Resmi Gazete) (...) Görülüyor ki, kimi kanunlarda 2983 sayılı Kanunda olduğu gibi "çkarılacak" sözcüğü 'hazırlanacak' anlamında kullanılmaktadır. Kaldı ki, Başbakanın veya görevlendireceği bir Bakanın başkanlığında kurulan ve Başbakan tarafından seçilecek ... Bakanlarından teşekkül eden; bir merkezi idare örgütü niteliğindeki Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunu gösterir yasada herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır"³⁵. Böylece Anayasa Mahkemesi, normda geçen "çkarılacak" sözüne, kelimenin sözlük manasından ve hukuk dilindeki yaygın ve yerleşik kullanımından çok daha farklı bir anlam vermek suretiyle, sözü edilen alternatif yoruma dayalı olarak normun Anayasa'ya uygun olduğunu ilan etmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun yorum kapsamında dikkat çeken bir diğer kararı 1987 yılında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun aramaya ilişkin 94. maddesi hakkında verdiği karardır. Bu olayda ilk derece mahkemesi, madde metninde "sübut delillerinin meydana çıkarılması umulan hallerde" arama yapılmaya izin verilmesini Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliğini isteme hakkına aykırılık teşkil ettiği kanısıyla dosyayı Anayasa Mahkemesine sevk etmiştir. Gerçekten kanunun bu düzenlemesinde arama yapılmasının "umulma hali" gibi son

35 AYM, E.1984/9, K.1985/4, 18/2/1985.

derece belirsiz ve müphem bir şarta bağlanmasının, özellikle 13. madde bağlamında temel hakka yapılan müdahale bakımından yeterli kanuni güvenceyi ve öngörülebilirliği sağlamadığı savlanabilir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, kanunun Asliye Ceza Mahkemesince tespit edilen bu Anayasa'ya aykırı yorumuna iştirak etmemiş ve normu Anayasa'ya uygun olacak şekilde şu suretle anlamlandırmıştır: “95. maddeye göre arama yapılabilmesi için 94. maddedeki ‘umulma’ hali yeterli olmayıp, bundan başka aranılan sanığın, takip edilen izlerin veya zapt edilecek eşyanın, arama yapılacak yerlerde bulunduğunu istidlal ettirecek vakıaların varlığı aranılacaktır. Yani bu yerler de aramanın gerçekleştirilebilmesi için delil elde edileceğinin ‘umut’ edilmesi ve bu umudun bazı somut olgulara dayandırılması aranır. Yalın bir duygu ile aramaya girişilmesi doğru ve yasaya uygun sayılamaz. (...) Bir suç işlendiği şüphesi vardır denebilmek için normal bir insanda o suçun, aranılan kimse tarafından işlendiği kanısını uyandıracak yeterli maddi olguların varlığı gerekir. ‘Umulan haller’ sözcükleriyle de normal bir insanda bu duyguyu uyandıracak verilerin varlığı aranacaktır. Bu durumda aramayı gerektiren hallerin neler olduğunun 94. maddede yeteri açıklıkla belirlenmediği iddiası tutarlı görülmemektedir. 94. madde metni Anayasa'ya uygun düşen böyle bir yoruma elverişlidir”³⁶. Mahkeme Anayasa'ya uygun olan bu yorumu tespit ettikten sonra yukarıda da değindiğimiz üzere bir normun farklı anlamlara açık olması durumunda, Anayasa ile bağdaşan yoruma öncelik tanımının anayasa yargısında yerleşik bir yorum yöntemi olduğunu belirterek söz konusu maddeye yönelik iptal talebini reddetmiştir³⁷.

36 AYM, E.1986/24, K.1987/8, 31/3/1987.

37 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 94. maddesine yönelik iptal incelemesi sırasında Anayasa Mahkemesince ortaya konulan Anayasaya uygun yoruma, 2004 yılında kabul edilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi kanununun 116. ve 117. maddelerinde yasa koyucu tarafından da riayet edilmiş olduğunun not edilmesi gerekir. Nitekim arama kurumuna ilişkin söz konusu yeni düzenlemelerde, son derece soyut ve belirsiz olan “umulma hali” terkiibinden vaz geçilmiş bunun yerine ancak “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa” şüpheli ve sanıklar hakkında arama yapılabileceği yönünde bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. Bu yeni düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki yorumuna, mülga 94. maddeye nazaran çok

Yukarıda görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesinin tarihi kadar eski bir uygulamaya sahip olan yorumlu ret yönteminin Türkiye’de gündeme gelmesini ve birdenbire baş döndürücü bir hızla akademik ilgiye kavuşmasını sağlayan karar, Anayasa Mahkemesinin 1991 yılında verdiği türban kararı³⁸ olmuştur. Esasen bu davaya konu olan düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin 1989 yılında üniversitelerde başörtüsünü serbest bırakan bir kanun hükmünü iptal etmesi üzerine çıkarıldığı bilinmektedir. Nitekim bu ilk kararda, “*Dini inançlar sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbesttir.*” yolundaki düzenleme, Anayasa Mahkemesince “*kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak*” bakımından laikliğe aykırı bulunmuştu³⁹. Başörtüsünü serbest bırakmaya yönelik iradesi sansürlenmiş kanun koyucu, bunun üzerine 1990 yılında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanuna “*Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim*

daha fazla uygun olduğu açıktır.

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

39 Anayasa Mahkemesinin başörtüsüne yönelik bu ilk kararında “dayatmacı laiklik anlayışı” olarak görülebilecek son derece sert bir gerekçe yer almaktadır. Nitekim Mahkeme bu kararında laikliği yalnızca din ve devlet işlerinin ayrılığı olarak anlamının mümkün olmadığını, ama aynı zamanda çağdaş bir yaşam biçimi olarak görülmesi gerektiğini savunmuştur. Gerçekten Mahkemeye göre: “*Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkararak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlanırsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmeler in geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim, aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur.*” (AYM, E.1989/1, K.1989/12, 7/3/1989). Bir hayat felsefesini bütün bireylere dayatmak suretiyle bizzat Anayasayla güvence altına alınmış olan din ve vicdan hürriyetini zedeleyen, hukuk dilinden son derece uzak ve subjektif bir tarzda kaleme alınan bu gerekçenin ne ölçüde sorunlu olduğu açıktır.

*kurumlarında kılık ve serbesttir.” şeklinde bir madde eklemiş ve böylece iptal kararının gerekçesinde çokça eleştirilen dinî vurguların tamamını kaldırmak suretiyle son derece genel bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Bu maddenin de Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi, iptal ettiği önceki metinden farklı olarak “dinî inançlar”, “türban” veya “örtü” gibi ifadeler kullanmaksızın kapsayıcı bir serbestlik getiren böyle bir düzenlemeyi iptal etmek istememiş, bunun yerine önceki kararına geniş bir atıf yapmak suretiyle, orada ortaya konulan esaslar çerçevesinde söz konusu düzenlemenin başörtüsünü kapsayacak biçimde anlaşılmasının Anayasa’ya uygun olmayacağı, dolayısıyla normun dinî kılık ve kıyafeti içermeyecek şekilde anlaşılması gerektiği, bu durumda da Anayasa’ya aykırılıktan bahsedilemeyeceği kanısına varmak suretiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir. Bu karar açısından ilginç olan bir diğer nokta, Anayasa Mahkemesinin yalnızca biri Anayasa’ya uygun, diğeri aykırı olduğu kanaatini taşıdığı iki farklı yorumu tespit etmekle yetinmeyip aynı zamanda kanun koyucunun da bu düzenlemeyle başörtüsünü serbest bırakmak amacını taşımadığı iddiasını epey zorlama bir yolla ispat etmeye çalışmasıdır. Nitekim Mahkemeye göre, aynı düzenlemeyle kanuna eklenen Geçici 1. maddede yer alan “*Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet ile ilgili olarak verilmiş her türlü disiplin cezaları bütün hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar*” yolundaki hükümden hareketle, kanun koyucu eğer başörtüsünü serbest bırakmak amacını gütsedydi, lehe kanunun uygulanmasına ilişkin ceza hukuku ilkesi gereğince, bu kanundan önceki eylemler sebebiyle yürütülen soruşturmalar ile verilmiş olan cezalar kendiliğinden ortadan kalkmış olurdu. Anayasa Mahkemesi bu durumda kanuna Geçici 1. maddenin eklenmesinin gereksiz olacağı savıyla kanun koyucunun sözü edilen düzenlemeye başörtüsünü dâhil etmek amacını taşımadığını savunmuştur. Ne var ki Anayasa Mahkemesi başka kararlarında görüşünü temellendirebilmek için sıklıkla Meclis tuta-*

naklarını dikkate alırken, bu davada bizzat kanunu çıkararak Meclisin başörtüsünü serbest bırakma amacını açıkça ortaya koyan tutanaklarını görmezden gelmesi son derece ilginçtir⁴⁰.

Yorumlu ret kategorisinde son olarak Anayasa Mahkemesinin yeni bir kararı ele alınacaktır. Anayasa Mahkemesinin, kamuoyunda “Dezenformasyon Yasası” olarak bilinen 13/10/2022 tarihli ve 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 29. maddesine ilişkin vermiş olduğu ret kararının anayasaya uygun yorum tekniğine dayalı olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin 2023 yılında verdiği bu karar, yorumlu ret meselesinin hâlen güncelliğini sürdürdüğünü açıkça ortaya koymuştur. Dava konusu kurala Türk Ceza Kanununa 217/A maddesi eklenerek “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu” ihdas edilmiştir. Nitekim anılan maddenin birinci fıkrasına göre, “Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” Hükme karşı açılan iptal davası dilekçesinde özellikle “Kuralda düzenlenen suçla ifade özgürlüğüne ağır bir müdahalede bulunduğu, gerçeğe aykırı bilgi kavramının belirsizlik taşıdığı, gerçeğin çok boyutlu olmasından dolayı kuralın yorum ve uygulanmasında öngörülemez sonuçların ortaya çıkabileceği, kuralda geçen iç ve dış güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık gibi ifadelerle soyut kategorilerin oluşturulduğu, bu nedenle failin kastını tespit etmenin uygulayıcılar açısından kolay olmayacağı, bu anlamda suçun manevi unsurunun da belirsiz olduğu” gerekçesine dayanılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi çoğunluk üyeleri, bu normun Anayasa Mahkemesinin ifade ve basın hürriyetinin korunmasına yönelik yerleşik içtihatları doğrultusunda anlaşılması gerektiği kanısındadır. Buna göre, basın hürriyeti bağlamında bir

40 Arslan, Z. (2008). Anayasa Mahkemesinin ‘Yorum Tekeli’, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi, içinde Yazıcı, S., Gözler, K., Göztepe, E. (Ed.), Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan C. 2 (ss. 59-86), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 75-76.

değerlendirme yapılırken basın, bir olgunun doğruluğunu ispatlayan savcı gibi hareket etmesinin beklenemeyeceği gibi basının araştırma yükümlülüğünün, somut gerçeklik manasında değil yayının yapıldığı andaki olayın ortaya çıkma şekline uygunluk olarak anlaşılması gerektir. Mahkeme, benzer şekilde Yargıtayın da basın hürriyetiyle kişilik haklarının çatıştığı olaylar bağlamındaki kararlarında, görünürdeki gerçeklikle uyumlu bir yayının hukuka aykırı kabul edilemeyeceğini ve bu yayın dolayısıyla kişilik hakkına müdahale edilen kişinin tazminat talebinde bulunamayacağını kabul ettiğini aktarmaktadır. Nitekim sözü edilen kararlara göre, görünürdeki gerçekliğe uyan bir haberin maddi gerçekliğe aykırı olması gerekçe gösterilerek tazminat talep edilmesi mümkün değildir. Şu hâlde hem Anayasa Mahkemesi hem de Yargıtay kararları muvacehesinde, iptal davasına konu kuralda yer alan ve suçun meydana gelip gelmediği değerlendirilirken gözetilecek olan gerçeklik “mutlak gerçeklik” değil ve fakat “olgusal bir temele dayanan bir gerçeklik” olarak anlaşılmalıdır⁴¹. Anayasa Mahkemesi, suçun unsurları arasında yer alan ve dava dilekçesinde belirsiz, çok yönlü ve öngörülemez olması sebebiyle hedefe konulan “gerçeğe aykırı” kavramının kapsamına yönelik başka bir yorum daha getirmiştir. Buna göre “Gerçeğe aykırı bilgi ile ilgili gözetilmesi gereken başka bir husus da failin alenileştirerek yaydığı bilginin bu aşamada gerçeğe aykırı olduğunu bilmesi gerektiğidir. Bu bağlamda yayıldığı anda gerçeğe aykırı olduğu bilinmeyen veya gerçeğe aykırılığı daha sonra ortaya çıkan bu kapsamda değerlendirilemeyecek ve dolayısıyla kuralda düzenlenen suç oluşmayacaktır”⁴². Görüldüğü üzere Mahkeme, bahse konu normda yer alan ve içerdiği belirsizlik yüzünden temel haklara yönelik öngörülemez sınırlamalar yapılmasına oldukça müsait bir kavramı, Anayasa’ya uygun olduğunu yorumladığı sınırlı bir kapsama indirgemiş ve bu bağlamda olgusal temele dayanan ve açıklandığı sırada fail tarafından gerçeğe aykırılığı bilinmeyen haberlerin bu suç çerçevesinde mütalaa

41 AYM, E.2022/129, K.2023/189, 8/11/2023, §§ 19-21.

42 AYM, E.2022/129, K.2023/189, 8/11/2023, § 23.

edilemeyeceğini açıklamıştır. Bu durumda Mahkemeye göre, kuralın dışarıda bırakılan bu bağlamı içerecek şekilde anlaşılması Anayasa'ya aykırılık teşkil edecek, aksi durumda ise norm Anayasa'ya uygun olacaktır. Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyeleri, kanunun gerekçede çerçevesi çizilen bahse konu Anayasa'ya uygun yorumuna dayalı olarak iptal talebinin reddine karar vermiştir⁴³.

Anayasa Mahkemesinin faaliyete geçtiği ilk yıllardan başlayarak günümüze kadar kullanageldiği Anayasa'ya uygun yorum tekniğine dayalı olarak ortaya çıkan yorumlu ret kararları arasında ilgi çekici bazı örnekler sunulmuş olup şimdi de bu karar yöntemine ilişkin tartışmalar üzerinde durulacaktır.

II. YORUMLU RET KARARLARINA YÖNELİK DOKTRİNDE ORTAYA KONULAN GÖRÜŞLER

Doktrinde yorumlu ret meselesi pek çok çalışmada ele alınmıştır. Konu bazen doğrudan, bazen de AYM kararlarının gerekçe kısmının bağlayıcılığı meselesi üzerinden tartışılmıştır. Gerçekten de “*yorumlu ret*” ile “*kararların bağlayıcılığı*” meseleleri birbirine girift bir biçimde bağlıdır. Bu sebeple aşağıda doktrinde konuya dair yaklaşımlar ortaya konulurken bağlayıcılık bahsine dair görüşler de aktarılmaya çalışılacaktır⁴⁴.

43 Buna karşılık altı üye karara muhalif kalmış ve kuralın Anayasaya aykırı olduğu yönünde oy kullanmıştır. Karşioy yazılarına bakıldığında genel olarak normun soyut, belirsiz ve keyfi yorumlara elverişli yapısı dolayısıyla öngörülemez bir niteliğe sahip olduğu, bu durumun ise ifade ve basın hürriyetlerine yapılacak müdahalelere yönelik kanunilik, ölçülülük ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk gibi anayasal güvencelerle uyumlu olmadığı hususlarına vurgu yapılmaktadır. Bu kapsamda bahse konu normun keyfi ve öngörülemez bir biçimde uygulamaya müsait yapısının anılan özgürlükler üzerinde kayda değer bir caydırıcı etkiye yol açacağı vurgulanmaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin çoğunlukta kalan üyeleri, bu yorumlar karşısında, normu yukarıda çerçevesi çizilen kapsam yönünden anlaşılacak kaydıyla iptal yoluna gitmekten kaçınmışlardır.

44 Nitekim Köküsarı/Gedik de doktrinde yorumlu ret kararı verilemeyeceğini açıkça ifade edenlerin yanında bir de AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını savunarak dolaylı şekilde yorumlu karar verilemeyeceğini belirtenler olduğunu dile getirmektedir: “Çünkü AYM

Bu bağlamda doktrindeki yaklaşım biçimlerini tüm yönleriyle aktarma adına aşağıda geniş bir seçkiye referansta bulunulmaya çalışılmıştır.

A. KABUL ETMEYENLER

Özbudun, “*anayasaya uygun yorum*” yöntemini yasama organının gelecekteki hareket serbestliğini basit iptal kararlarına oranla daha fazla sınırlandırdığı, yasama organına yönelik pozitif direktifler taşıdığı, bir anlamda anayasa mahkemelerini *negatif kanun koyucu* durumundan çıkarıp *pozitif kanun koyucu* durumuna getirdiği gerekçeleriyle eleştirmektedir. Anayasa’da AYM’nin yorumlu ret kararı verebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Hatta tam aksine, m. 153/2’deki “*Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.*” hükmü, böyle bir anlayışın benimsenmemiş olduğunun kanıtı olarak görülmektedir. Gerçi madde iptal kararlarından bahsetmektedir, ama Anayasa koyucunun amacının, AYM’nin “*kanun koyucu gibi hareket*” etmesini önlemek olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Yorumlu ret kararlarının ise diğer mahkemeleri, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlaması itibarıyla bir çeşit *pozitif kanun koyuculuk* anlamına geldiğine şüphe yoktur⁴⁵. Öte yandan Özbudun, kararların gerekçelerinin bağlayıcılığı sorununun AYM’nin Anayasa hakkında bir yorum tekeline sahip olup olmadığı ve kanun koyucu gibi hareket edip edemeyeceği sorunlarıyla da yakından ilgili olduğunu belirtmektedir. Yazara göre kararların gerekçelerinin bağlayıcılığının kabul edilmesi, içinden çıkılması imkânsız pek çok

kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı kabul edilirse, yorumlu ret kararlarındaki gerekçeler de (yorumlar) diğer ret kararlarının gerekçesinde yapılan yorumlar gibi değerlendirilecektir ve böylece ilgili norm aynı şekilde yürürlükte kalmaya devam edecektir.” Bkz. Köküsarı, İ. ve Gedik, Ö. (2024) *Türk Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 131-132.

45 Özbudun, E. (2020) *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 411-412; Özbudun, E. (2005). *Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu*, içinde Ergül, O. (Ed.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 336-351) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 350.

soruna yol açmaktadır. Birincisi, Mahkemenin birçok kararı, üyelerin değişik gerekçelerle çoğunluğa katılmaları biçiminde oluşmuştur. Bu durumda hangi gerekçeye itibar olunacaktır? İkincisi, AYM'nin birçok kararının gerekçesinde uzun felsefi, sosyolojik, tarihsel, siyasal tahliller vardır. Bunların tümünün bağlayıcılığını kabul etmek, devlet hayatını, hatta m. 153'e göre karar gerçek kişileri de bağladığına göre, fikir hayatını ve bireysel ifade hürriyetini bir cendere içine sokar. Gerekçelerin "yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de" göreceği iddiası, toplumun doğal hukuki gelişimini dondurma ve AYM'yi *pozitif kanun koyucu* konumuna getirme tehlikesini taşımaktadır. Nihayet AYM, diğer yargı kollarının (adli, idari yargı) bir üst temyiz mercii olmadığına göre, gerekçelerin diğer mahkemeler bakımından bağlayıcı kabul edilmesinin anlamı ve müeyyidesi ne olacaktır? Görülüyor ki, tek makul çözüm, kararların ancak hüküm fıkrasının bağlayıcılığının kabul edilmesidir⁴⁶.

Öden'e göre anayasaya uygun yorum, AYM'nin genel yorum yetkisi kapsamında içtihadî bir ilke olarak düşünülebilir. Ve fakat bu yorum yetkisi, sınırsız da değildir. Bu sınırlardan birisi, kanunun açık sözü ve kanun koyucunun açık iradesidir. Kanunun sözü ve kanun koyucunun amacı açıkça Anayasa'ya aykırı ise yapılması gereken iptal kararı vermektir. Aksi takdirde, yani kanunun açık sözü ve kanun koyucunun açık iradesini aşan (*contra legem*) anayasaya uygun yorum yapıldığı takdirde, Anayasa'ya uygun ve fakat yeni bir hukuk normu konulmuş olacaktır. Bu durumda kanunun sözü esas alınarak Anayasa'ya aykırı birtakım uygulamaların ortaya çıkma riski de söz konusu olacaktır. Öte yandan, AYM'nin ilgili kararlarında yorum yetkisinin sınırlarını aşmakta oluşunu yazar eleştiriye fevkalâde açık bulduğunu ifade etmektedir. Konunun diğer boyutu ise yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı meselesidir. Zira anayasaya uygun yorumla güdülen amaçların gerçekleşmesi, kanunların hukuk düzeni içerisinde

46 Özbudun, E. (2020). s. 412-413.

AYM'nin yaptığı anayasaya uygun yorumla uygulanmasına bağlıdır. Yazara göre AYM kararlarının gerekçeleri bağlayıcı değildir. Anayasa m. 9 ve 138, mahkemelerin önlerindeki somut olaya uygulayacakları kanun hükümlerini yorumlamaya yetkili olduğunu ortaya koymaktadır. AYM'nin diğer mahkemeler üzerinde bir temyiz mercii olmadığı bir ahvalde, bunun kanunların Anayasa'ya aykırı yorumlarla uygulanma tehlikesini bünyesinde taşıdığı da ifade edilmektedir. Yazara göre böyle bir tehlike ortadayken kişi haklarının korunması adına yapılması gereken, kanunun anayasaya uygun yorumla ayakta tutulması değil, Anayasa'ya aykırılık sebebiyle iptal edilerek hukuk düzeninden çıkarılmasıdır⁴⁷. Görüldüğü üzere, Öden, yorumlu ret kararına kategorik bir karşıtlık içerisinde değildir. Hatta mevcut hukuk düzeninde AYM'nin böyle bir karar verme yetkisine sahip olduğunu da kabul etmektedir. Bununla beraber, yine pozitif hukuktaki çerçeve üzerinden Mahkemenin bu kararlarının bağlayıcı olmayacağı tespitini de yapmaktadır. Bu durumda da yorumlu ret kararları işlevsel olmayacak ve hatta bizzat AYM tarafından tespit edilen Anayasa'ya aykırı uygulamalar yine AYM'nin yorumlu ret kararı vermiş olması sebebiyle uygulama imkânı bulmuş olacaktır. Bunun için de yapılması gerekenin -bahsedilen tehlikeleri bertaraf etme adına- yorumlu ret kararı vermeme yönünde bir tercihte bulunmak olduğunu söylemektedir. Yazar, burada *olması gerekene* dair kanaatini sırf teorik düzlemde kalarak inşa etmemiş; bunun yerine, *olanı* dikkate alarak *olması gereken* tartışması yapmıştır.

Fendoğlu da doktrinde AYM'nin yorumlu ret verme yetkisi olmadığını savunan tarafta yer almaktadır. Buna gerekçe olarak ise AYM'nin negatif kanun koyuculuktan çıkıp pozitif kanun koyuculuğa geçmesini; kararların gerekçesinin değil, yalnızca hüküm fıkrasının bağlayıcı olmasını, zira sonuca katılan bir üyenin gerekçeye katılmamış olabileceğini; gerekçelerin daha ziyade felsefi, tarihsel vs. tahliller olduğunu; bunu

47 Öden, M. (2023). s. 421-424.

kabul etmenin AYM'yi yasama organının yerine geçireceğini ve devleti kilitleyebileceğini; AYM'nin Yargıtay ve Danıştay'ın temyiz mercii olmadığını; bunu kabul etmenin toplumun evrimini donduracağını; AYM'nin kararlarının kendisini dahi bağlamadığını, Mahkeme'nin içtihat değişikliğine gidebildiğini göstermektedir⁴⁸.

Gözler'e göre AYM'nin yorumlu ret kararı verip veremeyeceği sorusu sahte, anlamdan mahrum ve hatta saçmadır. Zira Mahkemenin iptal veya ret, bütün kararları zaten doğal olarak yorum içermektedir. Dolayısıyla pek tabii ki yorumlu ret kararı verebilecektir. Konu bağlamındaki esas sorunlar bu değil, AYM'nin diğer mahkemelerin yorumlarıyla ve diğer mahkemelerin de AYM'nin yorumuyla bağlı olup olmadığıdır. Öncelikle, AYM, doktrindeki hâkim yorum ve uygulamadaki yorumlarla bağlı değildir. Dolayısıyla kendi yorumu neticesinde önündeki kanunu anayasaya uygun bularak başvuruyu reddetme yetkisine sahiptir. İkinci sorun bağlamında ise Gözler'e göre somut olaylarda ilgili maddenin ne anlama geldiğine, yani nasıl yorumlanacağına mahkemeler karar verecektir. Yani AYM'nin yorumlu ret kararında ortaya koyduğu yorum diğer mahkemeler açısından bağlayıcılık arz etmeyecektir. Zira AYM, adlî ve idarî yargı kollarının üst mahkemesi değildir. Nitekim Danıştay Sekizinci Dairesi de (E. 1986/402) AYM'nin yorumları ve karar gerekçeleriyle bağlı olmadığına karar vermiştir. AYM kararlarının bağlayıcılığı, yalnızca hüküm fıkraları için söz konusudur. Kaldı ki AYM'nin yorumlarının bağlayıcılığı kabul edildiği takdirde, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi de ihlâl edilmiş olacaktır. Zira yorumlu ret kararları mahkemelere verilen bir emir, talimat ya da telkin niteliğine sahiptir. Özetle, AYM yorumlu ret kararı verebilecek olup, bu kararların normal ret kararlardan herhangi bir farkı bulunmamaktadır. İlgili kanunun yorumlanmasına dair AYM'nin bir tekeli ise söz konusu değildir⁴⁹. Öte yandan ya-

48 Fendoğlu, H. T. (2018). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 156.

49 Gözler, K. (2021). s. 1380-1383.

zar, AYM'nin bireysel başvuru yolunda kanunlara dair yaptığı yorumların derece mahkemelerini bağladığına işaret etmektedir. Ek olarak, içtihat etkisi sebebiyle benzer olaylar karşısında mahkemeler AYM'nin yaptığı yorumları dikkate alacaklardır. Yani AYM bireysel başvuru yolunda kanunların nasıl yorumlanacağıın karar verebilecek ve yorumları da derece mahkemeleri için bağlayıcı olacaktır⁵⁰.

Erdoğan, AYM'nin yorumlu ret kararı vermesini kabul etmeyen yazarlardandır. Zira bağlayıcı olan, kararların yalnızca hüküm fıkrasıdır. Karar gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu kabul edilmesi hâlinde kararın farklı gerekçelerinin aynı anda uygulanması gibi fiilen imkânsız bir durum da ortaya çıkmış olacaktır. Mahkeme, önüne gelen kanunu denetlerken kanunun Anayasa karşısında geçerlilik arz edip etmediğine odaklanmalıdır. Dolayısıyla Anayasa'ya aykırı buluyorsa iptal, bulmuyorsa red kararı verecektir. Bunun dışında, yorumlu ret kararı vermek suretiyle önündeki meseleyi çözmeye çalışmamalıdır. Öte yandan parlamentonun AYM'nin yorumlarıyla bağlı kılınması, Mahkeme'nin yasa koyucu konuma geçmesi anlamına gelecektir⁵¹.

Köküsarı/Gedik, -kendilerinin de dâhil olduğu- doktrinde yorumlu ret kararı verilemeyeceğini savunanların argümanlarını maddeler hâlinde özetlemektedir. Birinci argüman, Anayasa'da yorumlu ret kararı verilebileceğine dair açık bir pozitif dayanağın bulunmayışıdır. İkinci argüman, AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olamayacağıdır. Üçüncü argüman, aksi durumda AYM'nin yasama iradesi yerine geçebileceğidir. Dördüncü ve son argüman ise yasama organının faaliyet alanının daha da sınırlanacağı ve yorum marifetiyle yasama organına emir ve direktifler verilebileceğidir⁵².

Arslan, AYM'nin Anayasa'nın yorumlanması hususunda

50 a.g.e. s. 1384.

51 Erdoğan, M. (2002). *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 120-121.

52 Köküsarı, İ. ve Gedik, Ö. (2024). s. 132.

bir yorum tekeline sahip olmadığını ve dahi olmaması gerektiğini savunmaktadır. Aksini iddia etmek için Anayasa'daki hiçbir hüküm mevcut değildir. AYM'nin sahip olduğu yorum yetkisi özel değil, geneldir. Hatta Mahkemenin bahsedilen genel yorum yetkisi bizzat Anayasa tarafından sınırlandırılmaktadır. Örneğin, Anayasa'da bazı normlar anayasallık denetiminin dışında tutulmuştur. Anayasa m. 153/2'de AYM'nin kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyeceği, yani *negatif kanun koyuculuk* rolünün ötesine geçerek, *pozitif kanun koyuculuk* rolüne soyunamayacağı ifade edilmiştir. Bu, sadece iptal kararları için değil, yorumlu ret kararları için de söz konusudur. Oysa AYM pratiğinde yorumlu ret kararlarının yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde sonuç doğurmasına sıklıkla karşılaşılmaktadır. Zira Mahkeme iptal istemini reddederken önündeki normun nasıl anlaşılması ve uygulanmasına dair yorumlamada bulunurken, esasında kanun koyucunun amaçlamadığı bir hükmü ilgili maddeye eklemiş olmaktadır⁵³. Öte yandan, Mahkemenin kararlarının bağlayıcılığı, hüküm fıkrası için geçerlidir. Söz konusu bağlayıcılık, anayasal meselelerde son sözü söyleme yetkisine delalet etmemektedir. Arslan'a göre gerekçelerin de bağlayıcı olduğu görüşü, en az iki sebeple yanlıştır. Birincisi, Mahkemenin kararında birden çok, hatta belki de birbiriyle çelişen gerekçeler olduğu takdirde ne yapılacaktır? Böyle bir durumda yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları hangi gerekçeyi bağlayıcı kabul edecektir? Demek oluyor ki, farklı gerekçeler uygulamayı imkansızlaştırmaktadır. İkincisi, gerekçelerin bağlayıcı olduğunu kabul etmek, egemenliğin AYM'ye devredilmesi anlamına gelecektir. Böyle bir görüşün benimsenmesi, Anayasa'nın yalnızca AYM tarafından yorumlanabileceği sonucuna götürecektir, AYM'yi yasa koyucu konuma geçirecektir. AYM yasa koyucu statüsüne erişiyorsa artık yönetim şeklini demokrasi değil, jüristokrasi olarak adlandırmak gerekecektir. Arslan, Anayasa m. 90/5 yürürlüğe girdikten sonra AYM'nin anayasaya uygunluk yo-

53 Arslan, Z. (2008). s. 61-63.

rumunun pratik bir değeri kalmadığını eklemektedir. Zira artık AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğu tezi tamamıyla dayanaktan yoksun kalmıştır. Söz konusu fıkranın muhatabı tüm mahkemeler olup, mahkemeler daha evvel AYM'nin anayasaya uygun bularak iptal etmediği bir kanunu temel haklara dair uluslararası sözleşmelere aykırı bulduklarında uygulamayacaklardır⁵⁴. Oysa AYM'nin yaklaşımı yorum tekeline sahip olduğu yönündedir ve bu da Mahkemenin aktivist tutumunu ve “yargısal üstünlük” (*judicial supremacy*) anlayışını pekiştirmektedir. Yorum tekeliyle bağlantılı yargısal aktivizmin kaçınılmaz sonucu ise demokrasiden uzaklaşım jüristokrasiye doğru yol almaktır. Ek olarak, atanmış üyelerden müteşekkil bir yargısal organın anayasayı yorumlama tekeline sahip olması, çok ciddi bir demokratik meşruiyet krizi ortaya çıkarabilecektir⁵⁵.

Benzer şekilde İba/Kılıç, AYM'nin karar gerekçelerinin bağlayıcılığının kabul edilmesinin her anayasal organ ve kuruluşun “*kaynağını anayasadan alan devlet yetkisi kullanma*” ilkesine göre çalışması anlayışıyla bağdaşmadığını ifade etmektedir. Yazarlara göre yorumlu ret kararlarındaki gerekçelere göre hareket etmek, AYM'nin yasama organı rolü üstlendiği bir *yargısal aktivizme* kapı aralayacaktır. Oysa anayasa koyucu böyle bir neticeyi öngörmüş değildir. Bu durumda yargı kuvvetinin yasama kuvveti alanına nüfuz edecek ve *fonksiyon gaspı* dolayısıyla anayasal düzenin işleyişinde ciddi problemler meydana gelecektir⁵⁶.

Hakyemez'e göre karar gerekçelerinin bağlayıcılığı kabul edildiği takdirde AYM siyasî sistemin işleyişinde olması gerekenden çok daha farklı bir konuma yükselmiş olacaktır. Bağlayıcı olan hüküm kısmı olup, gerekçe kısmı yalnızca somut uyumsuzluk bağlamında yapılan bir yorum olarak yol gösteri-

54 a.g.e. s. 63-65.

55 a.g.e. s. 68, 80, 85.

56 İba, Ş. ve Kılıç, A. (2024) *Anayasa Yargısı Dersleri*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 233.

cidir. Yazar, gerekçelerin bağlayıcılığını savunanların görüşlerini tatmin edici düzeyde açıklayamadıklarını iddia etmektedir. Doktrinde Anayasa m. 153 üzerinden, AYM kararlarının hüküm ve gerekçe kısımlarının birlikte bağlayıcı olduğu dile getirilmektedir. Ayrıca bu yaklaşımı benimseyenler, AYM'nin karar gerekçelerinin bağlayıcı olması hâlinde ortaya çıkabilecek çok ciddi problemlerin “*demokratik hukuk devleti*”nin işleyişinde doğurabileceği sakıncaları da hesap edememektedir. Ek olarak, AYM'nin çoğunluk görüşünün birden fazla görüşten oluşması hâlinde bunlardan hangisinin bağlayıcı kabul edileceğinin de çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Söz gelimi böyle bir durumda farklı gerekçelerin hepsi mi yoksa en fazla üye sayısına sahip olanı mı bağlayıcı kabul edilecektir? Gelenen noktada, AYM'nin karar gerekçelerinin bağlayıcılığı görüşünün yüzeysel bir değerlendirmenin sonucu verilmiş, hukukî ve mantıkî bakımdan fevkalade sorunlu bir niteliğe sahip olduğu tespiti yapılmaktadır. Konu hakkında AYM'nin argümantasyonu da sorunludur. Zira kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu, yine kararlarının gerekçesi kısmında belirtmektedir ve bunu kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan AYM'nin karar gerekçelerinin bağlayıcılığı kabul edildiği takdirde, bu bağlayıcılığın AYM için geçerli olup olmadığı sorusu ortaya çıkacaktır. Gerek doktrinde bağlayıcılığı kabul edenler gerekse AYM bu bağlayıcılığın AYM için geçerli olmadığını söylemektedir. Hakyemez'e göre karar gerekçesinin AYM'yi bağlamayacağı fevkalade isabetli bir görüş olmakla beraber, uygulamada bazı sorunlar doğurma potansiyelini de bünyesinde taşımaktadır. Zira karar gerekçeleri AYM dışındaki bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı olduğundan Mahkeme siyasi sistem içerisinde fevkalade güçlü ve ayrıcalıklı bir konuma yükselmiş olacaktır. Böylelikle hukukun evrimleşmesi AYM'nin tekeline girecek, AYM “*negatif yasa koyucu*” olmaktan çıkıp, “*aktif kural koyucu*” ve hatta “*hukuk düzeninin yegâne belirleyicisi*” hâline gelebilecektir. Dolayısıyla demokratik bir hukuk devletindeki asli kural koyucu olan yasama organının siyasi sistem içerisindeki

konumu da erozyona uğrayacaktır⁵⁷. Yazar konuyu daha da çetrefilli hâle getiren başka bir noktayı daha tespit etmektedir: “Karar gerekçelerinin yasama organı açısından bağlayıcılığının kabulü durumunda, şu nedenle yeni gerekçelerin ortaya konulması mümkün olmayacağından, AYM kararlarıyla bile artık toplumsal-ekonomik dönüşüm gerçekleşemeyecektir. Yasama organı karar gerekçesi ile bağlı olacağına göre, o konuda yeni bir düzenlemeye gidemeyeceği içindir ki, bu konu bir daha AYM önüne gelemeyecektir. Bir yargı organı olarak AYM de, ancak karar verirken görüşlerini gerekçede açıklama imkanına sahip olacağına göre, böyle bir ihtimalin de ortaya çıkması mümkün olmayacaktır. (...) Sonuç olarak, AYM karar gerekçelerinin bağlayıcı olduğunun kabul edilmesiyle toplumsal, ekonomik, hukuksal ve siyasal boyutlarıyla yaşam, AYM karar gerekçesinde ortaya konulduğu şekliyle donuklaşmış olacaktır. Çünkü, karar gerekçeleri bağlayıcı olduğuna göre, AYM dışında hiçbir organ, kurum ve kişi yeni bir açılım sergileme imkanına sahip olamayacaktır. Böyle bir durumda AYM’nin görüş değiştirmesini beklemek gerekecektir. Ancak bu süreçte, AYM’yi harekete geçirecek bir özne olamayacağından, bu kısır döngü nedeniyle hukuk düzeni, AYM’nin karar gerekçelerinin bağlayıcılığı nedeniyle donuklaşacaktır.”⁵⁸ Hakyemez, karar gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı yönünde savunduğu görüşün pozitif dayanağının ise AYM’yi kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis etmekten men eden Anayasa m. 153/2 olduğunu söylemektedir.⁵⁹ Konu bağlamında ortaya attığı bir başka soru ise karar gerekçelerinin bağlayıcılığı kabul edildiği takdirde, hükümle doğrudan ilgisi olmayan tespit ve değerlendirmelerin de bağlayıcılığının olup olmayacağıdır. Yoksa yalnızca doğrudan hükmün oluşumunda esas alınmış kısımlara mı bağlayıcılık atfedilecektir? Bu, ciddi bir uygulanabilirlik sorununa işaret etmektedir. Örneğin, Federal Alman Ana-

57 Hakyemez, Y. Ş. (2008). Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, içinde Yazıcı, S., Gözler, K., Göztepe, E. (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan C. 2* (ss. 365-398), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 365, 370, 381-388.

58 a.g.e. s. 388-389.

59 a.g.e. s. 389-390.

yasa Mahkemesine göre kararların bağlayıcılığı sadece karar beyanı ve ilgili karar nedenlerini içine almaktadır.⁶⁰ Yazar, ayrıca AYM'nin yorumundan farklı yorum benimseyen mahkemelerin yorumunun nasıl geçersiz kılınacağını da sormaktadır. Zira gerekçelerin bağlayıcılığı kabul edilse dahi, diğer mahkemelerin aksine yorumlarını önleyecek bir mekanizma mevcut değildir ve AYM de diğer mahkemeler için bir "yüksek mahkeme" statüsünde değildir. Dolayısıyla AYM kararlarının gerekçelerinin diğer yargı düzenlerindeki mahkemeler bakımından bağlayıcılığından bahsedilemeyecektir⁶¹.

Döner de AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını düşünen isimlerdendir. Ve fakat bu, gerekçelerin tamamen anlamsız olması demek değildir. Gerekçeler yasama, yürütme ve yargı organları için *yol gösterici, ışık tutucu ve açıklayıcı* özellikler taşımaktadır. Hukuk sisteminde yasama, yürütme ve yargı organlarının Anayasa ya da kanunların AYM'nin yorumuna riayet edilerek yorumlanmasını emreden herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Mahkemeler, önlerindeki uyumsuzluğa uygulayacakları normun yorumunu kendileri yapacaktır. AYM adli ve idari yargının üst mahkemesi konumunda olmadığından, bunlara yorumunu dayatması da söz konusu olamayacaktır. AYM kararlarındaki gerekçelerin bağlayıcılığını kabul etmek, Anayasal koruma altındaki hâkimlerin bağımsızlığı ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Böyle bir kabul, AYM'ye maddi anlamda yasama fonksiyonunu icra etme yetkisinin verilmesi anlamına da gelecektir. Bu durumda Mahkeme'ye yorum yoluyla genel, sürekli, objektif ve kişisel olmayan işlemler yapma, bir diğer ifadeyle kural koyma yetkisi verilmiş olacaktır. Ki Anayasa'nın böyle bir yetki vermediği açıktır⁶².

Kaya, Gözler'e referansla, AYM'nin karar gerekçelerinde yaptığı yorumların diğer mahkemeler bakımından bir bağla-

60 a.g.e. s. 391-392.

61 a.g.e. s. 393-394.

62 Döner, A. (2008). s. 221-224.

yıcılığı olmadığını söylemektedir. Öyle ki eğer yorumlu ret kararlarına bağlayıcılık tanınırsa Mahkeme adeta bir “pozitif kanun koyucu” hâline gelecektir. Yine aynı bağlam içerisinde, bu kez de Arslan’a referansla, AYM’nin yorum yetkisine sahip organlardan birisi olduğunu ve fakat Mahkemeye özel olarak “Anayasa’yı yorum” yetkisinin verilmediğini, bir diğer ifadeyle Mahkemenin bir *yorum tekeline* sahip bulunmadığını, hatta Anayasa’nın verdiği *genel* yorum yetkisinin dahi sınırlandırıldığını vurgulamaktadır⁶³. Karar gerekçelerinin ve anayasaya uygun yorumun bağlayıcı olmadığı bir ahvalde anayasaya uygun yorumun işlevinin ve öneminin ne olacağını tespit etmek de son derece önemlidir. Kaya’ya göre Mahkeme yaptığı yorumla yalnızca denetlediği kanun hükmüne dair anayasaya aykırı olan yorumu eleyebilir. Bununla beraber, kanun hükmüne dair birden fazla anayasaya uygun yorumdan birini tercih ederek bağlayıcı kılamayacaktır⁶⁴. Öte yandan, Mahkemenin gerekçelerin bağlayıcılığı meselesini aşmak adına gerekçeyi karar kısmında ortaya koyması durumunda ne olacağı da tartışmalıdır. Yazara göre böyle bir yola başvurulması hüküm fıkrasının niteliği ile bağdaşmayacaktır: “*Muhakeme hukuku teorisinde kararların hüküm fıkrası ve gerekçesi birbirinden ayrılır. Karakteristik olarak gerekçe hüküm fıkrasında ulaşılan sonucun hukuki sebepleri ile birlikte detaylı ve mantıksal tutarlılık içerisinde ortaya konulmasına zemin oluşturan alandır. Ancak eğer Anayasa Mahkemesi, sırf bağlayıcı olması için gerekçede yaptığı bütün yorum ve değerlendirmelerin hüküm fıkrasına aktarılmasına yol açarsa bu durumda muhakeme hukuk teorisinde gerekçe ve hüküm fıkrası ayrımının bir anlamda aşılması gerçekleşir. Böyle bir sonucun ise demokratik bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün değildir*”⁶⁵. Yazar, incelenen kanun hükmünden yasama iradesi açık bir biçimde belli oluyorsa, artık Mahkeme’nin alternatif bir yorumu seçerek yasama organını buna bağlı kılamaya-

63 Kaya, S. B. (2017) *Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 233-237.

64 a.g.e. s. 237.

65 a.g.e. s. 239.

çağı, yani yasama iradesini anayasaya uygun yorumla boşa çıkartamayacağı düşüncesindedir. Ancak burada yasama iradesinin her zaman anayasaya uygun yorumun sınırı olduğunu, kanun koyucunun iradesiyle AYM'nin ebedi olarak bağlandığını iddia etmediği şerhini de düşmektedir. Zira AYM, toplumsal değişim ve dönüşüm karşısında statik yasama iradesiyle bağlı değildir. Ona göre esas problem, Mahkemenin yorumunu yasama ile beraber diğer hukuk düzenleri için de bağlayıcı kılmak istemesindedir. Sonuç olarak Mahkeme'nin karar gerekçelerinde ortaya koyduğu yorum ve değerlendirmeler yasama, yürütme ve diğer hukuk düzenlerindeki mahkemeler bakımından ancak "yol gösterici ve aydınlatıcı bir işlev" görebilecektir. Bu işlevi aşan bir bağlayıcılıkları Anayasa m. 153 bağlamında söz konusu değildir⁶⁶. AYM'nin yorumlu ret kararlarını irdeleyen Kaya, Mahkemenin kendi karar gerekçelerindeki yorumları bağlayıcı kılmak istemesinin ziyadesiyle sorunlu olduğunu söylemektedir. Her şeyden önce böyle bir sonuç, demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemez bir niteliğe sahiptir. Zira aksi takdirde AYM "anayasal ve buna bağlı olarak hukuk düzeninin tek belirleyicisi konumuna gelecektir. Mahkeme'nin Anayasa m. 153 üzerinden kendi yorumunu bağlayıcı kılmak için öngördüğü yöntem vesayetçi nitelikte olup, kendisini "negatif kanun koyucu" statüsünden "pozitif kanun koyucu" statüsüne geçirmektedir. Oysa Anayasa'da buna dair herhangi bir hüküm mevcut değildir. En önemlisi, eğer AYM'nin yorumunun bağlayıcılığı kabul edilirse Mahkeme hukuki ve siyasi yaşamın adeta tek belirleyicisi konumuna yükselecek ve böylelikle yasama iradesi büyük oranda boşa çıkacaktır. Böyle bir durumda ise demokratik hukuk devleti ilkeleri temelden zedelenmiş olacaktır⁶⁷.

Anayurt, karar gerekçesinin bağlayıcı olmadığını, bu kısmın ancak yasama organı ile diğer organ ve makamlar için rehber oluşturucu bir yanının bulunduğunu düşünmektedir.

66 a.g.e. s. 240-241.

67 a.g.e. s. 249-250.

Gerekçedeki her cümlesinin bağlayıcı olduğunu kabul etmek, kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Kararlara gerekçe adı altında sokulan ideolojik manifestonun bağlayıcılığının kabulü, anayasa yargısının demokratik meşruiyetine de gölge düşürecek, yargıyı ideolojilerin Truva atına dönüştürecektir⁶⁸. Yazar, “*yorumlu ret*” kavramının yeterince açık olmadığını; maksadı ilk bakışta karşılamaktan uzak olduğunu; her kararın nihayetinde bir yoruma dayanmak zorunda olduğunu; “*şartlı ret*” deyiminin daha yerinde olduğunu söylemektedir. Öte yandan, ülkenin anayasal yargı düzeninde mahkeme kararlarının bağlayıcılık arz etmediği bir ahvalde şartlı reddin hiçbir hukukî önemi olmayacaktır. Çünkü şartlı ret, gerekçe kısmında tecessüm etmektedir. Gerekçe bağlayıcı değilse, kararda anayasaya uygunluğun şarta bağlanmasına gerek olmayacaktır⁶⁹. İptal yerine şartlı yorum tercihinde bulunmak, kanununun oluşumuna katılmak anlamını da taşıyacaktır⁷⁰.

Tunç, gerekçelerin bağlayıcı olduğu kabul edildiği takdirde yalnızca AYM'nin değil, diğer tüm mahkemelerin de kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerektiğini; hüküm fıkrası ve gerekçe arasındaki bütünselliğin bütün mahkeme kararları için geçerli olduğunu; sayısız mahkeme kararlarında birbirleriyle çelişen gerekçeler bulunduğunu; bu sebeplerle AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığını kabul etmenin pratikte çok ciddi sorunlara yol açacağını iddia etmektedir. Dolayısıyla gerekçelerin bağlayıcılığından ziyade, “*dikkate alınması*”ndan bahsetmek gerekmektedir. Bir başka anlatımla bağlayıcılık, gerekçe kısmına değil, hüküm kısmına dairdir⁷¹.

68 Anayurt, Ö. (2022). s. 846-847.

69 a.g.e. s. 839.

70 a.g.e. s. 842.

71 Tunç, Y. (2010). “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bir Bakış”, *THD*, C. 5., S. 47., s. 36-38.

B. KABUL EDENLER

Metin'e göre norm birden çok anlama olanak tanıyorsa ve bunların bazıları anayasaya uygun bazıları da aykırı ise yapılması gereken anayasaya uygun olan yorumu geçerli kılarak normun anayasaya uygun olduğuna karar vermektir. Anayasaya uygun yorumun, aykırı yorumdan üstün olmasının sebebi, anayasanın normlar hiyerarşisinin tepesinde yer almasıyla alakalıdır. Anayasa, normlar hiyerarşisinin en üstünde olduğu için altında yer alan kendisine aykırı normları geçersiz kılacaktır. Anayasaya uygun yorumda esas alınan norma bağlılık ilkesi değil, anayasaya bağlılık ilkesidir. Ek olarak, Mahkeme yorum yaparken diğer mahkemelerin, özellikle de yüksek mahkemelerin yorumlarıyla kayıtlı değildir⁷². Yazar, anayasaya uygun yorum yöntemin kullanımının işlevselleşmesi için kararın temelindeki gerekçelerin bağlayıcı olması gerektiğini ve fakat gerekçenin tamamının değil, hüküm fıkrasıyla zorunluluk ilişkisi içinde bulunan kısmının bağlayıcı olması gerektiğini düşünmektedir. Yazarın anayasaya uygun yorumun sınırı hakkındaki değerlendirmeleri de son derece mühimdir. Buna göre, öncelikle denetime konu kural açık ve anlaşılır olmamalıdır. Ek olarak AYM, bu yöntem üzerinden kendi iradesini yasa koyucunun açık iradesinin yerine koymamalı, yani "kural koyucu" durumuna girmemelidir; dolayısıyla denetime konu norm yasa koyucunun açık iradesinin tecessüm ettiği şekliyle anayasaya aykırılık teşkil ediyorsa artık yapılacak olan iptal kararı vermektir⁷³.

Tanör/Yüzbaşıoğlu, AYM'nin kararlarının diğer organ, makam, kişi ve yargı yerlerini bağladığını, bu sebeple ret kararının gerekçesinin de dikkate alınacağını, kanunun ret gerekçesinde AYM'nin yorumu sonucu kazandığı içeriğin uygulanacağını söylemektedir⁷⁴.

72 Metin, Y. (2008). s. 73-74.

73 a.g.e. s. 195-196.

74 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2019) *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın, s. 556.

Oder, Anayasa m. 11'de somutlaşan Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin anayasaya uygun yorumun pozitif dayanağını teşkil ettiği düşüncesindedir. Böylelikle yargı, anayasa-altı işlemlerin yorumunda Anayasa'yı gözetme zorunluluğundadır. Yazar, anayasaya uygun yorumun sınırları ve koşulları hakkında Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 1953 yılındaki bir içtihadına atıf yapmaktadır. Buna göre, kanunun Anayasa ile uyumlu olarak yorumlanmasının mümkün olması ve kanunun Anayasa'ya uygun yorumlandığı takdirde anlamını koruması anayasaya uygun yorumun çerçevesi olarak ortaya konmuştur. Ancak Oder, bu çerçevenin pratik ve kuramsal soruları cevaplamaya elverişli araç veya ölçütleri sunmadığı kanaatindedir⁷⁵. Anayasaya uygun yorum, kuramsal açıdan dört noktaya dayandırılabilir: (1) Anayasaya uygunluk karinesi; (2) Norm lehine davranma ilkesi (*favor legis*); (3) Hukuk düzeninin bütünlüğü ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkeleri; (4) İşlevsellik. Mesela norm lehine davranma ilkesi bağlamında anayasaya uygun yorum demokratik devlet ilkesinin lehinedir. Zira demokratik devlet ilkesi, doğrudan demokratik meşruiyete sahip olan yasa koyucunun tercihlerinin mümkün olduğunca yaşatılmasını içermektedir. Yine mesela anayasaya uygun yorumun işlevsel kanıtlarından birisi olarak bu yöntemin hukuk düzeninde boşluk meydana getirmeden, onun bütünlüğünü koruduğu gösterilmektedir⁷⁶. Yazar, anayasaya uygun yorumun sınırları bahsine de ayrı bir parantez açmakta ve bazı görüşleri aktarmaktadır. Buna göre yasa koyucunun demokratik meşruiyetine saygının gereği olarak bir hükmün normatif içeriğini esaslı biçimde yeniden belirleme, yani kanunu düzeltme yoluna gidilmemelidir. Zira bu, yasama yetkisine dönük iptal yaptırımından çok daha ağır bir müdahale teşkil edecektir. Anayasaya uygun yorumda bulunurken kanunun düzeltilmesine sebebiyet vermeyecek sınırlar hususunda Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihadına

75 Oder, B. E. (2010). s. 134-136.

76 Bahsedilen dört başlık hakkında tafsilatlı ve eleştirel bir değerlendirme için bkz. a.g.e. s. 151-157.

referansta bulunularak iki unsura dikkat çekilmektedir. Buna göre normun açık sözünü ve yasa koyucunun açık amacını aşan bir yorum, artık anayasaya uygun yorum değil, anayasaya uygun hukuk yaratma durumuna gelecektir. Örneğin, normun sözü açık ve tartışmasız ve anlamı da Anayasa'ya aykırı ise artık anayasaya uygun yorum yapılamayacaktır⁷⁷. Öte yandan Oder gerekçenin bağlayıcılığının yorumlu ret kararlarının varlık koşulu olduğunun da altını çizmektedir. Yorumlu ret kararına konu olan norm yürürlükte kaldığı müddetçe anayasaya uygun yorum çerçevesinde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır. AYM de yorumlu ret kararı verdiğinde atıf yahut alıntı yoluyla yorumlu ret gerekçesini veya kanunun yorumlu ret kararı ile belirlenen anlamını hüküm kısmında belirtmelidir⁷⁸.

Şahbaz, gerekçenin bağlayıcılığı hususunda toptancı bir kabul ya da ret yaklaşımını makul bulmamaktadır. Yazara göre *"hükümün o şekilde kurulmasını sağlayan, güçlendiren, hüküm kısmından ayrılmayacak kadar sıkı bağlantı içerisinde olan, gerekçesi olmaksızın hüküm kısmının anlamsız kalabileceği hallerde gerekçenin bağlayıcı olmayacağı söylenemez"*⁷⁹. Bu bağlamda eğer gerekçedeki hususlar hüküm kısmını doğrudan etkilemekteyse gerekçenin de bağlayıcılığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla gerekçedeki hüküm kısmıyla alakalı olmayan, bu kısmı etkilemeyen hususların bağlayıcılığı söz konusu değildir⁸⁰. Konu bağlamında tartışmalı hususlardan birisi, AYM kararında birden fazla gerekçe olduğunda ne yapılacağıdır. Şahbaz, esasa dair karşioyların yanında, hükme katılmakla beraber çoğunluğun gerekçesine katılmayan üyelerin gerekçelerinin de bağlayıcılığı olmayacağını düşünmektedir. Bağlayıcı olan, hükme esas alınan çoğunluğun gerekçesidir⁸¹.

77 a.g.e. s. 157-158.

78 a.g.e. s. 191-192.

79 Şahbaz, İ. (2020). "Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçesinin Bağlayıcılığı Sorunu", *MHFD*, S. 2., s. 375.

80 a.g.e. s. 376.

81 a.g.e. s. 378.

Sağlam'a göre anayasaya uygun yorum yöntemi bir taraftan anayasanın üstünlüğü ilkesinin uygulanmasını temin ederken, diğer taraftan da iptalden kaçınmaya yöneldiği oranda AYM'nin kendi yetkisini sınırlama neticesini ortaya çıkarmaktadır. Bu yöntem, AYM'nin kendi yetkisini sınırlamasının aksine, diğer yüksek yargı yerleri bakımından bir bakıma genişletici bir yorum niteliği kazanmakta ve hukuku geliştirici bir işlev ifa etmektedir. Zira bir kanun maddesi AYM'nin önüne somut norm denetimi bağlamında geliyorsa ilgili mahkeme o hükme Anayasa'ya uygun bir anlam vermemiş demektir. Böyle bir durumda AYM anayasaya uygun yorum yaptığında denetlenen kanun hükmü uygulamadaki anlamından farklı bir anlam kazanmış olacaktır. AYM'nin kararından sonraki aşamada eğer mahkemeler AYM'nin yorumuna itibar ederse bir sorun kalmayacak ve fakat aksi durumda çok ciddi sorunlar vuku bulacaktır. Zira özellikle diğer yüksek yargı yerlerinin AYM'nin yorumuna itibar etmediği ahvalde AYM kararlarının bağlayıcılığı sözde kalmış olacak, iki yüksek yargı mercii kararları arasında hukuk birliğini sarsan derin bir çelişki ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda ise söz konusu çelişkiyi ortadan kaldıracabilecek bir merci yahut mekanizma ise hukuk düzenimizde mevcut değildir⁸². Yazar, Anayasa m. 153'teki bağlayıcılığın AYM kararlarının gerekçelerini de -en azından hükme dayanak teşkil eden kısımları bakımından- kapsadığı kanaatindedir. AYM'nin iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı, iptal edilen hükmün Resmî Gazete'de yayımlanmakla yürürlükten kalkacağı, bağlayıcılığın Resmî Gazete'de yayımlanmakla başlayacağı gibi hususlar ise bu kanaatin dayanakları olarak ortaya konmaktadır. Nitekim diğer yüksek mahkemeler AYM'nin anayasaya uygun yorum yöntemini kullanarak verdiği kararlara uymak zorundadır. Aksi bir tutum, AYM'nin yetki alanına girilmesi anlamına gelecektir. Zira ilgili hüküm Anayasa'ya aykırı bir anlamla uygulanacak ve bu anlamıyla iptale konu olacak olan bir hükme hayat kazandırılmış olunacaktır. Bu ise anayasal yargı alanına haksız

82 Sağlam, F. (1996). s. 51-53.

ve yetkisiz bir müdahaledir. Ek olarak, itiraz davalarındaki 10 yıllık süre sınırı, bu müdahaleyi daha da ağırlaştırmaktadır⁸³.

Yüksel'e göre AYM'nin yorumlu ret kararı vermesi hususunda pozitif hukuk dayanağı olmamakla beraber, bu karar biçimi anayasa yargısına içkindir. Tartışılması gereken, AYM'nin yorumlu ret kararı verip veremeyeceği değil, yorumu ret kararını nasıl ve ne ölçüde kullanabileceğidir. Söz gelimi, iptal kararından kaçınırken, ondan daha ağır bir müdahale niteliğinde karar verilmemelidir. Yorumlu ret kararı anayasanın üstünlüğüne ve AYM'nin özerk yorum yetkisine dayanmaktadır⁸⁴. Yazar, AYM'nin önündeki kanun hakkında diğer yargı organlarının yorumlarıyla kendini bağlı saymamasını yerinde görmektedir⁸⁵. Burada esas sorun AYM'nin özerk yorumda bulunması değil, kendi yorum faaliyetini sınırlayan kurallar belirlememiş olması, bir diğer ifadeyle sınırsız bir yorum yetkisine sahipmiş izlenimi uyandırmasıdır⁸⁶. Öte yandan, her ne kadar karar gerekçelerinin bağlayıcılığına dair herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesi yoksa da Anayasa tarafından kanunları iptal yetkisi bahşedilmiş AYM'nin yorumlu ret kararlarına diğer yargı organlarının uymaları gerekmektedir. Anayasal sorunları nihaî olarak çözme yetkisi yalnızca AYM'ye aittir. Bundan ötürüdür ki diğer mahkemeler anayasal sorunlar hakkında AYM'nin cevaplarını benimsemelidir. Kaldı ki 2010 yılı itibarıyla bireysel başvuru mekanizmasının anayasal yapıya dâhil edilmesiyle beraber diğer yargı organlarının AYM'nin yorumunu benimsemelerini sağlayacak pozitif hukuk düzenlemesi de ihdas edilmiş olmaktadır. Yüksel'e göre yeni durum artık diğer mahkemeleri yorumlu ret kararlarına uymaya zorlayacaktır⁸⁷. Peki anayasaya uygun yorumun sınırları nelerdir? Bu sınırlara uymak çok önemlidir, zira aksi takdirde yasama organının yetki alanı ihlal edilmiş

83 a.g.e. s. 58-59.

84 Yüksel, İ. (2013). s. 83-84.

85 a.g.e. s. 88-91.

86 a.g.e. s. 97.

87 a.g.e. s. 102, 106.

olacaktır. Bu, hem yasama organının iradesini bertaraf ettiği hem de yeni bir kanun inşa ettiği için yasama organı açısından iptal kararından daha ağır bir müdahale niteliğindedir. Gerçekten de bahsedilen sınırların tespitini yapmak altından kalkılması kolay bir iş değildir. AYM, yorumlu ret kararları açısından birtakım ölçütler belirlemelidir. Bu sayede AYM keyfi ve sınırsız bir yorum yetkisi kullanmadığı izlenimini de uyandırmış olacaktır⁸⁸. Yazar, yorumlu ret kararının iki şartı sağlaması gerektiğini belirtmektedir. Birincisi, yasama organının tepkisini azaltması, ikincisi ise anayasanın üstünlüğünü sağlamasıdır. Birinci şartın sağlanması için öncelikle denetime konu kanunun temel unsurlarına dokunulmamalıdır. Yine bu amaç doğrultusunda önündeki meselede karar vermek için yasama organının daha yetkin olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin, toplumun farklı kesimlerinin dahil olduğu geniş katımlı kamusal müzakerelere konu olan tartışmalı meselelerde yorumlu ret kararı vermekten ziyade, iptal kararı verilerek yasama organının hareket etmesi beklenmelidir. Yine yakın tarihte yürürlüğe girmiş, özellikle de soyut norm denetimine konu olan kanunlarda yorumlu ret kararı vermekten kaçınılmalıdır. Zira böyle bir durumda parlamento çoğunluğunun iradesini değiştiren bir karar vermesi, hele ki yorumlu ret kararlarının pozitif bir hukuki düzenlemeye dayanmadığı bir ahvalde, yasama organının tepkisini çekebilecektir. İkinci şart (anayasanın üstünlüğü) sağlanmıyorsa da yorumlu ret değil, iptal kararı verilmelidir. Burada gerekçenin bağlayıcılığı meselesi öne çıkmaktadır. Bu bağlamda eğer verilen yorumlu ret kararı yargı mercileri tarafından göz ardı edilebiliyorsa yorumlu ret kararı verilmemelidir. Özetle, AYM, *“anayasanın üstünlüğünü diğer yargı mercilerinin direnci nedeniyle sağlayamama ihtimali bulunan kararlar”* vermemelidir⁸⁹. Daha geniş bir perspektifle, *“anayasal denetim organı iptal kararı vermek yerine yorumlu ret kararı verirken; yasama organına saygı gösterme, kanunu koruma, anayasanın üstünlüğünü sağlama,*

88 a.g.e. s. 108-109.

89 a.g.e. s. 109-110.

anayasaya uygunluk karinesine uyma veya hukuk düzeninde doğabilecek boşlukları önleme saikleri ile hareket ettiğini göstermelidir. Dolayısıyla iptal kararı yerine yorumlu ret kararını seçen mahkeme bu amaçlara, yorumlu ret kararı vererek daha kolay ulaşım ulaşmayacağını değerlendirmelidir”⁹⁰.

Memiş’e göre hüküm fıkrasının üzerine oturtulduğu sütunlar mesabesindeki gerekçeler hüküm fıkrasından ayrı düşünülemezdir. Anayasanın ne olduğu, somutlaşması hep gerekçede belirecektir. Hâl böyleyken, Mahkeme kararlarındaki önemi dolayısıyla gerekçenin de bağlayıcı olması söz konusudur⁹¹. Ek olarak, anayasaya uygun yorumun pozitif hukukta bir temeli yoktur ve ancak öğreti kanalıyla savunulabilecektir. AYM kararlarında bu yorum yöntemi henüz netleşme sürecindedir. Yine de Anayasa m. 138’de Anayasa’ya uygun olarak karar verileceğinin, Anayasa m. 11’de kanunların Anayasa’ya aykırı olamayacağını, Anayasa m. 148’de kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetleneceğinin, m. 174’te İnkılâp Kanunlarının Anayasa’ya aykırı biçimde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağını; m. 14’te Anayasa’nın hiçbir hükmünün hürriyetleri yok etmeye yönelik yorumlanamayacağını hüküm altına alınmış olması anayasaya uygun yorumun dolaylı yoldan Anayasa’da dayanağının bulunması şeklinde yorumlanabilir. Anayasaya uygun yorum, her yargıç tarafından kullanılabilir ve hatta kullanılmalıdır. Zira asıl maksat, anayasayı egemen kılmaktır⁹². Yazar, kanun koyucunun iradesinin her durumda yorum sınırına işaret ettiğini düşünmemektedir. Zira zamansal ve mekânsal değişimler, eski metnin *objektif yoruma* tâbi tutulmasını gerektirebilmektedir. Bir başka anlatımla, ilgili kanun artık farklı şekilde anlaşılacak zorunda olabilir. Objektif sebeplerin kanunun yürürlüğe girdiği zamandaki anlamından uzaklaşması durumunda yargıç hukukî bir tekemmüle girişmelidir⁹³.

90 a.g.e. s. 115.

91 Memiş, E. (2007). *Anayasaya Uygun Yorum*, İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları, s. 196.

92 a.g.e. s. 204-206.

93 a.g.e. s. 116.

Aliefendioğlu, anayasaya uygun yorum tekniğinin, “Anayasa’nın üstünlüğü” ve “AYM kararlarının bağlayıcılığı” esasına dayandığını ifade etmektedir. Yazar, bu yorum tekniğinin etkinlik kazanması için AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olması gerektiğini; Anayasa’da bu konuya dair bir açıklığın bulunmadığını; ve fakat mahkeme kararında hüküm ve gerekçe kısımlarının bütünlük arz etmesinden dolayı bağlayıcılığın gerekçeyi de kapsadığı sonucuna varılması gerektiğini söylemektedir. AYM’nin temyizen inceleme yapmaması, yani bir üst mahkeme olmamasından dolayı bu yorum tekniğinin uygulanmasının Anayasa m. 138’deki mahkemelere ve yargıçlara emir, talimat, tavsiye ve telkin verilemeyeceği yasağıyla ne ölçüde bağdaştığı da ayrıca tartışılabilecektir⁹⁴. Öte yandan, ilgili yorum tekniği kullanılırken denetime konu kuralın açık olmaması ve değişik yorumlara uygun bulunması şartlarının sağlanması gerekecektir. AYM, önündeki metinden ayrılmak suretiyle “kanun koyucu” hâline gelmemelidir⁹⁵. Son olarak, yorumlu ret kararları, iptal kararlarının artmasını önlemekte; denetime konu kuralın Anayasa’ya uygun içerikle uygulanmasının yolunu göstermektedir. Yorumlu ret kararına konu kural, artık yasa koyucunun yaptığı andaki anlamını aynen devam ettiriyor değildir. Kural, AYM tarafından yorumlanarak yeniden biçimlenmiş olmaktadır⁹⁶.

Kaboğlu, yorumlu ret kararlarının ilgili kanunu uygulayacak başka mahkemelerin yorum ve uygulamalarını, yürütme makamlarını etkilediğini söylemektedir. Bu kararlar sayesinde yasama organı ile ihtilafların çoğalmasının önüne geçilmektedir. Bu kararlar marifetiyle anayasa mahkemeleri parlamento çoğunluğuna karşı muhalefet “engelleri”ni ortadan kaldırmaktadır. Ek olarak, iptal kararlarının yol açacağı hukukî güçlükler de önlenmeye çalışılmaktadır. Zira iptal kararları kazanılmış haklar sorununu meydana getirebilecek, bu da pek çok giderim istemine sebep olabilecektir. Yorumlu ret

94 Aliefendioğlu, Y. (1996). 192-197.

95 a.g.e. s. 197.

96 a.g.e. s. 311.

kararıyla anayasa mahkemeleri buyurucu yorumlarla kanunu değiştirmekte, böylece hem hukukî ilişkilerin güvenliğini sağlamakta hem de kanunun anayasal geleceğini belirlemektedir. Bu yorum yöntemindeki risk ise anayasa mahkemelerinin yasama işlevine katılmasıdır. Zira mahkemeler bu yöntemle kanunu yeniden biçimlendirmek zorunda kalmaktadır. Anayasaya uygun yoruma tâbi tutulan kanun, anayasa mahkemesi tarafından yeniden yorumlandı ve değiştirildiği için artık yasama organının kabul ettiği kanun değildir⁹⁷.

Ergül, anayasaya uygun yorum tekniğinin lehine olacak birtakım gerekçeler ortaya koymaktadır. Birincisi, bu tekniğin yargının kendisini sınırlama (*self-restraint*) tekniği olarak değerlendirilmesidir. Bir kanunu iptal etmeye yetkili olan organın iptal etmek yerine onu yorumlama yetkisi de bulunmaktadır. Bu bağlamda yetkili organ kanunun “*ancak belli bir yorumunun anayasaya uygun olduğunu*” belirtme yetkisine de sahiptir. Bu durumda iptal kararı verilmediğinden bir hukukî boşluk da doğmamakta, yasama organına yeni bir yasa yapmak şeklinde ağır bir yük de binmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu tekniğin yasama organının yetkisine müdahale şeklinde değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır. İkincisi, bu teknik ile yerine getirilen işlev esasında anayasanın üstünlüğünü sağlamaktır. Bu sebeptendir ki AYM’nin bir kanunun belli bir yorumunun anayasaya uygunluğunu ortaya koyması, bu yoruma diğer mahkemelerin de uyması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Diğer mahkemelerin kanunları yorumlama yetkisi, üstün norm olan anayasanın içeriği ile sınırlıdır. Olası bir tartışmada hangi yorumun Anayasa’nın içeriğine uygun olduğunu belirleyecek makam ise AYM olacaktır⁹⁸. “*Dolayısıyla, diğer mahkemelerin yürürlükteki kanunları yorumlama yetkisi ile anayasanın üstünlüğü çatıştığında, anayasanın üstünlüğü ilkesine öncelik tanımak ve yargı organlarının yorum yetkilerinin bu ilke çerçevesinde sınırlanmış olduğunu kabul etmek gerekir*”⁹⁹.

97 Kaboğlu, İ. (2007). s. 144-146.

98 Ergül, O. (2007). s. 142.

99 a.g.e. s. 143.

Göztepe Çelebi, AYM'nin norm denetiminde yalnızca hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğu görüşüne katılmamaktadır. Zira bazen sadece birkaç sözcük yahut bağlacın iptalinden ibaret olan kararların içeriği gerekçe olmadan anlaşılama-
maktadır. Bununla beraber, AYM'nin kararlarındaki gerekçe kısmında değindiği her hususun bağlayıcı olması gerektiğini de iddia etmemektedir. Zira gerekçede yer alan bazı açıklamalar kararın esasına ilişkin olmamakta ve hukukilik de taşı-
mamaktadır¹⁰⁰.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çalışmada buraya kadar, yorumlu ret karar türünün yapısı ve işleyişi anlaşılmaya çalışılmış, aynı zamanda bu kapsamda ortaya konulan olumlu ve olumsuz görüşler geniş bir skalada aktarılmıştır. Anayasa Mahkemesinin denetlediği bir normda Anayasaya uygun alternatif bir anlam tespit etmek suretiyle iptal talebinin reddi yönünde karar vermesi anlamına gelen yorumlu ret kararlarına ilişkin ilk aşamada iki temel tespitin yapılabilmesi mümkündür. Öncelikle bu karar tekniğinin Türk anayasa yargısında hatırı sayılır ve uzun soluklu bir uygulamaya sahip olduğu anlaşılmaktadır. İkinci olarak yukarıda aktarılan hacimli tartışmalar dikkate alındığında, literatürde bu konuya yönelik derin bir fikir ayrılığının mevcut olduğu dikkati çeker. Dolayısıyla bu konunun Türk anayasa yargısı açısından son derece çetrefil bir mesele olduğu açıktır.

Yorumlu ret kararlarına karşı yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere çok sayıda argüman geliştirildiği görülmektedir. Bu kapsamda özellikle Anayasa'nın 153. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yeni bir uygulamaya yol açacak cinsten karar verilemeyeceği tespiti ve bununla bağlantılı olarak "pozitif kanun koyuculuk" itirazı zikredilmelidir. Bundan başka yasama organının yorumlu ret gerekçesiyle bağlı olması durumunda hukukun donacağı, farklı gerekçeler yazıldığında

100 Göztepe Çelebi, E. (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 32., S.1., s. 96-97.

hangi gerekçenin geçerli sayılacağı belirlenemeyeceği, 138. madde muvacehesinde kendi vicdani kanaatlerine göre karar vermesi icap eden hâkimlerin bağımsızlığının zedeleneceği ve bu karar türüne yönelik yetki sağlayıcı pozitif bir dayanak bulunmadığı tezleri dikkat çekicidir. Ortaya konulan diğer eleştirilerin de genel anlamda bu temel gerekçelerle irtibatlı olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararı verip veremeyeceği gibi son derece netameli bir soruya bir çırpıda yanıt vermek bizce kolay değildir. Bu kapsamda özellikle Mahkemenin onlarca yıldır yerleşmiş içtihatları ve teorik düzlemde böyle bir yetkiyi esaslı bir argümanla dışlamanın zorluğu karşısında, bu soruya ilk etapta olumsuz cevap verip konuyu kapatmak güçleşmektedir. Nitekim bahse konu olumsuz yaklaşımların temel aldığı argümanların diğer pek çok örneğin yanı sıra Türkiye'deki gibi anayasanın üstünlüğünün geçerli olduğu ve köklü bir anayasa yargısının işlediği bir sistemde aşılması pek de zor değildir. Bu kapsamda ilk olarak yasama organının ve diğer mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin saptadığı Anayasaya uygun yorumla bağlı olması hâlinde hukuki gelişimin donacağı ve yasama siyasetini belirleme tekelinin Anayasa Mahkemesine geçeceği sakıncasının Parlatonun yorumlu ret kararı verilen bir kanun hakkında yeniden düzenleme yapmasının pratikte mümkün olması dolayısıyla aşılabileceği söylenebilir. Gerçekten de Meclis, böyle bir ihtimalde gerek Mahkemenin yorumuyla uyumlu olarak, gerekse başka bir yönde kanuni düzenleme yapmaya devam edebilir. Yeni kanunun özellikle AYM'nin yorumuyla uyumsuz olması durumunda Mahkeme eski içtihadını gözden geçirme imkânına kavuşmuş olacağından, bu kapsamda tekrar önceki kararıyla uyumlu bir karar verebileceği gibi, gerekirse içtihadını revize etmek suretiyle farklı bir karar vermesi de mümkündür. Aynı durum iptal kararları açısından da geçerlilik taşımaktadır. Nitekim yasama organının iptal edilen bir kuralı yeniden düzenlemesi pekâlâ mümkün olacağından AYM, böyle bir kanunu yeniden değerlendirme fırsatı bulduğunda

bu defa içtihadını değiştirerek anayasaya aykırı olmadığı görüşüne varabilir. Dolayısıyla, yasama organının AYM'nin belirlediği Anayasaya uygun yorumdan sonra bundan böyle bu konuda düzenleme yapamayacağını ileri sürmek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu yönüyle bahse konu karar tekniğinin hukukun donması teziyle değillenmesi bizce mümkün görünmemektedir.

Yorumlu ret kararlarına yönelik en güçlü eleştirilerden birisi, Mahkemenin kuralı yeniden biçimlendirdiği, iptal kararıyla hukuk düzeninden bütünüyle çıkarmaya göre çok daha güçlü bir yetki kullandığı ve böylece giderek “negatif kanun koyuculuk” rolünden “pozitif kanun koyucu” olmaya doğru ilerlediği iddiasıdır. Bu tezin pozitif bir dayanak olarak Anayasal bir yasakla da doğrudan ilintisi kurulmaktadır. Nitekim m.153/2'ye göre, Anayasa Mahkemesinin bir normu iptal ederken, kanun koyucu gibi hareket etmek suretiyle yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm kurması mümkün değildir. Bu yasağın, maddenin lafzı itibarıyla her ne kadar iptal kararları için öngörülmüş gibi görünse de, amaçsal bir yorumla Mahkemenin ret kararlarına da teşmil edildiği görülmektedir. Bizce bu argümanın teorik olarak yorumlu redde bir engel teşkil etmeyeceği iddia edilebilir ancak pratikte Mahkemenin bu tekniği uygulama biçimiyle bağlantılı olarak önemli sakıncaların da ortaya çıkacağı da yadsınamaz. Öncelikle yorumlu ret, tanımı gereği yeni bir kanuni düzenleme olarak telakki edilmemektedir. Çünkü burada Mahkeme, bir şeyi ilk defa düzenlemeyip, esasen Parlamentonun mahsulü olan kanunu Anayasal ilkeler ışığında yorumlama faaliyetini icra eder. Bu ise Anayasanın Mahkemeye verdiği en temel yetkilerden biridir. Anılan yorum sürecinde kanun metninde içkin olan birçok anlam arasından Anayasaya uygun olduğu kanısına varılan biri veya bir kısmı tercih edilmektedir. Mahkemenin benimsediği içerik de -en azından teoride- kanun metninden kaynaklandığı için AYM'nin burada kendi yetkisi olan yorumlama faaliyetini icrası sırasında önündeki normu anlamlandırma çabası söz konusu olacaktır. Şu hâlde

Meclisin çıkardığı bir kanuna (ve buna ilaveten yeni sistem bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesine) dayanan bir yorumu dolayısıyla pozitif kanun koyucu hâline dönüşeceği savı tek başına yorumlu ret kararı verilemeyeceği düşüncesine güçlü bir temel teşkil etmemektedir. Ne var ki bu eleştiri, teorik olarak ve tanım gereğince yorumlu ret kararının içeriğiyle uyumlu görünmese de, Anayasa Mahkemesinin bu karar tekniğini uygulama biçimine bağlı olarak önemli ölçüde gerçeklik kazanabilir. Bu hususa, birazdan yorumlu ret kararı yönünden AYM'nin sınırlaması bağlamında yeniden dönülecektir.

Anayasaya uygun yorum tekniğine ilişkin diğer bir temel eleştiri de hâkimlere 138. maddeyle tanınan güvencelere ve bu bağlamda özellikle mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine hâle geleceği endişesinden kaynaklanmaktadır. Bu husus, ilgili kuralın artık Anayasa Mahkemesinin belirlediği anlam itibarıyla uygulanması gerektiğinde, diğer mahkemelerin önlerine gelen kuralı kendi kanaatlerine göre yorumlayamayacak olmalarından ileri gelir. Ne var ki yorumlu ret uygulamasında diğer mahkemelerden asıl beklenen, AYM tarafından Anayasa'ya aykırılığı tespit edilen yorumun terk edilmesidir. Yoksa ilgili norma Mahkemece Anayasa'ya uygun olduğu açıklanan içeriği dışında başka anlamlar da verilmesi bizce her zaman mümkündür. Dolayısıyla yorumlu ret kararındaki kritik noktanın Anayasa'ya aykırılığı tespit edilen anlamdan uzak durulması olduğu gözden kaçmamalıdır. Şu hâlde diğer mahkemelerin, Anayasa'ya aykırı yorumdan uzak durmak bağlamında sınırlandırıldığı açık olmakla birlikte, iptal seçeneğinde normu uygulamaktan bütünüyle alıkonulacakları, dolayısıyla yorumlu reddin daha az bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Öte yandan bireysel başvuru yolunun ihdas edilmesiyle beraber Anayasa Mahkemesi, diğer yargı yerlerinin kararları üzerinde olay temelli bir anayasallık incelemesi yapmaya başlamıştır. Böylece mahkemelerin kendi görev alanına ilişkin normları yorumlama ve uygulama biçimleri bir temel hakkın ihlaline yol açtıkça, AYM tarafından belirlenen ilkeler ışığında anılan

yorum terkedilmek suretiyle yeniden yargılama yapılması gerekebilmektedir. Bireysel başvuru uygulaması sırasında, farklı yargı kollarına yönelik çok sayıda içtihadın Anayasa'ya aykırı bulunması sebebiyle ihlal kararları verildiği ve ilgili mahkemelerin içtihadını bu doğrultuda değiştirdiği bilinmektedir. Şu hâlde bizzat Anayasa tarafından kabul edilen ve Anayasa yargısında epey yaygın bir teknik olan özel mahkeme yöntemi neticesinde Anayasa Mahkemesine tanınan anayasallık denetiminin bu ve benzeri sonuçlarını, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı bulmak Anayasa'nın bütünselliği içinde isabetli bir yaklaşım sayılmamalıdır.

Anayasa'ya uygun yorum tekniği doktrinde tartışılmaya devam etmekle birlikte, bu karar türüne yönelik eleştirilerin teorik düzeyde aşılmasının mümkün olduğu böylece görülebilmektedir. Öte yandan bu karar türü Anayasa Mahkemesinin ilk kurulduğu yıllardan başlayarak yakın tarihlere kadar varlığını koruyabilmiştir. Öyle ki Anayasa Mahkemesi, bir kararında da değindiği üzere, bu tekniği Türk anayasa yargısının "*yerleşik bir yorum yöntemi*" olarak telakki etmekte¹⁰¹ ve bu tutumunu günümüzde de hâlen sürdürmektedir. Bu durumda "*Anayasa Mahkemesi böyle bir karar veremez.*" denilmesinin, hem yorumlu reddin tanımsal içeriği yönünden hem de uygulamanın durumu açısından pek gerçekçi görünmediği açıktır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin böyle bir karar veremeyeceğini savunan bütün görüşler aslında yorumlu ret uygulamasının sakıncaları üzerinden hareket etmektedir ve aslında bu sakıncaların önemli bir kısmı son derece gerçek ve doğrudur. Şu hâlde Anayasa Mahkemesi de ısrarla bu yetkiyi kendinde gördüğüne göre ve böyle bir karar verilemez demek Türk Anayasa yargısının işleyişiyle pek uyumlu ve gerçekçi bir yaklaşım olmayacağından, bunun yerine önemli sorunlar doğurması mümkün olan sakıncalara odaklanıp, Mahkemenin böyle bir yetkiyi mutlaka kullanacaksa sözü edilen müşkülâtları göz ardı etmeden hareket etmesi gerektiğinin

101 AYM, E.1986/24, K.1987/8, 31/3/1987, § 94.

savunulması daha makul bir yoldur. Bu noktada yorumlu ret kararı vermeye kalkışan AYM'nin bu sırada tabi olacağı sınırlarının belirlenmesi bizce çok daha önemlidir. Şu hâlde yorumlu ret tartışmasının *olan ve olması gerekene* dair farklı boyutları olduğu açıktır. Bu makalenin odağındaki ana soru ne daha ziyade teorik bir zemine yaslanan "AYM yorumlu ret kararı *vermeli mi?*" sorusudur ne de daha ziyade pozitif hukuk zemininde hareket eden "AYM yorumlu ret kararı *verebilir mi?*" sorusudur. Bu makale, kendini yorumlu ret kararı verme yetkisine sahip gören AYM'nin bu kararlarının sınırlarının nerede başlayıp nerede bitmesi gerektiği sorusunu kendisine konu edinmektedir.

Doktrinin konuya ilgisindeki ani artış, AYM'nin siyasi ve toplumsal açıdan ziyadesiyle hassas bir konuda vermiş olduğu son derece tartışmalı ve hukuksuz olan türban kararından¹⁰² sonra olmuştur. Bu da yorumlu ret konusunun görece sağlıklı bir zeminde tartışılmasını engellemiştir. Adeta AYM'nin ilgili kararının hukuksuzluğunun karşısında durmanın, Anayasa yargısındaki yorumlu ret kurumuna kategorik olarak karşı olmayı da zorunlu olarak beraberinde getireceği şeklinde bir varsayım tartışmaya hâkim olmuş gibidir. Oysa AYM'nin yaklaşım biçimindeki tutarsızlıklar, hukuksuzluklar ve ideolojik durumları tespit etmek, AYM'nin yorumlu ret kararı vermemesi gerektiği sonucuna ulaşmayı zaruri kılmaz. Bu tespitten, AYM'nin yorumlu ret kararlarında nasıl bir çerçeve içinde hareket etmesi gerektiğine dair bir tartışmaya sıçramak da pekâlâ mümkündür.

Doktrinde yorumlu ret kurumunu hem savunanlar ve hem de reddedenlerin dikkate değer bir kısmında kendi görüşlerinin hiçbir handikap barındırmayan bir beyazlığa ve karşıt görüştekilerin de aynı şekilde bir siyahlığa karşılık geldiği şeklinde bir yaklaşım mevcuttur. Başka bir deyişle, bir kısım yazar asgari seviyede akıl ve mantık düzeyine, hukuk bilgisine sahip herhangi bir kimsenin yorumlu ret kararını

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

savunmasının mümkün olmadığını iddia eder tarzda görüşlerini serdederken, bir kısım yazar ise tam tersi görüşü aynı şiddetle hedefe oturtmaktadır. Savunduğu görüşten bağımsız olarak bizatihi bu yaklaşım biçiminin kendisi son derece sorunlu olup, tartışmanın gri alanlarını ıskalama sonucunu doğurmaktadır. Özetle, bir görüşü benimsemek, o görüşün her yönleriyle olumlu, karşıt görüşün ise her yönleriyle olumsuz olduğu anlamına gelmeyecektir. Nitekim hemen yukarıda açıklandığı üzere, gerek böyle bir karar verilemeyeceğine ilişkin ortaya konulan argümanlar teorik düzlemde kolaylıkla aşılabilen, gerekse bu tür bir kararın verilebileceği tezinin kabul edilmesi durumunda karşımıza yadsınamaz sakıncalar çıkabilmektedir. Dolayısıyla zaten yerleşik bir uygulamaya sahip olan yorumlu ret karar tekniğinin sınırlarına odaklanmak, anılan sakıncaları bertaraf edebilmek adına önem arz etmektedir.

Anayasa'ya uygun yorum yönteminde iki önemli sınır çizilmektedir: Kanun metninin açık olması (kanunun açık sözü) ve kanun koyucunun iradesinin açık olması. Bu durumlarda AYM, Anayasa'ya aykırılık görüyorsa iptal kararı vermelidir. Aksi durumda yasama yetkisine müdahale edilmiş olacak, AYM kanun koyucu hâline gelecektir. Bir başka ifadeyle böyle bir durumda yeni bir hukuk normu ihdas edilmiş olacağı açıktır¹⁰³. Dolayısıyla AYM'nin normun anlamını yorumlarken dilsel anlamda hiçbir sınıra sahip olmadığı iddia edile-

103 Oder, B. E. (2010) anayasaya uygun yorumun sınırları bahsine de ayrı bir parantez açmakta ve bazı görüşleri aktarmaktadır. Buna göre yasa koyucunun demokratik meşruiyetine saygının gereği olarak bir hükmün normatif içeriğini esaslı biçimde yeniden belirleme, yani kanunu düzeltme yoluna gidilmemelidir. Zira bu, yasama yetkisine dönük iptal yaptırımından çok daha ağır bir müdahale teşkil edecektir. Anayasaya uygun yorumda bulunurken kanunun düzeltilmesine sebebiyet vermeyecek sınırlar hususunda Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihadına referansta bulunularak iki unsura dikkat çekilmektedir. Buna göre normun açık sözünü ve yasa koyucunun açık amacını aşan bir yorum, artık anayasaya uygun yorum değil, anayasaya uygun hukuk yaratma durumuna gelecektir. Örneğin, normun sözü açık ve tartışmasız ve anlamı da Anayasa'ya aykırı ise artık anayasaya uygun yorum yapılamayacaktır.

meyecektir. Mesela makalede atıf yapılan ikinci kararda,¹⁰⁴ normdaki “ çıkarılacak ” sözüne, kelimenin hem sözlük anlamından hem de hukuk dilindeki yaygın ve yerleşik kullanımından çok daha farklı bir anlam verilmiştir. Türban kararı ise yasa koyucunun iradesinin tümüyle çöpe atıldığı ciddi bir örnektir. Zira AYM kendisi de bu durumun açıkça farkında olduğundan, başka kararlarında sıklıkla başvurduğu gibi kuralı çıkararak Meclisin tutanaklarına hiç değinmemiş, adeta bu zafiyeti örtmek istercesine normun lafzından son derece zorlama bir şekilde ulaştığı yorumun kanun koyucunun amacıyla da uyumlu olduğunu ispata çalışmıştır. Dolayısıyla doktrinel düzlemde yorumlu ret kararı verilmesi gerektiğini savunanların yasama iradesiyle aradaki uyumu artıracığı iddiaları bu örnekte boşa çıkmış olmaktadır. Ancak burada çoğunlukla tartışılmayan kısım, kanun koyucunun iradesine kanunun yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra ve aradan uzun bir zaman geçtikten sonra aynı önemin atfedilip atfedilemeyeceğidir. Zira zamansal açıdan herhangi bir fark görülmediği takdirde, toplumun ve hayatın dinamizmine ket vurulmuş ve kanun koyucunun iradesine haddinden fazla bir güç atfetmiş olunacaktır. Bu bağlamda zaman bakımından farklı durumlarda farklı riskler söz konusu olmaktadır. Örneğin, AYM’nin önünde yeni yürürlüğe girmiş ve *iptal* davasına konu bir norm varsa kanun koyucunun iradesine ket vurulma riski daha fazladır. Ancak böyle bir durumda yüksek mahkemelerin yerleşik uygulamasına aykırı bir yorum yapılarak Anayasa’ya aykırı uygulamalara kapı açma riski de yoktur. Eğer kanun yürürlüğe yeni girmediyse ve *itiraz* yoluyla önüne geldiyse bu kez de -ilgili normu kabul eden yasama çoğunluğunun değişmiş olması gibi sebeplerle- kanun koyucunun iradesine ket vurulma riski azalırken, yerleşik uygulamalar, İBK’lar vs. bakımından AYM ve diğer mahkemeler arasındaki çatışma riski artmaktadır. Dolayısıyla ilgili norm yorumlanırken ilk durumda normu koyan özneyi merkeze alan bir yaklaşım benimsenmesi, ikinci durumda ise öznenen ziyade

104 AYM, E.1984/9, K.1985/4, 18/2/1985.

normun kendisini merkeze alan bir yaklaşımın yeğlenmesi daha makul görünmektedir. Bir başka ifadeyle, ilk durumda *subjektif*, ikinci durumda ise *objektif* yoruma başvurulabilir. Bu kapsamda Memiş, kanun koyucunun iradesinin her durumda yorum sınırına işaret ettiğini düşünmemektedir¹⁰⁵. Zira zamansal ve mekânsal değişimler, eski metnin *objektif yorum* tâbi tutulmasını gerektirebilmektedir. Bir başka anlatımla, ilgili kanun artık farklı şekilde anlaşılacak zorunda olabilir. Objektif sebeplerin kanunun yürürlüğe girdiği zamandaki anlamından uzaklaşması durumunda yargıç hukukî bir tekemmüle girişebilmelidir.

Anayasa'da yer alan AYM'nin kanun koyucu gibi hareketle yeni uygulamaya yol açamayacağı hükmü, yukarıda değinildiği üzere doktrinde yorumlu ret kararı verilememesinin dayanağı olarak sunulmaktadır. Oysa bu hüküm, yukarıda belirtilen ikili sınır bağlamında da anlamlandırılabilir. Nitekim AYM'nin yukarıda ele alınan bazı kararlarında da görülebileceği gibi kanun koyucunun amaçlamadığı bir hüküm ilgili maddeye eklemiş olduğu vakidir. Bu tür örneklerin Mahkemenin sınırlarının saptanması açısından son derece önemli olduğunu düşünüyoruz. Ama öte taraftan, AYM'nin bazı durumlarda yasa koyucunun amaçlamadığı Anayasa'ya aykırı bir anlamı temizleme rolü oynayabileceğini de söylüyoruz. Bu bağlamda örneğin şöyle bir kriter kullanılması düşünülebilir: **“Yasa koyucunun amaçlamadığı bir Anayasa'ya uygun hüküm ilgili maddeye eklemek” versus “Yasa koyucunun amaçlamadığı bir Anayasa'ya aykırı hüküm ilgili maddeden çıkarmak/temizlemek”**. İkinci tutum takip edildiği takdirde, yani AYM bu sınırlara uyduğu takdirde yasa koyucu rolüne bürünmesi iddiaları da bütünüyle boşa çıkmış olacaktır. Hatta ikinci tutumun benimsenmesinin AYM'nin negatif kanun koyuculuk rolüne çok daha uygun olduğu da iddia edilebilir. Zira böyle bir imkânı varken iptal kararı vermek, yasa koyucunun iradesine ket vurmak, hukukta boşluk meydana

105 Memiş, E. (2007). s. 116.

getirmek gibi sonuçlara sebep olabilir. Oysa norm lehine davranma ilkesinin (*favor legis*) gözetilmesi demokrasi açısından daha sağlıklı sonuçlar verebilecektir.

Yorumlu ret kararlarının anlamlı olabilmesi için AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığını kabul etmek gerekmektedir. Zira aksi takdirde Anayasa'ya aykırı yorumların bizzat AYM'nin açtığı alan sayesinde uygulama imkânı bulma riski söz konusudur. Öte yandan AYM'nin tüm karar türlerindeki gerekçelerin bağlayıcı olduğunu kabul etmek başka sorunlara da kapı aralayabilir. Nitekim AYM kararlarındaki gerekçelerin bir bütün olarak bağlayıcı olduğunu kabul etmek, yukarıda yorumlu reddin teorik tanımı itibarıyla çürütülebilmesi mümkün olduğu gösterilen AYM'yi bir "pozitif yasa koyucu" hâline getirme riskini bu defa gerçek bir tehlike hâline bürüyebilir. Gerçekten de AYM'nin yorumlu ret kararlarındaki gerekçe kısmının tümünün bağlayıcı olduğunu kabul etmek sorunludur. Zira kararla alakası olmayan ve çok sayıda sosyolojik tespitler içeren kısımlar da uzun sayfalardan oluşan gerekçe metinlerinde sıklıkla yer alabilmektedir. Dolayısıyla gerekçedeki yalnızca doğrudan doğruya ulaşılan kararla alakalı olan ve hükme esas teşkil eden kısımların bağlayıcılığı kabul edilmelidir. Örneğin Metin, Anayasa'ya uygun yorum yöntemin kullanımının işlevselleşmesi için kararın temelindeki gerekçelerin bağlayıcı olması gerektiğini ve fakat gerekçenin tamamının değil, hüküm fıkrasıyla zorunluluk ilişkisi içinde bulunan kısmının bağlayıcı olması gerektiğini düşünmektedir¹⁰⁶. Benzer şekilde Göztepe Çelebi, AYM'nin kararlarındaki gerekçe kısmında değindiği her hususun bağlayıcı olmaması gerektiğini söylemektedir¹⁰⁷. Zira gerekçede yer alan bazı açıklamalar kararın esasına ilişkin olmamakta ve hukukilik de taşımamaktadır. Sağlam, Anayasa m. 153'teki bağlayıcılığın AYM kararlarının gerekçelerini de -en azından hükme dayanak teşkil eden kısımları bakımından- kapsadığı

106 Metin, Y. (2008). s. 195-196.

107 Göztepe Çelebi, E. (2016). s. 96-97.

kanaatindedir¹⁰⁸. Bizce de yorumlu ret kararları bağlamında sadece zorunlu olarak hükme dayanak teşkil eden hususlar bakımından gerekçelerin bağlayıcılığın kabul edilmesi daha tutarlı görünmektedir.

Doktrinde yorumlu ret kararına en çok getirilen eleştirilerin başında karara farklı gerekçelerle katılma durumu durumunda ne olacağı sorusu gelmektedir. Burada çoğunluğun gerekçesinin esas alınacağı söylenebilir. Ancak yine de farklı gerekçelerde sayısal eşitlik hâlinde ne olacağı sorusu hâlâ ortada durmaktadır. Bizce bu husus, yorumlu redde karşı ortaya konulan görüşler arasında oldukça güçlü bir yerde durmaktadır. Gerçekten de gerekçe konusu, yorumlu ret karar tekniğinin adeta belkemiği mesabesindedir. Nasıl gerekçenin bağlayıcılığı kabul edilmezse yorumlu ret tekniğinden bahsedilmesi mümkün olmayacağı gibi, hukuk dünyasına AYM tarafından Anayasa'ya aykırı olan yorumu açıklayan gerekçenin sağlıklı ve tutarlı bir biçimde sunulabilmesi de bizce bu karar türünün zorunlu bir varlık şartıdır. Şu hâlde yorumlu ret tekniğine başvuran Mahkemenin, normdaki Anayasa'ya aykırılığı temizleyip, Anayasa'ya uygun anlamları gösteren bir gerekçe ortaya koyması zaruridir. Bu yöndeki bir gerekçenin, hiç olmazsa Mahkemenin karar yeter sayısını sağlayacak kadar üyesince desteklenmesi ve çoğunluk gerekçesi olarak kaleme alınması gerekir. Aksi durumda, Anayasa Mahkemesi üyeleri yorumlu ret kararına ilişkin gerekçede bölünüyorlarsa bu karar tekniğine hiç başvurulmaması icap eder. Nitekim böyle bir durumda yorumlu ret kararının doğası gereği içermesi gereken şartlar oluşmamış demektir ve eğer Mahkeme çoğunluğu bir Anayasa'ya aykırılık tespit ediyorsa, yorumlu ret kararının mütemmim cüzü olan bir gerekçe de üretilmeyeceği için teknik anlamda bir böyle bir karar verilememiş olduğundan, Anayasa'ya aykırılığın yaşatılmasını önlemek adına iptal yönünde hüküm kurulmasından başka bir seçenek yoktur.

108 Sağlam, F. (1996). s. 58-59.

Son olarak Anayasa Mahkemesinin önüne itiraz yoluyla gelen davalarda yorumlu ret tekniğine başvurulması durumunda, derece mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin anladığı şekliyle kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası dava-ya konu edilmektedir. Bu kapsamda yorumlu ret yönteminin temel öncüllerinden olan AYM'nin diğer mahkemelerin yorumuyla kayıtlı olmayacağı görüşünün bizce de isabetli olduğu açıktır. Dolayısıyla AYM, bu örnekler bağlamında önüne gelen kurula ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiasını kendi yorumuna göre değerlendirmek zorundadır. Nitekim Anayasa'nın kabul ettiği özel mahkeme usulü neticesinde Anayasa'ya aykırılık konusunda karar verme yetkisinin AYM'ye bırakıldığı her türlü şüpheden uzaktır. Nitekim Mahkemenin itiraz yoluyla önüne gelen davalarda, diğer mahkemelerin görüşüyle bağlı sayılması hâlinde iptal kararı vermek dışında bir seçeneği kalmayacaktır ki bu görüşün savunulamayacağı açıktır. Anayasa Mahkemesinin iptal ve olağan ret kararları gibi yorumlu ret kararlarının da bağlayıcı olduğu diğer mahkemelerce kabul edilmesi durumunda, hukuk sisteminin işleyişinde herhangi bir sorun çıkmayacaktır. Özellikle bireysel başvuru yolunun işlemeyle norm temelli olmasa da olay bazında AYM'nin yorumunun diğer mahkemeleri bağladığının açık olması sebebiyle pek çok içtihadın AYM içtihatlarıyla uyumlulaşmaya başladığı bir denklemde, yorumlu ret uygulamasının da daha stabil bir hâle evrilmesi beklenebilir. Bununla birlikte diğer mahkemelerin ve özellikle Yargıtay ve Danıştay'ın kendilerini AYM'nin gerekçesiyle bağlı görmemeleri ihtimalinin yorumlu ret uygulaması açısından önemli bir handikap olduğunun altı çizilmelidir. Zira bu durumda, AYM'nin açıkça tespit ettiği bir Anayasa'ya aykırılığın uygulanmaya devam etmesi söz konusu olacak ve bilhassa itiraz yolunda geçerli olan on yıl yasağı sebebiyle uzun yıllar söz konusu Anayasaya aykırılığın yaşaması mümkün olabilecektir. Böyle bir durumda Anayasaya aykırılığı önlemek için diğer yüksek mahkemelerin içtihadını değiştirmesi veya kanun koyucunun bahse konu yapısal sorunu ortadan kaldırmak üzere yeni bir düzenleme yapması

dışında bir seçenek kalmayacaktır. Böyle bir riskin alınması bizce anayasallık denetiminin amacıyla örtüşmez. Dolayısıyla özellikle diğer yargı kollarının temyiz mahkemelerince uzun yıllardır uygulanan müstakar içtihatlar söz konusu olduğunda, her ne kadar bu yorumlarla kayıtlı olmasa da, AYM'nin herhangi bir Anayasaya aykırılık tespit etmesi hâlinde, kendi yorumunun uygulanmaması riskini göz önünde tutup yorumlu ret kararı vermek yerine iptal seçeneğini tercih etmesinin anayasallık denetiminin amacına daha uygun olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ANAYURT, Ömer (2022). *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ARSLAN, Zühtü (2008). Anayasa Mahkemesinin 'Yorum Tekeli', Yargısal Üstünlük ve Demokrasi, içinde Yazıcı, Serap, Gözler, Kemal, Göztepe, Ece (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan C. 2* (ss. 59-86), Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÇAĞLAR, Bakır (1984). "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 5., S. 1-3., ss. 3-34.
- DÖNER, Ayhan (2008). Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gereçeklerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar, içinde Yazıcı, Serap, Gözler, Kemal, Göztepe, Ece (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan C. 2* (ss. 215-233), Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERDOĞAN, Mustafa (2002). *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERGÜL, Ozan (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin (2018). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2023). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece (2016). "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı" *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 32., S.1., ss. 93-118.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2008). Anayasa Mahkemesi Karar Gereçeklerinin Bağlayıcılığı Sorunu, içinde Yazıcı, Serap, Gözler, Kemal, Göztepe, Ece (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan C. 2* (ss. 365-398), Ankara: Yetkin Yayınları.

- İBA, Şeref ve KILIÇ, Abbas (2024). *Anayasa Yargısı Dersleri*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- KABOĞLU, İbrahim (2007). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- KARAN, Ulaş (2018). *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KAYA, Semih Batur (2017). *Anayasa Mahkemesi Karar Gereçeklerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KÖKÜSARI, İsmail ve GEDİK, Ömer (2024). *Türk Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- MEMİŞ, Emin (2007). *Anayasaya Uygun Yorum*, İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları.
- METİN, Yüksel (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, İstanbul: Asil Yayın Dağıtım.
- ODER, Bertil Emrah (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ÖDEN, Merih (2023). *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, içinde Ergül, Ozan (Ed.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 336-351) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2020). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SAĞLAM, Fazıl (1996). "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 13., ss. 43-60.
- ŞAHBAZ, İbrahim (2020). "Anayasa Mahkemesi Kararının Gereğesinin Bağlayıcılığı Sorunu", *MHFD*, S. 2., ss. 341-382.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2019). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayın.

TUNÇ, Yaşar (2010). "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bir Bakış", *THD*, C. 5., S. 47., ss. 29-39.

YÜKSEL, İsmail (2013). *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Ankara: Adalet Yayınevi.



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİNİN KULLANIMI ÜZERİNE BİR ANALİZ

*An Analysis on the Application of the Rule of Law Principle in the
Jurisprudence of the European Court of Human Rights*

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA*

ÖZET

Hukuk yorumlayıcı bir araçtır. Çokça belirtilen bu görüş aynı zamanda hukukun somutlaştırılmasına ve yaşam pratiğine aktarılmasına duyulan ihtiyacı anlatır. Bu bağlamda temel bir hukuk prensibi olan hukukun üstünlüğü de uygulamaya aktarılmayı talep eder. Ne var ki hukukun üstünlüğü gibi bir ilkeler manzumesini somutlaştırmak zordur. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu tür bir işlevi üstlenmesi dikkate değerdir. Mahkeme, içtihadında hukukun üstünlüğünü belirli bir bağlama oturtmaktadır. İnsan hakları ve demokratik ilkelerle bağdaştırılan ve uyumu sağlanan hukukun üstünlüğü, gelinen aşamada Sözleşmesel hakların bütününe nüfuz etmekte ve Mahkeme içtihadının ayrılmaz bir parçası olmaktadır. Böyle olmakla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hukukun üstünlüğünün bünyesinde mündemiç ilkeleri bir yandan bir araç bir yandan da bir denetim aracı olarak kullanılmaktadır. İşte bu çalışmada biz, hukukun üstünlüğü ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kullanılma tarzını incelemekteyiz. Bu doğrultuda hukukun üstünlüğü ilkesinin Mahkemenin içtihat mimarisindeki kapsam alanını

* Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, drsemihbatur@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5888-1750

ve üstlendiği işlevi ortaya çıkarmaya gayret edeceğiz. Nihai olarak çalışmada geliştirmek istediğimiz sav; hukukun üstünlüğünün daha çok berraklaştırılmasının gerekliliğini vurgulamak ve ilkenin Mahkeme içtihadında daha geniş ve yaygın ölçüde kullanılmasını belirtmek şeklinde ilerlemektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukukun üstünlüğü, demokrasi, insan hakları, yorum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

ABSTRACT

Law constitutes an interpretive tool. This widely held view is also an expression of the need for the concretisation of law and its translation into the practice of life. In this context, the rule of law, a fundamental legal principle, also requires practical implementation. However, it is challenging to define a set of principles such as the rule of law in concrete terms. Therefore, it is noteworthy that the European Court of Human Rights undertakes such a function. In its jurisprudence, the Court places the rule of law within a particular context. The rule of law, which is reconciled and harmonised with human rights and democratic principles, permeates the entirety of Convention rights at this stage and becomes an integral part of the Court's jurisprudence. In this way, the European Court of Human Rights employs the principles inherent in the rule of law as both an eliminator and a means of control. This study examines the application of the rule of law by the European Court of Human Rights. In this regard, our objective is to elucidate the scope and function of the rule of law pertaining to the jurisprudential architecture of the Court. Ultimately, the argument we seek to develop in the study is to emphasise the need for further clarification of the rule of law and stating the more extensive and far-reaching application of the principle in the Court's jurisprudence.

Keywords: Rule of Law, democracy, human rights, interpretation, European Court of Human Rights.

GİRİŞ

Hukukun üstünlüğü tartışmasız değildir ve her zaman tutarlı bir şekilde de uygulanmamaktadır. Gerçekten de hukukun üstünlüğü bağlamında hukukun uygulanma kabiliyetinin genişletilmesi, örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM-Mahkeme) uygulamasında, pek çok sorunu açık bırakmaktadır; üstelik yalnızca teknik veya prosedürle ilgili değil temel sorunlar da buna dâhildir. Ancak bu, genel olarak hukukun üstünlüğü kavramıyla ulaşılmak isteneni küçültmez. İşte “Strazburg'da” gerçekleştirilen ve çözümleri aranan sorunlara yönelik yürütülen içtihat mimarisi bu açıdan okunmalıdır. Ancak böyle olmakla birlikte hukuk doktrininin kalitesi, incelenen yasanın kalite standartlarını karşılayıp karşılamadığının belirlenmesine yardımcı olabilir. Gerçi Mahkeme, ulusal yasa koyucuların arasından seçim yapmak zorunda olduğu hukukun kalitesine dair seçeneklerden hangisinin en iyi olduğunu söylememektedir. Esasen hukuki formüle tabi tutulan tüm alanlar için geçerli olan bu husus için yargısal tespitlerin gerçekleştirilmesi zorunluluk arz etmektedir.

Kanaatimizce hukukun kalitesi, Strazburg'da hukukun üstünlüğü doktrini çerçevesinde geliştirilmeye ve genişletilmeye çalışılmaktadır. Üstelik AİHM'in elinde kısıtlı imkânlar bulunmaktadır zira ulusal düzeydeki muadilleri, yerleşik hukuk düzleminde en iyisinin ne olabileceğini belirli bir tarihi, kültürel, siyasi ve hukuki mirasa ve kendi anayasal birikimlerine dayandırarak önerebildikleri için daha fazlasını yapabilirler. Ne var ki bunların ortaya koydukları çıktılarının ve önerilerinin, faydalarını aşacak olumsuz yan etkiler olmaksızın ulus üstü düzleme nakledilmesi her zaman mümkün olmayabilmektedir. Dolayısıyla yorumlayıcı araçlar olarak Strazburg içtihat doktrinleri ve somutlaştırılan ilkeler, genel rehberlik sağlayabilme kabiliyetini haizdir.

Son olarak ve bazı tutarsızlıklara rağmen hukukun üstünlüğü standartları, AİHM içtihadı aracılığıyla sadece net-

leşmekle kalmamış, aynı zamanda güçlendirilmiştir. Böyle olmakla, Avrupa'nın insan hakları yolculuğu genel itibarıyla olumlu bir gelişim göstermiştir. Fakat hemen belirtelim ki bu standartların zayıflatılması da söz konusudur. Özellikle bazı üye devletlerin mahkeme kararlarının icrasına -bazen kasıtlı ve açık bir şekilde- direnmeleri dikkate alındığında, böylesi bir eğilimin varlığı inkâr edilemez. Ancak tüm bunlara rağmen AİHM'in hukukun üstünlüğü çerçevesinde geliştirdiği ve gerçekleştirdiği insan hakları ve demokrasi standardının seviyesi düşük görülemez.

İşte çalışmamız, bu seviyenin geldiği noktaya ilişkin bir analizi konu edinmektedir. Bu doğrultuda öncelikle hukukun üstünlüğü Avrupa kamu düzenini teşkil eden bir ilke olarak sunulacaktır. Ardından ilkenin, yasallık kavramı üzerinden Mahkemenin içtihadındaki uygulanma tarzı ele alınacaktır. Nihayet Mahkeme içtihadında demokrasinin de hukukun üstünlüğü ilkesi ile çerçeveslendiği ortaya konulacaktır. Tüm bu çabadan gayemiz, gerek Mahkeme içtihadında gerek Mahkeme içtihadı üzerinden ulusal yargı mercii evreninde hukukun üstünlüğü ilkesinin yansımasına ne şekilde yol açıldığını ve ilkenin artan önemini ortaya koymaktır.

I. AVRUPA KAMU DÜZENİNİN TEMEL BİLEŞENİ OLARAK HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (AİHS-Sözleşme) ve buna bağlı olarak büyüyen ve çeşitlenen içtihadın Avrupa'nın hukuki ve siyasi manzarasını dönüştürdüğünü ve Mahkemeyi dünyanın en etkili uluslararası insan hakları mahkemesi olarak nitelendirdiğini söylemek abartı olmayacaktır¹. Bunda AİHS sisteminin hukukun üstünlüğü temelli olmasının² büyük bir rolü vardır. Hukukun

1 Helfer, L. R. (2008). "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", *The European Journal of International Law*, C. 19., S. 1., s. 126.

2 Kanaatimizce ve Waldron'un belirttiği üzere hukukun üstünlüğü, daha geniş bir sosyal-politik kompleksin yalnızca bir yönüdür ve önemli olan

kavramın tek başına herhangi bir parça olmamasıdır. Kanaatimizce hukukun üstünlüğü, liberal siyasi ahlaka hâkim olan bir değerler dizisi içindeki ideallerden biridir. Diğerleri arasında ise demokrasi, insan hakları, sosyal adalet ve ekonomik özgürlük yer alır. Bu değerlerin çoğulluğu, sosyal ve politik sistemlerin değerlendirilebileceği birden fazla yol olduğunu göstermektedir. Hukukun üstünlüğünün en önemli talebi, yetkili makamlardaki kişilerin güçlerini keyfi, *ad hoc* veya tamamen takdire dayalı bir şekilde değil, yerleşik kamu normlarının kısıtlayıcı bir çerçevesi içinde kullanmalarıdır. Hükümetin yaptığı her şeyde bir hukuk çerçevesi içinde çalışması gerektiğinde ve iktidardakiler tarafından yetkisiz bir eylemde bulunulduğuna dair bir öneri olduğunda hukuk aracılığıyla hesap vermesi gerektiğinde ısrar eder. Waldron, J. (2020). "The Rule of Law", <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/> (Erişim Tarihi: 26/5/2023). Görüldüğü gibi hukukun üstünlüğü çok yönlü bir idealdir. Bununla birlikte, bu idealin çoğu kavramı, otorite konumundaki insanların güçlerini kendi tercihleri, kendi ideolojileri veya kendi bireysel görüşleri temelinde değil, kamusal normların kısıtlayıcı bir çerçevesi içinde kullanmaları gerekliliğine merkezi bir yer verir. Bununla birlikte belirli kişisel hakların ve mülkiyet haklarının korunması için yasaya güvenilebileceğini bilmek, her vatandaşın diğer insanlarla ve devletle etkili bir şekilde ilgilenmesini sağlar. Bu itibarla, yöneticilerin uyguladıkları normların vatandaşa açıklanan normlara uymaması veya kanunlarda belirtilen normlar yerine yöneticilerin kendi takdirlerine göre hareket etmeleri hukukun üstünlüğünü ihlal etmektedir. Waldron, J. (2008). "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, C. 43., S. 1., s. 6. Alman *Rechtsstaat*'ın (hukuk devleti) kökeni, modern anayasal devletin mutlak devletin yerine geçerek tasarlanmaya başladığı ve örgütlenmede radikal bir değişikliğe yol açtığı on sekizinci yüzyılın Amerikan ve Fransız Devrimleri tarafından üretilen temel fikir ve ilkelere dayanmaktadır. Çağdaş modern anayasal devletten hukuka tabi bir devlet olarak bahsedildiğinde bununla birlikte "yasallık ilkesi" ya da "hukukun üstünlüğü"nü eş zamanlı olarak anılmasından çok daha fazlasını ima eden kapsayıcı bir kavramdır. Şu halde hukukun üstünlüğü birincisi; en yüksek norm olarak, devlet organları ona ve genel olarak yasallık ilkesine tabi olan bir anayasa; ikincisi, halk tarafından egemen olarak seçilen temsili demokratik bir hükümet sistemi; üçüncüsü, anayasada yer alan vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin, devletin tüm organlarının uygulaması ve güvence altına alması gereken beyanı; dördüncü olarak, kamu özgürlüğünün kamu özgürlüklerinin bir garantisi olarak kontrol edildiği, dağıtımı, ayrılması veya bölünmesi yoluyla devlet gücünün sınırlandırıldığı bir sistem; ve beşinci olarak, devletin anayasaya uygunluğunun ve yasallığının adli veya yargı denetimine ilişkin bir sistem, özerk ve bağımsız mahkemelerde görev yapması anlaşılmalıdır. Brewer-Carias, A. R. (2023). "Principles of the Rule of Law: Historical Backgrounds", s. 1-2, <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/01/Brewer-Catrias.-Principles-of-the-Rule-of-Law.-Historical-Approach-January-2023.pdf> (Erişim Tarihi: 4/9/2023). Bu çalışmada biz, AIHM'nin özel olarak hukukun üstünlüğü kavramını kullandığını ve fakat genel olarak Mahkeme içtihadı dikkate alındığında daha geniş olarak hukuk devletini gerçekleştirmek istediğini vurgulamak

üstünlüğü, Avrupa Konseyinin yasal alanı içinde insan haklarının korunması sisteminde anayasal bir ilkedir³. AİHS'in tarihi boyunca hukukun üstünlüğü, AİHM'in içtihatlarının gelişimine yön veren yol gösterici olmuştur⁴. Son yıllarda, özellikle yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili davalarda, Mahkeme içtihatlarında hukukun üstünlüğünün normatif etkisi artmaktadır. Bununla birlikte yargı bağımsızlığı, şu anda Mahkemenin içtihatlarına nüfuz eden hukukun üstünlüğünün daha sağlam bir şekilde uygulanmasına yönelik daha geniş bir gelişmenin öne çıkan tezahürlerinden yalnızca biridir. Sözleşme kapsamında hukukun üstünlüğü ilkesini so-

isteriz. Çünkü aşağıda da gösterileceği üzere Mahkeme, yalnızca şekli anlamda değil maddi anlamda da ulusal hukukun kalitesini aramaktadır. Maddi hukuk devleti biçimsel olarak yasanın varlığının yanında (yani hukukun üstünlüğünün yanında) insan onurunu temel alan bir "hak eksenli" hukuk gerektirmektedir. Mahkeme içtihadında her ne kadar hukukun üstünlüğü ilkesini kullansa da esasen hukukun kalitesini de araştırmak suretiyle her iki anlama da işaret etmektedir. Daha açık bir şekilde söylemek gerekirse Mahkeme, hukukun üstünlüğünü yalnızca öngörülebilirlik, genellik, açıklık gibi şekli anlamlarda kullanmamakta, bununla birlikte keyfiliğin gerçek anlamda olmadığı ve "adalet" in de sağlandığı bir kalite aramaktadır. Ayrıca bkz. Arslan, Z. (2019). "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *HFSA*, C. 6., s. 47.

- 3 Tom Bingham'a göre hukukun üstünlüğü aşağıdaki ön koşulları ("içerikler") karşılamalıdır:
- Hukuk (hâkim tarafından oluşturulan hukuk dâhil) erişilebilir, öngörülebilir ve mümkün olduğu ölçüde anlaşılır ve açık olmalıdır;
 - Takdir yetkisinin, haklarla ilgili sorunların takdir yetkisinin kullanılmasıyla değil, hukukun uygulanmasıyla çözülmesi gerektiği anlamında sınırlı olması gerekir;
 - Kişilerin kanun önünde eşit olması gerekir ve farklılaştırılmış yasal düzenlemelere yalnızca nesnel farklılıkların gerektirmesi durumunda izin verilir;
 - Kamu görevlileri yetkilerini iyi niyetle, adil bir şekilde, yalnızca bu yetkilerin verildiği amaç doğrultusunda, sınırlarını aşmadan ve makul olan bir şekilde kullanmalıdır;
 - İnsan haklarına saygı gösterilmelidir;
 - Adil yargılama garanti edilmelidir;
 - Uluslararası hukuka uygunluk sağlanmalıdır.
- Bkz. Bingham, T. (2010). *The Rule of Law*, London: Penguin Books.
- 4 Hukukun üstünlüğü ilkesi AİHS sisteminin bütününe nüfuz eden bir ilkedir. Karşılaştırınız Van Drooghenbroeck, S. ve Rizcallah, C. (2019). "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?", *German Law Journal*, C. 20., S. 6., s. 904.

mut ve etkili bir şekilde ifade etmek, Strazburg Mahkemesi'nin önemli bir işlevidir ve böyle olmaya devam etmektedir⁵.

Bu nedenle burada önem arz eden, Sözleşme kapsamında ki hukukun üstünlüğü ilkesi olsa da bunun demokrasinin diğer temel ilkeleri ve insan haklarının korunması ile karşılıklı bağımlılığının elbette ki Sözleşme için büyük önem taşıdığını hemen açıklığa kavuşturmak mühimdir⁶. Ancak 1975 tarihli *Golder v. Birleşik Krallık* kararında,⁷ Strazburg Mahkemesi, Sözleşme kapsamında hukukun üstünlüğünün "Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak manevi mirasının özelliklerinden biri" olduğunu açıkça ortaya koymuştur⁸. Görüldüğü gibi Sözleşme, temelde hukukun üstünlüğünden ilham almaktadır⁹.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (İHEB) yer alan, insan haklarının hukukun üstünlüğü tarafından korunması gerektiğine dair beyanları çerçevesinde insanın zalim veya baskıcı yönetime karşı isyan etmesini önleme amacı arasındaki doğrudan ilişkinin bir benzerini ortaya koymak önem taşımaktadır¹⁰. Burada olan, Sözleşme sistemi-

5 Bkz. Spano, R. (2021). "The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary", *Eur. Law Journal*, C. 27., S. 1-3., s. 2.

6 *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No. 2), B. No: 14305/17, 22/12/2020, § 382.

7 Ayrıca bkz. Sicilianos, L. A. (2020). "The Rule of Law and the European Court of Human Rights: The Independence of the Judiciary", *Montenegrin Academy of Sciences and Arts*, s. 2, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20200228_Sicilianos_Montenegro_ENG (Erişim Tarihi: 26/5/2023)

8 *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975, § 34.

9 "Mahkeme ayrıca, her halükarda adil yargılanmanın gereklerinin yerine getirilmesi için sanığın ve aslında kamuoyunun verilen kararı anlayabilmesi gerektiğini yineler; bu, keyfiliğe karşı hayati bir korumadır. Mahkemenin sıklıkla belirttiği gibi, hukukun üstünlüğü ve keyfi yetkiden kaçınma, Sözleşmenin temelini oluşturan ilkelerdir. Yargı alanında, bu ilkeler, demokratik bir toplumun temellerinden biri olan nesnel ve şeffaf bir adalet sistemine halkın güvenini artırmaya hizmet eder." *Ramda/Fransa*, B. No: 78477/11, 19/12/2017, § 60.

10 Buradaki evrensel haklar konseptini AİHS bölgesel bağlamda sağlamak iddiasındadır. Evrensel bildirge için bkz. Constantinides, A. (2008). "Questioning the Universal Relevance of the Universal Declaration", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, C. 62., S. 63., s. 49-63.

ne içkin olanla aynı hukukun üstünlüğü anlayışıdır¹¹. Hukukun üstünlüğüne göre yönetim, Avrupa Konseyi üye devletindeki herhangi bir yetkili yapının Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için temel bir öncüdür. Hukukun üstünlüğünü göz ardı eden bir hükümet, doğal olarak Sözleşmeye sürekli bağlılık göstermez¹². Doğrudan İHEB'den kaynaklandığı üzere tiranlık, hukukun üstünlüğünün antitezidir; halklarına yönelik baskı, hukukun üstünlüğünün iktidardakiler tarafından terk edildiği bir toplumun dışsal tezahürüdür¹³.

İnsanın düşünce bağımsızlığını gerçekçi bir şekilde koruyabilmesi ve besleyebilmesi, hayatını istediği gibi yönetebilmesi, insan varoluşunun temel unsurları olan mutluluk, başarı ve iç huzuru için çaba gösterebilmesi, o kişinin yaşadığı toplumun sadece hayali değil gerçekte de kanunla yönetilmesi kavramsal olarak çok büyük önem taşımaktadır. Spano'nun belirttiği üzere¹⁴ kanun şeffaf, istikrarlı, öngörülebilir olmalı; bağımsız ve tarafsız uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına izin vermelidir. Dahası, hukuk sadece halka değil aynı zamanda ve daha da önemlisi, herhangi bir anda gücün dizginlerini elinde tutanlara da uygulanmalıdır. Hiç kimse kanunların üzerinde değildir.

Ayrıca Avrupa siyasi manzarasındaki gelişmeler nedeniyle hukukun üstünlüğünün Batılı liberal demokrasilerle sınırlı bir hukuk ilkesi olmadığının altını çizmek önemlidir. Tam tersine, sınırları, gelenekleri ve kültürleri aşan bir norm ve te-

11 Raz, J. (2019). "The Law's Own Virtue", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 39., S. 1., s. 10.

12 Yine bu doğrultuda Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca Mahkemenin nihai kararlarının bağlayıcı olduğunu söyleyelim. Kılınç, B. (2016). "The Issue of Binding Value of Precedent Cases in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., s. 672.

13 Bkz. Spano, R. (2018). "The Future of the European Court of Human Rights: Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, C. 18., S. 3., s. 17.

14 Spano, R. (2021). s. 3.

mel bir idealdir¹⁵. Hukukun üstünlüğü, yasal olarak bağlayıcı normlarla düzenlenen, toplumsal insan yaşamının gerçekten demokratik herhangi bir sisteminin temel bir özelliğini oluşturur¹⁶. Nitekim Strazburg Mahkemesi de tutarlı bir şekilde hukukun üstünlüğü ilkesinin “Sözleşme’nin tüm maddelerinin doğasında var” olduğuna hükmetmiştir¹⁷.

Dolayısıyla ilkenin Sözleşme kapsamındaki normatif statüsünü incelerken bu doktrinel başlangıç noktasının doğasını ve kapsamını analiz etmek önemlidir¹⁸.

a. Birincisi, Mahkeme, ilkenin Sözleşme’nin tüm maddelerinin “içsel” olduğunu belirttiğinde Sözleşme sisteminin etkinliğinin, yararlılığının ve temellerinin hukukun üstünlüğüne saygıya dayandığını açıkça hatırlatır. Hukukun üstünlüğü, Sözleşme’nin Giriş Bölümü’nde açıkça belirtilen ilke olan sistemin dokusuna gömülüdür. İnsanoğlunun rasyonel özerkliğine gereken saygıyı gösteren ve hükûmet gücünün keyfi kullanımını engelleyen bir yasalar çerçevesi sağlayan Sözleşme kapsamındaki bir dizi yasal kural ve standardı içerir. Ayrıca Mahkemenin hukukun üstünlüğünün Sözleşme’nin tüm maddelerinde “içsel” olduğu yönündeki tespiti, ilkenin herhangi bir savunulabilir Sözleşme şikâyetinin incelenmesinde metodolojik bir hareket noktası sağlarken aynı zamanda bir referans çerçevesi oluşturduğu anlamına gelir. Mahkeme, Sözleşme tarafından sağlanan hak ve özgürlükleri yorumladığında ve uyguladığında bunu göz önüne alır. Bu nedenle

15 Ayrıca bkz. Ökçesiz, H. (2019). “Hukukun üstünlüğü Olgusu”, <https://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA3-O%CC%88kc%CC%A7esiz.pdf> (Erişim Tarihi: 4/9/2023)

16 Raz, J. (2019). s. 2-3; Spano, R. (2021). s. 4.

17 “Mahkeme, 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ilk ve en önemli şartının, bir kamu makamının mülkiyetin barışçıl kullanımına yönelik herhangi bir müdahalenin hukuka uygun olması gerektiğini hatırlatır. Birinci paragrafın ikinci cümlesi, yalnızca ‘yasanın öngördüğü koşullara tabidir’. İkinci paragraf, Devletlerin ‘yasaları’ uygulayarak mülkiyetin kullanımını kontrol etme hakkına sahip olduğunu kabul eder. Ayrıca, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü, Sözleşmenin tüm maddelerinde yer almaktadır.” *Lekic’/ Slovenya* [BD], B. No: 36480/07, 11/12/2018, § 94.

18 Spano, R. (2021). s. 5-7.

Mahkeme olası yorum seçeneklerine ilişkin analizinde, söz konusu Sözleşme hükmüne dair en işlevsel olacak şekilde hukukun üstünlüğünü ortaya çıkarmaya çalışacak ve gerekirse bireysel haklar arasında gerekli herhangi bir dengeleme uygulamasında bir çözüm geliştirecektir. Avrupa kamu düzeninin temel bir bileşeni olarak hukukun üstünlüğünü canlandıran temel ideal bu şekilde somutlaştırılacaktır.

b. İkincisi olarak Sözleşme kapsamında hukukun üstünlüğünün üç boyutlu normatif gücüne değinilmelidir. Bazı durumlarda, kendisini esasen bir hukuk ilkesi olarak gösterir, burada bu husus organik boyut olarak adlandırılabilir. Bu sayede hukukun üstünlüğü, kapsayıcı bir ilke olarak, Sözleşme sisteminin uyumunu ve birbirine bağlılığını ortaya koyar. Diğer durumlarda hukukun üstünlüğü, hukukun üstünlüğünün işlevsel boyutu olarak adlandırılacak olan belirli bir işlevsel ögesini kapsayan oldukça sabit bir içeriğe sahip bir kuraldan oluşur. Son olarak hukukun üstünlüğü, hem yasal bir ilke olarak hem de sabit içerikli bir kural olarak normatif gücünü aynı anda sergileyerek melez boyutunda ortaya çıkabilir. Bu, özellikle Sözleşme'nin 6/1 maddesi uyarınca yargının bağımsızlığı için geçerlidir. Hukukun üstünlüğü, organik boyutunda bir hukuk ilkesi olarak, taraf devletlerin Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükleri keyfî olarak veya söz konusu hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde kısıtlamalarını engelleyen bir "*optimizasyon şartı*" olarak işler. Hukukun üstünlüğüne saygı duyulduğunda bu şekilde, bireysel haklar ile kamu yararı arasındaki gerilimin doğasında var olan çelişen değerleri yeterince dengeleyen hükümet gücünün rasyonel ve makul kullanımını güvence altına alır. Bunu hem maddi hem de usuli anlamda yapar. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü, Sözleşme haklarını kısıtlamak için dayandırılan iç yasal dayanağın içeriği, kalitesi ve zamansal uygulamasına ilişkin katı maddi gereklilikler getirir. Usule ilişkin olarak hukukun üstünlüğü, uyuşmazlıklar ortaya çıktığında hukukun içeriğinin nihai olarak belirlenmesinin iktidardakiler tarafından değil bağımsız ve tarafsız yargıçlar tarafından yapılmasını ge-

rektir. Özetle bir hukuk ilkesi olarak hukukun üstünlüğü, organik bir değerler çerçevesi oluşturur.

Sözleşme kapsamında hukukun üstünlüğünün normatif statüsünü analiz ederken son olarak, Mahkeme tarafından uygulandığı şekliyle bu ilkenin biçimsel (yani şekli anlamda hukuk devleti) bir kavram olup olmadığı ve özü itibarıyla insan hakları korumalarını kapsayıp kapsamadığı (yani maddi anlamda hukuk devleti) sorgulanmalıdır¹⁹. Başlangıç olarak Strazburg Mahkemesinin, kararlarında hukukun üstünlüğüne nasıl atıfta bulunduğunu gözlemlemek ilginçtir. Mahkeme, örneğin serbest seçimlere ilişkin 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi bağlamında, hukukun üstünlüğünün “etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinden” biri olduğuna karar vermiştir²⁰. Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesi olan dinini açıklama hakkı kapsamında “**laiklik ilkesi**”nin “*hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve demokrasiye saygıya uygun*” olduğunu ifade etmiştir²¹. Ayrıca hukukun üstünlüğü, demokrasi ve ifade özgürlüğü arasında doğrudan bir bağlantı tespit eden 10. madde bağlamında Mahkeme “*Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene meydan okuyan ve gerçekleştirilmesi savunulan siyasi düşüncelerin barışçıl yollarla uygun bir ifade fırsatı sağlanmalıdır*” demektedir²². Ayrıca Mahkeme, misilleme amaçlı kovuşturmaların ve ceza hukukunun kötüye kullanılmasının “*hukukun üstünlüğüne karşı gelme*” teşkil eden eylemler olduğunu açıkça belirtmiştir²³.

Görüldüğü üzere Strazburg Mahkemesinin kapsamlı olan bu yargısal içtihadı, Sözleşme sistemi kapsamında hukukun

19 Şekli ve maddi hukukun üstünlüğü için bkz. Kulaksızoğlu Mercan N. (2022). Çağdaş Hukuk Düşüncesinde Maddi-Şekli Hukukun üstünlüğü Ayrımı, içinde Şahbaz, İ., Kuru, G. ve Yetimoğlu, M. E. (Ed.), *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu* (ss. 110-118). İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları.

20 *Uspakich/Litvanya*, B. No: 14737/08, 20/12/2016, § 87.

21 *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 41340/98, 13/2/2003, § 93.

22 *Döner ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 29994/02, 7/3/2017, § 107.

23 *Spano, R.* (2021). s. 5-7. *Aliyev/Azərbaycan*, B. No: 68762/14 ve 71200/14, 20/9/2018, § 223.

üstünlüğünün salt biçimsel olarak anlaşılmadığını ifade etmektedir. Gerçekten de Sözleşmesel anlamda hukukun üstünlüğünün haklara dayalı olan versiyonlarla biçimsel olanın yanında tamamen maddi bir kavram olarak anlaşıldığını göstermektedir. Netice olarak Sözleşmesel anlamda hukukun üstünlüğü; temel insan haklarının yeterli şekilde korunmasını sağlaması yönündeki pozitif yükümlülüğü²⁴ ve hukukun üstünlüğünün devletin hem uluslararası hem de ulusal yasalardaki yükümlülüklerine uymasını gerektirdiği gibi daha somut bir görüşü kapsamaktadır.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ: YASALLIK İLKESİ ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

A. YASALLIK İLKESİNİN KULLANILMA TARZI

İçtihadta AİHM tarafından yapılan yasallık incelemesinin en yaygın bağlamı, Mahkemenin belirli Sözleşme haklarına müdahalelerle ilgilendiği davalardır. Bu haklar, 2. maddenin yanında, özellikle Sözleşme'nin 5. ve 7. maddeleri ile sınırlama hükümleri içeren maddelerle korunan haklardır²⁵. Bu hükümlerin neredeyse tamamı yasallığa açık bir atıf içermektedir. AİHM, bu maddelerde düzenlenen haklara yönelik bir müdahaleye ilişkin davalarda, bu müdahalenin hukuka uygunluğunu açıkça inceler²⁶. Bu tür davalar bağlamında yasallığın gözden geçirilmesi, Mahkemenin yerleşik içtihat huku-

24 İnsan haklarının yalnızca müdahaleci bir devlete karşı bireysel özgürlüğü korumakla kalmayıp, aynı zamanda devletin olumlu eylemde bulunmasını da gerektirebileceği yaygın olarak kabul edilmektedir. AİHM, Üye Devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki haklardan kaynaklanan zımnî pozitif yükümlülüklerini giderek daha fazla kabul etmektedir. AİHM içtihadında pozitif yükümlülüklerin önemi giderek artmaktadır. Kelimenin tam anlamıyla tüm insan haklarının hem negatif hem de pozitif görevleri içerdiğine dair kanıtlar yaygınlaşmaktadır. Bkz. Klatt, M. (2011). "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *ZaöRV*, C. 71., s. 692.

25 Örnek için bkz. Van Kempen, P. H. (2013). "Four Concepts of Security – A Human Rights Perspective", *Human Rights Law Review*, C. 13., S. 1., s. 11.

26 Bkz. Lautenbach, G. (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, s. 71 vd.

kunun bir parçasıdır. Bu aynı zamanda hem yasallığın mutlak mahiyetini hem de hakların korunma düzeyini²⁷ ortaya koymaktadır.

Sınırlama maddeleri, öncelikle bir Sözleşme hakkına müdahalenin hukuka uygun olmasını talep eder. Sözleşme'nin 5. ve 7. maddeleriyle ilgili olarak yasallık öncelikle özgürlükten yoksun bırakma veya cezanın dayandığı bir ulusal hukukun varlığını gerektirir. Bu şartın ötesinde, yasallık, bir Sözleşme hakkına müdahalenin dayanağına dair kalite gerekliliklerini zorunlu kılar. Böylece AİHM yasallık denetiminde dahi şekli hususların yanında maddi unsurları da kapsamına almaktadır. Nitekim AİHM şunu demektedir²⁸: *"Tutuklamanın 'yasallığı' söz konusu olduğunda, Sözleşme esas olarak ulusal hukuka atıfta bulunur ve ulusal hukukun maddi ve usul kurallarına uyma yükümlülüğünü ortaya koyar. Bu, öncelikle herhangi bir tutuklamanın iç hukukta yasal bir dayanağı olmasını gerektirir, ancak aynı zamanda Sözleşme'nin tüm maddelerinde yer alan bir kavram olan hukukun üstünlüğü ile uyumlu olmasını gerektiren hukukun kalitesiyle de ilgilidir. Ek olarak, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma, 5. maddenin amacına, yani bireyi keyfiliğe karşı korumaya uygun olmalıdır."* Kanunun kalitesi ise şu hususları içermelidir:²⁹ *"İlk olarak, yasa yeterince erişilebilir olmalıdır; vatandaş, belirli bir davaya uygulanan yasal kuralların koşullarında yeterli bir göstergeye sahip olmalıdır. İkinci olarak, bir norm, yurttaşın kendi davranışını düzenlemesini sağlayacak yeterli kesinlikle formüle edilmediği sürece 'yasa' olarak kabul edilemez. Şu halde yurttaşın-gerekirse uygun bir tavsiyeyle- makul bir dereceye kadar öngörüde bulunabilmesi gerekir."* Sonuç olarak Mahkeme, önce bir ulusal kanunun var olup olmadığını tespit eder, ardından kanunun kalitesini inceler. Diğer bir deyişle AİHM, Sözleşme haklarına yönelik müdahalelerin yasallığını incelerken öncelikle ulusal

27 Ayrıca bkz. Binder, C. (2018). "Liberty Versus Security? A Human Rights Perspective in times of Terrorism", *Anuario Español de Derecho Internacional*, C. 34., s. 579.

28 *Stafford/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 46295/99, 28/5/2002, § 63.

29 *Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, § 66.

kanunlara ve usullere uygunluğu değerlendirmelidir. Ardından iç hukukun Sözleşme kalite standardına uygun olup olmadığını denetler.

Yasallık, 5. maddeye ilişkin içtihadta yer alan üç ana kaygıdan biridir. Sözleşme'nin 5. maddesi, 2., 3. ve 4. maddeleriyle birlikte kişinin fiziki güvenliğini koruyan temel haklar arasında ilk sırada yer almaktadır. Temel amacı, keyfi veya haksız yere özgürlükten yoksun bırakmaları önlemektir. Mahkemenin içtihatlarında işleyen özellikle üç unsur tespit edilebilir³⁰: kesin bir şekilde yorumlanması gereken ve diğer hükümler kapsamında geniş bir gerekçelendirme yelpazesine izin vermeyen istisnaların kapsamlı doğası; hukukun üstünlüğüne titizlikle bağlı kalmayı gerektiren, usul ve esas bakımından tutuklamanın hukuka uygunluğunun tekrar tekrar vurgulanması ve gerekli adli kontrollerin çabukluğunun önemi.

Sözleşme, 5. maddesi 1. fıkrası bağlamında yasallık, keyfiliği önlemenin yanı sıra yasal kesinliği sağlamayı amaçlar. Gerçekten de hukuki kesinliğin çeşitli tezahürleri ve var oluş biçimleri vardır. Bu bakımdan hukuki belirlilik ilkesinin içeriğinin iki ana grup gereklilikten oluştuğuna dikkat çekilebilir: düzenleme gereklilikleri ve bunların uygulanmasına yönelik gereklilikler (yürütme gereklilikleri). Burada AİHM ekseninde özellikle ikincisinin unsurlarına değinmekte fayda bulunmaktadır³¹.

- a. Düzenlemelere uyulmalıdır.
- b. Düzenleme içeriklerini netleştirmeye (somutlaştırmaya) yönelik bir uygulama olmalıdır.
- c. Yasanın tek tip uygulanmasına yönelik bir uygulama bulunmalıdır.
- d. Mahkeme kararları nihai, bağlayıcı ve uygulanabilir olmalıdır.

30 Bkz. *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 3/10/2006, § 30.

31 Bkz. Horodovenko, V., Shandula, A. ve Dmytriyeva, M. (2022). "Legal Certainty in Law Enforcement through the Prism of ECtHR Decisions", *Amazonia Investiga*, C. 11., S. 59., s. 47.

Nitekim Mahkeme, bir kişinin belirli bir kanun hükmüne veya yargı kararına dayanmaksızın süresiz ve öngörülemeyen bir süreyle tutuklu kalmasının hukuki belirlilik ilkesine aykırı olduğu görüşündedir³². AİHM, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın 5. maddenin amacına yani bireyi keyfilikten korumaya uygun olması gerektiğini kaydetmiştir³³.

Sözleşme'nin 7. maddesi, ceza hukukunun sanığın aleyhine geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklamaktadır³⁴. Ayrıca yalnızca kanunun bir suçu tanımlayabileceği ve bir ceza öngörebileceği (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) şeklindeki daha genel ilkeyi de bünyesinde barındırır³⁵. Buna göre Mahkemenin 25 Mayıs 1993 tarihli *Kokkinakis v. Yunanistan* kararında belirttiği gibi 7. madde ceza kanununun sanığın aleyhine geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklamakla sınırlı değildir. Aynı zamanda, daha genel olarak bir suçu yalnızca yasanın tanımlayabileceği ve bir cezayı öngörebileceği (*nullumcrimn, nulla poena sine lege*) ilkesini ve ceza yasasının geniş ölçüde sanığın aleyhine yorumlanmaması gerektiği ilkesini de içermektedir. Burada bir suç ve ceza *nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesine göre belirlenir ve ceza yasasının,

32 *Assanidze/Gürcistan* [BD], B. No: 71503/01, 8/4/2004, § 175.

33 *Stafford/Birleşik Krallık* [BD], § 63.

34 Bu konuda bir çalışma için bkz. Endo, Guillaume (2002). "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege", *Revue quebecoise De Droit International*, C. 15., S. 1., s. 212 vd.

35 Yasanın hazırlanması sürecinde ve sonrasında uygulanmasında suç isnadının yasallığı ilkesi belirli şartların yerine getirilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla yasanın hazırlanması sürecinde, toplumsal gerçeklere bağlı olarak yasa koyucunun, zaman içinde işlenen belirli ağırlıktaki eylemleri, tekrarlanabileceği risk ve korku konusunu gündeme getiren, tehlikeye sokan veya tehdit eden fiilleri suç sayması zorunludur. Diğer bir şart ise ceza normunun, suçlayıcı metinde öngörülen yasak davranışın hangisi olduğunu herkesin anlayabileceği şekilde açık ve öngörülebilir şekilde detaylandırılmasıdır. Bu anlamda, bir fiilin işleme yollarının tümünün belirlenmesi mümkün olduğu ve aynı zamanda hukuki metin aşırı büyütülmeden mümkün olduğu sürece, suçun maddi unsuru, tüm yasaklanmış fiil ve/veya eylemsizliklerin sıralanmasını içerecektir. Bkz. Moise, A. E. (2020). "The 'Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege' Principle and Foreseeability of the Criminal Law in the Jurisprudence of European Court of Human Rights", *Law, Crime and Justice*, C. 3., S. 7., s. 240.

örneğin kıyas yoluyla sanığın aleyhine yorumlanmaması gerektiği ilkesi söz konusudur. Bu ilkelerden, bir suçun yasada açıkça tanımlanması gerektiği sonucu çıkar³⁶. Mahkeme, yukarıda bahsedilen kararında, kişinin ilgili hükmün lafzından ve gerekirse mahkemelerin bu hükmü yorumlamasının yardımıyla hangi fiil ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını bilmesi hâlinde bu şartın karşılandığını eklemiştir³⁷. Mahkeme böylece “*hukuk*”tan bahsederken Sözleşme’nin başka bir yerde bu terimi kullanırken atıfta bulunduğu kavramla aynı kavrama atıfta bulunduğunu, bu kavramın hem yazılı hem de yazılı olmayan hukuku içerdiğini ve niteliksel gerekleri, özellikle de erişilebilirlik ve öngörülebilirlik içerdiğini vurgulamaktadır³⁸.

Sınırlama maddeleri, bu maddeleri içeren belirli insan haklarına müdahalelere ne zaman izin verileceğini ve böylece Sözleşme haklarının sınırlarını belirler. 8, 9, 10 ve 11. maddeler ve 4 No.lu Protokol’ün 2. maddesi dâhil olmak üzere Sözleşme’nin birçok maddesi sınırlama hükümleri içerir. Ayrıca 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi; 8, 9, 10 ve 11. maddelerde yer alanlardan farklı bir şekilde ifade edilen bir sınırlama hükmü içermektedir ancak Mahkeme bu hükümle ilgili olarak aynı kriterleri kullanmaktadır. Bir sınırlama maddesi içeren Söz-

36 Daha geniş olarak bu ilke, hukukun kullanımını ve yasallığın tam anlamını tanımlayan dört ana ilkedен oluştuğu söylenebilir:

- a. Kanunun yazılması gerektiği ilkesi (nullum crimen sine lege scripta),
- b. Kıyas yasağı (nullum crimen sine lege stricta),
- c. Yasal düzenlemelerin belirlenmesi talebi (nullum crimen sine lege certa)
- d. Cezanın geriye dönük etkisinin yasaklanması (nullum crimen sine lege praevia).

37 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin yükümlülüklerine uymasını sağlamak amacıyla AİHS’in 19. maddesine dayanılarak kurulmuştur. Mahkeme, AİHS sistemindeki *nullum crimen nulla poena sine lege* ilkesinin önemli yerini sürekli olarak teyit etmiştir. Pek çok kararda da belirtildiği gibi, “keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve cezaya karşı etkili güvenceler sağlayacak şekilde amaç ve amacına uygun olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.” Bkz. Rychlewska, A. (2016). “The Nullum Crimen Sine Lege Principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantes”, *Polish Yearbook of International Law*, C. XXXVI., s. 165.

38 CR/Birleşik Krallık, B. No: 20190/92, 22/11/1995, § 33.

leşme haklarına müdahalelere yalnızca “yasal olmaları”, “meşru bir amacı” olması ve “demokratik bir toplumda gerekli” olmaları hâlinde izin verilir³⁹. Ayrıca 1. Protokol’ün 3. maddesinde olduğu gibi, bir Sözleşme maddesi metninin hangi amaçlara izin verildiğini belirlemediği durumlarda AİHM, devletin dayandığı amacın hukukun üstünlüğüne uygun olup olmadığını inceler. 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde sıralananlar gibi belirli bir “meşru amaçlar” listesiyle sınırlı olmadığı dikkate alındığında, Sözleşmeciler devletler, böyle bir listede yer almayan bir amaca dayanmakta özgürdür. Bu amacın hukukun üstünlüğü ilkesi ve Sözleşme’nin genel amaçları ile uyumluluğunun bir davanın özel koşullarında kanıtlanması koşuluyla bir kısıtlamayı haklı çıkarmak mümkündür. Bununla birlikte son çare olarak 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin gerekliliklerine uyulup uyulmadığını belirlemek Mahkemenin görevidir. Seçme ve seçilme hakkının tabi kılındığı koşulların söz konusu hakları, özlerini zedeleyecek ve etkinliklerini ortadan kaldıracak ölçüde kısıtlamadığından emin olmalıdır; yasallık gerekliliklerini karşılamalı, meşru bir amaç doğrultusunda dayatılmalı ve kullanılan araçların orantısız olmadığı sabit olmalıdır⁴⁰.

Görüldüğü üzere yasallık en çok sınırlama maddeleri ve 5. ile 7. maddelerle ilgili olarak gelişmiş olsa da Sözleşme’nin tüm maddeleri için merkezi bir öneme sahiptir. Lautenbach’ın belirttiği üzere yasallık, hem bir bütün olarak Sözleşme’nin temelini oluşturacak hem de tüm Sözleşme haklarından etkili bir şekilde yararlanılması için çok önemli olacak şekilde anlaşılmalıdır. İlk olarak, Sözleşme’nin sınırlama hükümleri içeren maddelerinin yanı sıra 5 ve 7. maddeler de yasallığa atıfta bulunur. Bir örnek olarak 6. maddenin bir mahkemenin “yasayla kurulması”nı gerektirdiği verilebilir. İkinci olarak ya-

39 Bkz. Trykhlid, K. (2020). “The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *ECLIC*, S. 4., s. 131.

40 *Sitaropoulos ve Giakounopoulos/Yunanistan* [BD], B. No: 42202/07, 15/3/2012, § 64.

sallık, bir Sözleşme hakkına müdahalenin haklı olup olmadığı sorusuyla bağlantılı olduğunda, yasallık AİHM'in baktığı ilk koşuldur. Keza burada yine orantılılık ilkesi de önem kazanmaktadır. Yine de eğer bir müdahale kanunilik gerekliliklerine uymuyorsa prensip olarak AİHM müdahalenin orantılı olup olmadığını incelemeyecektir. Üçüncüsü, iyi işleyen bir hukuk sistemi ve yeterince işleyen yasal kurumlar insan haklarının korunmasının temelini oluşturduğundan yasallık çok önemlidir. Sözleşme haklarının etkili bir şekilde korunması için yasallığın merkezîliği göz önüne alındığında Strazburg Mahkemesi, ilgili ulusal yasanın netlik veya erişilebilirlik açısından eksik olduğu tüm durumlarda, söz konusu yasanın geçerli olup olmadığı sorusundan bağımsız olarak, ulusal hukukun kalitesinin açıkça gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴¹.

Sonuç olarak AİHM, yasallığın kalite gerekliliklerini hukukun üstünlüğünden almıştır⁴². Dolayısıyla yasallık, yalnızca ulusal yasa ve prosedürlerin uygulanmasını değil aynı zamanda ulusal yasaların bir Sözleşme kalite standardına uygun olmasını da gerektirir. Yasallığın iç hukukun yeterli kaliteye sahip olmasını gerektirmesi yani kanunun hukukun üstünlüğü ile uyumlu olması gerektiği gerçeği, Mahkemenin kanunilik standardını hukukun üstünlüğünü⁴³ temel alarak geliştirdiğini göstermektedir. AİHM, “*yasaya uygunluk*” kavramını hukukun üstünlüğü doğrultusunda yorumlamış ve böylece hukukun kalitesini ölçen bir araç hâline getirmiştir. Mahkeme, kalite gerekliliklerini hukukun üstünlüğünden aldığından yasallığı hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak anlamaktadır.

41 Lautenbach, G. (2013). s. 75-76.

42 Ayrıca bkz. Venice Commission of the Council of Europe, The Rule of Law Checklist, 11-12 March 2016 Venice, s. 17 vd, https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf (Erişim Tarihi: 3/10/2023)

43 Doktrinde bu bağlamda kuramsal bir çalışma için bkz. Waldron, J. (2011). “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, *Nomos*, C. 50., s. 5 vd.

B. YASALLIK İLKESİNİN KULLANILMASINDA ULUSAL HUKUK

Yasallık, öncelikle bir Sözleşme hakkına müdahalenin dayandığı bir ulusal hukukun varlığını gerektirir. Dolayısıyla AİHM, böyle bir yasanın var olduğunu tespit ettikten sonra bu yasanın kalitesini değerlendirir.⁴⁴ Buna göre Mahkeme, ilgili yasal kuralların yeterli rehberlik sağladığına ve Sözleşme'nin gerektirdiği kesinlik derecesiyle formüle edildiğine kanaat getirmelidir. Nitekim Mahkemeye göre⁴⁵ “... her bir başvuranın tutuklanmasının İngiliz hukukuna uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini değerlendirirken, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamlara, özellikle mahkemelere düştüğünü hatırlatır. Ancak, iç hukuka uyulmaması 5 Ş 1 maddesinin ihlalini gerektirdiğinden, Mahkeme bu konuda belirli bir inceleme yetkisi kullanabilir ve kullanmalıdır.”

Görüldüğü gibi yasallık, hem ulusal bir yasanın varlığını hem de bu yasanın kalitesinin incelenmesini gerektirir. Bu nedenle Sözleşme bağlamında yasallığın hem ulusal hem de uluslararası bir boyutu vardır çünkü ulusal bir hukuk talep eder ve bu yasaya hukukun temel niteliklerine ilişkin bir Sözleşme nosyonu yükler. Yasallık, ulusal bir yasal standardı içeren uluslararası bir yasal standarttır.

Bu bakımdan yasallık, uluslararası hukuk otoritesinin özellikle evrensellik ilkesinden ortaya çıkan insan hakları anlayışının AİHM tarafından korunması doğrultusunda büyük önem taşımaktadır. Yasallık ilkesi, Avrupa devletlerinde insan haklarının korunmasını kesinlikle geliştirmiş ve üç nesil in-

44 Yasallık ilkesi esasen hukuk kurallarının aleni ve genel olmasını, anlam bakımından açık ve anlaşılabilirliğini, sürekli ve kesin olmasını, geriye yürüme yasağına bağlılığını ortaya koymaktadır. Ayrıca yasallık ilkesi, idarenin yasal ve yargısal denetimini, *due process* garantileri, bağımsız ve tarafsız yargı gibi kurumsal güvenceleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bkz. Çağlar, S. (2015). “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, içinde Göztepe, E. (Der.), *Hukuk Güvenliği* (ss. 25-138). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 28.

45 *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 67/1997/851/1058, 23/9/1998, §§ 55-57.

san haklarından kaynaklanan insan özgürlüğüne ve onuruna daha fazla saygı gösterilmesine katkıda bulunmuştur. AİHM yargılamasında devletlerin bireylerin haklarını güvence altına alma ve aynı zamanda bunlara saygı duyma yükümlülüğüne sahip olduğunu tanımlamaktadır. Böyle olmakla Mušić'in belirttiği üzere,⁴⁶ özellikle ceza hukuku ilkeleri, AİHM gibi ulusal üstü bir kurumda yargılamaların güvence altına alınması için bir kılavuz görevi gördüğünü söylemek gerekir.

Bu ikili boyuttan dolayı yasallık, özerk kavramlar doktrinine bağlı bir Sözleşme terimi olarak tanımlanabilir⁴⁷. Yasallığın her iki boyutu da hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak görülmelidir. AİHM içtihatlarında, hukukun üstünlüğüne, hukukun erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gerekliliklerine uyması gerektiği yönündeki bir talep olarak, esas olarak açıkça atıfta bulunmaktadır.

1. AİHM'in Ulusal Hukuka Maddi Yaklaşımı

AİHM iç hukukta bir dayanak olup olmadığını tespit ederken hukuka biçimsel anlamda değil, maddi anlamda bakmaktadır. Buradaki maddi terimi, hukukun kurumsal kökenine ilişkin katı biçimsel kriterlerin yokluğunu ifade eder. Buna göre AİHM; hukukun temeline bakarak hukukun belirli bir kaynağının olmasını, belirli bir otoriteden çıkmasını veya belirli bir uygulamaya sahip olmasını talep etmemektedir. Burada yerel makamların belirli bir norma yasal statü verip vermediği çok önemlidir.

AİHM bu bağlamda şunları demektedir:⁴⁸ *“Hukuk'tan bahsederken, 7. madde, Sözleşmenin bu terimi kullanırken başka bir yerde atıfta bulunduğu kavramın aynısına atıfta bulunur. Bu kavram, içtihat hukuku kadar kanuni hukuku da kapsar. Bu bağlamda*

46 Mušić, Safet (2017). The Principle of Legality According to the European Convention on Human Rights, içinde *Towards a Better Future: The Rule of Law, Democracy and Polycentric Development Conference* (ss. 1-12), Bitola. s. 10.

47 Lautenbach, G. (2013). s. 79.

48 *Kafkaris/Kıbrıs*, B. No: 21906/04, 12/2/2008, § 139.

Mahkeme, 'hukuk' terimini her zaman 'biçimsel' değil, aynı zamanda "maddi" anlamıyla da anlamıştır. Bu nedenle, hem kanunları, hem tüzüklerden daha düşük düzeydeki kuralları hem de yazılı olmayan hukuku da içermektedir. Özetle, 'kanun', yetkili mahkemele-
rin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hükümdür." Kıta hukuk sistemleri ile ilgili olarak Mahkeme, içtihatları da insan haklarına müdahaleler için yasal bir dayanak olarak kabul etmektedir⁴⁹.

Böylelikle AİHM tüm bu bağlamlarda salt şekli biçimiyle hukuku uygulamamakta, hukuka dair *legalitenin* (yasallık) yanında *legitimation* (meşruluk) sorunuyla da ilgilenmektedir. Elbette bu, kapsamlı bir hukukun üstünlüğü yaklaşımının Mahkeme tarafından dikkate alındığını ortaya koymaktadır. Nitekim bu bakımdan hukukun üstünlüğü ilkesine ilişkin bir atıf, Sözleşme'nin "Giriş" kısmında şu ifadeyi içermektedir: "Benzer düşüncelere sahip ve ortak bir siyasi gelenek mirasına sahip olan Avrupa ülkelerinin hükümetleri olarak yargısal sorunların çözüme kavuşturulması; ideallerin, özgürlüğün ve hukukun üstünlüğünün, İHEB'de belirtilen bazı hakların kolektif olarak hayata geçirilmesi için ilk adımların atılmasıdır.

49 "Hükümet ve Delege gibi, Mahkeme de öncelikle, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamlara, özellikle mahkemelere düştüğüne işaret eder. Bu nedenle, soruşturma hâkimleri tarafından verilen telefon dinlemenin Ceza Kanunu'nun 368. maddesine uygun olup olmadığı konusunda onların aksine bir görüş belirtmek Mahkemeye düşmez. Uzun yıllardır mahkemeler - ve özellikle Yargıtay - Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81, 151 ve 152. maddelerinin kıdemli bir polis memuru (polis yargı görevlisi) tarafından gerçekleştirilen telefon dinlemeye yasal bir dayanak oluşturduğunu kabul etmektedir. Bu türden yerleşik içtihat göz ardı edilemez. Sözleşmenin 8. maddesinin 2. paragrafı ve diğer benzer maddelerle ilgili olarak Mahkeme, 'hukuk' terimini her zaman 'biçimsel' değil, 'maddi' anlamıyla anlamıştır. Sunday Times, Dudgeon ve Chappell kararları kuşkusuz Birleşik Krallık'ı ilgilendiriyordu, ancak Hükümet'in haklı olarak işaret ettiği gibi, teamül hukuku ülkeleri ile Kıta ülkeleri arasındaki ayrımı abartmak yanlış olur. Kanuni hukuk, tabii ki, örf ve adet hukuku ülkelerinde de önemlidir. Tersine, Kıta Avrupası ülkelerinde içtihat geleneksel olarak önemli bir rol oynamıştır, öyle ki pozitif hukukun tüm dalları büyük ölçüde mahkeme kararlarının sonucudur. Mahkeme gerçekten de bu tür ülkelerdeki içtihatları birden fazla kez dikkate almıştır. Mahkeme, içtihadı görmezden gelseydi, Kıta Devletlerinin hukuk sistemini neredeyse, 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararının Birleşik Krallık hukuk sisteminin kökünden baltalayacaktı. Özetle, şikâyet edilen müdahalenin Fransız hukukunda yasal bir temeli bulunmaktadır." Kruslin/Fransa, B. No: 11801/85, 24/4/1990, § 29.

2. Ulusal Hukukun Kalitesi Meselesi

Yukarıda belirtilen eğilimlerin bir sonucu olarak, Mahkemenin bu konudaki mevcut konumu şu şekilde özetlenebilir: Kanunun yazılı veya yazılı olmayan şekline bakılmaksızın kanuna uygunluk için asıl gereklilik içsel netlik, öngörülebilirlik, kesinlik ve erişilebilirlik içeren hükmün yüksek kalitesidir.

Bu yönetime ilk atf, *Yargıç Morenilla'nın Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda* davasına ilişkin ortak görüşünde bulunabilir. Birkaç yıl sonra, aynı ilkelerin genel bir yeniden ifadesi ve daha iyi bir sistematikleştirme, *S.W*⁵⁰ ve *C.R. v. Birleşik Krallık*⁵¹ davasında verilmiştir. Burada Mahkeme, kendi içtihatlarına göre hukukun yazılı olanların yanında yazılı olmayanları da içerdiğini hatırlatmıştır. Mahkeme için önemli olan özellikle erişilebilirlik ve öngörülebilirlik olmak üzere niteliksel gerekliliklerin karşılanmasıdır. Bu husus da Mahkemenin yasaya karşı muhteviyat meselesini de dikkate aldığını göstermektedir.⁵²

Daha spesifik olarak, ulusal hukukun kesinlik düzeyiyle ilgili olarak, önce *Kokkinakis v. Yunanistan* ve ardından *Vogt v. Almanya* davalarında, Mahkeme, ulusal hukukta çok katı ayrıntıların imkânsızlığını mantıklı bir sonuç olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte kesinlik koşullara bağlı olarak makul olacak bir dereceye kadar değerlendirilmelidir. Benzer şekilde kanunun açıklığı ve öngörülebilirliği de mutlak değildir çünkü ilgili kişi, belirli koşullar altında makul olan bir dereceye kadar değerlendirmek için uygun hukuki tavsiye almak zorunda olsa bile, tatmin edilmiş sayılır. Elbette belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçlar, özellikle profesyonel bir faaliyet yürüten kişiler için farklı şekilde dikkate alınır. AİHM'in bu yaklaşımı hukukun üstünlüğünün unsurlarına da "olay te-

50 *S. W./Birleşik Krallık*, B. No: 20166/92, 22/11/1995, § 34.

51 *CR/Birleşik Krallık*, BŞ 32.

52 Bkz. Lupo, N. ve Piccirilli, G. (2012). "The European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of Law", *Legisprudence*, C. 6., S. 2., s. 237-238.

melli” yaklaştığına işaret etmektedir.

Görüldüğü gibi yargısal hükme bağlı emrin yalnızca parlamenten kökeninin kendi başına yeterli bir güvence oluşturduğu fikrinden vazgeçilmiştir⁵³. Daha düşük düzeydeki diğer önlemlerle daha esnek bir bütünleşme fikri ve buna paralel olarak kalitenin iyileştirilmesi lehine bir entegrasyon sağlanmıştır⁵⁴. Ancak yine de müdahaleyle tamamlanması gereken daha istikrarlı bir çerçeve oluşturmak için, kanun tasarılarındaki ayrıntı derecesinin sonuç olarak azaltılmasıyla birlikte, ilke odaklı bir mevzuatın geliştirilmesi makul görünmektedir. Bunu yaparak Parlamento, belirli bir konuda ilk yasa koyucu olma rolünü sürdürecektir; sonraki katkıda bulunanlar için öncelikleri ve sınırları belirleyecektir⁵⁵.

Öte yandan yasallık, bir ulusal hukukun varlığını ve aynı zamanda iç hukukun yeterli nitelikte olmasını gerektirir. Sözleşme bağlamında yasallık, AİHM’in ulusal hukukun kalitesini gözden geçirmek için kullandığı bir dizi gereklilikten oluşur⁵⁶. Bu gereklilikler; kanunun erişilebilir, öngörülebilir olması ve kanunun hükümet otoritesine geniş takdir yetkisi verdiği durumlarda yargısal güvenceler sağlamasıdır. Öngörülebilirlik, daha spesifik olarak hukukun geriye dönük uy-

53 Uzun bir süre, insan hakkına yapılan müdahalenin hukuki dayanağının olması şartı yalnızca yürütme yetkisi uhdesinde uygulanmış ve yürütme yetkisinin kanunun belirlediği sınırlar içinde kalıp kalmadığı sorunu üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu, Mahkemenin davanın esaslı bir analizini değil, usule ilişkin bir analizini gerektirmektedir. Gelinek noktada ise daha kapsamlı bir yaklaşımın gerekliliği hasıl olmuştur.

54 AİHM hukukun üstünlüğü çerçevesinde üye Devletin insan haklarını koruma yönünde bir karara varmasını zorladığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda gerekirse Devlet; yasalarını değiştirmeli ve yine yalnızca başvuranın özel durumunda, onun insan haklarının yeterli şekilde korunmasını sağlamak için daha fazlasını yapmalı veya onun özel durumunda geçerli yasa ve politikalara bir istisna uygulamalıdır.

55 Bkz. Lupo, N. ve Piccirilli, G. (2012). s. 237-238 ve 242.

56 Öyle ki Mahkeme, yasama organının yetkileri yürütme organına devrettiği durumlarda, özellikle de yürütmenin yetkilerini kullanma konusundaki takdir yetkisini kullandığı ve bireylerin “karanlıkta” kaldığı bağlamlarda, yasama organına bu yetkileri kullanma konusunda ekstra bir sorumluluk düştüğünü vurgulamıştır. *Malone/Birleşik Krallık*, §§ 67, 68.

gulanmamasını, tutarlı olmasını ve genel olduğu kadar yeterince kesin olmasını gerektirir. Dolayısıyla Lautenbach'ın belirttiği üzere yasallık kavramı, kalite gereklilikleri aracılığıyla somutlaştırılır. Daha geniş hukukun üstünlüğü kavramından türetilen yasallık yoluyla AİHM, Sözleşme hakları söz konusu olduğunda ulusal yasaların kalitesini özerk bir şekilde değerlendirmektedir⁵⁷. Mahkeme, bu özerk kalite standardını kullanarak Sözleşme haklarının ulusal hukuk düzeninde etkili bir şekilde korunmasını sağlamaktadır⁵⁸.

a. *Erişilebilirlik Testi*: *Sunday Times* davasında Mahkeme, erişilebilirliğin, vatandaşın “belirli bir davaya uygulanan hukuk kurallarının koşullarında yeterli bir göstergeye sahip olabilmesi” anlamına geldiğine hükmetmiştir. Örneğin, *Silver* davasında Mahkeme, İngiliz İçişleri Bakanı'nın hapisane yöneticilerine verdiği İktüzük ve Genelge Talimatlarının, yayınlanmadıkları, mahkûmların erişimine açık olmadığı ve içeriklerinin hücre kartlarında açıklanmadığı için erişilebilirlik testinde başarısız olduğuna karar vermiştir⁵⁹. Görüldüğü gibi belirli mevzuattan veya idari uygulamalardan etkilenen kişiler, bunların içeriklerinden yeterince haberdar olabilmelidir. Erişilebilirlik testi, profesyoneller ve hukukun teknik olan alanları ile ilgili olarak daha az titiz incelenir. Bu nedenle erişilebilirlik katı ve resmî bir gereklilik değil daha çok belirli bir vakanın koşulları ışığında değerlendirilecek açık bir ilke mahiyetindedir⁶⁰.

b. *Öngörülebilirlik Testi*: Mahkeme, birçok kanunun yorumlanması ve uygulanması bağlamındaki meselenin genel

57 Bu şekilde Mahkeme neredeyse tamamen yetkinin kötüye kullanılmasına karşı yeterli güvencelerin varlığına odaklanmaktadır. Bu bağlamda iki karar için bkz. *Kruslin/Fransa*; Huvig/Fransa, B. No: 11105/84, 24/4/1990.

58 Lautenbach, G. (2013). s. 86-87. Keza bkz. Murphy, C. C. (2010). “The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR”, *European Human Rights Law Review*, C. 2., s. 199 vd.

59 Greer, S. (1997). *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Files No. 15*, Council of Europe Publishing, s. 10.

60 *Groppera Radio AG ve diğerleri/İsviçre*, B. No. 10890/84, 28/3/1990, § 68.

terimlerle çerçvelendiğini tutarlı bir şekilde kabul etmiştir⁶¹. Bazı durumlarda, ulusal mevzuatın gerektirdiği kesinlik düzeyinin, önemli ölçüde söz konusu belgenin içeriğine, kapsam üzere tasarlandığı alana ve bu belgenin muhatabı olduğu kişilerin sayısına ve statüsüne bağlı olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda “yasa”nın gerektirdiği kesinlik derecesi, belirli somut konuya bağlı olacaktır. İletişimin gizli izlenmesine ilişkin tedbirlerin uygulanması, ilgili kişilerin veya genel olarak kamuoyunun incelemesine açık olmadığından, yürütmeye tanınan yasal takdir yetkisinin ifade edilmesi hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır. Sonuç olarak yasa, söz konusu tedbirin meşru amacını göz önünde bulundurarak bireye keyfi müdahaleye karşı yeterli koruma sağlamak için⁶² yetkili makamlara tanınan bu tür bir takdir yetkisinin kapsamını ve bunun kullanılma şeklini yeterli açıklıkla belirtmelidir⁶³.

61 “Üçüncü bir ilke ise, bir norm, yurttaşın kendi davranışını düzenlemesini sağlayacak yeterli kesinlikte formüle edilmediği sürece bir ‘yasa’ olarak kabul edilemez olduğuna ilişkindir. Yurttaşın -gerekirse uygun tavsiyelerle- bir dereceye kadar yasayı öngörebilmesi gerekir. Takdir yetkisi veren bir kanun, bu takdir yetkisinin kapsamını belirtmelidir. Bununla birlikte, Mahkeme, yasaların oluşturulmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın imkânsızlığını ve kesinlik arayışının aşırı katılık gerektirebileceği riskini zaten kabul etmiştir. Bu gözlemler, hapis cezasının özel bağlamında, yılda yaklaşık on milyon yazışmanın taranmasını içeren mevcut davanın ‘koşullarında’ özel bir öneme sahiptir. Her olasılığı kapsayacak bir yasa formüle etmek pek mümkün değildir. Gerçekten de başvuranların kendileri, takdir yetkisinin yetkililere bırakılması gerektiğini inkâr etmemiştir. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, birçok yasanın kaçınılmaz olarak, az ya da çok muğlak ve yorumlanması ve uygulanması bağlamında sorun olan terimlerle ifade edildiğine bir kez daha işaret etmektedir. Ve mevcut davada, yazışma kontrol sisteminin işleyişi, yalnızca her bir örnekte değişen bir uygulama sorunu olmamıştır. Emirler ve Talimatlar, istisnai durumlar dışında takip edilmesi gereken bir uygulama ortaya koymuştur. Bu koşullarda Mahkeme, bu direktiflerin kendileri kanun gücüne sahip olmasalar da -ilgili kişilerin içeriklerinden yeterince haberdar edildiği kabul edilen sınırlı ölçüde- kriterinin olup olmadığını değerlendirilmesinde dikkate alınabileceği kanaatinde. Kuralların uygulanmasında öngörülebilirlik karşanmıştır.” *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25/3/1983, § 88.

62 Yakın bir kararda belirtildiği gibi öngörülebilir bir kural, kamu yetkililerinin keyfi müdahalelerine karşı bir koruma önlemi sağlayıcı kuraldır. Bkz. *De Tommaso/İtalya* [BD], B. No: 43395/09, 23/2/2017, §§ 106-109.

63 *Malone/Birleşik Krallık*, § 68.

c. *Keyfi Müdahale Testi*: Strazburg organları, yürütmeye geniş bir takdir yetkisi verildiğinde, bilhassa da gizli olarak uygulandığı durumlarda bunun özellikle gerekli olduğunu kabul etmiştir ve *Herczegfalvy* davasında “*Bir yasa bir kamu makamına takdir yetkisi veriyorsa söz konusu hususu belirtmesi gerekir.*” hükmüne varılmıştır. Gereken kesinlik derecesi konuya bağlı olsa da bu takdir yetkisinin kapsamı belirlenmelidir. Koruma tedbirlerinin etkinliğinin değerlendirilmesi, mekanik bir testin uygulanmasından ziyade muhakemede bulunulmasını içerdiğinden herhangi bir yorumcu, Strazburg içtihatlarından hem “yeterli” hem de “yetersiz” örnekler bulabilecektir. Bu konuya dair model olarak iki karar gösterilebilir. *Huwig* ve *Kruslin* davasında Mahkeme, hükümet tarafından belirtilen on yedi güvenceden bazılarının değerini azaltmamakla birlikte Fransa'da resmî telefon dinlemenin yapıldığı sistemin olası kötüye kullanımlara karşı yeterli koruma sağlamadığına karar vermiştir. Yargı kararıyla telefonlarının dinlendirilebileceği kişi kategorileri ve böyle bir karara yol açabilecek suçların niteliği tanımlanmamıştır. Hiçbir şey, hâkimi telefon dinleme süresine bir sınır koymaya zorlamamıştır. Sonuç olarak yerleşik bir resmî uygulamaya dair kanıt bulunmasına rağmen bunun yasa veya içtihatların sağlaması gereken lüzumlu normatif kontrolden yoksun olduğu kabul edilmiştir⁶⁴.

İnsan hakları, memnuniyeti uluslararası bir mesele olan fakat yerel kurumlar için standartlar teşkil eden bir düzlemde bulunur⁶⁵. Bu şekilde tasavvur edilen bir insan hakları uy-

64 Bkz. Greer, S. (1997). s. 13.

65 Özel bir ilham kaynağı, varoluşundan bu yana hukukun üstünlüğünün korunmasına odaklanan ve hukukun üstünlüğü anlayışını veya *Rechtsstaat*'ı genişleten Alman Federal Anayasa Mahkemesidir. Bu bakımdan bugünün *Rechtsstaat*'ı anayasal demokrasiye ayrılmaz bir şekilde bağlı hale gelmiştir. Böylece temel maddi değerlerle çerçevelenmiş ve yasallık, anayasal adalette yer alan bir dizi maddi norma tabi hale gelmiştir. Her ne kadar günümüzün *Rechtsstaat*'ı bir bakıma hem *Kantçı* hem de pozitivist muadillerinin unsurlarını bünyesinde barındırsa da, temel açılardan öncekilerden farklıdır ve dolayısıyla hukukun meşruiyetine ilişkin yeni sorular ortaya çıkarmaktadır. *Kantçı* muadili gibi, günümüzün *Rechtsstaat*'ı da temel hakları sıradan kanunların üzerinde kutsal saymakta; ancak bu haklar biçimsel olmaktan ziyade maddi nitelikte ve *Kantçı* öncüllerinden içerik

gulaması en az iki anlamda “devletçi” olarak tanımlanabilir: Standartları ilk durumda devletler için geçerlidir ve onlar, bireysel olarak ve iş birliği içinde devletlere güvenirler. Çünkü ana garantörler onlardır. Elbette bu, insan haklarının diğer araçlara herhangi bir kısıtlama getirmediği veya garantör olarak yalnızca devletlerin sorumlulukları olduğu anlamına gelmez. Ancak insan hakları uygulamasında devletlerin merkezî önemi de inkâr edilemez. Yine de şimdiye kadar geliştirdiği şekliyle insan hakları pratiği ancak bağımsız, bölgesel devletlerden oluşan bir dünya düzeninin revizyonist bir uzantısı olarak anlaşılabilir⁶⁶. İşte böyle olmakla insan haklarının yerleşik normatif uygulaması da önem kazanmaktadır. Burada elbette AİHM hukuku salt biçimsel algılamamakta, aynı zamanda maddi yönü olan bir insan hakları kategorisi geliştirmeye çalışmaktadır.

3. Hukukun Üstünlüğünün Garanti Edici Fonksiyonu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası insan hakları belgeleri ağında farklı rollere sahiptir ve bu gelişmelerin her zaman ön saflarında yer almıştır⁶⁷. Bu kavramı kurumsallaştırmaya çalışırsak; hukuk, içtihat ve bunların doktrin tarafından yeniden yorumlanması, yasallığın “küresel bir kavram”

bakımından önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Öte yandan, pozitivist selefî gibi, günümüzün *Rechtsstaat*'ı da yasallığı kurumsallaştırmaktadır; ancak bu, yalnızca tutarlılık ve öngörülebilirliğe bağlı olmayan, aynı zamanda anayasaya uygunluğa ve anayasal olarak kabul edilen temel hedeflerin gerçekleştirilmesine de bağlı olan bir yasallıktır. Sloot, B. (2020). “The Quality of Law”, *JIPITEC*, C. 11., s. 168. İşte bu da Rosenfeld'in iddia ettiği gibi tüm siyaseti anayasallaştırmaya ve *Rechtsstaat*'ı bir *Verfassungsstaat*'a (yani anayasa yoluyla bir devlet yönetimine) dönüştürme eğilimindedir. Son olarak, günümüzün *Rechtsstaat*'ı, anayasallaştırmanın ötesinde, on dokuzuncu yüzyıldaki selefîleri tarafından açıkça siyasete havale edilen refahın teşviki gibi alanları da hukukileştirmektedir. Bkz. Rosenfeld, M. (2001). “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, C. 74., s. 5.

66 Bkz. Beitz, C. R. (2009). *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, s. 128.

67 Aksi görüş için bkz. Viljanen, J. (2008). “The role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, C. 62., S. 1., s. 263.

hâline gelmesine neden olmaktadır. Bu kavram, bütünlüğü hiçbir zaman varsayılmayan bileşenlerin bir toplamı tarafından tanımlanan bir kavramdır. Bu bileşenler; geriye yürümezlik, erişilebilirlik ve hukukun anlaşılabilirliği, normatifliği ve kalitesi, kanun ve içtihat hukukunun tutarlılığı ve kanunun istikrarsızlığı veya öngörülemezliği ile başa çıkmak için geçici tedbirlere duyulan ihtiyaç şeklinde anlaşılabilir⁶⁸. Yasallık ilkesinin uygulanması en sık olarak temel teamül hukuku haklarına odaklanırken orijinal hâliyle mevcut hukukun ve hukuk sisteminin temel unsurlarının sürdürülmesini de kapsamaktadır⁶⁹.

Yasallık, bir tür yargısal güvence gerektirir. AİHM, her davada yasallık gereklilikleri kapsamında yargı güvencelerinden bahsetmemektedir. Bu gereklilik, yasallığın ayrı bir yönü olarak yalnızca belirli durumlarda geçerlidir. Gerçekten de Sözleşme'nin anlamı dâhilinde yasallık gerekliliği, diğer şeylerin yanı sıra, iç hukukun Sözleşme'de güvence altına alınan haklara kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı bir yasal koruma önlemi sağlamasını gerektirir. Ayrıca demokratik bir toplumda hukuka uygunluk ve hukukun üstünlüğü kavramları, temel insan haklarını etkileyen tedbirlerin, belirli durumlarda tedbirlerin gerekçelerini ve ilgili tarafları incelemeye yetkili bağımsız bir organ önünde bir tür çekişmeli yargılamaya tabi olmasını gerektirir⁷⁰. Gerçekten de bu koşullar çeşitli şekillerde önemli güvenceler sağlar. Bir insan hakkına müdahale edildiğinde (yasama erkinin belirlediği sınırlara bağlı kalarak) yürütme erkinin yasal temelde hareket etmesini talep etmekle kalınmamakta, aynı zamanda yasaların doğrudan veya dolaylı olarak vatandaşlar tarafından yapıldığı demokratik bir toplumdan da bahsedilmektedir. Ayırı-

68 Bkz. Lanneau, R. (2016). What is legal Certainty? A Theoretical Essay, içinde Du Marais, B. ve Marrani, D. (Ed.), *Legal Certainty in Real Estate Transactions: A Comparison of England and France* (ss. 23-36).

69 Chen, B. (2015). "The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application", *Monash University Law Review*, C. 41., S. 2., s. 344.

70 *Capital Bank AD/Bulgaristan*, B. No: 49429/99, 24/11/2005, § 134.

ca bir insan hakkına yapılan müdahalenin genel çıkar yerine toplumdaki belirli bir grubun çıkarlarını korumaya hizmet etmesi durumunda asla meşru sayılamayacağı açıkça ortaya koyulmaktadır⁷¹.

Mahkeme, ulusal hükûmet makamlarının geniş takdir yetkisine sahip olduğu davalarda bunun önemini vurgulamaktadır. Mahkeme koruma kapsamına farklı Sözleşme hükümleriyle ilgili yasallığın bir gereği olarak yargısal güvenceleri dâhil etmektedir⁷². Etkili yargısal güvencelerin gerekliliği, hukukun üstünlüğünden kaynaklanmaktadır. Nitekim *Klass v. Almanya* davasında AİHM, gizli izleme yöntemlerine ilişkin Alman yasalarının başvuranın mahremiyet hakkını ihlal edip etmediğini incelemiştir. Sorunlardan biri, 8. maddenin gizli izleme yöntemlerinin uygulanması üzerinde adli kontrol talep edip etmediğine ilişkin olmuştur. Şu hâlde yargısal güvenceler, yürütmeden ve diğer ilgili taraflardan bağımsız, tarafsız bir organdan gelmelidir.

Sonuç olarak yargısal güvenceleri yasallığın bir unsuru olarak anlamak, Sözleşme bağlamında hukukun üstünlüğü kavramıyla en tutarlı olanıdır. Çünkü böylece 5., 6. ve 13. maddeler tarafından korunan yargı güvencelerinin de kuralın bir parçası olduğu anlaşılmaktadır.

Kanımızca bu yaklaşım da pozitif hukukun biçimine ve aynı zamanda içeriğine odaklanılarak gerçekleştirilebilir. Biçimci teorilerin özü, hukukun üstünlüğünün “kelimenin tam anlamıyla ne deniliyorsa” hukuk odur anlayışından ileri gelmektedir. Dolayısıyla burada “hukukun üstünlüğünün bir kurallar hukuku olduğu” anlamına geldiği anlaşılır. Ne var ki bu tür sözler basmakalıptır. Hukuk kuralları olmadan hu-

71 Keza bkz. Sloot, B. (2020). s. 162.

72 Yargı güvencelerinin varlığı bazı davalarda özel bir gereklilik olarak belirtilmemekte, kanunun öngörülebilirliğinden bu ilkeler çıkarılmaktadır. Örneğin AİHM bir davada, belirli bir adli inceleme biçimi de talep etmemiştir, ancak idari gözetimin süre sınırları ve koşullarına ilişkin bir inceleme prosedürünün varlığını talep etmiştir. *Amuur/Fransa*, B. No: 19776/92, 25/6/1996, §§ 50-53.

kukun üstünlüğü sağlanamaz ve ancak kurallardan oluşan hukuk kesin ve öngörülebilir olabilir. Şu hâlde şekli hukukun üstünlüğü maddi hukukun üstünlüğü ile tamamlanmalıdır. Böyle olmakla hukukun üstünlüğünün var olabilmesi için hukukun, kamu mallarının “adil” dağılımı da dâhil olmak üzere (sosyal) adaleti tesis etmesi gerektiği de öne sürülmelidir. İnsan hakları ve hakkaniyet gibi kavramlar somut olaya aktarılmadan⁷³ hukukun üstünlüğüne yönelik gereken yaklaşım, hele ki AİHM gibi misyona sahip bir kurum söz konusu olduğunda eksik kalır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE DEMOKRASİ

A. SÖZLEŞMENİN POLİTİK MODELİ: DEMOKRASİ

Jürgen Habermas “*Hangisi önce gelir*” diye sormakta ve devam etmektedir, “modern piyasa toplumu üyelerinin bireysel özgürlükleri mi yoksa demokratik vatandaşların siyasi katılım hakları mı?” Hukukun üstünlüğü ve halk egemenliği ilkelerinin görünüşte paradoksal olan anayasal demokrasi kavramında nasıl birleştiğine dair tarihsel bir açıklama sunan Habermas, insan hakları ve demokrasinin birbiriyle ilişkili ve ortak kökene sahip olduğu yönündeki argümanını geliştirmektedir⁷⁴. İşte AİHM bu argümanın adeta yargısal pratiğini sunmaktadır.

Sözleşme bağlamında demokrasi; öncelikle çoğulculuk, ifade özgürlüğü ve katılımı ifade etmekte fakat buna diğer Sözleşme haklarının korunmasını da dâhil etmektedir. AİHM ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, pasif ve aktif oy kullanma haklarının yanı sıra diğer bazı Sözleşme haklarını de-

73 Aksi görüş için bkz. Küris, E. (2018). “On the Rule of Law and the Quality of the Law: Reflections of the Constitutional Turned International Judge”, *Teoría y Realidad Constitucional*, S. 42., s. 141.

74 Habermas, J. (2001). “Constitutional Democracy- A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory*, C. 29., S. 6., s. 767’den aktaran Schaffer, Johan K. (2015). “The Co-Originality of Human Rights and Democracy in an International Order”, *International Theory*, C. 7., S. 1., s. 98.

mokratik bir toplum için temel unsurlar olarak tanımlamıştır⁷⁵. Özellikle adil yargılanma hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, yaşam hakkı ve işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı demokratik bir toplumun merkezinde yer alır. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme haklarının korunmasını, bir azınlığa mensup bireylerin haklarının korunmasında özellikle önemli olarak tanımlamaktadır.

Demokratik bir toplum kavramı Sözleşme'nin tamamına nüfuz etmiştir. Sözleşme bağlamında demokrasi, bireyin hakları ile kamu çıkarının demokratik olarak izlenmesi arasındaki denge ile ilgilidir. Gerçekten de Mahkeme, demokratik toplumu ve bireysel hakları savunmanın gereklilikleri arasında bir miktar uzlaşmanın Sözleşme sisteminin doğasında olduğu konusunda Komisyon ile aynı fikirde olmaktadır⁷⁶. Sözleşme'nin önsözünde belirtildiği gibi "*Temel Özgürlükler ... en iyi şekilde bir yandan etkili bir siyasi demokrasiyle, diğer yandan da (Sözleşmeciler Devletlerin) bağlı olduğu İnsan Haklarına ilişkin ortak bir anlayış ve riayetle korunur*". Ancak aynı zamanda Sözleşme metni, "*politik demokrasi*" kavramının tanımına ilişkin herhangi bir önemli ipucu sunmamaktaysa da AIHM, içtihatları aracılığıyla bu kavramın açıklığa kavuşturulmasına ancak dolaylı bir yol olarak bariz siyasi çıkarımlara değinmekten çok demokrasinin "*olay temelli*" boyutu olarak adlandırılabilen kısmıyla ilgilenmektedir⁷⁷.

75 Dolayısıyla bildiğimiz gibi Mahkeme, Sözleşmeyi, hakların korunmasında etkili bir araç haline getirecek şekilde, gelişen bir biçimde yorumlamaktadır. Seçimle gelen muhalefetin ve sivil toplumun bir hükümete karşı çıkma yeteneğinin incelikli erozyonuna ilişkin endişe, Mahkemenin belirli kısıtlayıcı tedbirlerin benimsendiği daha geniş bağlamı dikkate almaya istekli olması durumunda giderilebilir. Esasen bu, Mahkemenin kendi retorikine ve bazen de uygulamasına çok iyi uymaktadır. Bkz. O'Connell, R. (2020). *Law, Democracy and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 270.

76 *Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978, § 59.

77 Bu konuda ayrıca bkz. Marks, S. (1996). "The European Convention on Human Rights and Its 'Democratic Society'", *British Yearbook of International Law*, C. 66., S. 1., s. 213.

Öte yandan demokratik toplumdan açıkça söz edilmeyen hususlarda bile kavramın birincil öneme sahip olduğu söylenebilir. Sözleşme'nin insan haklarını koruma sisteminin kendisi, demokratik toplumun talepleri ile insan haklarına saygı arasında bir denge kurma girişimidir. Gerçekten de AİHM⁷⁸ demokratik müzakerenin (ve bir dereceye kadar danışma ve katılımın) önemine bağlılık göstermektedir. Sözleşme'nin genel ilkeleri, demokratik organların insan haklarına ilişkin yasa yapma sorumluluğuna sahip olduğu ve bu hakların içeriğini ciddiye almak zorunda olduğu müzakereci demokratik modeli çok iyi yansıtmaktadır.

Şu hâlde Sözleşme'nin politik olarak benimsediği model demokrasidir. Mahkemeye göre demokrasi şüphesiz Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir. Bu, ilk olarak insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha fazla gerçekleştirilmesinin bir yandan etkili bir siyasi demokrasi tarafından en iyi şekilde sağlanacağını belirterek Sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bir bağlantı kuran Sözleşme'nin Giriş Bölümü'nde açıkça görülmektedir. Başlangıç, Avrupa ülkelerinin ortak bir siyasi gelenek, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü mirasına sahip olduğunu teyit ederek devam etmektedir⁷⁹. Mahkeme, Sözleşme'nin altında yatan değerlerin bu ortak mirasta bulunacağını gözlemlemektedir. Öyle ki Sözleşme'nin demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlandığına çoğu kez işaret etmiştir. Ek olarak Sözleşme'nin 8., 9., 10. ve 11. maddeleri, kutsal saydıkları hakların kullanılmasına müdahalenin “*demokratik bir toplumda gereklilik*” kistasına göre değerlendirilmesini gerektirir. Bu nedenle bu haklardan herhangi birine müdahaleyi meşrulaştırabilecek tek zorunluluk türü, “*demokratik toplumdan*” kaynaklandığını iddia edebilecek olandır. Bu nedenle demokrasi, Sözleşme tarafından tasarlanan ve dolayısıyla

78 O'Connell, R. (2020). s. 271.

79 Zand, J. (2017). “The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights”, *University of Baltimore Journal of International Law*, C. 5., S. 2., s. 199, 200.

onunla uyumlu olan tek siyasi model olarak görünmektedir⁸⁰.

Bununla birlikte demokrasi, ulusal karar alma sürecini ifade eder. Öte yandan demokrasi, Sözleşme’de çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik standardı belirler ve temel hakların korunmasını gerektirir. Sonuç olarak belirli bir dereceye kadar, Sözleşme haklarının korunması, ulusal demokratik çıkar arayışıyla çelişmektedir. Gerçekten de Sözleşme, uluslararası hukuk kapsamında bağlayıcı olan ve ulusal demokratik karar alma sürecinin olası sonuçlarını sınırlayan bir antlaşmadır. Fakat Sözleşme özel bir konuma sahiptir çünkü AİHM insan haklarının korunması ile farklı ulusal demokratik karar alma süreçlerinin sonuçları arasında bir denge sağlamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme ile demokratik prensip arasında sıkı bir şekilde bağlantı olduğu söylenmelidir. Gerçekten de Sözleşmesel demokrasi modeli, hükûmet faaliyetlerinin daha fazla şeffaflaşmasının vatandaşlara *res publica*’ya daha aktif ve bilinçli katılım olanağı vermesi ve aynı zamanda bunu kontrol etmenin bir ön koşulu olarak varlık bulmaktadır. İyi bilindiği gibi demokrasi, yalnızca halkın çeşitli kamu kurumlarında temsil edilmesine değil aynı zamanda halkın bu hükûmet faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olmanın⁸¹ yanında buna aktif katılma hakkına ve dolayısıyla bu faaliyetler üzerinde bir tür kontrole olanağının sağlanmasına da dayanmaktadır.

B. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLE ÇERÇEVELENEN DEMOKRASİ

AİHM düzleminde hakların⁸² Sözleşmesel korunması, demokrasiyi gelişime açık bir ilke hâline getirmektedir. AİHM, hukuka uygunluk ve yargısal güvenceler bağlamı dışında da içtihatlarında hukukun üstünlüğüne atıfta bulunmaktadır. Bu

80 *Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 133/1996/752/951, 30/1/1998, § 45.

81 Ninatti, S. ve Arcari, M. (2015). “Patterns of Democracy in the Case Law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights”, *Polish Yearbook of International Law*, C. XXXV., s. 181.

82 Garlicki, L. (2008). “Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe”, *I-CON*, C. 6., S 3-4., s. 509.

temel unsurların dışında hukukun üstünlüğü içtihatla daha geniş çağrışımlara sahiptir⁸³.

AİHM, birçok demokratik ilkeyi hukukun üstünlüğü ile ilişkilendirmiştir. İlk olarak Mahkeme, basının hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette üstün bir role sahip olduğunu kaydetmiştir. Gerçekten de Mahkemeye göre bu bakımdan, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir evlette basının üstün rolü unutulmamalıdır. Düzensizliği önlemek ve başkalarının itibarını korumak için konulan çeşitli sınırları aşmaması gerekse de basın, siyasi sorunlar ve kamuyu ilgilendiren diğer konularda bilgi ve fikir vermekle yükümlüdür⁸⁴.

Mahkemeye göre hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene meydan okuyan ve barışçıl yollarla gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin diğer yasal yollarla olduğu kadar toplantı hakkının kullanılmasyla da uygun bir şekilde ifade edilmesine olanak sağlanmalıdır⁸⁵. Bu bakımdan mevzu konusu özgürlük dayandığı insan hakları ile her demokratik toplumun kurucu unsurunu temsil eder. Hukukun üstünlüğü ile çerçevelenen demokratik ilkeler, böylelikle, Ronald Dworkin'in metaforunu kullanacak olursak, devlet çıkarlarının üzerinde bir insan hakları "koz"u⁸⁶ olarak varlık bulur.

Burada özellikle hukukun üstünlüğü ifade ve toplanma özgürlüğü ile bağlantılıdır⁸⁷. Aynı zamanda hukukun üstünlüğü, siyasi örgüt tarafından kullanılan barışçıl yolları ve si-

83 Öyle ki bu daha kapsamlı bir politik anlayış geliştirmektedir. Bkz. Bellamy, R. (2014). "The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights", *EJIL*, C. 25., S. 4., s. 1035 vd.

84 *Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/4/1992, § 43.

85 *Stankov ve United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria*, B. No: 29221/95 ve 29225/95, 2/10/2001, § 97.

86 Dworkin, R. (1984). Rights as Trumps, içinde Waldron, J. (Ed.), *Theories of Rights* (ss. 153-167), Oxford: Oxford University Press, s. 153.

87 Voorhoof, D. ve Cannie, H. (2010). "Freedom Expression and Information in a Democratic Society", *The International Communication Gazette*, C. 72., S. 4-5., s. 409.

yasi değişikliklerin yasal kanallar aracılığıyla takip edilmesi gerekliliğini vurgular. Üçüncüsü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1. Protokol'ün 3. maddesi de hukukun üstünlüğünün merkezi olarak anlaşılmaktadır. Strazburg Mahkemesi,⁸⁸ oy kullanma ve seçimlere katılma hakkının hukukun üstünlüğü ile yönetilen etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerini oluşturmak ve sürdürmek için çok önemli olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasının altında yatan demokratik ilkelerin önemini vurgulamak için sık sık fırsat bulmuştur ve bu fırsatın 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında güvence altına alınan hakların, hukukun üstünlüğü ile yönetilen etkin ve anlamlı bir demokrasinin temellerin oluşturulması ve sürdürülmesi için çok önemli olduğuna işaret etmektedir⁸⁹. Ayrıca Mahkeme, bireylerin hukukun üstünlüğünü veya demokratik temelleri baltalama tehdidi oluşturacak şekilde davranmaları durumunda aktif ve pasif oy haklarının kısıtlanabileceğini kaydetmiştir. Mahkemenin içtihatları hukukun üstünlüğü çerçevesinde çoğulculuğun siyasi süreçteki önemli rolünü göstermektedir. Vatandaşlar sadece birey olarak değil her türlü derneğin üyesi olarak da siyasi kararları etkilemeye çalışabilmektedir. Bu derneklere katılmak hukukun üstünlüğü ile korunan çoğulcu demokrasiye ve toplumsal uyuma da katkı sağlayabilir⁹⁰. Gerçekten de Mahkemenin dinî ya da ideolojik temelli siyasi partiler ve topluluklar ortaya çıkma olasılığı hakkındaki yorumları, bu etkilerin hafife alınmaması gerektiğini göstermektedir.

Ne var ki bu hoşgörü standardı, demokratik bir toplumun

88 *Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 58.

89 Bu madde düzenli, özgür ve adil seçim hakkını sağlar. Bu maddenin normatif olarak "demokratik toplum" ve "demokrasi" arayışının merkezinde yer aldığı söylenmelidir. Ayrıntılı inceleme için bkz. Zysset, A. (2017). *The ECHR and Human Rights Theory*, New York: Routledge, s. 180 vd.

90 Bkz. Nieuwenhuis, A. (2007). "The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *European Constitutional Law Review*, C. 3., s. 378.

Sözleşme’de belirtilen hak veya özgürlükleri yok etmeye yönelik faaliyetlere karşı kendisini korumak için adımlar atmasını engellemez⁹¹. Bireyin yasa yapma gücünün bileşimini etkileme kapasitesini koruyan 1 Nolu Protokol’ün 3. maddesi, bu nedenle, örneğin bir kamu görevini ciddi şekilde kötüye kullanan birinin seçim haklarına kısıtlamalar getirilebileceğini dışlamaz⁹².

Ayrıca AİHM laiklik ilkesinin de hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ile uyum içinde olduğunu kaydetmiştir. Nitekim Mahkeme bir kararında şunu demektedir:⁹³ *“Daire’nin haklı olarak belirttiği gibi, Mahkeme bu laiklik kavramının Sözleşmenin temelini oluşturan değerlerle tutarlı olduğunu düşünmektedir. Türkiye Devletinin temel ilkelerinden biri olan, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ile bağdaşmayan bu ilkeye sahip çıkmanın, Türkiye’deki demokratik sistemin korunması için gerekli görülebileceği görüşündedir. Bu ilkeye saygı göstermeyen bir tutum, kişinin dinini açıklama özgürlüğü kapsamında kabul edilmeyecek ve Sözleşmenin 9. maddesinin korumasından yararlanamayacaktır.”*

Bu bağlamda demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğünün Sözleşme’nin tüm maddelerinde yer aldığı tekrar vurgulanmalıdır. Örneğin Mahkeme *“özellikle kesinleşmiş yargı kararları bakımından, hukuki belirlilik ilkesine saygı gösterilmesini gerektirir. Taraflardan hiçbiri, yalnızca davanın yeniden görülmesi ve yeni bir karara varılması amacıyla nihai ve bağlayıcı bir kararın yeniden gözden geçirilmesini talep etme hakkına sahip değildir. Durum böyle olmasaydı, nihai kararların bozulması, genel bir hukuki belirsizlik ortamına yol açarak, halkın yargı sistemine ve dolayısıyla hukukun üstünlüğüne olan güvenini azaltırdı.”*⁹⁴ demiştir.

Sonuç olarak AİHM’in sıklıkla vurguladığı üzere Avrupa

91 Bu hak özelinde bkz. Schabas, W. (2015). *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, s. 1023 vd.

92 *Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), § 71.

93 *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No: 44774/98, 10/11/2005, § 114.

94 *Stere and Others/Romaniya*, B. No: 25632/02, 23/2/2006, § 53.

İnsan Hakları Sözleşmesi bir bütün olarak anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır. İnsan hakları, insan onurunun korunması için entegre bir sistem oluşturur; bu bağlamda demokrasi ve hukukun üstünlüğü kilit bir role sahiptir. Demokrasi, halka bir rol verilmesini gerektirir. Yalnızca halk tarafından ve halk için oluşturulan kurumlar, devletin yetki ve otoritesine sahip olabilir; kanun hükmünün bağımsız bir yargı erki tarafından yorumlanması ve uygulanması gerekir. Bir devlet halkının ister laik ister dindar olsun, yönettiği halka karşı sorumlu olmayan bir varlık lehine, çoğunluk kararıyla bile olsa yasama ve yargı yetkilerinden feragat ettiği yerde demokrasi olamaz.

Demokrasi ile hukukun üstünlüğü arasındaki bağ orijinal bir karakter taşır. Her ikisi ayrı ayrı uygulandığında birbirini hemen hatırlatır. Bileşimde ise iki ilke birbirini yükseltir. Hukukun üstünlüğü yükselişten demokrasiye zayıfladığını düşünebiliriz ancak yukarıda da hatırlatıldığı gibi bağımsız nedenlerden dolayı bunun tartışmalı olduğunu hemen belirtelim. Bununla birlikte yukarıdaki içtihat ve yaklaşımlar, demokratik sorun ve bunun Sözleşmesel kuralların uygulanmasıyla olan ilişkisi hakkındaki sorulara yol açmaktadır; bunun anlaşılır şekilde zıt duruşların karşı karşıya geldiği tartışmalı bir konu mahiyetini taşıdığı söylenebilir. Hukukun üstünlüğünün haklardan demokrasiye, refahtan sosyal garantilere kadar her türlü olumlu değeri bünyesinde barındıran kapsamlı teorilerine yanıt olarak geliştirildiği söylenmelidir. İşte hukukun üstünlüğü ile demokrasinin bu doğrultuda farklı ilkeleri barındırdığını elbette belirtmek gerekir. Gerçekten de demokrasinin daha ziyade toplumsal güvencelerin örgütlenmesi ile ilgili olduğunu tekrarlamakta fayda vardır. Belirli bir bağlamda hukukun üstünlüğü ile belirlenen yasallık, demokratik egemenin siyasi gücünün örgütlenmesiyle ilgilidir. Bu bakımdan açıkça ifade etmek gerekirse siyasi otoritenin demokratik olarak örgütlenmediği devletlerde, her ne kadar tartışmalı olsa da, kanaatimizce hukukun üstünlüğünün bir anlamı kalmaz. Bunun geçmişte böyle olması gelişen demok-

rasi anlayışı açısından pek anlam ifade etmez⁹⁵. Geline aşamada ve özellikle AİHM bağlamında demokrasi ve hukukun üstünlüğü meseleleri, Sözleşmeciler devletlerin elbette özerkliğine müdahale anlamına gelmektedir. Çünkü ulusal hukuki yapılanmanın dışarıdan (örneğin AİHM) tanımlanmış hukukun üstünlüğü ve demokrasi şablonuna uygun olmasını gerektirir.

Hukukun üstünlüğü, tüm insanların haklarında olduğu kadar görevlerinde de kanun önünde eşit olduğu anlamına gelir. Ancak insanlar ve durumlar arasındaki ayrımların nesnel ve makul bir gerekçesi olması, meşru bir amaç gütmesi ve demokratik toplumlar tarafından normal olarak onaylanan ilkelerle orantılı ve tutarlı olması koşuluyla, yasama farklılıkları dikkate alınmalıdır⁹⁶. Ancak, insan grupları yalnızca farklı cinsiyetten olmaları veya farklı siyasi ya da dinî inançlara sahip olmaları nedeniyle ayrımcılığa uğradığında, hukukun üstünlüğünün seküler bir toplumu yönettiği söylenemez. Bu tür gruplar için tamamen farklı yasal sistemlerin yaratıldığı durumlarda da hukukun üstünlüğü korunmaz. Hukukun üstünlüğü ile demokrasi arasında çok yakın bir bağ vardır. Yazılı hukukun işlevi, ilgili farklılıklar temelinde ayırım yapmak olduğundan, aynı yasalara tabi olanlar içerikleri ve uygulamaları konusunda son sözü söylemezlerse hukukun üstünlüğü uzun süre sürdürülemez⁹⁷.

95 Bu bakımdan karşı görüş için bkz. Palombella, G. (2016). *Beyond Legality-Before Democracy*, içinde Closa, C. ve Kochenov, D. (Ed.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (ss. 36-58). Cambridge: Cambridge University Press, s. 51.

96 Hukukun üstünlüğü ile siyasi/demokratik bileşimin etkisine yönelik paradokslara ilişkin bu yaklaşım hukuka ve AİHM kararlarına itaati gerektiren bir ilke olarak hukukun üstünlüğüne yönelik genel fikir tarafından desteklenmektedir. İşte yasallık ve uyuma odaklanan hukukun üstünlüğü bu hususu yansıtarak, salt baskıya dayanılmayacağını ancak bunu sürdürmek için bir siyasi kültüre, yani sağlam bir demokrasiye ihtiyaç duyulduğunu belirtmek gerekir. Bu mantık çerçevesinde, üye devletlerden hukukun üstünlüğü ilkelerine saygı göstermeleri istendiğinde, AİHM'in yerinde sayılabilecek demokratik anlayışına dikkat çekilmelidir.

97 Bkz. *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 31/7/2001, § 43.

Kanımızca demokratik haklar bakımından AİHM'in içtihadı daha spesifik olsaydı bu gerilim azaltılabilirdi. Ancak hem ulusal anayasalarda hem de AİHS gibi uluslararası metinlerde bu haklar genellikle ifade özgürlüğü veya siyasi toplanma ve dernek kurma hakkı gibi oldukça genel terimlerle çerçevelenir. Bu metinler, AİHS'te olduğu gibi sayılan hakların kapsamını sınırlayan bir sınırlama maddesi de içerebilir ancak bu sınırlama hükümleri de oldukça genel terimlerle çerçevelenmiştir.

Bu nedenle AİHS gibi sözleşme metinlerinin mahkemele-re sunduğu zayıf rehberlik göz önüne alındığında yargıçların belirli davalarda demokrasi haklarının nasıl uygulanacağına karar vermede kaçınılmaz olarak hatırı sayılır bir takdir yetkisine sahip oldukları görülmektedir. Bu takdir yetkisinin nasıl kullanıldığına bağlı olarak mahkemelerin bir yönetimin demokratik kurumlarını dramatik bir şekilde yeniden yapılandırmasına yol açabilir. Elbette bunun da olumlu ve olumsuz tarafları ortaya çıkabilir. Örneğin AİHM, siyasi süreçle meşgul olduğunda belirli risklerle karşı karşıya kaldığını söylemek mümkündür. Yargı kararlarının partizan veya ideolojik açıdan açık kazananları ve kaybedenleri olduğu ölçüde AİHM'in de partizan siyasi bir aktör olarak algılanması muhtemeldir. Böyle olmakla da demokratik sürece müdahale konusunda mahkemelere karşı duyulan siyasi tepki de daha büyük olma eğilimindedir. Gerçekten de AİHM'in vatandaşların öz yönetim şartlarını kendileri için belirleme manevi haklarını devraldıkları algısı, demokratik siyasetin "*haklarının*" yargısal olarak belirlenmesi sürecinde de açıkça ortaya çıkabilmektedir⁹⁸. İşte AİHM Sözleşmesel hakları açık ve belirli bir içerikle uyguluyor olsaydı bu belki de söz konusu baskıları azaltabilirdi. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi gerek anayasal metinlerin gerek Sözleşme'nin demokrasi haklarını tanımlama biçiminde bu tür bir açıklık tam anlamıyla bulunmamaktadır.

98 Karşılaştırınız Pildes, R. H. (2019). The Law of Democracy and the European Court of Human Rights, içinde Christine, L. (Ed.), *Judicial Power* (ss. 109-138). Cambridge: Cambridge University Press, s. 112-113.

SONUÇ

Mahkemenin içtihadında hukukun üstünlüğün genel bir ağırlık kazandığı söylenebilir. Gerçi AİHM özel olarak hukukun üstünlüğü ilkesini uygulayan bir mahkeme olmayı amaçlamamaktadır. Yine de Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması doğrultusunda, Mahkeme yargı yetkisi dâhilindeki tüm şikâyetleri incelerken hukukun üstünlüğü ilkesini uygulamakta ve bunu insan hakları ve demokrasi ile bağdaştırmaktadır. Böylesi bir gelişme ise doğaldır çünkü Batı hukuk geleneğinde hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokratik ilkelerle doğası gereği iç içe geçmiş durumdadır.

Bununla birlikte Sözleşme’de bu bakımdan boşlukların bulunduğu söylenmelidir. Toplumsal gerçekliğin geniş de olsa bir bölümüne, insan haklarına, daha özel olarak odaklanılmaktadır. Ancak yine gittikçe artan oranda hukukun üstünlüğü ilkesinin de kullanıldığı ve bunun insan hakları açısından stratejik bir öneme sahip olduğunu belirtelim. Bu, Mahkeme tarafından bu diğer alanlara ait hak ihlallerine ilişkin iddiaların Sözleşme hükümleriyle konu bakımından bağdaştığı ölçüde uygulandığı gerçeğini doğrulamaktadır.

Öte yandan anayasal bir ilke olarak hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulama alanı, geleneksel bir ilke olarak uygulanmasından daha geniş bir kapsama hitap etmektedir. Özellikle hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde ulusal ve ulusal üstü hukukun doktrinleri bütünsel olma eğilimindedir. Mahkemenin bu bakımdan gelişen doktrini spesifiktir. Böyle olunmasında Sözleşme’nin hakların ahlaki gelişimine doğru gelişen, yaşayan bir belge olması önemli rol oynamaktadır.

Ayrıca keyfiliğe karşıtlığının belirtilmesi dışında hukukun üstünlüğü ilkesinin kısa ve öz bir doktrin tanımını formüle etmek kolay değildir. Kaldı ki bu tür bir girişimi, bir mahkeme kararında uygulamak daha da zor olacaktır. Mahkemenin hukukun üstünlüğü doktrininin özü şu şekilde ifade edilebilir: Hukukun üstünlüğü şekli boyutunun yanında maddi mahi-

yeti de haiz olmak üzere keyfilikten korunmaya vurgu yapan Sözleşme'nin ruhuna uygundur. Bu nedenle hukukun üstünlüğü, keyfiliğin karşıtı ve Sözleşme'nin ruhunun bir parçası olarak algılanmaktadır.

Bu noktada AİHM *Loizidou kararında*⁹⁹ Sözleşme'yi Avrupa'nın anayasal bir belgesi olarak nitelendirmektedir. Buradaki nitelendirme çerçevesinde Mahkeme, çoğunlukla kendi içtihadının fonksiyonel değerini ve önemini ortaya koymaktadır. İşte bu doğrultuda gittikçe yükselen bir şekilde kullanılan hukukun üstünlüğü ilkesi de söz konusu anayasal çerçevenin en önemli bileşenini oluşturmaktadır.

Öte yandan hukukun üstünlüğü kavramının temel ilkesi ise yasallık ilkesidir. Bunun en önemli sebebi vurguladığımız üzere keyfiyetin önlenmesidir. Hukukun üstünlüğünün tanımlanıp uygulanmak suretiyle keyfiyetin önlenemediği durumlarda hak ve özgürlüklerin yasayla düzenlenmemesi neticesinde hiç kimse güvende olmaz. Bu güvenin sağlanmasında hukukun üstünlüğünün beraberinde getirdiği esaslı bir diğer ilke de kural koyanlar dâhil herkesin yasaya tabi olmasıdır. Tüm bu bağlamlarda hukukun üstünlüğünün AİHM içtihadında gerekli kıldığı diğer konular; hak arama özgürlüğünün, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının, adil yargılanma hakkının, idari eylem ve işlemlerle beraber yasama işlemlerinin de yargısal denetime tabi olmasının gerçekleştirilmesidir. Böyle olmakla da Mahkeme, hukukun üstünlüğünü geniş anlamıyla yorumlamakta ve maddi anlamda hak ve özgürlükler güvencesini ve gerçekleştirilmesini (özellikle yargı kararlarının uygulanması) de aramaktadır.

Şu hâlde hukukun üstünlüğünün AİHM içtihadında çifte işlevle karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bir yandan Mahkeme hukukun üstünlüğünü hak ve özgürlükleri gerçekleştirmekte önemli bir yorum aracı olarak gördüğünü ifade etmekte, diğer yandan demokratik toplum düzeninin önemli bir çerçe-

99 *Loizidou/Türkiye* (Preliminary Objections), B. No: 153118/89, 23/03/1995, § 75.

vesi oluşturduğunu vurgulamaktadır. Bu her ne kadar Mahkemeye statükocu bir görünüm atfedilmesine sebep olsa da Mahkeme, bir anlamda meşruluğunu aldığı ilke sayesinde gerek özel olarak demokratik toplumdaki gerek genel itibarıyla demokrasiden sapmalara karşı bir bariyer teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

I. Kitap ve Makaleler

- ARSLAN, Zühtü (2019). "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *HFSA*, C. 6, ss. 36-55.
- BEITZ, Charles R. (2009). *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- BELLAMY, Richard (2014). "The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights", *EJIL*, C. 25., S. 4., ss. 1019-1042.
- BINDER, Christina (2018). "Liberty Versus Security? A Human Rights Perspective in times of Terrorism", *Anuario Español de Derecho Internacional*, C. 34., ss. 575-595.
- BINGHAM, Tom (2010). *The Rule of Law*, London: Penguin Books.
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2023). "Principles of the Rule of Law: Historical Backgrounds", ss. 1-13, <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/01/Brewer-Catrias.-Principles-of-the-Rule-of-Law.-.Historical-Approach-January-2023.pdf> (Erişim Tarihi: 4/9/2023)
- CHEN, Bruce (2015). "The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application", *Monash University Law Review*, C. 41., S. 2., ss. 329-376.
- CONSTANTINIDES, Aristoteles (2008). "Questioning the Universal Relevance of the Universal Declaration", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, C. 62., S. 63., ss. 49-63.
- DWORKIN, Ronald (1984). Rights as Trumps, içinde Waldron, Jeremy (Ed.), *Theories of Rights* (ss. 153-167), Oxford: Oxford University Press.
- ENDO, Guillaume (2002). "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege", *Revue Quebecoise De Droit International*, C. 15., S. 1., ss. 205-220.

- FOX, Gregory H. ve NOLTE, Georg (2000). Intolerent Democracy, içinde Fox, Gregory H. ve Roth, Brad R. (Ed.), *Democratic Governance and International Law* (ss. 389-435), Cambridge: Cambridge University Press.
- GARLICKI, Lech (2008). "Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe", *I-CON*, C. 6., S. 3-4., ss. 509-530.
- GREER, Steven (1997). *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 15, Council of Europe Publishing.
- HELPER, Laurence R. (2008). "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddness as a Deep Sturctural Principle of the European Human Rights Regime", *The European Journal of International Law*, C. 19., S. 1., ss. 125-159.
- HORODOVENKO, Viktor, SHANDULA, Alexander ve DMYTRIYEVA, Mariya (2022). "Legal Certainty in Law Enforcement through the Prism of ECtHR Decisions", *Amazonia Investiga*, C. 11., S. 59., ss. 43-53.
- KEMPEN, Piet Hein (2013). "Four Concepts of Security – A Human Rights Perspective", *Human Rights Law Review*, C. 13., S. 1., ss. 1-23.
- KILINÇ, Bahadır (2016). "The Issue of Binding Value of Precedent Cases in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7., ss. 665-675.
- KLATT, Matthias (2011). "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *ZaöRV*, C. 71., ss. 691-718.
- KRATOCHVIL, Jan (2019). "Subsidiarity of Human Rights in Practice: The Relationship between the Constitutional Court and Lower Courts in Czechia", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, C. 37., S. 1., ss. 69-84.
- KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergis (2022). Çağdaş Hukuk Düşüncesinde Maddi-Şekli Hukukun üstünlüğü Ayırımı, içinde Şahbaz, İbrahim ve Yetimoğlu, Melike Ezgi (Ed.),

Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu (ss. 110-118), İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları.

KÜRIS, Egidijus (2018). "On the Rule of Law and the Quality of the Law: Reflections of the Constitutional Turned International Judge", *Teoría y Realidad Constitucional*, S. 42., ss. 131-159.

LANNEAU, Regis (2016). What is legal Certainty? A Theoretical Essay, içinde Du Marais, Bertrand ve Marrani, David (Ed.), *Legal Certainty in Real Estate Transactions: A Comparison of England and France* (ss. 23-36).

LAUTENBACH, Geranne (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

LESAFFER, Randall (2005). "Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription", *The European Journal of International Law*, C. 16., S. 1., ss. 25-58.

LUPO, Nicola ve Piccirilli, Giovanni (2012). "The European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of Law", *Legisprudence*, C. 6., S. 2., ss. 229-242.

MARKS, Susan (1996). "The European Convention on Human Rights and Its 'Democratic Society'", *British Yearbook of International Law*, C. 66., S. 1., ss. 209-238.

MAROCHINI, Masa (2014). "The Interpretation of the European Convention on Human Rights", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, S. 1., ss. 63-84.

MOISE, Andrei Emil (2020). "The 'Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege' Principle and Foreseeability of the Criminal Law in the Jurisprudence of European Court of Human Rights", *Law, Crime and Justice*, C. 3., S. 7., ss. 240-247.

MURPHY, Cian C. (2010). "The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR", *European Human Rights Law Review*, C. 2., ss. 192-210.

- MUSIC, Safet (2017). The Principle of Legality According to the European Convention on Human Rights, içinde *Towards a Better Future: The Rule of Law, Democracy and Polycentric Development Conference* (ss. 1-12), Bitola.
- NIEUWENHUIS, Aernout (2007). "The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *European Constitutional Law Review*, C, 3., ss. 367-384.
- NINATTI, Stefania ve ARCARI, Maurizio (2015). "Patterns of Democracy in the Case Law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights", *Polish Yearbook of International Law*, C. XXXV., ss. 171-192.
- O'CONNELL, Roy (2020). *Law, Democracy and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin (2019). "Hukukun Üstünlüğü Olgusu", <https://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA3-O%CC%88kc%CC%A7esiz.pdf> (Erişim Tarihi: 4/9/2023)
- PALOMBELLA, Gianluigi (2016). Beyond Legality- Before Democracy, içinde Closa, Carlos ve Kochenov, Dimitry (Ed.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (ss. 36-58), Cambridge: Cambridge University Press.
- PILDES, Richard H. (2019). The Law of Democracy and the European Court of Human Rights, içinde Christine, Landfried (Ed.), *Judicial Power* (ss. 109-138), Cambridge: Cambridge University Press.
- RAZ, Joseph (2019). "The Law's Own Virtue", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 39., S. 1., ss. 1-15.
- ROSENFELD, Michel (2001). "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, C. 74., ss. 1-70.
- RYCHLEWSKA, Aleksandra (2016). "The Nullum Crimen Sine Lege Principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantes", *Polish Yearbook of International Law*, C. XXXVI., ss. 163-186.

- SCHABAS, William (2015). *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- SCHAFFER, Johan Karlsson (2015). "The Co-Originality of Human Rights and Democracy in an International Order", *International Theory*, C. 7., S. 1., ss. 96-124.
- ÇAĞLAR, Selda (2015). Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi, içinde Göztepe, E. (Der.), *Hukuk Güvenliği* (ss. 25-138). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- SICILANOS, Linos-Alexandre (2020). "The Rule of Law and the European Court of Human Rights: The Independence of the Judiciary", *Montenegrin Academy of Sciences and Arts*, ss. 1-5, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20200228_Sicilianos_Montenegro_ENG (Erişim Tarihi: 26/5/2023)
- SLOOT, Bart van der (2020). "The Quality of Law", *JIPITEC*, C. 11., ss. 160-185.
- SOTTIAUX, Stefan ve RUMMENS, Stefan (2012). "Concentric Democracy: Resolving the Incoherence in the European Court of Human Rights' Case Law on Freedom of Expression and Freedom of Association", *I-CON*, C. 10., S. 1., ss. 106-126.
- SPANO, Robert (2018). "The Future of the European Court of Human Rights: Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, C. 18., S. 3., ss. 1-22.
- SPANO, Robert (2021). "The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary", *Eur. Law Journal*, C. 27., S. 1-3., ss. 1-17.
- SPELMANN, Dean (2012). "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European View", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, C. 14., ss. 381-418.

- TRYKHLIB, Kristina (2020). "The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *ECLIC*, S. 4., ss. 128-154.
- TÜMAY, Murat (2009). "The Subsidiarity Protection of European Convention on Human Rights", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17., S. 1., ss. 185-214.
- VAN DROOGHENBROECK, Sebastian ve RIZCALLAH, Cecilla (2019). "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?", *German Law Journal*, C. 20., S. 6., ss. 904-923.
- VILJANEN, Jukka (2008). "The role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, S. 62-63., ss. 249-265.
- VOORHOOF, Drik ve CANNIE, Hannes (2010). "Freedom Expression and Information in a Democratic Society", *The International Communication Gazette*, C. 72., S. 4-5., ss. 407-423.
- ZAND, Joseph (2017). "The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights", *University of Baltimore Journal of International Law*, C. 5., S. 2., ss. 195-227.
- ZYSSET, Alain (2017). *The ECHR and Human Rights Theory*, New York: Routledge.
- WALDRON, Jeremy (2011). "The Rule of Law and the Importance of Procedure", *Nomos*, C. 50., ss. 3-39.
- WALDRON, Jeremy (2008). "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, C. 43., S. 1., ss. 1-61.

II. Mahkeme Kararları

Aliyev/Azərbaycan, B. No: 68762/14 ve 71200/14, 20/9/2018.

Amuur/Fransa, B. No: 19776/92, 25/6/1996.

Loizidou/Türkiye (Preliminary Objections), B. No: 153118/89, 23/3/1995.

- Assanidze/Gürcistan* [BD], B. No: 71503/01, 8/4/2004.
- Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 133/1996/752/951, 30/1/1998.
- Capital Bank AD/Bulgaristan*, B. No: 49429/99, 24/11/2005.
- Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/4/1992.
- CR/Birleşik Krallık*, B. No: 20190/92, 22/11/1995.
- De Tommaso/İtalya* [BD], B. No: 43395/09, 23/2/2017.
- Döner ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 29994/02, 7/3/2017.
- Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975.
- Gozelik ve diğerleri/Polonya*, B. No: 44158/98, 17/2/2004.
- Groppera Radio AG ve diğerleri/İsviçre*, B. No. 10890/84, 28/3/1990.
- Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976.
- Hirst/Birleşik Krallık (No. 2)*, B. No: 74025/01, 6/10/2005.
- Kafkaris/Kıbrıs*, B. No: 21906/04, 12/2/2008.
- Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978.
- Kruslin/Fransa*, B. No: 11801/85, 24/4/1990.
- Lekic /Slovenya* [BD], B. No: 36480/07, 11/12/2018.
- Leyla Şahin/Türkiye*, B. No: 44774/98, 10/11/2005.
- Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984.
- McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 3/10/2006.
- Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 41340/98, 13/2/2003.
- Selahattin Demirtaş/Türkiye*, (No. 2), B. No: 14305/17, 22/12/2020.
- Sitaropoulos ve Giakounopoulos/Yunanistan* [BD], B. No: 42202/07, 15/3/2012.
- Stafford/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 46295/99, 28/5/2002.
- Stankov ve United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaristan*, B. No: 29221/95 ve 29225/95, 2/10/2001.

Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 67/1997/851/1058,
23/9/1998.

Stere ve diğerleri/Romanya, B. No: 25632/02, 23/2/2006.

Uspakich/Litvanya, B. No: 14737/08, 20/12/2016.



TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞUNU SİYASETİN YARGISALLAŞMASI ÜZERİNDEN AÇIKLAMAK

*The Establishment of the Turkish Constitutional Court from the
Perspective of the Judicialization of Politics*

Arş. Gör. Enis DUMAN**

ÖZET

Siyasal karar alıcılar, niçin kendilerini sınırlayabilecek bir anayasa mahkemesini kurar ve ona yetki aktarır? “Siyasetin yargısallaşması” kavramı kapsamında yapılan çalışmaların cevap aradığı en temel sorulardan birisi budur. Bu çalışma, söz konusu soruya Türkiye örneği üzerinden cevap aramaktadır. Siyasetin yargısallaşması, temelde: Anayasa Mahkemelerinin siyasal karar alım süreçlerindeki artan gücünü, siyasal niteliği haiz sorunların giderek Anayasa Mahkemelerine taşınmasını ve hukuki söylemin ve retoriğin siyasal alana nüfuz etmesini nitelendirmektedir. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi, bir askerî darbenin ardından hazırlanan Anayasa’yla ihdas edilmiş olup anayasa yapım sürecinde Mahkemenin gerekliliği ile ilgili herhangi bir tartışma olmamıştır. Bahse konu dönemde siyasetin yargısallaşmasının anayasal söylemin yoğunlaşma-

* Bu makale İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Doktora Programı kapsamında yazılmakta olan doktora tezinden üretilmiştir. 26-28 Ekim 2023 tarihinde, Kırkkale Üniversitesi’nde düzenlenen 23. Uluslararası Kamu Yönetimi Forumu’nda sunulmuş bildirin gözden geçirilmiş halidir.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi. Kırklareli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, eduman@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0823-9660

sıyla şekillendiği görülmektedir. Anayasal söylemden kasıt, hukuki söylemin ve retoriğin siyasal söylemlere ve stratejilere hâkim olmaya başlamasıdır. Bu söylemin oluşmasında, kendi içlerinde homojen olmayan aktörlerin mücadelelerinin payı bulunmaktadır. Çalışmada bu söylemi tespit edebilmek amacıyla; muhalefet partilerinin programları, seçim beyannameleri ve bildirimleri 1961 Anayasası'na temel oluşturan Anayasa tasarıları ve Kurucu Meclis görüşmeleri incelenmiştir. 1961 Anayasası'yla bir Anayasa Mahkemesinin tartışmasız bir şekilde ihdas edilmesinin ardında 1950'lerin ortalarından itibaren muhalefet partileri ve aydınlar aracılığıyla şekillenen siyasal söylemin anayasal söylem tarafından belirlenmesinin payı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Çalışma; Mahkemenin kurulmasının sebebini, siyasetin yargısallaşması ve bu olgunun söylem düzeyindeki yansımaları ele alması bakımından literatüre katkı sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siyasetin yargısallaşması, yargının güçlendirilmesi, Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa yapımı, 1961 Anayasası.

ABSTRACT

Why do political decision-makers establish and transfer authority to a constitutional court that can impose limit on their own powers? This is one of the most fundamental questions that studies on the concept of “judicialization of politics” seek to answer. This study attempts to answer this question through the case of Turkey. The judicialization of politics basically refers to the growing influence of constitutional courts in political decision-making processes, the increasing referral of political issues to constitutional courts, and the penetration of legal discourse and rhetoric into the political sphere. In Turkey, the Constitutional Court was established by the Constitution drafted after a military coup and there was no debate on the necessity of the Court during the constitution-making process. It is observed that the judicialization of politics in this period was driven by the intensification of constitutional discourse. What is meant by constitutional discourse is that legal discourse and rhetoric began to dominate political discourses and strategies. In the formation of this discourse, the struggles of non-homogeneous actors played a role. In this study, in order to identify this discourse, the programs, election manifestos and declarations of the opposition parties, the constitutional drafts that formed the basis of the 1961 Constitution as well as the discussions held within the Constituent Assembly were analyzed. The study finds that the uncontroversial establishment of the Constitutional Court with the 1961 Constitution was influenced by the political discourse shaped by opposition parties and intellectuals since the mid-1950s and onwards, which was then dominated by constitutional discourse. The study contributes to the literature by addressing the reason for the establishment of the Court, the judicialization of politics and the reflection of this phenomenon at the level of discourse.

Keywords: Judicialization of politics, judicial empowerment, the Constitutional Court of the Republic of Türkiye, constitution making, the 1961 Constitution of the Republic of Türkiye.

GİRİŞ

Türkiye İşçi Partisi'nin eski başkanı Mehmet Ali Aybar, henüz askeri darbe gerçekleşmeden önce, 1956 yılında arkadaşına yazdığı bir mektupta o dönemin muhalefet partilerinden şikâyetçidir. Demokrat Parti (DP) dönemi ekonomi politikalarına yönelik muhalefet tarafından herhangi bir öneri getirilmemesini eleştiren Aybar, bu partilerin "*varsa çift meclis, anayasa mahkemesi, falan filan*"la uğraştığını söyler¹. Aybar'ın eleştirisinin doğru veya yanlışlığından bağımsız olarak, özellikle 1950'lerin ortalarından itibaren muhalefet partilerinin Anayasa değişikliği üzerinde şekillenen ve buna yönelik bir anayasal söylem tarafından belirlenen muhalefet diline sarıldıkları açıktır. Anayasa Mahkemesi de bu söylemin başat unsurlarındandır. Nitekim Türkiye'de siyasal iktidarı sınırlayacak bir Anayasa Mahkemesi, bu dönemde beliren anayasal söylemin taleplerini gerçekleştirecek bir askeri darbenin ardından yapılan Anayasa ile ihdas edilmiştir. Peki, seçimlerde iktidara gelme öngörüsünde olan siyasal partiler neden kendisini sınırlandıracak, işlemlerini geçersiz kılabilecek bir Anayasa Mahkemesini kurma ve ona yetki aktarma niyetine girerler? Siyasetin yargısallaşması kavramı etrafında şekillenen çalışmaların cevap aradığı sorulardan birisi de budur². Bu çalışma söz konusu soruya Türkiye vakası üzerinden cevap aramaktadır.

1961 Anayasası'nı hazırlamakla görevli Kurucu Meclis tutanaklarından hareketle Anayasa Mahkemesinin gerekliliği hususunda herhangi bir tartışmanın olmadığı görülmektedir. Bunda 1950-60 arası dönemin bağlamıyla şekillenen, bir Anayasa Mahkemesinin gerekliliği üzerinde Anayasa'ya şeklini veren aktörlerin uzlaşmasının payı bulunmaktadır. Özellikle 1950'lerin ortalarından itibaren DP'ye karşı muhalefet parti-

1 Aktaran Ünlü, B. (2022). *Mehmet Ali Aybar*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 166.

2 Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 24.

lerinin siyasal söylemleri üzerinde, bir Anayasa değişikliği gerekliliği amacıyla birleşen anayasal söylemin etkisi belirgindir. Anayasal söylemin oluşmasında aktörlerin kendi içlerinde farklılaşan, homojen olmayan görüşlerinin mücadelesinin etkisi bulunmaktadır. Bu dönemde siyasetin anayasal söylemin yoğunlaşması yoluyla yargısallaştığı görülmektedir. Metin boyunca anayasal söylem ile kastedilen, bu dönemdeki muhalefet cephesinin³ siyasal söyleminde hukuki dil ve retoriğin yoğunlaşmasıdır. Çalışmada, anayasal söylemin hakimiyetine normatif bir değer atfedilmemekte; bu söylemin siyasal mücadelelerden bağımsız olmayan stratejik süreçlere bağlı olarak geliştiği düşünülmektedir.

Çalışmada öncelikle Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun ardındaki sebepleri anlamaya imkân sağlayacak siyasetin yargısallaşmasının kavramsal analizine ve onun söylem/retorik boyutuna dikkat çekilecektir. Belirtilen dönemdeki anayasal söylemi takip edebilmek için ise öncelikle muhalefetteki siyasal partilerin rolüne odaklanılacaktır. Bu yönde muhalefet partilerinin seçim beyanname ve programları temel belgelerdir. Bu belgelerde somutlaşan söylemin oluşumunda *Forum* dergisiyle simgesel hale gelen aydınların rolü de bulunmaktadır. Ayrıca bu dönemde muhalefetin siyasal iktidara karşı formel düzeyde olmasa da yürüttüğü ittifak ile bunun neticesinde ortaya konan bildirimler mevcuttur. Muhalefet partileri tarafından Anayasa Mahkemesi özelinde oluşturulan anayasal söylemin Anayasa'ya nasıl taşındığı meselesi ise 27 Mayıs sonrasında Anayasa tasarısı hazırlamakla görevlendirilen İstanbul Komisyonu ve sonrasında devreye giren Ankara Si-

3 1956 yılında muhalefet partilerinin siyasal iktidara karşı ortak hareket etmesine yönelik Hürriyet Partisi Genel Sekreteri İbrahim Öktem, "siyasi ufkumuzda bugün doğmuş olan muhalefet cephesi, vatandaşlar arasında en ümitli hareket sayılmaktadır" ifadesini kullanmıştır. Çalışmada anayasal söylemin üretilmesinde önemli yeri bulunan bu ortaklığı ifade etmek için de "muhalefet cephesi" ifadesi tercih edilmiştir. Aktaran Çakmak, D. (2008). "Türk Siyasal Yaşamında Bir Muhalefet Partisi Örneği: Hürriyet Partisi (1955-1958)", *Gazi Akademik Bakış*, C. 2., S. 3., s. 175.

yasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyelerinin hazırladığı taslak ve nihayetinde Kurucu Meclis tutanakları üzerinden karşılaştırmalı bir şekilde takip edilecektir. Bu bağlamda çalışmada bahsi geçen kaynaklarda yer alan Anayasa değişikliği talebi, Anayasa'ya yüklenen anlam, bir Anayasa Mahkemesinin gerekliliği gibi etiketler üzerinden anayasal söylemin tespitine yönelik yorumsamacı bir yaklaşım benimsenmiştir.

I. TÜRKİYE VAKASINA MEVCUT YAKLAŞIMLAR

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun ardındaki sebeplere ve onun siyasal sistem içerisindeki yerine dair çalışmalarda Ran Hirschl'in hegemonik koruma tezinin⁴ "hegemonik" bir konumu bulunmaktadır.⁵ Öyle ki Ergun Özbudun'a göre hegemonik koruma tezi, "Türkiye'de Anayasa yargısının doğuşunu açıklamak bakımından en inandırıcı teoridir"⁶. Bu yaklaşıma göre Anayasa Mahkemesinin kurulmasının ardında iktidarın sınırlandırılması yönündeki hukuki amaçtan ziyade merkez elitlerinin çevrenin çoğunluk iktidarına karşı çıkacak ve değerlerini koruyacak bir araç olmasının payı bulunmaktadır⁷. Hegemonik koruma tezinin Türkiye bağlamında tercih edilmesinin ardında Türkiye'nin toplumsal ve siyasal yapısını açıklamada oldukça güçlü ve etkili bir teorik yaklaşım olan merkez-çevre teorisiyle aralarındaki yakınlığın önemli payı bulunmaktadır. Hegemonik koruma tezinin elitler arası mücadeleye dayanması ve Anayasa Mahkemesini bu elitler arası mücadelede

4 Hirschl, R. (2007). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge-London: Harvard University Press, s. 43.

5 Özbudun, E. (2012). "Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri", *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 17., S. 68., ss. 5-18; Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, içinde Ergül, O. (Der.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 336-351), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları; Belge, C. (2006). "Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law & Society Review*, C. 40., S. 3., ss. 653-692; Gülener, S. (2012). *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayınları; Ergül, O. (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

6 Özbudun, E. (2005). s. 340.

7 Özbudun, E. (2012). ss. 17-18; Ergül, O. (2007). s. 126.

bir taraf olarak kurgulamasına benzer şekilde merkez-çevre yaklaşımına dayanarak Mahkeme'nin merkezin değerlerini benimseyen bir aktör olarak görülmesi hegemonik koruma tezinin ilgi görmesini kolaylaştırıcı bir etken olmalıdır⁸. Ayrıca Ran Hirschl'in çalışmalarında, hegemonik koruma tezinin pratikteki karşılığına örnek olarak Türkiye'yi sıkça örnek göstermesi de bu tezin ilgi görmesinde etkilidir⁹.

Hegemonik koruma tezinin etkisi kadar olmasa da Anayasa Mahkemelerinin kurulmasının ardındaki siyasal role odaklanan bir diğer yaklaşım olan sigorta teorisi de Türkiye vakasını açıklama noktasında tercih edilen teorik yaklaşımlardan biridir¹⁰. Hootan Shambayati ve Kirdiş'in çalışması, Anayasa Mahkemesinin kurulmasının ardındaki sebepleri açıklamada hegemonik koruma tezinin argümanlarının hakkını teslim etmekle birlikte, sigorta teorisinin daha açıklayıcı bir yaklaşım sunacağını iddia etmektedir¹¹. Yazarlar, sigorta teorisinin seçim bazlı açıklama modelini takip ederek Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin bu dönemde oluşan ittifak tarafından gelecekteki çoğunluk hükümetlerine karşı bir sigorta amacıyla kurgulanmış olduğunu iddia etmektedirler. Fakat yazarlar, söz konusu durumun 1982 Anayasası'yla birlikte farklılaştığını ve Anayasa Mahkemesinin ordunun "medenileştirme misyonu"nun bir aracı haline geldiğini belirtmektedirler. Yazarların, hegemonik koruma tezine eleştirileri bu yaklaşımın zayıf aktörlerin stratejik tercihlerine dayandığına yöneliktir. Onlara göre güçlü aktörler de Anayasa Mahkemelerini güçlendirme

8 Ergül, O. (2007). s. 125.

9 Hirschl, R. (2004). "'Juristocracy' -- Political, Not Juridical", *The Good Society*, C. 13., S. 3., s. 7; Hirschl, R. (2004). "Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales", *Texas Law Review*, C. 82., S. 7., ss. 29-36; Hirschl, R. (2008). "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts", *Annual Review of Political Science*, C. 11., S. 1., s. 104.

10 Shambayati, H. ve Kirdiş, E. (2009). "In Pursuit of 'Contemporary Civilization': Judicial Empowerment in Turkey", *Political Research Quarterly*, C. 62., S. 4., ss. 767-780.

11 a.g.e. s. 769.

yoluna gidebilirler¹². Bununla birlikte Ginsburg'un yaklaşımında da Anayasa Mahkemelerini güçlendirmenin ardındaki sebep, güç dengelerinin gelecekteki belirsizliği üzerinden hareket eder. Bu bağlamda sigorta teorisinin de gücünü kaybetmekte öngörüsünde olan aktörler üzerinden bir açıklama getirdiği söylenebilir¹³.

Rasyonel-stratejik açıklamaların dışında Lisa Hilbink'in yaklaşımından ilhamla¹⁴ Mahkeme'nin rolünü düşünsel ve tarihsel bağlama atıf yaparak açıklayan Oya Yeğen'in çalışması, tarihsel kurumsalcı bir perspektifle Türkiye ve Şili'de yargının güçlendirilmesinin sebeplerine odaklanmaktadır¹⁵. Bu iki ülkedeki Anayasa değişikliklerini temel alarak kurumsal mekanizmalara odaklanan çalışma hegemonik koruma tezinin sınırlılıklarını aşan bir muhtevaya sahiptir. Türkiye'de muhalefet partilerinin hangi durumlarda Anayasa Mahkemesine başvurduğu sorusuna cevap arayan Aylin Aydın-Çakır'ın çalışması ise rasyonel-stratejik yaklaşımların eksiklikleri üzerinden hareket eder¹⁶. Yazar, Türkiye örneği üzerinden yargı bağımsızlığının tam anlamıyla olmadığı yerlerde de muhalefet partilerinin stratejik olarak dava yoluna başvurabileceğini iddia etmiştir. Ayrıca rasyonel-stratejik yaklaşımın iddia ettiği gibi, Mahkemeye başvurmakla birlikte beklenen sadece o davayı kazanmak değildir; Mahkemelerden farklı stratejik faydalar elde etmek için de bu yola başvurulabilir. Yazarın "*stratejik dava*" teorisi olarak adlandırdığı açıklamaya göre bir

12 a.g.e. s. 770.

13 Ginsburg, T. (2003). s. 25.

14 Hilbink, L. (2009). "The Constituted Nature of Constituents' Interests: Historical and Ideational Factors in Judicial Empowerment", *Political Research Quarterly*, C. 62., S. 4., ss. 781-797.

15 Yeğen, O. (2018). "Judicial 'empowerment' through constitutional change: the case of Chilean and Turkish Constitutional Courts", *Research and Policy on Turkey*, C. 3., S. 1., ss. 40-67; Anayasa Mahkemesini tarihsel kurumsalcı bir perspektifle inceleyen son dönemli bir çalışma için bkz. Göztepe, E. (2023). "Yeni-Kurumsalcı Teori Işığında Anayasa Mahkemesinin Normatif Düzenlemeler Yoluyla Dönüşümü", *Anayasa Yargısı*, C. 40., S. 1., ss. 253-270.

16 Aydın-Çakır, A. (2014). "Judicialization of Politics by Elected Politicians: The Theory of Strategic Litigation", *Political Research Quarterly*, C. 67., S. 3., ss. 489-503.

muhafelet partisi seçimler yaklaştığı zaman tekrar muhafelet partisi olacağına veya meclis dışında kalacağına yönelik bir öngörüye sahipse bu durumda mahkemeye sıklıkla başvurmak onun için stratejik faydalar sağlayabilir¹⁷.

Son dönemde Anayasa Mahkemesinin siyasal işlevine dair hegemonik koruma tezine yönelik eleştirel çalışmalarda canlanma görülmektedir¹⁸. Bu eleştirilerin temel argümanı, hegemonik koruma tezinin Türkiye örnekliliğini her durumda açıklayamadığı üzerinden hareket eder. Hegemonik koruma teziyle birlikte onu merkez-çevre yaklaşımıyla birlikte okuyan yaklaşım da bu eleştirilerden payını almaktadır. Bu yönde Mustafa Mert Alpbaz'ın çalışması hegemonik koruma tezinin Türkiye'de "büyük ölçüde yanlış ve eksik" anlaşıldığını ifade etmektedir¹⁹. Örneğin, yazara göre hegemonik koruma tezini Türkiye vakasını açıklamakta temel alan çalışmalarda Hirschl'in "ekonomik elitler" olarak tarif ettiği elit grubuna herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Oysa Hirschl'in tezindeki ekonomik elitler neoliberal politikaları savunurken, Türkiye'de hegemonik koruma tezinin okumasında merkez elitlerin ekonomiye yaklaşımı devletçi bir bakıştan hareket eder²⁰.

Hegemonik koruma tezinin Türkiye'ye uyarlanmasına eleştirel yaklaşan Gülce Tarhan Çelebi'nin çalışması ise Mahkeme'nin siyasal işlevi ve diğer aktörlerle olan ilişkisi bağlamında dönemsel bir okuma yaparak literatürde ayrı bir yere oturmaktadır. Hegemonik koruma tezinin, tüm bir süreci ak-

17 a.g.e. s. 490.

18 Seven, G. ve Vinx, L. (2017). "The Hegemonic Preservation Thesis Revisited: The Example of Turkey", *Hague Journal on the Rule of Law*, C. 9., S. 1., ss. 45-82; Alpbaz, M. M. (2020). *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kemalizm ve Otoriterlik: Analitik Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayınları; Hazama, Y. (2012). "Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey", *International Political Science Review*, C. 33., S. 4., ss. 421-440; Çelebi, G. T. (2024). "1962-1980 Arasında Anayasa Mahkemesi ve Siyasal Aktörlerin İlişkisi: Hegemonik Koruma Tezi'ne Eleştirel Bir Yaklaşım", *Alternatif Politika*, C. 16., S. 1., ss. 142-179.79.

19 Alpbaz, M. M. (2020). s. 280.

20 a.g.e. s. 282.

törler arasındaki sabit ilişkiler üzerinden yorumladığını ve aralarındaki mücadeleleri göz ardı ettiğini belirtmektedir. Yazara göre hegemonik koruma tezi ve merkez-çevre yaklaşımı 1960-80 arası dönemi anlamlandırmak için zayıf kalmaktadır. 1960'ların ortalarına kadar Anayasa Mahkemesine yönelik tavırda merkez ve çevre aktörleri arasında bir farkın bulunmadığına işaret eden yazar, sonrası dönemde ise ordu ile CHP arasındaki ittifakın bozulduğu 12 Mart sonrasında Anayasa Mahkemesi üzerine eleştiriler geliştiren Adalet Partisi ile ordu arasındaki yakınlaşmadan hareketle merkez-çevre yaklaşımının eksikliğini vurgulamaktadır²¹.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun ardındaki sebepleri, siyasal niteliğini ve siyasal sistem içerisindeki yerini konu alan çalışmalarda, özellikle Türkçe literatürde, siyasetin yargısallaşması kavramı üzerinden hareket edilmediği görülmektedir. Bu noktada yargısal aktivizm kavramının sıklığı Türkçe literatürde çok daha baskındır. Türkiye örneğini ele alan İngilizce literatürde geliştirilen yaklaşımlar ise siyasetin yargısallaşmasının söylem ve retorik yönüne dikkat etmemektedir. Fakat bu hegemonik koruma tezi veya sigorta teorisinin açıklayıcılıktan uzak olduğu anlamına gelmemektedir. Bu çalışmada yapılmaya çalışılan Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun ardındaki söylemsel boyutun da bir etken olduğunu ortaya çıkarmaktır.

II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE: SİYASETİN YARGISALLAŞMASI

Çalışmada, Türkiye'de bir anayasa mahkemesi kurulması yönündeki kararın ardındaki itici güç siyasetin yargısallaşması (*judicialization of politics*) kavramı üzerinden ele alınmaktadır. Anayasa Mahkemelerinin küresel düzeydeki artan gücü ve siyasal sistemler içerisindeki ağırlığı söz konusu kavram etrafında tartışılmaktadır. Literatürde genel kabul gören bir tanıma göre siyasetin yargısallaşması, Anayasa Mahkemeleri ve hakimlerinin yetki ve güçlerinin siyasal karar alıcılar aleyhine

21 Tarhan Çelebi, G. (2024). s. 142.

genişlemesini, yargısal alana ait karar alım yöntem ve usullerinin siyaset alanına nüfuz etmesini niteler²². Bu anlamıyla kavram, daha öncesinde yasama ve yürütme organı eliyle çözülen sorunların giderek Anayasa Mahkemeleri tarafından çözülmeye başlaması durumuna vurgu yapar²³. Ran Hirschl siyasetin yargısallaşmasını bir “şemsiye” kavram olarak niteler ve kavramın birbirleriyle ilişkili üç süreci tanımladığını belirtir. Hirschl’a göre siyasetin yargısallaşmasının ilk yönü kendisini hukuki söylem, usul ve pratiklerin siyasal alan ve karar alma usullerine tesir etmesiyle gösterir. Kamu politikalarının üretilmesi sürecinin yargısal denetim üzerinden belirlenmesi siyasetin yargısallaşmasının diğer bir yönünü oluşturur. Son olarak siyasetin yargısallaşması kendisini “mega-siyasetin” veya “saf siyasetin” yargısallaşmasında gösterir. Ulusal güvenlik, milli eğitim politikası veya seçim sonuçlarının tasdiki gibi bir siyasi birliğe ait temel sorunlara da Anayasa Mahkemeleri karar verir hâle gelmiştir²⁴.

Hukuk alanının siyaset kurumuna etkisi bağlamında siyasetin yargısallaşması, aslında Anayasa yargısı mekanizmasının küresel genişlemesiyle eş zamanlı yayılır. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde çoğunluk iktidarlarının olası tehditlerini önlemek amacıyla Anayasa Mahkemelerinin kurulması aslında siyasetin yargısallaşmasını da başlatan olgudur²⁵. Bu yönüyle demokratikleşme adımları ile siyasetin yargısallaşması arasındaki beraberlik, siyasetin yargısallaşması için demokratik bir yönetimin varlığını gerektirdiği yorumunu beraberinde getirmiştir. Bununla birlikte artık yargının tam bağımsız olmadığı gelişmekte olan demokratik yönetimlerde

22 Vallinder, T. (1994). “The Judicialization of Politics—A World-Wide Phenomenon: Introduction”, *International Political Science Review*, C. 15., S. 2., s. 91.

23 Sieder, R., Schjolden, L. ve Angell, A. (2009). Introduction, içinde Sieder, R., Schjolden, L. ve Angell, A. (Der.), *The Judicialization of Politics in Latin America* (s. 2), New York: Palgrave Macmillan.

24 Hirschl, R. (2011). The Judicialization of Politics, içinde Goodin, R. (Der.), *The Oxford Handbook of Political Science* (ss. 4-6), Oxford: Oxford University Press.

25 Vallinder, T. (1994). s. 19.

de Anayasa Mahkemelerinin siyasal sistem içerisinde güçlü bir siyasal aktör olarak yer aldığı literatürde kabul edilmektedir²⁶. Tamir Moustafa'nın öncü çalışması, siyasetin yargısallaşması ile demokratik bir yönetim arasında kurulan bağı sorgulayarak, Mısır'ın otoriter yönetiminin neden kendi yetkilerinden taviz vermek pahasına bağımsız bir Anayasa Mahkemesi kurguladığı sorusuna cevap arar. Moustafa'ya göre Mısır'da anayasa mahkemesi kurulması yönündeki kararın ardında, ekonomide liberalleşme politikalarını desteklemek adına dış yatırımcılara gösterilmek istenen hukuki güvencenin payı bulunmaktadır²⁷.

Anayasa Mahkemelerinin küresel düzeyde artan gücü bu kurumların siyasal karar verme sürecinde etkili bir aktör hüviyeti elde etmesini, hâkimlerin de bu yöndeki istekliliklerini sağladığı düşünülmektedir. Bunda, siyasal karar alımında Anayasa Mahkemelerine ve yargısal usullere yönelik artan güvenin de payı bulunmaktadır²⁸. Belirtildiği gibi bir ülkenin etnik yapısına ilişkin sorunlardan, makro-ekonomi veya eğitim politikalarına kadar birçok kritik mega-siyaset alanında Anayasa Mahkemeleri söz sahibi olmuştur.²⁹ Örneğin, Türkiye'de 2007 yılında Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı seçimlerindeki usule ilişkin verdiği karar siyasal sistem üzerinde yapısal değişikliklere sebep olmuştur. Kanada'da Quebec'in statüsüne ilişkin verilen Anayasa Mahkemesi kararı ile Tayland'da 2006 yılında yapılan genel seçimlerin iptali ve siyasi partilerin kapatılması kararı da buna benzer niteliktedir ve Anayasa Mahkemelerinin siyasetin şekillenmesinde ne derece önemli etkiye sahip olabileceklerini göstermektedir. Bu noktada mega-siyaset alanlarının belirlenmesi, "siyasal olanın" nasıl tanımlanacağına ve o ülkenin kendi bağlamına göre

26 Aydın-Çakır, A. (2014). s. 489.

27 Moustafa, T. (2003). "Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt", *Law & Social Inquiry*, C. 28., S. 4., ss. 883-930.

28 Hirschl, R. (2006). "The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide", *Fordham Law Review*, C. 75., S. 2., s. 721.

29 Hirschl, R. (2004). s. 6.

değişiklik gösterecektir³⁰. Gelecek seçimi odağına alan siyasal aktörler için ülkenin “*mega-siyaset*” konularında karar vermek yerine bu kararı Anayasa Mahkemesine havale etmek, onlara belirli bir konfor alanı sağlayabilecektir³¹.

Siyasetin yargısallaşmasının uygulamadaki karşılığında ilk akla gelen siyasal partiler aracılığıyla yasaların Anayasa Mahkemesine taşınmasıdır. Muhalefet partilerinin yasa yapım sürecinden dışlandığı durumlarda siyasetin en önemli araçlarından birisi Anayasa Mahkemesine başvurmaktır. Çoğunluğa sahip bir siyasal partinin yasa yapma gücünü elinde tuttuğu durumlarda, özellikle küçük partiler olmak üzere Mecliste yer alan muhalefet partileri için Anayasa Mahkemesine başvuru, parti politikasını ikame etmenin elverişli ve bazı durumlarda mecburi bir yolu haline dönüşebilir. Yasa yapım sürecinde etkili olamayan muhalefet partileri bu süreci yargısallaştırarak kazanç elde edebilir³². Ayrıca bir yasanın Anayasa Mahkemesine taşınması, o partinin davayı kazanma öngörüsü olmasa bile parti politikalarının takipçisi olma noktasında kendi seçmen kitlesine yönelik bir mesaj da iletebilecektir³³. Bunun yanında Anayasa Mahkemelerinin yasama işlemlerini etkisiz bırakabilme gücü sebebiyle yasama organının yasa yaparken bir nevi Anayasa Mahkemesi hâkimi gibi hareket edeceği de ileri sürülebilir. Bu durumda olası bir iptal kararını önleme adına yasa yapma süreci teknik hukuki destekle birlikte anayasa mahkemesini de hesaba katarak yürüyecektir³⁴.

Anayasa Mahkemeleri yalnızca siyasal partiler için değil bireyler ve gruplar için de haklarını arayabilecekleri ve talep-

30 Hirschl, R. (2008). s. 99.

31 Hirschl, R. (2004). ss. 8-9.

32 Shapiro, M. ve Stone Sweet, A. (2002). *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford: Oxford University Press, s. 188.

33 Aydın-Çakır, A. (2014). s. 492.

34 Ferejohn, J. (2002). “Judicializing Politics, Politicizing Law”, *Law and Contemporary Problems*, C. 65., S. 3., ss. 41-42; Landfried, C. (1994). “The Judicialization of Politics in Germany”, *International Political Science Review*, C. 15., S. 2., s. 118.

lerini iletebilecekleri bir kanal haline gelmeye başlamıştır. Bi-reysel başvuru gibi usullerle Anayasa Mahkemelerine erişim imkanlarının çeşitlenmesi, gündelik hayatın birçok veçhesinin Anayasa Mahkemelerine taşınması sonucunu beraberinde getirmektedir³⁵. Temsili demokrasi kanallarına erişimi olmayan, özellikle dezavantajlı gruplar için Anayasa Mahkemeleri, taleplerini iletebilecekleri bir kanal olduğunda bu durum siyasetin aşağıdan yargısallaşmasına (*judicialization from below*) yol açacaktır³⁶.

Siyasal aktörlerin kendi güçleri aleyhine Anayasa Mahkemelerine güç aktarması (*judicial empowerment*) ilk bakışta çelişkili gibi görülebilir. Çünkü siyasal karar alıcılar yasa yapma imtiyazlarından belli ölçüde vazgeçmiş olurlar. Fakat siyasi bir sorunun Anayasa Mahkemesi eliyle çözülmesi bazı durumlarda siyasal iktidarlar için avantajlı ve rasyonel çözüme dönüşebilir. Bu yönde ilk akla gelen husus, kararlarını seçimleri gözeterek alacak olan siyasal aktörlerin bazı tartışmalı konularda verilecek kararın maliyetine katlanmak yerine bu konularda Anayasa Mahkemesinin karar vermesini güvenli ve stratejik bir yol olarak görebileceğidir. Siyasal partilerin seçimleri hesap ederek seçmen kitlesini ürkütmek istemeyecekleri, toplumun üzerinde bölünme olasılığı olan bu tür konular Hirschl'ın ifadesiyle "*kazananı olmayan siyasal çatışmalar*"dır³⁷. Siyasal maliyetin aktarılmasının yanı sıra bu tür konularda kararın Anayasa Mahkemesi tarafından alınması, bir siyasi krizden kurtulmanın yegâne yolu haline gelebilir³⁸.

Anayasa Mahkemelerine yetki aktarımı ve siyasi sorunları taşımanın siyasal karar alıcılar için stratejik bir yol olduğuna

35 Huneus, A., Couso, J. ve Sieder, R. (2010). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, içinde Couso, J., Huneus, A. ve Sieder, R. (Der.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America* (ss. 9-10), Cambridge: Cambridge University Press.

36 Sieder, R., Schjolden, L. ve Angell, A. (2009). ss. 6-7.

37 Hirschl, R. (2007). s. 39.

38 Domingo, P. (2004). ss. 107-108.

dair yaklaşımları Lisa Hilbink, “*rasyonel-stratejik*” teoriler olarak adlandırılmaktadır³⁹. Bu yaklaşımlara göre, eğer aktörler, siyasal hakimiyetlerine yönelik bir tehditle karşılaşarsa veya gelecek seçimlerde kaybedeceklerine yönelik bir öngörülerini oluşursa bu durumda bağımsız Anayasa Mahkemelerini destekleme ve onlara güç aktarma olasılıkları artar. Bu yönüyle siyasal elitler, kendilerini çoğunluk iktidarlarına karşı güvenmeye alırlar. Anayasa Mahkemelerine araçsal bir siyasal rol yükleyen bu yaklaşımların temeli, gücünü kaybetmekte olan aktörlerin stratejik kararlarına dayanır⁴⁰. Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun ardındaki sebebe, yargısal davranışına ve siyasal sistem içerisindeki konumuna ilişkin eleştirel yaklaşımlar kendisini “*rasyonel-stratejik*” teorilere yaslamaktadır.

Siyasetin yargısallaşmasını rasyonel-stratejik temel üzerinden açıklayan üç yaklaşım öne çıkmaktadır. J. Mark Ramseyer; Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri örnekleri üzerinden seçim piyasası teorisini temel aldığı çalışmasında, siyasal aktörlerin bağımsız mahkemeleri destekleme olasılıklarını inceler. Yazara göre seçimlerin düzenli bir şekilde devam edeceğine yönelik inancın bulunduğu bir sistemde siyasal aktörler, eğer seçimleri kazanma ihtimallerini düşük görüyorlarsa bu durumda bağımsız mahkemeleri destekleyeceklerdir⁴¹. Ran Hirschl’in hegemonik koruma tezine göre ise siyasal karar alım imtiyazına sahip elitler, çoğunluğu arkasına alan aktörler kendilerine tehdit oluşturduğunda siyasal hegemonyalarını korumak adına Anayasa Mahkemelerine sığınacaklardır. Böyle bir durumda yargıdaki atama süreçlerine hâkim olan elitler, kendi çıkarlarıyla uyumlu bir Anayasa Mahkemesine güç aktarma yoluna gideceklerdir⁴². Benzer bir rasyonel-stratejik tutumdan hareket eden Tom Ginsburg’un sigorta teorisi-

39 Hilbink, L. (2009). s. 781.

40 a.g.e. ss. 781-782.

41 Ramseyer, J. M. (1994). “The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach”, *The Journal of Legal Studies*, C. 23., S. 2., s. 722.

42 Hirschl, R. (2007). ss. 43-44.

ne göre bir ülkede yargısal denetim mekanizmasına duyulan ihtiyaç Anayasa tasarımcılarının gelecekteki siyasal güç dengesi hesaplarına dayanır⁴³. Gücün tek bir siyasal partinin elinde olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesine duyulan ihtiyaç daha az olacaktır. Fakat gücün birden çok parti arasında paylaşıldığı bir siyasal zeminde gelecek seçimlerin kazanana dair belirsizlik Anayasa Mahkemelerini bir siyasi enstrümana dönüştürebilir. Eğer iktidarda olan siyasal parti gelecek seçimlerde kazanacağına dair öngörüsünü kaybetmişse Anayasa Mahkemesine ihtiyacı olacaktır. Çünkü bu durumda çoğunluğu ele geçirecek aktörü sınırlama ihtiyacı doğacaktır⁴⁴.

Rasyonel-stratejik yaklaşımlara eleştirel bir çerçeveden bakan yaklaşıma göre yargının güçlendirilmesinin ardındaki sebebi anlayabilmek için siyasal aktörlerin bu yöndeki eylemlerinin tarihsel ve düşünsel bağlamını dikkate almak gerekmektedir⁴⁵. Çünkü rasyonel-stratejik yaklaşımların iddia ettiği gibi Anayasa Mahkemelerine güç aktarımı her halükârda stratejik güç hesaplamasına dayanmaz. Bu kararlara: algılar, kimlik, ideoloji, deneyim gibi çok sayıda faktör dahil olur. Ayrıca bu kararları çıkarlar üzerinden okumak da ilkeler üzerinden hareket etme yönündeki tutumu yok sayabilmektedir. Bazı durumlarda siyasal aktörler, anayasal denetimin normatif işlevine uygun olarak birey haklarını gözetmek adına da karar alabilir. Yine rasyonel-stratejik yaklaşımların gücünü kaybetme öngörüsünde bulunan siyasal aktörler üzerinden hareket ettiği savı da her durumda geçerli değildir. Bazı durumlarda gücünü koruyan siyasal aktörler de geçmiş deneyimler veya farklı çıkarlar adına Anayasa Mahkemelerine güç aktarabilir⁴⁶. Björn Dressel, rasyonel-stratejik yaklaşımların varsayımlarını dışlamamakla birlikte düşünsel bağlamın siyasetin yargısallaşmasını açıklamadaki gücüne vurgu yapmaktadır. Yazara göre örneğin Filipinler'de hakimlerin eğitimindeki Amerikan

43 Ginsburg, T. (2003). s. 24.

44 a.g.e. ss. 24-25.

45 Hilbink, L. (2007). s. 781.

46 a.g.e. ss. 783-84.

ağırlığı veya Malezya’da yurt dışında eğitim alan hâkimlerdeki *Commonwealth* hukuk düşüncesinin etkisi, onların yargısal davranışlarında da kendisini göstermektedir⁴⁷.

Siyasetin yargısallaşmasının bir diğer önemli görünümü, hukuki söylem ve retoriğin siyasal söylem üzerinde giderek egemen olmaya başlamasıdır⁴⁸. Hirschl’a göre hukuki söylem ve jargonun bu kadar etkili olması aslında hukuk devletinin yaygınlaşmasıyla alakalıdır. Siyasal karar alma usullerinin “*yargı-yargısal*” usullere tâbi olmaya başlaması bunun göstergelerindendir⁴⁹. Anayasa Mahkemelerinin yaygınlaşmaya başlaması ve siyaset alanını sınırlayıcı rolü de yasama yapım sürecinde Anayasa Mahkemelerinin vereceği olası kararı öngörecektir şekilde hareket etmeyi gerektirmiştir. Bu da yasama sürecinde hukuki söylem ve retoriğin etkili olmasına sebebiyet vermiştir⁵⁰. Bunun bir sonucu olarak, siyasal partiler, Anayasa Mahkemelerine başvurarak veya olası iptal kararını önlemek adına giderek hukuki uzmanlığın bilgisine ihtiyaç duyar hale gelmişlerdir.

Yargısallaşma; siyaset alanını kısıtlıyor gibi görünse de siyasal karar alıcılar, hukuk dilinin meşruiyet sağlayıcı niteliğinden araçsal olarak yaralanmasını bilmişlerdir. Siyasal rejimler, kamuoyu veya seçmen kitlesi üzerindeki meşruiyeti sağlamak adına giderek daha fazla “*haklar söylemine*” dayanmaktadırlar⁵¹. Latin Amerika ülkelerindeki yargısallaşma sürecini ele alan bir çalışmada, bu sürecin görünür kıldığı üç hususa dikkat çekilmektedir: Sosyal ve siyasal yaşamda hukuk dili ve kurumlarının aracılığına başvurulması, siyasal arenada hukuki araçların bir mücadele biçimi olarak kullanılması ve siyasal aktörlerin stratejik olarak hukuk dilinin meş-

47 Dressel, B. (2012). The judicialization of politics in Asia: Towards a framework of analysis, içinde Dressel, B. (Der.), *The Judicialization of Politics in Asia* (s. 10), Routledge.

48 Shapiro, M. M., ve Stone Sweet, A. (2002). s. 187.

49 Hirschl, R. (2006). s. 723.

50 Ferejohn, J. (2002). ss. 41-42.

51 Domingo, P. (2004). s. 110.

ruiyetine ve hukuki araçlara daha sık bir biçimde başvurmaya başlaması⁵². Martin Shapiro ve Stone Sweet'in veciz ifadesiyle “‘yargısallaşmış siyaset’, en azından kısmen hukuki söylem tarafından yürütülen siyasettir⁵³.”

Siyasetin yargısallaşmasının söylemsel yönünün özellikle Anayasa Mahkemelerinin kuruluş aşamasında dikkate alınması gerekmektedir. Nihayetinde henüz bir yargısal davranıştan söz etmediğimiz evrede, siyasal karar alıcıların neden anayasal denetim mekanizmasını kurdukları sorusunu tam olarak cevaplayabilmek için siyasal aktörler arasındaki güç dengelerini çözümlemenin yanı sıra aynı aktörlerin siyasal söylemlerinin tarihsel izleğini takip etmek gerekecektir. Çalışmanın ayırt edici yönünü de bu çaba oluşturmaktadır. Bu yönüyle çalışmanın takip ettiği yol, Hilbink'in tarihsel ve düşünsel bağlama yaptığı vurguyla örtüşmektedir. Bununla birlikte çalışmada hegemonik koruma tezi veya sigorta teorisinin açıklayıcılığı test edilmemekte, Anayasa Mahkemesinin kuruluş sebeplerine farklı bir pencereden bakılmaktadır. Nihayetinde çalışmada, Türkiye’de bir Anayasa Mahkemesi kurulması yönündeki kararın Kurucu Meclis’te herhangi bir tartışmaya sebebiyet vermeden kabul edilmesinin ardında 1950-60 arası dönemde oluşan anayasal söylemin siyasal söylem üzerindeki hakimiyetinin etkisi bulunduğu iddia edilmektedir.

III. ANAYASAL SÖYLEMİN OLUŞMASI

A. 1950-1960 ARASI DÖNEMDE SİYASETİN YARGISALLAŞMASI

Türkiye’de bir Anayasa Mahkemesinin gerekliliği de dahil olmak üzere yeni bir Anayasa’nın “kurtarıcılığı” üzerinden geliştirilen siyasal söylem⁵⁴, 1950’lerin ortalarından itibaren

52 Huneus, A., Couso, J., ve Sieder, R. (2010). s. 9.

53 Shapiro, M. M., ve Stone Sweet, A. (2002). s. 187.

54 Mümtaz Soysal’a göre anayasa ile yaşanan sorunların çözüleceğine dair inanç bu dönemde belirgindir. Soysal bu durumu siyasetçilerin suçu kendi üzerinden atması şeklinde yorumlamaktadır. Aktaran Tanör, B.

muhafezet partileri ve aydınlar aracılığıyla üretilmiş olsa da bu tarihten önce anayasal denetim üzerine geliştirilen fikirler ve yapılan girişimler⁵⁵ Anayasa yargısına geçişin kolaylığında pay sahibidir. Örneğin 1953 yılında Akşehir Hukuk Hâkimi Refik Gür'ün, görmekte olduğu davada, ilgili normun Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle onu uygulamayı ihmal etmesi, o dönem için yeterli etkiyi oluşturmasa bile tarihsel birikim; 1950'lerin ortalarından itibaren oluşan anayasal söylemin taşlarını döşemiştir⁵⁶. 1961 Anayasası'yla bir Anayasa Mahkemesi ihdas edilmesi yolunda geliştirilen fikirler veya uygulamaya dönük girişimler doğrudan olmasa da bu kurumsal tercihe imkân veren olumsuzluklar oluşturmuştur. Ferdan Ergut'un ifadesiyle "öncesinde önemsiz veya düzensiz olarak görünen gelişmeler, ileride önemli hale gelip yapısal bir nitelik kazanabilir⁵⁷." 1950'lerin ortalarından itibaren geliştirilmeye başlanan ve giderek DP'ye yönelik muhafezetin temelini oluşturan anayasal söylem, 1961 Anayasası'na giden yolda Anayasa Mahkemesinin kurulması yönündeki patikadan ayrılmayı zorlaştırmış; bu kurumsal tercih "bir zaman sonra seçilmesi zaten zorunlu olan patika gibi görülmeye" başlamıştır⁵⁸.

Bir Anayasa Mahkemesi kurulması gerekliliği yönünde siyaset kurumu içerisindeki sesler 1950'lerin ortalarından itibaren yükselmeye başlamıştır. Siyasal iktidarın üzerinde herhangi bir paylaşım veya onu frenleyecek bir mekanizmanın bulunmadığı tek parti döneminde böyle bir girişimin olma-

(2014). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri: (1789-1980)*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, ss. 362-63.

55 Türkiye'de kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin tarihine ilişkin yeni tarihli bir çalışma, literatürde bilinenden farklı olarak, bu yöndeki ilk anayasaya uygunluk denetiminin 1914 yılında Şura-yı Devlet tarafından gerçekleştirildiğini ortaya çıkarmıştır. Yolcu, S. (2023). "Anayasa Tarihimizden Bir Keşif: Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi İlk Defa Ne Zaman Denendi?", *Anayasa Yargısı*, C. 40., S. 2., ss. 87-114.

56 Onar, E. (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara, s. 188.

57 Ergut, F. (2021). *Tarihin Hakikatleri*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 37.

58 a.g.e. s. 39.

ması zaten beklenir bir durumdur. Bununla birlikte Cumhuriyet Halk Partisi'nin (CHP) iktidarını koruduğu 1946-50 yılları arasındaki çok partili hayatın ilk yıllarında da Anayasa yargısına yönelik bir talep oluşmamıştır⁵⁹. Anayasa Mahkemesi talebinin de içkin olduğu anayasal söylem, muhalefet partileri tarafından kaybedilen seçimlerin de etkisiyle stratejik olarak Demokrat Parti'nin (DP) Anayasa'ya aykırı kararları üzerinden somutlaştırılmakta ve ona bu imkânı sağlayan 1924 Anayasası'nın öngördüğü çoğunlukçu sistemin değişmesi gerektiği fikri üzerine bina edilmektedir. Bu söylemin seçim beyannamelerine yansımaları 1954 seçimleriyle başlamıştır. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi bu talep ve vaatlerin tek unsuru değildir. Çift Meclis mekanizması ve nispi seçim sistemi gibi hususlar da Anayasa Mahkemesiyle beraber bu söylemin ortak kurumsal düzenleme noktalarıdır. Bu dönemde oluşan anayasal söylemi; muhalefetteki siyasal partilerin program ve seçim beyannamelerinde, ortak bildirimlerinde ve *Forum* dergisinde simgeleşen aydın söyleminde takip etmek mümkündür.

Bu dönemde siyasal söyleme baskın anayasal söylemi takip etmek için bakılması gereken ilk nokta muhalefet partilerinin eylemleridir. CHP bu söylem üzerinde baskın bir konumda olsa da siyasal parti boyutunu yalnızca CHP üzerinden yorumlamak, dönemin anayasal söylemini anlamak açısından eksik bir okuma olacaktır. 1950-60 arası dönemde siyasal iktidara yönelik muhalefetin başını CHP çekmekle beraber, parti programının anayasal talep ve vaatler üzerine kurulmasında Hürriyet Partisi (HP) ve Cumhuriyetçi Millet Partisi (CMP) gibi diğer muhalefet partilerinin de etkisi bulunmaktadır. Nitekim 27 Mayıs'a giden süreçte muhalefet partileri; nispi temsile dayalı seçim sistemine geçilmesinden, Anayasa Mahkemesinin kurulmasına, Çift Meclis usulünün oluşturulmasından, yüksek hâkimler kuruluna dek birçok konuda ortaklaşmışlardır⁶⁰. Fakat bu ortaklığın pürüzsüz bir şekilde

59 Tanör, B. (2014). s. 362.

60 Aksoy, M. (1958). "Muhalefetin Birleşmesi Zaruridir", *Forum*, S. 110.

yürüdüğünü söylemek de mümkün değildir. Her ne kadar 1957 yılında DP'ye karşı bir iş birliği içinde olacaklarına dair taahhüt verseler de bu birliktelik zaman zaman kesintiye uğramıştır. Fakat üç parti 4 Eylül 1957'de içerisinde bir Anayasa Mahkemesi kurulmasını da öngören ortak ilkelerini deklare etmiştir⁶¹. Siyasal ideoloji yelpazesinin farklı yerlerinde yer alan bu partilerin siyasal iktidarın değişimi amacıyla ittifak yapmaları, onların keskin uçlarını yumuşatmalarına da sebep olmuştur. DP içerisinde çıkan HP, aydınların da desteklediği liberal bir partiyken CMP milliyetçi-muhafazakâr bir siyasal partidir. *Forum* dergisinden isimlerin desteklediği ve bünyesine katıldığı HP'nin 1957 seçimleri sonrası kendisini feshederek CHP'ye katılması, CHP'nin "haklar söylemi" üzerinden geliştirdiği muhalefette etkili olmuştur⁶². 10 Şubat 1954 yılında kurulan CMP'nin parti programında, Anayasa Mahkemesi gibi kurumsal taleplerin yer aldığını da belirtmek gerekir⁶³.

CMP, kuruluşunun ardından parti programında Anayasa Mahkemesine yer vererek muhalefet partileri içerisindeki anayasal/kurumsal talep ve vaatler bakımından önemli bir yere oturmaktadır⁶⁴. CMP'nin 1954 ve 1957 seçim beyannamelerinde de aynı tavrın izleri görülmektedir. Parti için Anayasa Mahkemesi, "en tehlikeli bir yolun kapatılması" için elzem görülmektedir⁶⁵. DP döneminde partilerinin kapatılması ve seçimlerde kendisine oy veren Kırşehir'in ilçeye dönüştürülmesi gibi hususlar böyle bir yorum ve kurumsal vaadin mantığını açıklar niteliktedir. 1954 yılından itibaren parti CHP'yle

61 Ahmad, F. (2020). *Demokrasi Sürecinde Türkiye: 1945-1980*, İstanbul: Hil Yayınları, s. 128.

62 Emre, Y. (2013). "CHP'nin Değişiminde Önemli Bir Durak: CHP Araştırma Bürosu", *Tarih ve Toplum*, S. 16., s. 76.

63 Ahmad, F. ve Ahmad, B. T. (2020). *Türkiye'de Çok Partili Politikanın Açıklamalı Kronolojisi (1945-1971)*, İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınevi, s. 149.

64 Barutçu, Z. (2015). Osman Bölükbaşı, içinde Kaynar, M. K. (Der.), *Türkiye'nin 1950'li Yılları* (s. 536), İstanbul: İletişim Yayınları.

65 Kaynar, M. K., ve Kalkan, N. (Der.). (2022). *Cumhuriyet Dönemi Partiler - Seçimler - Beyannameler (1923-1980)*. Ankara: TBMM Basımevi, s. 177.

olan farklılıklarına rağmen ortak bir muhalefet hareketinin içerisinde yer almıştır⁶⁶. Nitekim CMP, Kurucu Meclis'te de bulunmuş; partiye mensup isimler Anayasa yapım sürecinde aktif görev almışlardır⁶⁷. Ayrıca laiklik gibi kurucu değerlerin sahiplenicisi bir siyasal partiyle “laikliğe aykırılık” sebebiyle kapatılan bir partinin devamı olan milliyetçi-muhafazakâr bir siyasal partinin kurdukları ortaklık, bu tür ideolojik uçları örtecek; “nötr” bir anayasal söylemin tercih edilmesinde etkili olmuş olabilir.

HP'nin anayasal söylem içerisindeki ağırlığı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. DP içerisindeki muhalefetin oluşturduğu, liberal değerlere vurgu yapan bir parti olan HP, kuruluşundan itibaren *Forum* dergisinde somutlaşan liberal aydınların da desteğini almıştır. Parti ile *Forum* dergisindeki aydınlar arasındaki yakınlaşma, partinin programının hazırlanmasından başlayıp 1957 seçimleri öncesinde derginin bazı yazarlarının partiyle birlikte milletvekili adayı olmasıyla sonuçlanmıştır⁶⁸. Örneğin bu isimlerden biri olan Muammer Aksoy, parti listesinden bağımsız olarak milletvekili adayı olmuştur. Aksoy, 27 Mayıs sonrasında Anayasa tasarısını hazırlamakla görevli İstanbul Komisyonu'nun bir üyesi ve daha sonra Kurucu Mecliste Anayasa Komisyonu sözcüsü olarak Anayasa Mahkemesi ile ilgili maddelerin içeriğini dolduracak isimlerden biridir. Partinin, 1957 seçimleri öncesi hazırladığı beyannameinde 1950 sonrasındaki dönemi bir anayasal kriz üzerinden okumaktadır. Buna çözüm olarak sunulan unsurlardan biri de kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yanında seçimlerin denetimi ve Yüce Divan gibi vazifelerle donatılmış bir Anayasa Mahkemesinin kurulmasıdır⁶⁹. Aynı yöndeki ta-

66 Ahmad, F. (2020). s. 126.

67 Kurucu Meclis'te CMP temsilcisi olan Nurettin Ardıçoğlu bu isimlerden biridir. Ardıçoğlu, Anayasa Komisyonu'nda da yer almış, Komisyon sözcüsü olarak Anayasa Mahkemesi ile ilgili görüşmelerde eleştirilere yanıt vermiştir.

68 Dede, K. (2015). *Forum Dergisi*, içinde Kaynar, M. K. (Der.), *Türkiye'nin 1950'li Yılları* (s. 462), İstanbul: İletişim Yayınları.

69 Kaynar, M. K. ve Kalkan, N. (2022). s. 177.

lep CHP ile hazırlanan ortak bildiride de tekrarlanacaktır⁷⁰. HP'nin bu dönemdeki anayasal söylem üzerindeki asıl etkisi, 57 seçimlerinde yaşadığı yenilginin ardından kendisini feshedip CHP'ye geçmesiyle olmuştur. Bahsi geçen liberal aydınların da fikirleriyle birlikte CHP'ye katılmasını ifade eden bu birleşme, CHP'nin haklar söylemine dayandırdığı siyasal muhalefette önemli pay sahibi olmuştur⁷¹.

1950-60 arası dönemin muhalefet partileri içerisinde özgül ağırlığı en yüksek aktörün CHP olduğuna şüphe yoktur. 1950'de iktidarı kaybeden, sonrası dönem de bocalayan parti, diğer muhalefet partilerinin ve aydınların da etkileriyle birlikte, 1954'ten itibaren bir dönüşüme uğramaya başlayacaktır⁷². Bu yönüyle 1946-50 arasında kendisine yöneltilen eleştirileri artık onlar iktidar partisine yöneltmektedir⁷³. O zaman için oluşmayan Anayasa Mahkemesi fikri de artık anayasal söylem üzerine oturan muhalefetin temel unsurlarından biri haline gelecektir⁷⁴. Seçim kayıplarının bunda etkisi çok yüksektir. Daha önce akla gelmeyen anayasal kurumsal talepler 1954 seçimlerinin ardından belirmiştir⁷⁵. Diğer muhalefet partileriyle de dirsek temasıyla CHP'nin muhalefetine sorunlara çözüm olarak sunulan Anayasa'ya yüklenen anlamın ağırlığı bulunmaktadır. Atakan Hatipoğlu'nun ifadesiyle, "1950-1960 arası dönemde... CHP'nin rejimle, devletle ve Anayasa'yla ilgili sorunlara ağırlık veren bir söylemi öne çıkardığı görülür"⁷⁶. Parti

70 Soysal, M. (1969). *Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 21.

71 Kahraman, H. B. (2010). *Türk Siyasetinin Yapısal Analizi - II: 1920-1960*, İstanbul: Agora Kitaplığı, ss. 324-27; Bora, T. (2017). *Cereyanlar: Türkiye'de Siyasi İdeolojiler*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 574.

72 Ahmad, F. (2020). ss. 125-26.

73 Dede, K. (2015). s. 462; Hatipoğlu, A. (2012). *CHP'nin İdeolojik Dönüşümü*, İstanbul: Kaynak Yayınları, s. 231.

74 1957 seçimleri öncesinde Genel Başkan İsmet İnönü, muhalefet partileri arasında yaşanan görüşmeler sürecinde anayasa mahkemesi ile ilgili olarak, "meselâ evvelce benim fikrimce, Anayasa Mahkemesine ihtiyaç yoktu. Zannediyorum ki ikinci meclis olursa bu vazifeyi yapabilir" diyecektir. Aktaran Soysal, M. (1969). s. 20.

75 Tanör, B. (2014). s. 359.

76 Hatipoğlu, A. (2012). s. 232.

programlarından seçim beyannamelerine ve 1959'daki ünlü İlk Hedefler Beyannamesi'ne taşınan boyutuyla “*demokrasi ve özgürlük*” temalı anayasal söylemin ağırlığı 1961 Anayasası'na taşınacaktır⁷⁷.

CHP'nin seçim beyannameleri ve kurultayları üzerinden oluşturduğu anayasal söylemin seyrini takip etmek mümkündür. 1953 yılında yapılan 10. Kurultay'da hukukun üstünlüğü ve grev hakkı gibi meseleleri programına alan parti⁷⁸, özellikle 1954 seçimlerinin ardından muhalefet etme hızını artırmış, haklar söylemine dayalı bir strateji bu noktada belirleyici olmuştur. Nitekim 1954 seçim beyannamesinde yaşanan dönem bir “*anayasa buhranı*” olarak nitelendirilmiştir⁷⁹. 1956 yılındaki 12. Kurultay'da Anayasa değişikliği temelinde kurumsal ve ilkesel öneriler ortaya çıkmış; Anayasa Mahkemesinin kurulması, nispi seçim sistemine geçilmesi gibi hususlar programda yer almıştır⁸⁰. 1957 seçimleri sonrasında aydınların partiye katılımı, Araştırma Bürosu'nun etkisi, Hürriyet Partisi'nin CHP'ye katılarak kendisini feshetmesi gibi hususlar 1959 yılında yapılan 14. Kurultay'da doyunluğa ulaşmış, açıklanan İlk Hedefler Beyannamesi 1961 Anayasası'na temel oluşturmuştur. Anayasa Mahkemesinin gerekliliği bu belgelerdeki güçlü kurumsal düzenleme taleplerindedir. Anayasal söylemin seçilmesinde bir siyasal parti olarak CHP'nin seçim stratejisinin de mutlaka payı olduğunu söylemek gerekir. Bu söylem, DP'nin seçmen kitlesini kazanmak için, CHP'nin tek parti dönemi görüntüsünden uzaklaşmasına da hizmet etmektedir⁸¹. Bu stratejik tavrın sahiciliği 27 Mayıs askeri darbesi ve askeri yönetime olan yakınlık üzerinden sorgulamak mümkün hale gelir. Nihayetinde anayasal yöntemlerin siyaseti kısıtlayan yönü, demokratik süreçler yoluyla çoğunluğu

77 Bora, T. (2017). s. 574.

78 Saç, S. (2023). Muhalefetten Ortanın Soluna CHP (1950-1965), içinde Selçuk, E. K. (Der.), *Kuruculuktan Daimi Muhalefete CHP'nin 100 Yılı* (s. 93), İstanbul: İletişim.

79 Kaynar, M. K. ve Kalkan, N. (2022). s. 167.

80 Saç, S. (2023). s. 98.

81 a.g.e. s. 98.

elde edemeyen bir siyasal parti için koruyucu bir zırh görevi görebilecektir.

Dönemin anayasal söylemindeki ağırlığı sebebiyle 1958 yılında kurulan CHP Araştırma Bürosu'na ayrı bir parantez açmak gerekir. Turhan Feyzioğlu'nun başkanlığını yaptığı, Doğan Avcioğlu, Osman Okyar, Bülent Ecevit ve Coşkun Kırca gibi isimlerin yer aldığı büro CHP'nin muhalefetindeki anayasal söylemin ağırlığını belirlemişlerdir⁸². Büro, İlk Hedefler Beyannamesi ve 27 Mayıs sonrası oluşturulan Anayasa Komisyonu'nun anketine verilen cevabın yazılması da dâhil olmak üzere 1961 Anayasası'na etki eden metinleri kaleme almıştır⁸³. Anayasa yapım süreci üzerinde İlk Hedefler Beyannamesinin sembolik bir yeri vardır. 12 Ocak 1959'da CHP'nin 14. Kurultay'ında kabul edilen metin, askeri darbenin ardından yapılacak olan Anayasa'nın temelini oluşturacaktır⁸⁴. Bu metin, CHP tarafından deklare edilmiş olsa da muhalefet partilerinin 1954'ten itibaren oluşturdukları anayasal söylemin nihai hali gibidir. Beyanname çıkış yolunu öncelikli olarak anayasal krizin aşılmasında bulmakta, bu dönemde muhalefet partilerinin oluşturduğu siyasal söylemde anayasaya yüklenen anlamı devam ettirmektedir. Memleketi *"iktisadî, içtimaî ve manevî sahalarda hakikî ve sür'atli olarak kalkındırmanın bu ana hakların ve müesseselerin bir an evvel gerçekleştirilmesine bağlı olduğu"* düşünülmektedir. Bu doğrultuda *"bir Anayasa Mahkemesi teşkil edilmek suretiyle Anayasa'da yer alan bu hakların diğer kanunlarla daraltılması ve iptal edilmesi önlenecektir"*⁸⁵.

1961 Anayasası'na doğru giderken muhalefet partilerinin siyasal söyleminde hukuk dilinin egemenliği söz konusudur. Farklı ideolojik pozisyonların bulunduğu nokta: apolitik, belirsizliğe yer bırakmayan ve aynı zamanda normatif bir üs-

82 Emre, Y. (2013). s. 59.

83 a.g.e. s. 78.

84 Tanör, B. (2020). *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 10.

85 Cumhuriyet Gazetesi (15 Ocak 1959). "Millet ve tarih huzurunda dün CHP'nin giriştiği taahhüdler".

tünlük de sağlayan hukukun dilidir. Hukuka dayanmak kâğıt üzerinde de olsa siyasal kararlara meşruiyetini veren bir zırh vazifesi görür. Bu minvalde Tahkikat Komisyonu da 27 Mayıs Askeri Darbesi de meşruiyetini hukuka dayandırma ihtiyacı hissetmiştir. Tahkikat Komisyonu ayrıca yarı-yargısal nitelikte bir kurum olması hasebiyle hukuki usullerin siyaset alanına taşınması bağlamında da siyasetin yargısallaşmasının bir örneğini teşkil eder. Nihayetinde 1950'lerin ortalarıyla birlikte başlayan dönem siyasetin giderek yargısallaştığı bir durumu yansıtmaktadır. “Yargısallaşmış siyasette, hukuki söylem partizan tartışmalara aracılık eder ve yasama yetkisinin kullanımını yapılındır⁸⁶.” Siyasetin giderek yargısallaştığı bir düzlemde Anayasa yapım sürecinde de girilen patikanın belirleyiciliği mutlaka olacaktır.

Bir Anayasa Mahkemesi kurulması ihtiyacıyla somutlaşan anayasal söylemin belirleyicilerini sadece içsel gelişmeler üzerinden aramak da eksik olacaktır. Bu dönemde Almanya ve İtalya gibi ülkelerde de Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. İnsan hakları söyleminin yaygınlaşması da kritik dönemlerden geçen siyasal sistemler üzerinde etkisini göstermiştir⁸⁷. Nitekim Kurucu Meclis'te Anayasa Mahkemesi üzerine yapılan görüşmelerde Anayasa komisyonunun sözcüleri, düzenlemelere yönelik getirilen eleştirileri diğer ülke örneklilerinden hareketle açıklamaktadır. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı tasarının gerekçesinde de İtalya ve Batı Almanya Anayasalarını inceleme yoluna gidildiği belirtilmiştir⁸⁸. Bu durum siyasetin uluslararası düzeyde yargısallaşmasının yerel düzleme etkisini gösterir niteliktedir.

B. ANAYASA YAPIM SÜRECİ

27 Mayıs Askeri Darbesi'nin ardından ordunun ilk eylem-

86 Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford: Oxford University Press, s. 203.

87 Domingo, P. (2004). ss. 109-110.

88 Aybay, R. (1963). *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 278.

lerinden biri hukukçuların meşruiyet sağlayıcı işlevine başvurmak olmuştur. Bir anayasa taslağı hazırlamak üzere Sıddık Sami Onar'ın başkanlığında çoğunluğu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi hocalarından oluşan bir bilim komisyonu kurulmuş, Komisyon ilk iş olarak darbenin meşruiyetini sağlama adına bir metin kaleme almıştır⁸⁹. Hukuk düzeninin boşlukta olduğu bu gibi istisnai karar anlarının meşruiyeti için de hukuk dilinin gücüne ihtiyaç duyulmuştur. 1950'lerin ortalarıyla birlikte siyasetin giderek yargısallaştığı düzlemde hukukçular da devreye girmiştir. Metinde, 1950-60 arası dönemin çoğunluk iktidarı korkusuna yönelik önlem adına Anayasa Mahkemesi de bir çözüm olarak düşünülmüştür. Buna göre yapılacak Anayasada “*kanunların Anayasa'ya uygunluğunu sağlayacak müesseselere yer vermesi, bunun için de iktidarı teşkil eden bir Meclis çoğunluğunun meşru hak ve yetkilerini aşarak yarının iktidarı olabilecek bir Meclis azınlığını ezememesi*” amaçlanmaktadır⁹⁰. Aralarına sonrasında İlhan Arsel, Muammer Aksoy ve Bahri Savcı gibi Ankara Üniversitesi'nden isimlerin de katılmasıyla Komisyon Anayasa hazırlıklarına başlamıştır.

Anayasa yapım sürecine dâhil olan aktörler arasında tam anlamıyla bir uyum olduğunu söylemek mümkün değildir. İstanbul Komisyonu'nun çoğunluğu hukukçulardan oluşmakla birlikte aralarına Ankara'dan siyasal bilimciler de katılmıştır. Zaten Komisyon'un içerisinde de fikir birliği mevcut değildir⁹¹. Bunun yanında Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyeleri de Anayasa yapım sürecine dolaylı olarak dâhil olmuşlardır. Öncelikle yeni Anayasa için bir Kurucu Meclis gerekliliği üzerinden İstanbul Komisyonu'na görüş bildirilmiştir. Bunun yanında yeni Anayasa ile ilgili Milli Bir-

89 Dede, K. (2017). *Altmışlı Yılların Anayasal Gündemi ya da Siyasal Bir Özne Olarak 1961 Anayasası*, içinde Kaynar, M. K. (Der.), *Türkiye'nin 1960'lı Yılları* (s. 821), İstanbul: İletişim Yayınları.

90 Resmî Gazete. (28 Mayıs 1960). “Anayasa Ön Projesi Hazırlama Komisyonunun tesbit ettiği esaslar”, S. 10541. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10540.pdf>.

91 Koçak, C. (2022). *27 Mayıs'ın Kayıp Anayasası*, İstanbul: VakıfBank Kültür Yayınları, s. 50.

lik Komitesi üyelerinin de olduğu geniş katılımlı seminerler nihayetinde İstanbul Tasarısı'na alternatif bir metin ortaya çıkmıştır⁹². Ankara ekibinin özelliği siyasal bilimcilerden oluşmasıdır. Bu aşamada Anayasa yapım sürecine rengini veren hukukçu ve siyasal bilimcilerin mücadelesi olmuştur⁹³. Bu mücadelenin temel belirleyeni Anayasa yapımının hangi usule tabi olacağına yöneliktir. İstanbul Komisyonu'nun başındaki Onar, bir bilim heyeti tarafından hazırlanacak olan tasarının Milli Birlik Komitesi'nin onayı alındıktan sonra referanduma sunulması usulüne taraftardır⁹⁴. Ankara ekibi ise bir Kurucu Meclisin varlığını zorunlu görmekte, Anayasa'nın "siyasî tecrübe ile uzmanlığı" birleştiren bir Meclis tarafından yapılmasına ihtiyaç olduğunu belirtmektedir⁹⁵. Nihayetinde Ankara ekolünün önerisi kabul görecektir, hazırlanan iki taslak metin Kurucu Meclis'teki Anayasa yapım sürecine temel oluşturacaktır.

İstanbul ve Ankara tasarıları; sivil yönetime geçişin ne zaman olması gerektiğinden, siyaset kurumuna tanınacak alana ve Anayasa yapım sürecinin hangi usule dayanılarak yapılacağına kadar dönemin siyasal bağlamının da belirlediği yorumların bir nevi mücadelesi neticesinde 1961 Anayasası'na şeklini vermiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekliliği bağlamında her iki tasarının da şüphesi bulunmamaktadır. Zaten bu noktaya gelene kadar muhalefet partileri tarafından oluşturulan bir anayasal söylemin hakimiyeti söz konusudur. Nitekim Ankara Tasarısı'nda Anayasa Mahkemesi ve Çift Meclis gibi kurumsal düzenlemelere yönelik olarak "mevcut bütün siyasî partiler bu müesseseler üzerinde anlaşmış ve millete

92 Camelio, N. (2016). 'Askerler Tarafından El Konan Hukuk': Türkiye'de 1961 Anayasası'nın Yazılması, içinde Aymes, M., Gourisse, B. ve Massicard, E. (Der.), Berktaş, A. (Çev.), *Devlet Olma Zanaatı: Osmanlı'dan Bugüne Kamu İcraatı* (s. 135), İstanbul: İletişim Yayınları.

93 Tanör, B. (2014). s. 372.

94 Onar, S. S. (2011). "Benim Anayasalarım", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69., S. 1-2., s. 17.

95 *Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü* (1960), Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 7.

karşı açık taahhüt altına girmiş” denilmektedir⁹⁶. Her iki tasarının da ortak olduğu kurumsal düzenlemeler, tasarıların siyaset kurumuna tanıdığı alan hususunda farklılaşmaktadır. İstanbul Tasarısı’nın siyaset kurumuna yönelik kuşkulu tavrı, Tasarı’da yer alan “*devlet yardımcı kurulları*”, TRT ve üniversite gibi özerk kurullar, korporatif yapıdaki bir ikinci Meclis gibi hususlarda kendisini göstermiştir. Ankara ekibinin hazırladığı tasarı ise açık bir şekilde olmasa da İstanbul Tasarısı’na bir tepki ve onun uç yönlerini törpüleyici niteliktedir. Öncelikli eleştiri İstanbul Tasarısı’nın aceleci ve kısa dönemli bir tavra sahip olması, geleceği dikkate alan soğukkanlı bir bakıştan yoksun olmasıdır. İstanbul Tasarısı’nın siyaset alanını kısıtlayan tavrına karşılık Ankara SBF metninde siyasal partilerin demokratik yönetim açısından önemini vurgulayan, yürütme organının zayıflatılmasının uygun olmadığını savunan, korporatif yapıya sahip Meclisin tehlikelerine karşı seçimle göreve gelen bir ikinci Meclisi uygun gören, İstanbul Tasarısı’nın benimsediği seçim sisteminin koalisyonlara sebep olabileceğinden hareketle istikrarsız hükümetler oluşturabileceğine dikkati çeken vurgulara sahiptir. Bu metnin çalışmanın konusu açısından esas ayırıcı noktası Anayasa yargısı mekanizmasının siyasal niteliğini hesaba katan ve gelecekte olması muhtemel çatışmaları sezinleyen tarafındadır.

Anayasa yapım sürecinde Anayasa Mahkemesinin kurulması yönünde herhangi bir kuşku olmamakla birlikte Ankara SBF’nin hazırladığı tasarıda hukukun siyasal niteliği bağlamında Anayasa Mahkemesine verilecek yetkiler neticesinde çıkabilecek olası sorunlara dikkat çekilmektedir. Tasarı metnine göre öncelikle, “*Anayasalar hukukî metinler olmakla beraber ihtiva ettikleri hal tarzları esas itibariyle siyasî mahiyetteki meselelere taallûk eder*”. Sadece bu cümle bile siyasal bilimci yaklaşımın Anayasa yapım sürecine dair hukukçu bakıştan ayrılan kendine has tavrını göstermektedir. Anayasa metninin somutlaştırılması sırasında hukuki etkenlerin dışında “*siyasî,*

96 a.g.e. s. 10.

iktisadî ve felsefî” görüşlerin de bu yorumlama etkinliğine sirayet edebileceği olasılığının altını çizen metinde, hukuk ile hukuk dışı arasındaki sınırın çizilmesi gibi zor bir yorumu yapacak olanın Mahkeme olacağı belirtilmektedir. Ayrıca metinde Ran Hirschl’in “*mega-siyaset*” alanı olarak tespit ettiği, bir siyasal birliğin tümünü ilgilendiren konularla ilgili kararlarda Anayasa Mahkemesinin “*sadece bir hukukî organ olmakla*” kalamayacağı, “*aynı zamanda siyasî etki ve ilgileri olan bir müessese mahiyeti*” taşıyabileceği tehlikesine dikkat çekilmektedir⁹⁷.

Dönemi itibarıyla oldukça öngörülü yaklaşıma sahip olan Ankara Tasarısı, Anayasa Mahkemesinin düzenlenişinde yukarıda bahsi geçen hususlara dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna yönelik olarak Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde Meclis’e hak tanıyan bir düzenlemenin “*bizde mahzurlu olabileceğini*” düşünerek, üyelerin “*tecrübeli uzmanlardan kurulu bir heyet*” tarafından yapılması öngörülmüştür⁹⁸. İstanbul Tasarısı’nın üye seçim yetkisinde Meclis’e hak tanınmaması daha beklenir bir durumdur. Fakat Tasarı, Anayasa’da yer alacak düzenlemeye daha yakın bir şekilde yüksek mahkemeler, öğretim üyeleri ve Cumhurbaşkanının üye seçim yetkisine yer vermiştir⁹⁹. Ankara Tasarısı, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerine ilişkin kısımda, İstanbul Tasarısı’nda yer aldığı hâliyle kanunların “*anayasaya uygunluğu üzerinde denetleme*” yapmak ifadesi yerine “*anayasaya aykırılığı iddialarını çözmek*” ifadesini koyarak Mahkeme’yi hukuk sınırları içinde tutmayı ve “*yetkisini genişleten bir görüşe*” yol açmama amacıyla olduklarını belirtmiştir¹⁰⁰. Ankara Tasarısı’nın yorumu hukukun siyasal niteliğine bir vurgu bağlamında ayırt edici niteliğe sahip olsa da yapılan vurgu hukuk-siyaset arasındaki geçişli ve gerilimli ilişkiye atıfla de-

97 a.g.e. s. 86.

98 a.g.e. s. 86.

99 Öztürk, K. (1966). *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. I*, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 73.

100 *Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü’nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü* (1960). s. 86.

ğil hukuk ve siyaset arasına çizgi çeken yaklaşımın bir tezahürü olarak ifade edilmektedir.

İki tasarı arasındaki yaklaşım farklılıklarına rağmen Kurucu Meclis'e giden süreçte, 1950'lerin ortalarından itibaren muhalefet partileri ve aydınlar aracılığıyla üretilen anayasal söyleme sadık kalındığı görülmektedir. Fakat oluşan anayasal söylemin sınırları; bu sürece dahil olan, kendi içerilerinde de homojen olmayan aktörlerin mücadeleleri sonucunda çizilmiştir. DP benzeri bir siyasal partiye izin verecek siyasal düzenin tekrar oluşmaması amacıyla ortaklaşan aktörler, hukuk ve siyaset alanına ilişkin yaklaşımlarındaki nüansları Kurucu Meclis'e taşımışlardır.

C. KURUCU MECLİS TARTIŞMALARI

Bir anayasa mahkemesinin gerekliliği de dahil olmak üzere yaşanan sürecin çözümünü anayasal boyutta gören siyasal söylemin somutlaşması Kurucu Meclis'le devam etmiştir. Zaten Kurucu Meclis'in, özellikle Anayasa Komisyonu'ndaki, kompozisyonu da bu durumu mümkün kılmıştır. CHP'nin muhalefet dilinin değişiminde pay sahibi olan *Forum* dergisi ve Hürriyet Partisi'nin ağırlığı Kurucu Meclis'te de kendisini göstermiştir. *Forum* dergisi yazarlarından Turhan Feyzioğlu, Mümtaz Soysal, Coşkun Kırca, Doğan Avcıoğlu, Turan Güneş, Muammer Aksoy, Bahri Savcı, Turhan Feyzioğlu ve Münci Kapani gibi isimler Kurucu Meclis'te yer almalarının yanı sıra Anayasa Komisyonu'nun da üyeleridirler. Türkçe'de Anayasa yargısı hakkındaki ilk bilimsel çalışmayı yapan Feyzioğlu Anayasa Komisyonu'nun başındadır. Komisyonda yer alan isimlerden Bahri Savcı ve Muammer Aksoy İstanbul Tasarısı'nın hazırlanmasında da rol almışlardır. Muammer Aksoy, Kurucu Meclis'teki Anayasa Komisyonu'nun sözcülerindedir. Daha önce DP'de milletvekilliği yaparken İspat Hakkı sebebiyle partiden ayrılan ve Hürriyet Partisi'nde siyasete devam eden, sonrasında ise parti kendisini feshedince CHP'ye geçen Turan Güneş, Fevzi Lütfi Karaosmanoğlu ve Fethi Çelikbaş gibi isimler de Temsilciler Meclisi üyeliği

yapmışlardır. Yine Turhan Feyzioğlu, Doğan Avcıoğlu, Osman Okyar, Bülent Ecevit, Turan Güneş ve Coşkun Kırca İlk Hedefler Beyannamesi gibi 1961 Anayasası'na ilham olacak dönemin anayasal söylemini belirleyen belgeleri hazırlayan CHP Araştırma Bürosu'nun da üyeleridirler.

Bahsi geçen isimlerin de oluşumunda etkin olduğu anayasal söylem, bu çerçevede şekillenen kurumsal düzenlemeler üzerinde herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde Anayasa'ya girmesine imkân tanımıştır. Bununla birlikte Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa Tasarısı'nın Anayasa Mahkemesi ile ilgili düzenlemelerinin görüşmeleri sırasında, İstanbul ve Ankara tasarıları arasındaki farka benzer şekilde, siyaset kurumuna ayrılacak alan bağlamında hukuk ve siyaset arasındaki gerilimli ilişkiyi açığa çıkaran tartışmalar yaşanmıştır. Mahkemeye üye seçim usulünden üyelerin görev sürelerine, Mahkemenin siyasal niteliğinden anayasa yargısının sınırlarına dek kuruluştan günümüze değin tartışmaya konu olacak hususlarda sunulan görüşler bu minvaldedir.

Anayasa tasarısının temsilciler meclisindeki görüşmeleri sırasında mahkemeye üye seçim usulüne ilişkin iki husus öne çıkmıştır. Bunlardan biri mahkemeye atanacak olan akademisyen üyelerin uzmanlık alanlarıyken diğeri yasama organına üye seçme yetkisi verilip verilmemesi gerektiğine dairdir. Bu bağlamda akademisyen üyelerin seçim usulüne yönelik olarak bu üyelerin hukuk dışı alanlardan seçilmemesi gerektiği dile getirilmiştir¹⁰¹. Bahse konu itiraza yönelik Fethi Çelikbaş'ın verdiği cevap ise dikkat çekicidir. Çelikbaş hukuk ve siyasal bilimcilerin olgulara yönelik bilimsel yaklaşım farklılıkları üzerinden hukukçuların daha muhafazakâr, siyasal bilimcilerin ise yeniliğe daha açık olduğunu belirterek akademisyen üyelerin alan çeşitliliğini desteklemiştir¹⁰². Yasama or-

101 Öztürk, K. (1966). *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. III*, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 3709.

102 a.g.e. s. 3715.

ganına üye seçme yetkisi verilmesi hususu ise dönemin siyasal bağlamının da getirdiği etkiyle tartışmaya konu olmuştur. Temsilciler Meclisi üyesi Sadettin Tokbey, DP dönemine atıfla, “teşriî organın yapmış olduğu tasarruflardan bu millet çok eziyet çekmiştir” diyerek yasama organını denetleyen Mahkeme’nin üye profilinin oluşumunda yasama organına yetki vermemek gerektiğini ifade etmiştir¹⁰³. Komisyon’un CKMP’den gelen temsilcisi ve sözcüsü Nurettin Ardıçoğlu söz konusu düzenlemenin meşruiyetini diğer ülke örnekleri üzerinden vermiştir¹⁰⁴. Zaten İtalya ve Almanya gibi Anayasa Mahkemelerinin Kıta Avrupa’sındaki ilk örnekleri tasarı metnine ilham olmuştur. Bu durum siyasetin uluslararası açıdan yargısallaşmasının yerel düzeydeki etkisini de gösterir niteliktedir. Diğer bir Komisyon sözcüsü Muammer Aksoy ise yasama organının yani siyaset kurumunun devreden çıkarılarak üye seçim yetkisinin tamamen hâkimlere bırakılmasını sorunlu görmüştür. Böyle bir durumun “Hâkimler Devleti”ne doğru gitme ihtimalinin tehlikesine dikkat çekmiştir¹⁰⁵. Komisyon metni aynı şekilde kabul edilmesine rağmen öne sürülen görüşlerin Türkiye’de hukuk-siyaset ilişkilerini anlamaya ilham olacak niteliğe sahiptir. Benzer tartışmalar Mahkeme üzerindeki yasal düzenlemeler söz konusu olduğunda tekrar gündeme gelecektir.

Anayasa Mahkemesi üzerine yapılan görüşmeler sırasında üye seçim usulüne ilişkin yapılan yorumlara benzer niteliğe sahip diğer bir husus da üyelerin görev sürelerine ilişkindir. Komisyon tasarısındaki düzenleme Mahkeme üyelerinin yetmiş yaşına kadar görevde kalabilmelerine imkân vermektedir. İtiraz edilen nokta, böyle uzun bir sürenin Mahkeme’nin değişimlere intibak etmesini önleyeceğidir. Öyle ki Ferid Melen’e göre üyeler arasında “katı zihniyetli” insanların bulunması durumunda, “bunların değiştirilmesinin temini için bütün halkı mabetlere gidip ezraile yalvarmaktan başka bir çaresi kalmıyacaktır”. Melen, Anayasa Mahkemelerinin mec-

103 a.g.e. s. 3709.

104 a.g.e. s. 3713.

105 a.g.e. s. 3717-3718.

lis gibi siyasi kurumlar olduğunu belirterek, “tıpkı meclisler gibi, diğer organlar gibi” belirli bir süre için seçilmeleri gerektiğini önermiştir¹⁰⁶. Komisyon’un tepkisi de öncelikle bu yoruma yöneliktir. “İleride zabıtlar tetkik edildiği zaman yanlış bir anlayışa meydan vermemek için tasrih edilmesi lâzım gelir” diyen Ardıçoğlu, Anayasa Mahkemesinin “kazai bir organ” olduğunu vurgulamıştır¹⁰⁷. Süre konusunda ise değişen siyasi organlara karşı Mahkemenin bir “istikrar” unsuru olması gerektiğini ifade eden Komisyon, ayrıca üyelerin herhangi bir gelecek kaygısı gütmeyen bu görevi yapabilmeleri için böyle bir düzenleme yoluna gittiklerini belirtir¹⁰⁸. Nihayetinde yaş şartı altmış beşe çekilmekle birlikte belirli bir süre kısıtı önerisi kabul görmemiştir. Bu süre şartı yaklaşık kırk yıl sonra 2010 yılında Mahkeme yapısını düzenleyen Anayasa değişikliğiyle getirilecektir.

Anayasa tasarısı üzerindeki Temsilciler Meclisi görüşmelerinde Anayasa yargısının meşruiyetine ilişkin bir tartışma da yürütülmüştür. Şükûfe Ekitler, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandığı yorumunda eğer bir kanunu yapma ve değiştirme yetkisi yasama organına aitse o yasayı kaldırmanın da o organın yetkisinde olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁹. Komisyon, literatürde bu konunun çokça tartışıldığını ve diğer ülke örnekliklerinde de kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetiminin bu şekilde yerleştiğini ifade etmiştir¹¹⁰. Ekitler, Ankara Tasarısı’na sahip olduğu yaklaşıma benzer şekilde Mahkeme’nin iptal etme yetkisinin “Anayasaya aykırılığına karar verir” şeklinde değiştirilmesini teklif etmiştir. Ayrıca “memleketin yüksek menfaatleri ... bu kanunun yürürlükte kalması arzu ediliyorsa”, Meclisin nitelikli çoğunlukla on beş gün içinde kanunun yürürlükte kalabilmesi yetkisine haiz olması

106 a.g.e. s. 3739.

107 a.g.e. s. 3741.

108 a.g.e. s. 3742.

109 a.g.e. s. 3770-3771.

110 a.g.e. s. 3773.

gerektiğini önermiştir¹¹¹. Anayasa yargısı mekanizmasının temel işlevine aykırı olan bu öneri, DP'den mülhem dönemin siyaset kurumuna karşı olumsuz bakışına da tezatlık göstermektedir. Verilen öneri, yasama organına istisna bir özerklik alanı tanıyarak yargısal denetimden sakınma imkânı sağlayan Kanada Anayasası'nın 33. maddesini hatırlatmaktadır¹¹². Bu dönemde Ankara Tasarısı'na benzer şekilde siyasete alan vermek istemeyen yaklaşıma eleştirel bir yerden bakan yorumun da anayasa yapım sürecine etki ettiğini söylemek gerekir.

Nihayetinde muhalefet partileriyle başlayan, anayasa yapım sürecindeki tasarı örnekleriyle devam eden ve Kurucu Meclis'te somutlaşan anayasal söylemin Anayasa Mahkemesinin tartışmasız bir şekilde kurulmasında pay sahibi olduğu görülmektedir. 1950'lerin ortalarında başlayan ve 1961 Anayasası'yla bir Anayasa Mahkemesinin kurulmasıyla sonuçlanan sürece dâhil olan aktörleri bir bütün olarak görmek yerine bu aktörleri, kendi aralarında ve içlerinde mücadele halinde bulunan, farklı çıkarlara sahip ve bu noktada farklı stratejiler de belirleyen bir düzlemde değerlendirmek gerekir¹¹³. Bu aktörleri homojen bir yapı olarak görmek, Fethi Açıkel'in haklı tespitiyle *"karmaşık ve eklemlenmiş iktidar yapılanmalarını iç içe giren kurumları/gelenekleri ve ortaya çıkan yeni sosyal muhalefet odaklarını önemli ölçüde göz ardı etmemize"* sebep olabilir¹¹⁴. Bununla birlikte 1950-1960 arası dönemde siyasetin, çok partili demokrasiye geçilmesine rağmen aracı mekanizmalardan yoksun ve belirli elitler aracılığıyla sürdürüldüğü yorumunu da göz ardı etmemek gerekir. Keyder'in Türkiye'de moder-

111 a.g.e. s. 3774.

112 Kanada'nın 1982 Anayasası'nın 33. maddesi hükmüyle yasama organı, bazı hak kategorileri istisna olmak üzere, çıkardığı bir yasanın beş yıllık süreyle yargısal denetime tâbi olmamasını sağlayabilmektedir. Söz konusu hükmün incelemesi için bkz. Yüksel, İ. (2022). "Bir Zayıf Yargısal Denetim Yöntemi Örneği Olarak Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi'nin 33. Maddesi'nin (Askıya Alma Hükmü) Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24., S. 1., ss. 317-345.

113 Camelio, N. (2016). s. 122.

114 Açıkel, F. (2006). "Entegratif toplum ve muarızları: 'Merkez-çevre' paradigması üzerine eleştirel notlar", *Toplum ve Bilim*, S. 105., s. 33.

neleşme amaçlı reformları gerçekleştiren konumundaki bürokratlar için belirttiği gibi aralarındaki çıkar farklılıklarına rağmen bu aktörlerin “toplumsal yapı içindeki yerlerinde ve toplumun diğer kesimleriyle ilişkilerinde bir süreklilik olagelmıştır”.¹¹⁵

SONUÇ

Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin Anayasa yapımına dâhil olan aktörlerin tereddütsüz bir şekilde üzerinde anlaştığı bir süreç sonunda kurulmasına imkân veren anayasal söylemin seyri, öncelikle muhalefet partilerinin seçim beyan-nameleri, parti programları ile muhalefet cephesinin ortak metinlerinde açığa çıkmaktadır. Ayrıca 27 Mayıs sonrasında, İstanbul ve Ankara Tasarılarında yer alan gerekçeler ile Kurucu Meclis sürecinde yapılan görüşmelerden de Anayasa Mahkemesi ile yeni Anayasa’da yer alacak kurumsal düzenlemelere ilişkin girilen patikanın devam ettirildiği görülmektedir. Bu patikanın oluşmasını sağlayan anayasal söylemin üreticileri temelde siyasal partilerdir. Bununla beraber öncesinde yazılarıyla sonrasında siyasal parti düzeyinde bu dili kuran ve Kurucu Meclis düzeyinde somutlaştıran aydınların da bu söylem üzerinde belirleyiciliği bulunmaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi siyaset alanını daraltacak ve gelecekte DP benzeri çoğunluk iktidarlarını frenleyecek bir mekanizma olarak Anayasa’nın en temel düzenlemelelerinden olsa da bu dönemdeki anayasal söylemde Anayasa Mahkemesi: çift Meclis, Yüksek Hâkimler Şurası ve nispi seçim sistemi ile bir bütün olarak zikredilmektedir.

Kurucu Meclis’te yapılan tartışmalara da yansıdığı üzere 1950’lerin ortalarından itibaren oluşan anayasal söylem; tamamen homojen bir görüşe sahip olmayan, siyaset ve hukuk yaklaşımları itibarıyla farklı noktalarda bulunan aktörlerin mücadelelerini içeren bir sürecin sonucunda oluşmuştur. Bu bağlamda öncelikle muhalefet partilerinin yekpare bir

115 Çağlar, K. (2022). *Türkiye’de Devlet ve Sınıflar*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 156.

görünüm arz etmediğini belirtmek gerekir. CHP'nin baskın bir konumda olduğu muhalefet cephesi ideolojik kompozisyonları itibarıyla farklı noktalara oturmaktadırlar. CMP'nin milliyetçi-muhafazakâr ve HP'nin liberal yaklaşımı CHP'yle birlikte sürdürdükleri muhalefette anayasal söylemin içeriğini ve sınırlarını belirlemiştir. DP'nin seçimler yoluyla meşruiyetini korumaya devam etmesinin de muhalefeti hukuki dili üzerinden geliştirdikleri ortaklıkta bir unsurdur. Farklı ideolojik pozisyonlara sahip partilerin bir çatışmaya girmeden sürdürebilecekleri yolda hukuk dilinin “nötrlüğü”, muhalefet söyleminin şekillenmesinde etkili olmuş olabilir. Bir ittifak halinde siyasal iktidara karşı yürütülen mücadele bu partilerin sahip oldukları keskin uçları törpülemesini de zorunlu kılacaktır. Bu bağlamda siyasetin yargısallaştığı bir düzlem muhalefetin zorunda kaldığı stratejik bir yol haline gelir. Bununla birlikte, muhalefet partilerinin birlikteliğinde çatırdamalar olmakla birlikte ortak bildirilere de yansıtacak şekilde söylemsel ortaklığın devam ettiği görülmektedir. Nitekim bu üç muhalefet partisi de kadro ve görüşleriyle Kurucu Meclis'te yer alacaklardır.

Muhalefet partilerine benzer bir mücadele ve heterojenlik 27 Mayıs sonrası süreçteki aktörler arasında da geçerlidir. Anayasa yapım sürecine dâhil olan aydınlar arasında farklı yaklaşımlara sahip iki Anayasa tasarısı metninin ortaya çıkması söz konusu iddiayı desteklemektedir. Bunlardan hareketle anayasal söylemin oluşuma katılan aktörleri, her ne kadar DP'nin tasfiyesi ve gelecekte tekrar benzer tipte bir siyasal yapının oluşmasını engellemek adına ortaklaşmalar da homojen ve yekpare bir bütün olarak görmek yerine farklı çıkar ve stratejileriyle bu söylemin oluşumuna etki eden aktörler olarak değerlendirmek gerekir.

Türkiye'de bir Anayasa Mahkemesinin kurulmasının ardında 1950'lerden itibaren anayasal söylemin hâkimiyeti üzerinden girilen bir patikanın belirleyiciliği olmakla birlik-

te bu söylemin oluşturulması bağlamında bazı isimlerin özel olarak dahlini de etkili bir unsur olarak görmek gerekir. Anayasa yargısı ile ilgili ilk Türkçe akademik çalışmayı yapan Turhan Feyzioglu'nun CHP'de siyasete girmesi, aydınların CHP'nin yanında yer almaya başlamasının bir işareti gibidir.¹¹⁶ Feyzioglu'nun CHP Araştırma Bürosu'nda bulunması ve ardından Kurucu Meclis'te Anayasa Komisyonu'nun da başında bulunmasının bir Anayasa Mahkemesi kurulması yönündeki kararda etkisinin olmadığı düşünülemez. Benzer şekilde Bahri Savcı, Muammer Aksoy, Turan Güneş, Coşkun Kırca gibi isimler bu dönemde Forum dergisi, İstanbul ve Ankara Tasarıları, HP, CHP, Kurucu Meclis gibi aşamalarda etkin yer almaları hasebiyle bu anayasal söylemin oluşturulması ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin kurulmasında etkili isimler olarak göze çarpmaktadır.

Anayasal söylemin siyasal söylem üzerindeki hâkimiyeti nihayetinde bu dönemde siyasetin yargısallaştığı bir düzlemin oluştuğunu da göstermektedir. Siyasetin yargısallaşması her ne kadar siyasal sorunların Anayasa Mahkemelerine taşınmasını ve mahkemelerin artan gücünü ifade etse de bu olgunun önemli bir boyutu da siyaset üzerinde hukuki söylemin egemen olmaya başlamasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kurulması kararının verildiği evrede devreye girecek olan da bu söylem boyutudur. Farklı görüş, çıkar ve stratejiler bir ortaklık kurması gerektiğinde bu farklılıkları mümkün olduğunca görünmez kılacak hukuki bir dil kullanma ihtiyacı duyulacaktır. Ayrıca Anayasa yapımında siyaset kurumuna duyulan güvensizlik de bunda pay sahibidir. Fakat nihayetinde bu dönemde oluşan anayasal söylemin Mahkemenin kuruluşunun tartışmasız bir şekilde olmasında pay sahibi olduğu tezi, kuruluşu açıklayan diğer yaklaşımların geçerli olmadığı anlamına gelmemektedir. Çalışma, Anayasa Mahkemesinin kurulmasının ardında si-

116 Ahmad, F. (2020). s. 127.

yasetin yargısallaşmasının söylemsel boyutun da olduğunu öne çıkararak literatürdeki yaklaşımlara katkıda bulunmaktadır. Konunun literatürdeki canlanışına paralel olarak, siyasetin yargısallaşması olgusunun farklı veçhelerini ampirik düzeyde tespit edecek karşılaştırmalı ve istatistiki çalışmaların yapılması da mümkün görünmektedir.

KAYNAKÇA

- AÇIKEL, Fethi (2006). "Entegratif toplum ve muarızları: 'Merkez-çevre' paradigması üzerine eleştirel notlar", *Toplum ve Bilim*, S. 105., ss. 30-69.
- AHMAD, Feroz (2020). *Demokrasi Sürecinde Türkiye: 1945-1980*, İstanbul: Hil Yayınları.
- AHMAD, Feroz ve TURGAY AHMAD, Bedia (2020). *Türkiye'de Çok Partili Politikanın Açıklamalı Kronolojisi (1945-1971)*, İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınları.
- AKSOY, Muammer (1958). "Muhalefetin Birleşmesi Zaruridir", *Forum*, S. 110.
- ALPBAZ, Mustafa Mert (2020). *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kemalizm ve Otoriterlik: Analitik Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- ARYOL, Nihat (Der.). (2017). A. Refik Gür ve Kanunların Anayasa Uyumluğu, içinde *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi* (ss. 211-237), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- AYDIN-ÇAKIR, Aylin (2014). "Judicialization of Politics by Elected Politicians: The Theory of Strategic Litigation", *Political Research Quarterly*, C. 67., S. 3., ss. 489-503.
- BARUTÇU, Zübeyir (2015). *Osman Bölükbaşı, içinde Kaynar, Mete Kaan (Der.), Türkiye'nin 1950'li Yılları* (ss. 533-540), İstanbul: İletişim Yayınları.
- BELGE, Ceren (2006). "Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law & Society Review*, C. 40., S. 3., ss. 653-692.
- BORA, Tanıl (2017). *Cereyanlar: Türkiye'de Siyasi İdeolojiler*, İstanbul: İletişim Yayınları.
- CAMELIO, Nicolas (2016). 'Askerler Tarafından El Konan Hukuk': Türkiye'de 1961 Anayasası'nın Yazılması, içinde *Aymes, Marc, Gourisse, Benjamin ve Massicard, Elise (Der.), Berktaş, Ali (Çev.), Devlet Olma Zanaatı: Osmanlı'dan Bugüne Kamu İcraatı* (ss. 119-140), İstanbul: İletişim Yayınları.

- CUMHURİYET GAZETESİ (15 Ocak 1959). “Millet ve tarih huzurunda dün CHP’nin giriştiği taahhüdler”.
- ÇAKMAK, Diren (2008). “Türk Siyasal Yaşamında Bir Muhalefet Partisi Örneği: Hürriyet Partisi (1955-1958)”, Gazi Akademik Bakış, C. 2., S. 3., ss. 153-186.
- DEDE, Kadir (2017). “Altmışlı Yılların Anayasal Gündemi ya da Siyasal Bir Özne Olarak 1961 Anayasası”, içinde Kaynar, Mete Kaan (Der.), Türkiye’nin 1960’lı Yılları (ss. 809-843), İstanbul: İletişim Yayınları.
- DEDE, Kadir (2015). Forum Dergisi, içinde Kaynar, Mete Kaan (Der.), Türkiye’nin 1950’li Yılları (ss. 451-464), İstanbul: İletişim Yayınları.
- DOMINGO, Pilar (2004). “Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America”, Democratization, C. 11., S. 1., ss. 104-126.
- DRESSEL, Björn (2012). The judicialization of politics in Asia: towards a framework of analysis, içinde The Judicialization of Politics in Asia (ss. 1-14), New York: Routledge.
- EMRE, Yunus (2013). “CHP’nin Değişiminde Önemli Bir Durak: CHP Araştırma Bürosu”, Tarih ve Toplum, S. 16., ss. 59-90.
- ERGUT, Ferdan (2021). Tarihin Hakikatleri, İstanbul: İletişim Yayınları.
- ERGÜL, Ozan (2007). Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Ankara: Adalet Yayınları.
- FEREJOHN, John (2002). “Judicializing Politics, Politicizing Law”, Law and Contemporary Problems, C. 65., S. 3., ss. 41-68.
- GINSBURG, Tom (2003). Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases, Cambridge: Cambridge University Press.
- GÖZTEPE, Ece (2023). “Yeni-Kurumsalcı Teori Işığında Anayasa Mahkemesinin Normatif Düzenlemeler Yoluyla Dönüşümü”, Anayasa Yargısı, C. 40., S. 1., ss. 253-270.

- GÜLENER, Serdar (2012). *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- HATİPOĞLU, Atakan (2012). *CHP’nin İdeolojik Dönüşümü*, İstanbul: Kaynak Yayınları.
- HAZAMA, Yasushi (2012). “Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey”, *International Political Science Review*, C. 33., S. 4., ss. 421-440.
- HILBINK, Lisa (2009). “The Constituted Nature of Constituents’ Interests: Historical and Ideational Factors in Judicial Empowerment”, *Political Research Quarterly*, C. 62., S. 4., ss. 781-797.
- HIRSCHL, Ran (2004). “Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales”, *Texas Law Review*, C. 82., S. 7., ss. 1819-1860.
- HIRSCHL, Ran (2004). “‘Juristocracy’ – Political, Not Juridical”, *The Good Society*, C. 13., S. 3., ss. 6-11.
- HIRSCHL, Ran (2008). “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, *Annual Review of Political Science*, C. 11., S. 1., ss. 93-118.
- HIRSCHL, Ran (2011). *The Judicialization of Politics*, içinde Godin, Robert E. (Der.), *The Oxford Handbook of Political Science* (ss. 1-25), Oxford: Oxford University Press.
- HIRSCHL, Ran (2006). “The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, C. 75., S. 2., ss. 721-753.
- HIRSCHL, Ran (2007). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- HUNEEUS, Alexandra, COUSO, Javier ve SIEDER, Rachel (2010). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, içinde Couso, Javier, Huneeus, Alexandra ve Sieder, Rachel (Der.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America* (ss. 3-21), Cambridge: Cambridge University Press.

- KAHRAMAN, Hasan Bülent (2010). *Türk Siyasetinin Yapısal Analizi - II: 1920-1960*, İstanbul: Agora Kitaplığı.
- KAYNAR, Mete Kaan ve KALKAN, Nurettin (Der.) (2022). *Cumhuriyet Dönemi Partiler - Seçimler - Beyannameler (1923-1980)*. Ankara: TBMM Basımevi.
- KEYDER, Çağlar (2022). *Türkiye’de Devlet ve Sınıflar*, İstanbul: İletişim Yayınları.
- KOÇAK, Cemil (2022). *27 Mayıs’ın Kayıp Anayasası*, İstanbul: VakıfBank Kültür Yayınları.
- LANDFRIED, Christine (1994). “The Judicialization of Politics in Germany”, *International Political Science Review*, C. 15., S. 2., ss. 113-124.
- MOUSTAFA, Tamir (2003). “Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt.” *Law & Social Inquiry*, C. 28., S. 4., ss. 883-930.
- ONAR, Erdal (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.
- ONAR, Sıddık Sami (2011). “Benim Anayasalarım”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69., S. 1-2., ss. 1-36.
- ÖZBUDUN, Ergun (2005). *Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu*, içinde Ergül, Ozan (Der.), *Demokrasi ve Yargı* (ss. 336-351), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2012). “Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri.” *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 17., S. 68., ss. 5-18.
- ÖZTÜRK, Kazım (1966). *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. I*, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- ÖZTÜRK, Kazım (1966). *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. III*, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

- RAMSEYER, J. Mark (1994). "The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach", *The Journal of Legal Studies*, C. 23., S. 2., ss. 721-747.
- RESMÎ GAZETE (28 Mayıs 1960). "Anayasa Ön Projesi Hazırlama Komisyonunun tesbit ettiği esaslar", <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10540.pdf>.
- SAÇ, Selman (2023). *Muhalefetten Ortanın Soluna CHP (1950-1965)*, içinde Selçuk, E. Kadir (Der.), *Kuruculuktan Daimi Muhalefete CHP'nin 100 Yılı* (ss. 83-110), İstanbul: İletişim Yay.
- SEVEN, Gülşen ve VINX, Lars (2017). "The Hegemonic Preservation Thesis Revisited: The Example of Turkey", *Hague Journal on the Rule of Law*, C. 9., S. 1., ss. 45-82.
- SHAMBAYATI, Hootan ve KIRDIŞ, Esen (2009). "In Pursuit of 'Contemporary Civilization': Judicial Empowerment in Turkey", *Political Research Quarterly*, C. 62., S. 4., ss. 767-780.
- SHAPIRO, Martin ve STONE SWEET, Alec (2002). *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line ve ANGELL, Alan (2009). Introduction, içinde Sieder, Rachel, Schjolden, Line ve Angell, Alan (Der.), *The Judicialization of Politics in Latin America* (ss. 1-20), New York: Palgrave Macmillan.
- Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü (1960). Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- SOYSAL, Mümtaz (1969). *Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- STONE SWEET, Alec (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- TANÖR, Bülent (2020). *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

- TANÖR, Bülent (2014). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri: (1789-1980)*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- TARHAN ÇELEBİ, Gülce (2024). "1962-1980 Arasında Anayasa Mahkemesi ve Siyasal Aktörlerin İlişkisi: Hegemonik Koruma Tezi'ne Eleştirel Bir Yaklaşım", *Alternatif Politika*, C. 16., S. 1., ss. 142-179.
- ÜNLÜ, Barış (2022). Mehmet Ali Aybar, İstanbul: İletişim Yayınları.
- VALLINDER, Torbjörn (1994). "The Judicialization of Politics— A World-Wide Phenomenon: Introduction", *International Political Science Review*, C. 15., S. 2., ss. 91-99.
- YEĞEN, Oya (2018). "Judicial 'empowerment' through Constitutional Change: The Case of Chilean and Turkish Constitutional Courts", *Research and Policy on Turkey*, C. 3., S. 1., ss. 40-67.
- YOLCU, Serkan (2023). "Anayasa Tarihimizden Bir Keşif: Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi İlk Defa Ne Zaman Denendi?", *Anayasa Yargısı*, C. 40., S. 2., ss. 87-114.
- YÜKSEL, İsmail (2022). "Bir Zayıf Yargısal Denetim Yöntemi Örneği Olarak Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyanname-si'nin 33. Maddesi'nin (Askıya Alma Hükmü) Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24., S. 1., ss. 317-345.



2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE CUMHURBAŞKANI KARARI VE TÜZÜK İLİŞKİSİ

*Relationship Between the Presidential Decision and the Regulation
within the Framework of the 2017 Constitutional Amendments*

Arş. Gör. Ramazan DEMİR*

ÖZET

2017 Anayasa değişiklikleri ile yürütmenin Bakanlar Kurulu kısmına ilişkin hükümler ilga edilerek yürütme tek başlı hâle getirilmiştir. Ayrıca 1982 Anayasası'nın ilk hâline göre Bakanlar Kurulu tarafından belli şartlar altında çıkarılacak olan tüzüklere ilişkin Anayasa'nın 115. madde hükmü de ilga olmuştur. Fakat 2017 Anayasa değişiklikleri ile eklenen geçici 21. maddede yürürlükte bulunan tüzüklerin yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdüreceği ifade edilmiştir. Ancak yürürlükte bulunan tüzüklerin nasıl yürürlükten kaldırılacağına ilişkin anayasal ya da yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada tüzükler, Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlükten kaldırılmaktadır. Ancak normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanı kararları tüzüklerin altında yer almaktadır. Dolayısıyla da Cumhurbaşkanı kararı ile tüzükleri ilga etmek yerine Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan sınırlar dâhilinde olmak şartıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüzükler ilga edilebilir. Ayrıca bu konuda Cumhurbaşkanı'nın yetkisi olduğu gibi Türkiye Büyük Millet Meclisinin de yetkisi var-

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, ramazan.demir@atauni.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6427-7285

dır. Diğer bir deyişle Türkiye Büyük Millet Meclisi de kanun ile tüzükleri yürürlükten kaldırabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı kararı, tüzük, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 2017 Anayasa değişikliği, yürütme organı.

ABSTRACT

The 2017 Constitutional amendments revoked the provisions on executive matters related to the Council of Ministers, resulting in a shift to a single-headed executive branch. In addition, Article 115 of the 1982 Constitution (in its initial version), which regulated the issuance of the regulations by the Council of Ministers under certain conditions, has also been abolished. However, the Provisional Article 21 added with the 2017 Constitutional amendments, envisaged that the existing regulations will remain in force unless repealed. Nevertheless, there is no constitutional or legal regulation regulating the procedure of repealing the regulations in force. In practice, regulations are repealed by the decision of the President. However, according to the hierarchy of norms, Presidential decisions rank below the regulations. Therefore, instead of abolishing the regulations by the decision of the President, the regulations can be abolished by the Presidential decree, provided that they are within the limits specified in Article 104 of the Constitution. Furthermore, the authority to repeal regulations is not exclusive to the President; the Turkish Grand National Assembly also holds the power to repeal regulations by law.

Keywords: Presidential decision, regulation, Presidential decree, The 2017 Constitutional amendment, executive organ.

GİRİŞ

2017 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile yürütmenin Bakanlar Kurulu kısmına ilişkin hükümler ilga edilerek yürütme tek başlı hâle getirilmiştir. Ayrıca 1982 Anayasası'nın ilk hâli açısından Bakanlar Kurulunun yapmış olduğu tüzüklere ilişkin 115. maddesi de ilga edilmiştir¹. Dolayısıyla artık tüzük adında bir düzenleyici işlem yapılamayacaktır. Ancak Anayasa'nın geçici 21. maddesi gereğince bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir. Fakat bu işlemlerin yürürlükten nasıl kaldırılacağına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum, özellikle tüzük açısından bir belirsizliğe sebep olmaktadır. Çünkü tüzüğü yalnızca Bakanlar Kurulu çıkarabiliyordu. Yetki ve şekilde paralellik ilkesi gereğince de yürürlükte olan bir tüzüğü yalnızca Bakanlar Kurulu kaldırabilir. Fakat 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra bunu yapabilecek Bakanlar Kurulu da bulunmamaktadır. Uygulamada tüzükler, Cumhurbaşkanı kararı ile kaldırılmaktadır.

“2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanı Kararı ve Tüzük İlişkisi” başlıklı bu çalışmada ilk olarak Cumhurbaşkanı kararının hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Ardından tüzük ile ilgili açıklamalar yapıldıktan sonra Cumhurbaşkanı kararı ile tüzüklerin ilga edilip edilmeyeceği meselesi ele alınacaktır. Son olarak ise tüzüklerin ilgalarına ilişkin çeşitli çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

1 Aybay, R. (2019). “Temmuz 2018’de Yürürlüğe Giren Anayasa Değişiklikleri ile Yazılı Hukuk Kaynaklarımıza Getirilen Değişiklikler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Konusunda Bazı Gözlemler”, *DEÜHFD*, C. 21., Özel S., s. 2746.

I. CUMHURBAŞKANI KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İdarenin yapmış olduğu işlemler, maddi anlamda düzenleyici işlemler ve birel işlemler şeklinde ikiye ayrılmaktadır². Diğer bir deyişle Türk hukuku açısından özel, somut ve bireysel işlemlerinin yanı sıra düzenleyici işlemler de yürütme fonksiyonuna dâhildir³. Yürütme ve idarenin düzenleyici işlemleri dışındaki işlemleri; somut, birel, bir kere uygulanmakla tükenir niteliktedir. Diğer bir deyişle bu işlemler belli bir kişi ya da duruma özgü yapılırdır⁴. Örnek vermek gerekirse idari bir işlem olan atama işlemi dikkate alındığında bu işlem; somut, bir kişinin memurluk statüsüne girmesini sağlayan ve bir kere uygulanmakla tükenir niteliktedir.

Resmî Gazete incelendiğinde karar niteliğindeki işlemlerin 1923 yılından itibaren yapıldığı görülmektedir⁵. 2017 Anayasa değişikliğinden önce yürütme organının Bakanlar Kurulu kısmının almış olduğu kararlar, kararname şeklinde yapılmıştır⁶. Ayrıca Bakanlar Kurulunun düzenleyici nitelikte, genel ve nesnel kurallar koyan karar ve kararnameler çıkarabileceği ve bu yetkinin kaynağının da Anayasa'nın 8. maddesi ve ilgili kanunlar olduğu ifade edilmiştir⁷. Bu dönemde atama gibi birel nitelikte işlemler, kararname adıyla yapılmıştır. Bazı

2 Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). *Türk İdare Hukuku* (16. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 388-389.

3 Özbudun, E. (2023). *Türk Anayasa Hukuku* (23. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 249.

4 Günday, M. (2017). *İdare Hukuku* (11. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi, s. 126-127; Başgil, A. F. (1939). *Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tabii Olduğu Hukuki Rejim*, İstanbul: Kenan Matbaası, s. 20.

5 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22.pdf> (Erişim Tarihi 5/11/2023)

6 Armağan, S. (1978). *1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 101-102; Kağıtçıoğlu, M. (2020). Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, içinde Uygun, O. ve Esen, E. (Ed.), *Türk Hukukunda Cumhurbaşkanın Kararları Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği* (ss. 113-151), İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 126.

7 Yayla, Y. (1985). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 179-180.

kanunlarda Bakanlar Kurulu kararı bazı kanunlarda ise Bakanlar Kurulu kararname kullanıldığı için her iki terimin eş anlamda olduğu ifade edilmiştir⁸. 1982 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanı'nun Anayasa ve kanunlar tarafından verilen seçme ve atama işlemlerini “Cumhurbaşkanının kararı” başlığını taşıyan işlemler ile yaptığı ifade edilmiştir⁹. Tekbaş, Cumhurbaşkanı'nun yalnız başına yapacağı tekli kararname, kararname tanımının bir istisnası olduğunu belirtmektedir¹⁰. Onar, kararnamenin muhtelif şekillerde görüldüğünü ve bu şekillerin muvakkat kanun mahiyetinde kararname, Cumhurbaşkanı kararname ve kanunların emirleri üzerine bunlara müsteniden ısdar edilen kararname olduğunu ifade etmiştir¹¹.

Gözler “name” kelimesinin yazı anlamına geldiğini, kararnamenin yazılı karar demek olduğunu, “kararname” demenin düzenleyici işlem demek olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle de Ay m. 104/f. 17’de hükme bağlanan düzenleyici işleme konulan kararname isminin yanlış olduğunu, kararname kelimesinin, bu işlemin düzenleyici nitelikte bir işlem olduğunu göstermediğini; sadece yazılı bir işlem olduğunu gösterdiğini, bu işleme, onun düzenleyici nitelikte olduğunu göstermek için kararname değil nizamname isminin verilebileceğini belirtmektedir¹². Ayrıca, Gözler Türk hukukunda karar ile kararnamenin aynı anlama geldiğini ve Türk idare hukukunda bireysel makamların tek-yanlı işlemleri arasında kararname-karar şeklinde bir ayırım yapılmadığını da ifade etmektedir¹³.

-
- 8 Tekbaş, A. (2002). “Türk Hukukunda Bakanlar Kurulu Kararları”, *Türk İdare Dergisi*, S. 437., s. 39.
 - 9 Tan, T. (1984). “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1., s. 39-40.
 - 10 Tekbaş, A. (2002). s. 43. Yazar, söz konusu çalışmada kararname tanımını verdikten sonra bazı kararnamelerin istisna olduğunu ifade etmiştir. Bu çalışmanın 2017 Anayasa değişikliği öncesinde yapıldığı dikkate alınmalıdır. Çünkü artık, Cumhurbaşkanı bütün kararları tek başına almaktadır.
 - 11 Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumî Esasları* (3. Baskı), İstanbul: Hak Kitabevi, s. 398-403.
 - 12 Gözler, K. (2019). *İdare Hukuku Cilt 1* (3. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 347.
 - 13 a.g.e. s. 798.

2017 Anayasa değişikliği ile birlikte yürütme organı tek başlı hâle getirilmiş ve Cumhurbaşkanı'na Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) adında asli düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınmıştır¹⁴. 2017 Anayasa değişikliğinden sonra da birel nitelikteki işlemlerin CBK ile yapılabileceği ifade edilmiştir¹⁵. Ancak doktrinde CBK'ların hiçbir şekilde birel nitelikte idari işlem biçiminde olamayacağı ifade edilmiştir¹⁶. Kanaatimizce birel nitelikteki işlemlerin CBK yerine Cumhurbaşkanı kararı ile yapılması gerekmektedir. Çünkü Cumhurbaşkanı kararı şeklinde alınması gereken bir karar CBK ile yapılırsa söz konusu işleme karşı yalnızca Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve üye tam sayısının en az beşte biri kadar üye Anayasa Mahkemesinde dava açabilecektir. Ancak bu işlem, CBK yerine Cumhurbaşkanı kararı ile yapılırsa bu işleme karşı menfaati olan herkes Danıştayda dava açabilir¹⁷.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndan hareketle idari işlemin unsurlarının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olduğu kabul edilmektedir. Cumhurbaşkanı kararı da bu unsurlar açısından ele alınacak olursa bu işlemi yapmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir¹⁸. 1982 Anayasası'nın ilk hâlinde

14 1982 Anayasası'nın ilk hâli açısından da Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yürütmenin asli düzenleyici işlemi olarak kabul edilmekteydi. Gündüz, F. E. (2007). "Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 1-2., s. 761.

15 Temiz, Ö. ve Güneş, F. (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği", *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 24., S. 2., s. 974.

16 İba, Ş. ve Söyler, Y. (2019). "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 202. Benzer görüş için bkz. Kağıtçıoğlu, M. (2020). s. 126-127.

17 Gözler, K. (2020). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (25. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 365.

18 Cumhurbaşkanı kararları hakkında bkz. Özata, M. H. (2022). *Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararları*, Ankara: Adalet Yayınevi. Bu çalışmada konu, temel nitelikte bilgilerin ifade edildiği Cumhurbaşkanı'na ilişkin genel esaslar, birel işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanı kararları ve düzenleyici işlem niteliğinde Cumhurbaşkanı kararları şeklinde üç ana

Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu kabul edildiği için Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapabileceği işlemler dışındaki bütün işlemlerin Başbakan ve ilgili bakanın imzasını taşıması gerektiği ifade edilmişti. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden sonra Başbakan ve Başbakanlık olmadığı ve artık Cumhurbaşkanı kendisine tanınan bütün yetkileri tek başına kullanacağı için yapacağı bütün işlemler yalnızca Cumhurbaşkanı'nın imzası ile tamamlanmış olacaktır. Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanı kararının yapımına Cumhurbaşkanı dışında herhangi bir kişi ya da makam dâhil olmayacaktır. Bu yüzden de Cumhurbaşkanı kararı, basit iradeli bir işlemdir¹⁹.

İdare hukukunda idari işlem ve kararların kural olarak yazılı şekle tabi olduğu kabul edilmektedir²⁰. Bu kural, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağını ifade eden Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü maddesinden kaynaklanmaktadır²¹. Buna ek olarak yazılı bir şekilde yapılmış olan işlemin, bu işlemi yapmaya yetkili makam ya da kişi tarafından imzalanmış olması şarttır²². Cumhurbaşkanı kararı da idari bir işlem olduğu için yazılı bir şekilde yapılmalı ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmalıdır. Ayrıca idari işlemin ilgililere duyurulması gerektiği için Cumhurbaşkanı kararının da yayımlanması gerekmektedir. 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinde Cumhurbaşkanlığınca Resmî Gazete'de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgelerin de Resmî Gazete'de yayımlanacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince hangi Cumhurbaşkanı kararının Resmî Gazete'de yayımlanacağına karar verme yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir²³. Ancak 10 sayılı CBK'nın 4. maddesi gereğince Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakan atanması, görevine son

başlık şeklinde ele alınmıştır.

19 Kağıtçıoğlu, M. (2020). s. 122.

20 Günday, M. (2017). s. 144.

21 a.g.e. s. 144.

22 a.g.e. s. 144.

23 İba, Ş. ve Söyler, Y. (2019). s. 198-199.

verilmesi veya istifasına dair işlemler, Cumhurbaşkanınca yapılan seçme ve atamalar ile göreve son verme işlemleri gibi bazı Cumhurbaşkanlığı kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmasının zorunlu olduğu söylenebilir. Diğer bir deyişle bu nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanıp yayımlanmamasında Cumhurbaşkanlığı’nın takdir yetkisi yoktur²⁴. Kağıtçıoğlu ise *Resmî Gazete’de yayımlanmayan ve düzenleyici işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanlığı kararlarının Cumhurbaşkanlığı’nın resmî internet sayfasından yayımlanarak hukuki belirliliğinin sağlanması, birel nitelikte olan ve Resmî Gazete’de yayımlanmayan Cumhurbaşkanlığı kararlarının da ilgisine tebliğ yoluyla bildirilmesi gerektiğini ifade etmektedir*²⁵.

İdareyi işlem yapmaya sevk eden etken ise idari işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır²⁶. Cumhurbaşkanlığı kararının sebep unsurunun ise Anayasa, kanun ve CBK’larda Cumhurbaşkanlığı’na verilen görev ve yetkiler olduğu söylenebilir²⁷. Genelde Cumhurbaşkanlığı kararlarında bu işlemin hangi Anayasa ya da kanun hükmüne dayanılarak tesis edildiği ifade edilmektedir. İdari işlemin sebep unsuru ile ilgili olarak şu hususa değinmekte fayda vardır. Cumhurbaşkanlığı kararları, CBK’lar gibi aslilik özelliğini haiz değildir²⁸. Bu yüzden de

24 İba, Ş. ve Söyler, Y. (2019). s. 218.

25 Kağıtçıoğlu, M. (2020). s. 121; Gözler de Cumhurbaşkanlığı’nın bireysel işlemlerinin Resmî Gazete’de yayınlanmalarının zorunlu olmadığını, bunlar belli kişi ve duruma ilişkin oldukları için tebliğ yoluyla ilgisine bildirilmekle yürürlüğe girebileceğini belirtmektedir. Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 892. Resmî Gazete’de yayımlanması şart olmayan Cumhurbaşkanlığı’nın düzenleyici işlemlerinin ise Cumhurbaşkanlığı’nın internet sitesinde yayınlanması veya ilan edilmesi veya bir başka suretle ilgililerine duyurulması gerektiğini ifade etmektedir. Gözler, K. (2021). s. 895-896.

26 Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 447.

27 Kağıtçıoğlu, M. (2020). s. 121; Tekbaş, “Bakanlar Kurulu kararları için tüzük ve yönetmeliklerde olduğu gibi Anayasa’da bir belirleme söz konusu olmamasından dolayı Bakanlar Kurulu kararlarının sebep unsurunu tek tek, Bakanlar Kurulu kararı çıkarma konusunda yetki veren kanunlar oluşturacağını” ifade etmiştir. Ayrıca *Tüzük ve yönetmeliklerde olduğu gibi kanunun düzenlemediği bir alanda Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmayacağına* da belirtmiştir. Tekbaş, A. (2002). s. 50.

28 İba, Ş. ve Söyler, Y. (2019). s. 208.

Cumhurbaşkanı kararlarının mutlaka bir kanun ya da CBK'ya dayanılarak çıkarılması gerekmektedir²⁹.

İdari işlemin konu unsuru ise idari işlemin doğuracağı sonuç olarak ifade edilmektedir³⁰. Cumhurbaşkanlığı kararının konusunun düzenleyici işlem ve birel işlem olabileceği kabul edildiği³¹ için kararın konusu; genel, soyut, objektif, kişilik dışı ya da özel, somut ve subjektif nitelikte olacaktır³². Düzenleyici işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararlarının tali olduğu, diğer bir deyişle kanuna dayanarak yürürlüğe konulabileceği ifade edilmiştir³³. Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerinin, bu anlamda tipik bir Cumhurbaşkanlığı kararı olarak gösterilebileceği belirtilmiştir³⁴. Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerinin düzenleyici idari işlem niteliğinde Cumhurbaşkanlığı kararı olduğunu ifade etmek, anayasal dayanağa sahip olan Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerini normlar hiyerarşisinde adsız düzenleyici işlem seviyesine çekmek anlamına gelmektedir. Fakat Türk hukukunda adsız düzenleyici işlemlerin yönetmeliklerin altında olduğu kabul edilmektedir³⁵. Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak yargısal denetimini yapacağı idari işlemlerin ifade edildiği Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde Cumhurbaşkanlığı kararları ve Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemler ayrı

29 a.g.e. (2019). s. 208; Kağıtçıoğlu, M. (2020). s. 118-119.

30 Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 457.

31 Gözler, K. (2021). s. 911-912; Kağıtçıoğlu, M. (2020). s. 119.

32 Düzenleyici ve birel işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararı örnekleri için bkz. Kağıtçıoğlu, M. (2020). s. 122-123.

33 İba, Ş. ve Söyler, Y. (2019). s. 221.

34 a.g.e. s. 221.

35 Güneş, Türk hukukunda düzenleyici işlemler arasında tüzüğün başta geldiğini, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerin ise çıktıkları organa göre sıralandığını, aynı organ tarafından yapıldıkları takdirde ise yönetmeliklerin diğer düzenlemelerden önce yer aldığını ifade etmektedir. Güneş, T. (1965). *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 193; Günday da aynı idari makamın yapacağı çeşitli düzenleyici işlemler arasındaki sıralamanın, tüzük, yönetmelik ve öteki düzenleyici işlemler şeklinde olacağını, zira tüzük ve yönetmeliğin Anayasa'nın öngördüğü düzenleyici işlemler olduğunu, öteki düzenleyici işlemlerin ise idarenin genel düzenleme yetkisinden kaynaklandığını ifade etmektedir. Günday, M. (2017). s. 230.

ayrı ele alınmıştır. Dolayısıyla bu hüküm de Cumhurbaşkanı yönetmeliklerinin Cumhurbaşkanı kararı olarak kabul edilemeyeceğine gerekçe olarak gösterilebilir. Bu konu ile ilgili ek olarak İba/Söyler *Anayasa'da CBK ile düzenleneceği ifade edilmiş olan bir konunun CBK ile düzenlenmesi durumunda ve aynı konuya ilişkin kanunda da bir hüküm varsa bu durumda CBK'nın aslilik özelliğini kaybettiğinden dolayı Cumhurbaşkanı kararı olarak nitelendirilebileceğini* ifade etmişlerdir³⁶. Fakat kanaatimizce bu yorumun zorlama olduğu söylenebilir. Bu husus, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yoruma gerek kalmayacak açıklıkta düzenlenmiştir. Buna göre kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde, kanun hükümleri uygulanır. TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, CBK hükümsüz hâle gelir. Dolayısıyla Anayasa'ya göre kanunun düzenlemiş olduğu bir konuda CBK çıkarılması yasak olduğu gibi CBK'nın düzenlemiş olduğu bir konuda TBMM bir kanun çıkarırsa aynı konuyu düzenleyen CBK hükümsüz hâle gelecektir. Diğer bir deyişle Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası, bir CBK'nın aslilik özelliğini kaybetmesi ve Cumhurbaşkanı kararına dönüşmesi yorumunun yapılmasına imkân vermeyecek ölçüde açık ve nettir.

Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi, Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi gereğince ilk derce mahkemesi olarak Danıştay tarafından yapılır³⁷. Bu hükme istinaden hem düzenleyici nitelikte hem de bireysel nitelikteki Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi, Danıştay tarafından yapılmaktadır.

II. TÜZÜKLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tüzük, idarenin düzenleyici işlemlerinden birisidir³⁸. Tüzük, nizamname adıyla 1924 Anayasası'ndan itibaren

36 İba, Ş. ve Söyler, Y. (2019). s. 210.

37 Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi konusunda bkz. Özdemir, Y. (2021). "Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29., S. 4., ss. 3211-3256.

38 Teziç, E. (2020). *Anayasa Hukuku* (Tıpkı 24. Baskı), İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 75; 1924 Anayasası açısından tüzüklerin niteliği ile ilgili olarak bkz. Başgil, A. F. (1939). s. 68-71.

Türk hukukunda var olan bir düzenleyici işlem türüdür³⁹. Balta, *tüzüğün çıkarılmasının kanun kadar, hatta kanundan bile daha güç ve zaman alıcı olduğunu, bunun için de çıkarılması zorunlu olan hâllerde bile çok kere ihmal edildiğini* belirtmiştir⁴⁰. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Bakanlar Kuruluna ilişkin hükümler kaldırılıp yürütme tek başlı hâle getirilmiştir. Tüzük çıkarma yetkisi, Bakanlar Kuruluna ait olduğu için tüzüklerin düzenlenmiş olduğu 115. madde de 2017 Anayasa değişiklikleri ile ilga olmuştur. Dolayısıyla 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra idarenin düzenleyici işlemleri arasında tüzük yer almamaktadır⁴¹. Atar, *Türk hukuk sisteminde eskiden Bakanlar Kurulunun, Cumhurbaşkanlığı sistemine geçildikten sonra ise Cumhurbaşkanı'nın bütün kanunları uygulamakla yetkili ve görevli olmasından dolayı Cumhurbaşkanı'nın herhangi bir kanunla ilgili olarak tüzük yerine yönetmelik çıkarabileceğini* belirttikten sonra *tüzük ve yönetmelik ayrımının yürütme organı (Cumhurbaşkanı) açısından anlamsız olduğunu ve tüzük uygulamasının sonlandırılmış olmasının yerinde olduğunu* belirtmektedir⁴².

İdari işlemin unsurları açısından tüzük ele alınacak olursa ilk olarak 1982 Anayasası'nın ilk hâline göre tüzük çıkarma yetkisinin Bakanlar Kuruluna ait olduğu düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle tüzük çıkarma konusunda tek yetkili makam,

39 <https://www.mevzuat.gov.tr/#tuzukler> adresindeki veriler dikkate alındığında, 104 adet tüzük olduğu anlaşılmaktadır. İsimlendirmede bir tutarlık olduğu söylenemez. Özellikle 1960'tan önce tüzük ifadesi de nizamname ifadesi de kullanılmıştır. İlk tüzük, 1914 tarihlidir. 1921 Anayasası'nın kabul tarihi olan 20 Ocak 1921 ile 1924 Anayasası'nın kabul tarihi olan 20 Nisan 1924 arasında tüzük çıkarılmadığı anlaşılmaktadır. 1924 Anayasası'nın kabul tarihi olan 20 Nisan 1924 ile 1961 Anayasası'nın kabul tarihi olan 9 Temmuz 1961 tarihleri arasında 50 adet, 1961 Anayasası'nın kabul tarihi olan 9 Temmuz 1961 ile 1982 Anayasası'nın kabul tarihi olan 18 Ekim 1982 tarihleri arasında 27 adet, 1982 Anayasası'nın kabul tarihi olan 18 Ekim 1982 ile 2017 Anayasa değişikliklerinin tüm hükümlerinin yürürlüğe girdiği 2018 yılı arasında 26 adet tüzük çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

40 Balta, T. (1970/1972). s. 180.

41 Özbudun, E. (2023). s. 258.

42 Atar, Y. (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 241.

Bakanlar Kurulu idi⁴³. Bakanlar Kurulu dışında bakanlıkların ya da diğer idarelerin tüzük çıkarma yetkisi söz konusu değildi⁴⁴.

Danıştayın incelemesinden geçmek⁴⁵, Cumhurbaşkanınca imzalanmak ve kanunlar gibi yayımlanmak hususlarının ise tüzüğün şekil şartlarını oluşturduğu söylenebilir. Bu konu ile ilgili olarak Duran, 1961 Anayasası döneminde *tüzükleri çıkarma yetkisinin asıl sahibinin Bakanlar Kurulu olduğunu ve Cumhurbaşkanı'nın bu konudaki görevinin düzenleyici işlemin varlığını ve geçerliliğini doğrulamaktan ve yayınlamasını sağlamaktan ibaret olduğunu ifade etmiştir*⁴⁶. Duran ayrıca *Cumhurbaşkanı'nın tüzük tasarısını sadece bir kez geri gönderebileceği ve ısrar hâlinde yayımlamak durumunda olduğunu da belirtmektedir*⁴⁷. Bakanlar Kurulunun tüzüğü bir kararname gibi kabul edip yürürlüğe koymasından dolayı bu iki işlemin ayrı işlemler olarak düşünülmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸.

1982 Anayasası'nın ilk hâlinde tüzüğün kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla tüzüğün sebep unsu-

43 Güneş, T. (1965). s. 176; Özbudun, E. (2016). *Türk Anayasa Hukuku* (16. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 269; Gözler, K. (2021). s. 1070; Yüzbaşıoğlu, N. (1996). *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 30; Gündüz, F. E. (2007). s. 763.

44 Onar, S. (1966). s. 381; Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2015). *İdare Hukuku* (7. Baskı), İstanbul: DER Yayınları, s. 227; Günday, M. (2017). s. 111; Gözler, K. (2015). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (19. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 372; Çağlayan, R. (2016). *İdare Hukuku Dersleri* (4. Baskı), Ankara: Adalet Yayınları, s. 447.

45 Gözler, Danıştay'ın incelemesinden geçmiş olmanın tüzüğün asli şekil şartını oluşturduğunu ifade etmektedir. Gözler K. (2019). *İdare Hukuku Cilt 1*, s. 1425. Ancak Danıştayın incelemesinin bir yetki unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Teziç, E. (2020). s. 76; Duran, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 453.

46 Duran, L. (1982). s. 452.

47 a.g.e. s. 452; Benzer bir görüşler için bkz. Teziç, E. (2020). s. 76; Yüzbaşıoğlu, N. (1996). s. 30.

48 Duran, L. (1982). s. 456-457; Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2015). s. 229; Günday, M. (2017). s. 112; Teziç, E. (2020). s. 76.

runun bir kanun olduğu söylenebilecektir⁴⁹. Tüzüğün konu unsuru ise kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmektir⁵⁰. Günday'a göre tüzük yapılabilmesi için bunun kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekmemektedir ancak kanunda tüzük yapılması açıkça öngörülmüşse de idarenin konuyu başka bir düzenleyici işlemle düzenleme imkânı yoktur⁵¹. Kanunla düzenlenmemiş bir konuda tüzük çıkarılamayacağı kabul edilmiştir⁵². Doktrinde kanunların uygulanmasını göstermek açısından Bakanlar Kurulunun takdir yetkisinin olduğu, kanunun emrettiği işleri belirtmek açısından ise Bakanlar Kurulunun takdir yetkisinin olmadığı aksine bu durumda bir zorunluluk olduğu ileri sürülmüştür⁵³. Ancak Günday, *kanunun uygulanmasını göstermek için yapılan tüzüklerle kanunun emrettiği işleri belirtmek için yapılan tüzükler arasında her zaman bir ayırım yapmanın mümkün olmadığını belirtmektedir*⁵⁴.

Tüzükler idarenin bir düzenleyici işlemi olduğu için yargısal denetimi idari yargı tarafından yapılmaktaydı⁵⁵. 1924 Anayasası'nda tüzüklerin kanunlara aykırılıklarını inceleme yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) verilmiştir⁵⁶. 1924 Anayasası, tüzüklere ilişkin bu düzenleme ile 1961 ve 1982 Anayasalarından ayrılmaktadır⁵⁷. 2017 Anayasa değişik-

49 Onar, S. (1966). s. 381; Duran, L. (1982). s. 454; Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2015). s. 228; Günday, M. (2017). s. 113; Gözler, K. (2015). s. 372-373.

50 Balta, T. (1970/1972). s. 179; Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2015). s. 228-229; Özbudun, E. (2016). s. 269; Tekbaş A. (2002). s. 50.

51 Günday, M. (2017). s. 113; benzer görüş için bkz. Güneş, T. (1965). s. 174-175.

52 Sarıca, R. (1943). *Türkiye'de İcra Uzounun Tanzim Salahiyeti*, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, s. 62; Günday, M. (2017). s. 113; Gözler, K. (2015). s. 372-373.

53 Balta, T. (1970/1972). s. 179; Duran, L. (1982). s. 454-455; Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2015). s. 228; Teziç, E. (2020). s. 76.

54 Günday, M. (2017). s. 113.

55 Özbudun, E. (2016). s. 270; Yüzbaşıoğlu, N. (1996). s. 31.

56 Başgil, A. F. (1939). s. 94-95; Gündüz, F. E. (2007). s. 774.

57 Onar, S. S. (1966). s. 371; Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2015). s. 226.

liği ile eklenen geçici 21. madde uyarınca yürürlükte bulunan tüzükler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdüreceği için yürürlükte olan tüzüklerin yargısal denetimi mümkündür⁵⁸.

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddede bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdüreceği ve yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152. ve 153. maddelerin uygulanmasına devam olunacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm gereğince yürürlükte bulunan bir tüzük, usulüne uygun bir şekilde kaldırılmadığı sürece uygulanmaya devam edilecektir. Bu konu ile ilgili olarak Gözler, *eski dönemde çıkan ve hâlâ yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler ile tüzükler yürürlükte olduğu için 698, 699, 702 ve 703 sayılı KHK'lar ile "kanun hükmünde kararname" ve "tüzük" kelimesinin "Cumhurbaşkanı kararnamesi" ile düz ara değiştirilmesinin yanlış olduğunu, doğru olanın mevzuatta "kanun hükmünde kararname" ve "tüzük" ibarelerinin geçtiği yerlere, bu ibareleri kaldırmadan "Cumhurbaşkanı kararnamesi" ibaresinin eklenmesi olduğunu belirtmektedir*⁵⁹.

III.CUMHURBAŞKANI KARARI İLE TÜZÜĞÜN İLGA EDİLİP EDİLEMeyeceği MeSelesi ve ÖNERİLER

A.CUMHURBAŞKANI KARARI İLE İLGA EDİLMİŞ TÜZÜK ÖRNEKLERİ

2017 Anayasa değişikliklerinin tüm hükümlerinin yürürlüğe girdiği yıl olan 2018'den itibaren Cumhurbaşkanı kararı ile bazı tüzüklerin yürürlükten kaldırıldığı gözlenmektedir⁶⁰. Bu nitelikteki Cumhurbaşkanı kararlarına örnek olarak şun-

58 Gözler, K. (2021). s. 1070.

59 a.g.e. s. 1071.

60 Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 68.

lar verilebilir: 7742 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁶¹ ile 24/7/1985 tarihli ve 85/9727 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan “Radyasyon Güvenliği Tüzüğü”⁶², 5433 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁶³ ile 6/8/1979 tarihli ve 7/17925 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan “İş Teftişi Tüzüğü”⁶⁴, 5432 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁶⁵ ile 4/4/1996 tarihli 96/7994 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü”⁶⁶, 4145 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁶⁷ ile 28/2/1982 tarihli ve 8/5747 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan “Özel Hastaneler Tüzüğü”⁶⁸ yürürlükten kaldırılmıştır. Hatta 4144 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁶⁹ ile 1924 Anayasası döneminde 27/4/1937 tarihli ve 2/10857 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname” de⁷⁰ yürürlükten kaldırılmıştır.

Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan tüzüklerin yanı sıra “karar” ve “statü” gibi işlemlerin de Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Örnek vermek gerekirse 5404 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁷¹ ile 17/1/2003 tarihli ve 2003/5167 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan “Fikir ve Sanat Eserleri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tıp Statüsü”⁷², 4919 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁷³ ile 27/2/2012 tarihli 2012/2924 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan “Türkiye Gümrük

61 28 Ekim 2023 tarihli ve 32353 sayılı Resmî Gazete.

62 7 Eylül 1985 tarihli ve 18861 sayılı Resmî Gazete.

63 19 Nisan 2022 tarihli ve 31814 sayılı Resmî Gazete.

64 28 Ağustos 1979 tarihli ve 16738 sayılı Resmî Gazete.

65 19 Nisan 2022 tarihli ve 31814 sayılı Resmî Gazete.

66 15 Nisan 1996 tarihli ve 22612 sayılı Resmî Gazete.

67 25 Haziran 2021 tarihli ve 31522 sayılı Resmî Gazete.

68 10 Ocak 1983 tarihli ve 17924 sayılı Resmî Gazete.

69 25 Haziran 2021 tarihli ve 31522 sayılı Resmî Gazete.

70 Bu Nizamname <https://www.resmigazete.gov.tr/> arama kısmında bulunamamıştır.

71 7 Nisan 2022 tarihli ve 31802 sayılı Resmî Gazete.

72 30 Ocak 2003 tarihli ve 25009 sayılı Resmî Gazete.

73 10 Aralık 2021 tarihli ve 31685 sayılı Resmî Gazete.

*Bölgesi Üzerinden Transit Edilecek Sigaralar Hakkında Karar*⁷⁴ yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu konuda verilebilecek diğer bir örnek ise Seferberlik ve Savaş Hali Tüzüğü'dür. 24/5/1990 tarihli ve 90/500 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Seferberlik ve Savaş Hali Tüzüğü⁷⁵, 8510 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile yürürlüğe konulan Yönetmelik⁷⁶ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca 8510 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile yürürlüğe konulan Yönetmelik ile Seferberlik ve Savaş Hali Yönetmeliği yürürlüğe konulmuştur. Dolayısıyla 8510 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile yürürlüğe konulan Yönetmelik ile hem bir tüzük yürürlükten kaldırılmış hem de başka bir yönetmelik yürürlüğe konulmuştur. 8510 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile yürürlüğe konulan Yönetmelik, bir tüzüğü yürürlükten kaldırması sebebiyle konuyla ilgilidir.

B. CUMHURBAŞKANI KARARI İLE TÜZÜK ARASINDAKİ HİYERARŞİ PROBLEMİ

Hukukta kural olarak bir işlemi hangi makam yapmışsa o işlemde değişiklik yapmaya ya da o işlemi kaldırmaya o makam yetkilidir⁷⁷. Yetkide paralellik ilkesi olarak ifade edilen bu durum yürütme ve idarenin işlemleri açısından da geçerlidir. Şöyle ki tüzüğü yapmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmışsa tüzükte değişiklik yapmaya ya da tüzüğü kaldırmaya da Bakanlar Kurulu yetkilidir. 2017 Anayasa değişikliği ile Bakanlar Kurulu ve tüzüğe ilişkin hükümler mülga olmuştur ancak tüzüklerin kaldırılmasına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Eğer bu Anayasa değişiklikleri ile tüzüklerin kaldırılmasına ilişkin açık bir hüküm olsaydı bu nitelikte bir problem söz konusu olmayacaktı. Dolayısıyla bu durum, yürürlükteki tüzüklerin kaldırılması açısından bir eksikliktir.

74 22 Mart 2012 tarihli ve 28241 sayılı Resmî Gazete.

75 16 Temmuz 1990 tarihli ve 20576 sayılı Resmî Gazete.

76 22 Mayıs 2024 tarihli ve 32553 sayılı Resmî Gazete.

77 Duran, L. (1982). s. 471; Gözler K. (2019). *İdare Hukuku Cilt 1*, s. 1426.

Tüzük ile Cumhurbaşkanı kararı arasındaki hukuki ilişki ve Cumhurbaşkanı kararı ile bir tüzüğün yürürlükten kaldırılıp kaldırılamayacağı hususunu incelemeden önce bunların normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etmek gerekmektedir. Çünkü normlar hiyerarşisinde alt seviyede olan bir işlemin kendisine göre daha üst seviyede olan bir işlemde değişiklik yapması ya da bu işlemi kaldırması mümkün değildir. Tüzüğün bir düzenleyici işlem olan Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlükten kaldırılabileceğinin kabul edilebilmesi için düzenleyici işlem olan Cumhurbaşkanı kararının tüzüğün üzerinde ya da en az tüzüğe denk bir işlem olması gerekmektedir. Eğer normlar hiyerarşisinde, düzenleyici işlem olan Cumhurbaşkanı kararının tüzüğün altında olduğuna kanaat getirilirse bu nitelikte bir Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlükte olan bir tüzüğün kaldırılması hukuken mümkün olmayacaktır. Danıştayın vermiş olduğu bir kararda genelge yani adsız bir düzenleyici işlem ile yönetmelik hükmünün yürürlükten kaldırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁷⁸. Danıştayın bu kararında da ifade edildiği gibi adsız bir düzenleyici işlem ile yönetmelik ya da tüzüğün kaldırılması mümkün değildir.

1982 Anayasası'nın (mülga) 115. maddesine göre tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağı ifade edilmişti. Ayrıca 124. maddenin ilk hâlinde de Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından çıkarılacak olan yönetmeliklerin de kanunlara ve tüzüklere aykırı olamayacağı düzenlenmişti. Bu hükümler dikkate alındığında tüzüğün normlar hiyerarşisinde yönetmeliğin üzerinde kanunun altında olduğu kabul edilmekteydi⁷⁹. Dolayısıyla bir tüzüğün Anayasa ve kanuna aykırı olması hukuka aykırılık olarak ifade edilmekteydi⁸⁰.

78 Danıştay Onuncu Dairesinin 28/12/1983 tarihli ve E.1982/2746, K.1983/2778 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S. 54-55, s. 351-352.

79 Güneş, T. (1965). s. 193; Günday, M. (2017). s. 230; Şanlı Atay, Y. (2011). *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, Ankara: TODAİE, s. 143; Sevgili Gençay, F. D. (2014). "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *AÜHFD*, C. 63., S. 2., s. 398-399.

80 Günday, M. (2017). s. 230-231

Adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili olarak ise Danıştayın vermiş olduğu bir kararda adsız düzenleyici işlem olan genelge, yönetmelik ile aynı seviyede kabul edilmiştir⁸¹. Fakat Danıştayın açık bir şekilde adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerden sonra geldiğini ifade ettiği kararları da bulunmaktadır.⁸² Doktrinde de *adsız düzenleyici işlemleri yönetmelik ile aynı hiyerarşik düzeye koymanın Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği* ifade edilmiştir⁸³. Güneş, *tüzük ve yönetmelik dışındaki adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etmede kullanılacak olan kriterin işlemi yapan organın yeri, aynı organın yapmış olduğu işlemler arasındaki hiyerarşinin de şekil unsuruna göre belirlenmesi gerektiğini* belirtmektedir⁸⁴. Benzer şekilde Günday da *aynı adı taşıyan düzenleyici işlemlerin farklı idari makamlarca yapılması durumunda düzenleyici işlemi yapan makamların idare teşkilatı içerisindeki yerine bakılması gerektiğini* ifade etmiştir⁸⁵. Buna göre Bakanlar Kurulunun işlemleri arasındaki hiyerarşinin tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler şeklinde olduğu ifade edilmektedir⁸⁶. Dolayısıyla aynı makamın çıkarmış olduğu yönetmelik ile adsız düzenleyici işlem arasında bir hiyerarşi bulunmaktadır ve yönetmelik adsız düzenleyici işlemin üzerinde yer almaktadır⁸⁷. Bu kural, düzenleyici işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı işlemleri açısından ele alınacak olursa CBK'lar, Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri ile Cumhurbaş-

81 Buna göre, alt hukuk kuralları olan genelge ve yönetmeliklerin tüzük, kanun ve Anayasa'ya aykırı hükümler taşımaması gerekmektedir. Aksi takdirde üst norma aykırılığı söz konusu olan alt normun hukuksal dayanağı bulunduğundan söz edilemez. Danıştay Beşinci Dairesinin 19/11/1996 tarihli ve E.1993/5749, K.1996/3528 sayılı kararı.

82 Bilindiği gibi, idare hukukunda normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerden sonra gelen genel düzenleyici işlemlerden olan Genelgeler bir Yönetmeliğe dayalı olarak hazırlanır ve Yönetmelik hükümlerine açıklık getirilmek suretiyle uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Danıştay 5. Dairesinin 6.5.2003 tarihli ve E. 2002/1895, K. 2003/1891 sayılı kararı; Şanlı Atay, Y. (2011). s. 145.

83 Sevgili Gençay, F. D. (2014). s. 407-408.

84 Güneş, T. (1965). s. 193.

85 Günday, M. (2017). s. 229.

86 Güneş, T. (1965). s. 193.

87 a.g.e. s. 193; Şanlı Atay, Y. (2011). s. 149.

başkanı'nın diğer düzenleyici işlemlerinden üst konumda yer almaktadır⁸⁸. Ayrıca CBK'lar, bakanlıkların yönetmelikleri ile diğer düzenleyici işlemlerinden de üst konumda yer almaktadır. Cumhurbaşkanı yönetmelikleri ise hem Cumhurbaşkanı'nın diğer düzenleyici işlemlerinden hem de bakanlıkların yönetmelikleri de dâhil diğer düzenleyici işlemlerinden üst konumda yer almaktadır.

2017 Anayasa değişikliklerinden sonra aynı konuda düzenleyici işlem niteliğinde bir Cumhurbaşkanı kararı ile düzenleyici işlem niteliğinde bir bakanlık kararının olması durumunda Cumhurbaşkanı kararının bakanlık kararından üst konumda olduğu, yukarıda ifade edilmiş Güneş'in görüşleri⁸⁹ çerçevesinde kolay bir şekilde anlaşılmaktadır. Fakat aynı konuda hem düzenleyici işlem niteliğinde Cumhurbaşkanı kararı hem de bakanlık tarafından Anayasa'nın 124. maddesi hükmü gereğince çıkarılmış yönetmelik olması durumunda hangisinin üst konumda olduğu nasıl tespit edilecektir? Eğer Güneş'in yukarıda ifade edilmiş görüşü dikkate alınırsa düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanı kararının dikkate alınması gerekecektir. Söyler de "Cumhurbaşkanlığı tarafından yürürlüğe konulan yönetmelik dışındaki diğer düzenleyici idari işlemlerin bakanlık yönetmeliklerinden daha üst düzeyde bulunacağını" ifade etmiştir⁹⁰. Fakat düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanı kararı, Anayasa'da ifade edilmemişken bakanlıkların yönetmelik yapabileceği Anayasa'da düzenlenmiştir⁹¹. Diğer bir deyişle her ne kadar Cumhurbaşkanı, bakanların hiyerarşiküstü olsa da bakanlık tarafından yapılan yönetmeliğin dayanağı Anayasa iken⁹² Cumhurbaşkanı'nın yapmış olduğu dü-

88 Gözler, CBK'ların normlar hiyerarşisinde kanun altı, ama yönetmelik üstü seviyede bulduklarını ifade etmektedir. Gözler, K. (2021). s. 896.

89 Güneş, T. (1965). s. 193.

90 Söyler, Y. (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 166.

91 Bu hususu dile getiren Söyler, görüşünü Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme yetkisinin asli sahibinin Cumhurbaşkanı olmasına dayandırmaktadır. Söyler, Y. (2018). s. 166.

92 Yönetmeliklerin anayasal dayanağa sahip düzenleyici işlemler olduğu

zenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararı Anayasa’da ifade edilmemektedir. Bunun için bakanlık tarafından yapılan yönetmelik normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararından üstte yer almaktadır⁹³. Aksi görüşün kabulü, Anayasa’da ifade edilmemiş bir düzenleyici işlemin Anayasa’da ifade edilmiş bir düzenleyici işleme üstünlüğü anlamına gelecektir⁹⁴. Doktrinde Şanlı Atay ise *bir bakanlık yönetmeliği karşısında, Bakanlar Kurulu kararının esas alınması şeklindeki sonucun, adsız düzenleyici işlemlerin, norm değeri bakımından yönetmeliklerin altında olduğu önermesini yanıtlıysan bir sonuç olmadığı gibi, bu işlemler arasında hiyerarşi ilişkisinin mevcut olmadığı sonucunu doğrulayan bir sonuç da olmadığını* ifade etmektedir⁹⁵. 2017 Anayasa değişikliği sonucunda yürütme yetkisi, tek başına Cumhurbaşkanlığı’na verilmiştir. Bakanlar da Cumhurbaşkanınca atanıp

hakkında bkz. Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 74. Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 74.

93 Akyılmaz/Sezginer/Kaya düzenleyici işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararlarının “adsız düzenleyici işlem” olduğunu ve bu nedenle hangi yetkili makam tarafından yapılırsa yapılsın yönetmeliklerin altında yer aldığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. a. g. e. s. 74-75. Aksi görüş için bkz. Söyler, Y. (2018). s. 166. Söyler, kural olarak Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerinin, yeni sistemin doğası gereği normlar hiyerarşisinde bakanlık yönetmeliklerinden üst düzeyde olduğunu, hatta Cumhurbaşkanlığı tarafından yürürlüğe konulan yönetmelik dışındaki diğer düzenleyici işlemlerin (Cumhurbaşkanlığı genelgesi gibi) de bakanlık yönetmeliklerinden daha üst düzeyde yer alacağını ifade etmiştir. Buna gerekçe olarak da Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme yetkisinin asıl sahibinin Cumhurbaşkanlığı olduğunu göstermektedir; Gözler de Cumhurbaşkanının bakanlardan hiyerarşik olarak üstün olduğunu, bu nedenle Cumhurbaşkanı yönetmelikleri ve keza Cumhurbaşkanının adsız düzenleyici işlemlerinin, bakanlık yönetmelikleri ve bakanlık adsız düzenleyici işlemlerinden üstün olduğunu, ayrıca Cumhurbaşkanının adsız düzenleyici işlemlerinin, bir bakanlığın yönetmeliğinden üstün olduğunu ifade etmektedir. Gözler K. (2019). *İdare Hukuku Cilt 1*, s. 1434-1435.

94 Benzer şekilde Sevgili Gençay da adsız düzenleyici işlemleri yönetmeliklerle aynı hiyerarşik düzeye koymanın Anayasaya aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Yazar ayrıca adsız düzenleyici işlemler, yönetmeliklerle aynı düzeyde olduğunun kabul edilmesi durumunda Anayasa metnine aykırı olarak yönetmelik çıkarmaya yetkili olmayan birimlere ismi farklı olsa da aynı hukuki güce sahip düzenleyici işlemler yapma yetkisi tanınmış olacağını ifade etmektedir. bkz. Sevgili Gençay, F. D. (2014). s. 407-408.

95 Şanlı Atay, Y. (2011). s. 151.

görevden alınacak ve yalnızca Cumhurbaşkanı'na karşı sorumluluğunda olacaktır. Ayrıca bakanlar yürütme yetkisine de sahip değildir. Dolayısıyla idare hukuku açısından Cumhurbaşkanı'nın bakanların hiyerarşik amiri olduğu doğrudur⁹⁶. Ancak bu durum, normlar hiyerarşisinde düzenleyici işlem niteliğinde olan Cumhurbaşkanı kararının bakanlık yönetmeliğinden daha üstte bulunmasını haklı kılmaz. Çünkü yönetmeliklerin düzenlenmiş olduğu 124. maddede bakanlıkların yönetmelik yapma yetkisi hâlâ muhafaza edilmektedir. Cumhurbaşkanı tarafından yürürlüğe konulan yönetmelik dışındaki diğer düzenleyici idari işlemlerin bakanlık yönetmeliklerinden daha üst düzeyde bulunacağı görüşünün kabul edilebilmesi için 124. maddede bu durumun açık bir şekilde ifade edilmiş olması gerekmektedir.

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi 2017 Anayasa değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanı kararı ile Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan karar ve statü gibi işlemler de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durum, Cumhurbaşkanı kararı ile tüzüklerin ilga edilmesinden farklı bir durumdur. Çünkü tüzük, karar ve statü gibi işlemlerden farklı ve yürürlükte olduğu süre zarfında anayasal dayanağı olan idari bir işlemdir. Diğer bir deyişle karar ve statü, adsız düzenleyici işlemler⁹⁷ tüzük, anayasal temeli olan düzenleyici işlemdir. Adsız düzenleyici işlemleri yürürlükten kaldıran işlem ile her ne kadar şu an Anayasa'da düzenlenmiyor olsa da yürürlükten kaldırılmadığı sürece uygulanmaya devam edecek olan tüzükleri yürürlükten kaldıran işlemin aynı olması, dolaylı olarak normlar hiyerarşisi açısından tüzüklerin adsız düzenleyici işlemler ile aynı seviyede olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir⁹⁸. Fakat bu görüş, hem tüzüklere ilişkin hükümlerin

96 Ardıçoğlu, M. A. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75., S. 3., s. 27.

97 Yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde adsız düzenleyici işlemlerin üstünde yer aldığı kabul edilmesine ilişkin bkz. Sevgili Gençay, F. D. (2014). s. 408.

98 Adsız düzenleyici işlemleri yönetmeliklerle aynı hiyerarşik düzeye koymanın Anayasaya aykırılık teşkil etmesine ilişkin bkz. Sevgili Gençay, F. D. (2014). s. 407-408.

Anayasa'da yer aldığı dönem açısından hem de yer almadığı bu dönem açısından doğru bir görüş değildir. Şöyle ki 1982 Anayasası'nın ilk hâline diğer bir deyişle 2017 Anayasa değişikliğinden önceki hâline göre tüzüklerin normlar hiyerarşisinde Anayasa, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve kanun hükmünde kararnamelerden sonraki, kanunlarla tanınmış yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkartılan kaide kararnameler ve yönetmeliklerden önceki bir kademede yer aldığı kabul edilmekteydi⁹⁹. 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra, diğer bir deyişle tüzüklere ilişkin 115. madde ilga edildikten sonraki dönemde normlar hiyerarşisinde, yürürlükteki tüzüklerin yönetmeliklerin üzerinde olduğu olağan dönem CBK'lar ile aynı seviyede olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁰. Gözler; Anayasa, kanun ve düzenleyici işlemler arasındaki sırayı göstermek amacıyla yapmış olduğu şekli 7 basamağa ayırmış ve eski dönemden kalan tüzüklerin 4. basamakta yer aldığını belirtmiştir. Aynı şekilde kanunlar, milletlerarası antlaşmalar, olağanüstü hâl CBK'ları, eski dönemden kalan KHK'lar 3. basamakta yer alırken yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemler (Cumhurbaşkanı'nın düzenleyici işlemleri, eski dönemden kalan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan düzenleyici işlemler, eski dönemden kalan Başbakanlık tarafından çıkarılan düzenleyici işlemler) 5. basamakta yer almaktadır¹⁰¹.

Sonuç olarak düzenleyici işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararları, adsız düzenleyici işlemidir¹⁰². Doktrinde düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararlarının normlar hiyerarşisinde yönetmelik hükmünde kabul edilebileceği de belirtilmiştir¹⁰³. Ancak her hâlükârda normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararları hâlen yürürlükte bulunan tüzüklerin altında yer almaktadır. Bu yüzden bir Cumhurbaşkanlığı

99 Teziç, E. (2020). s. 96-98

100 Gözler K. (2019). *İdare Hukuku Cilt 1*, s. 1429-1431.

101 a.g.e s. 1429.

102 Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 75; Gözler, K. (2021). s. 905-910; Kağıtçıoğlu, M. (2020). s. 130; Yönetmelik hükmüne binaen veya iç düzen işlemi olarak çıkarılan düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararlarının normlar hiyerarşisinde yönetmelik altında yer aldığına ilişkin bkz. Özata, M. H. (2022). s. 175.

103 Özata, M. H. (2022). s. 174-175.

kararı ile bir tüzüğün yürürlükten kaldırılması mümkün değildir¹⁰⁴.

477 sayılı Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 698 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 72. maddesinde *"Yürürlükte bulunan kanun ve kanun hükmünde kararname ile 10/5/2018 tarihli ve 7142 sayılı Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerin yürütme maddelerinde Bakanlar Kurulu ve bakanlara yapılmış olan atıflar Cumhurbaşkanına yapılmış sayılır."* hükmü yer almaktadır. Bakanlar Kurulunun yapmış olduğu *"karar"* işlemi ile tüzük çıkarması, tüzükte değişiklik yapması ya da tüzüğü kaldırmasına kıyasen 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra Cumhurbaşkanı'nın da *"karar"* işlemi ile tüzükleri kaldırabileceği söylenebilir mi? Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanı kararı ile tüzüklerin yürürlükten kaldırılmasının yasal dayanağının 698 sayılı KHK'nın 72. maddesi olduğu söylenebilir mi? 698 sayılı KHK'nın 72. maddesinde kanun ve kanun hükmünde kararnamelere ek olarak Anayasa açısından da Bakanlar Kurulu ve bakanlara yapılmış olan atıfların Cumhurbaşkanı'na yapılmış sayılacağı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu yasal hükme istinaden de Cumhurbaşkanı kararı ile tüzüklerde değişiklik yapılabileceği ya da tüzüklerin kaldırılabilceği söylenemez. Ek olarak Anayasa'nın geçici 21. maddesinin yanı sıra 698 sayılı KHK'nın 73. maddesinde de *"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, bu Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılan kanunların ilgili maddeleri gereğince yürürlüğe konulmuş olan tüzükler, nizamnameler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür."* hükmü yer almasına rağmen tüzüklerin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanı kararının birel işlem şeklinde de olabileceğine yukarıda değinilmişti. Birel nitelikteki Cumhurbaşkanı kararı ile tüzük değiştirilebilir mi sorusuna da olumsuz cevap

104 Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 69 ve 75.

vermek gerekmektedir. Laubadéré'nin "Tu patere legem quam facisti" prensibinden çıkarmış olduğu birtakım sonuçlar bulunmaktadır. Bunlardan biri de düzenleme ile kişisel işlemi yapan makam aynı olsa bile kişisel işlem düzenleyici işleme aykırı olamaz¹⁰⁵. Diğer bir deyişle düzenleyici işlemin birel işleme üstünlüğü söz konusudur¹⁰⁶. Dolayısıyla bu kural geçince Cumhurbaşkanı kararının bir birel idari işlem olarak kabul edilmesi durumunda da Cumhurbaşkanı kararı ile düzenleyici işlem olan tüzüğün yürürlükten kaldırılması söz konusu olamaz.

Yukarıda örneklerin ele alındığı kısımda görüldüğü gibi 8510 sayılı Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlüğe konulan Yönetmelik¹⁰⁷ ile 24/5/1990 tarihli ve 90/500 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Seferberlik ve Savaş Hali Tüzüğü yürürlükten kaldırılmıştır. Gözler'in de belirttiği gibi eski dönemden kalan tüzükler, yönetmeliklerden üstün olduğu için¹⁰⁸ yönetmelik ile tüzüğün yürürlükten kaldırılması hukuken mümkün değildir.

C. YÜRÜRLÜKTEKİ TÜZÜKLERİN İLGASINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Cumhurbaşkanı kararı ile herhangi bir tüzüğü kaldırmak yerine Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırı olmamak şartıyla CBK ile ilga edilmek istenen tüzüğün düzenlediği konuya ilişkin düzenlemeler yapılmasının önünde herhangi bir anayasal ya da yasal bir aykırılık söz konusu değildir¹⁰⁹. Çünkü Duran'ın da ifade ettiği gibi *hukuk kuralları sıralamasında alt basamaklarda yer alan düzenleyici işlemler, üst basamaktakiler yani kanunlar ve tüzükler tarafından açıkça veya üstü kapalı olarak değiştirilmiş ve kaldırılmış olabilir*¹¹⁰. Doktrin-

105 Laubadéré'den aktaran Güneş, T. (1965). s. 188.

106 Laubadéré'den aktaran Güneş, T. (1965). s. 188; Gözler K. (2019). *İdare Hukuku Cilt 1*, s. 1443-1444.

107 22 Mayıs 2024 tarihli ve 32553 sayılı Resmî Gazete.

108 Gözler K. (2019). *İdare Hukuku Cilt 1*, s. 1429 ve 1431.

109 Gözler, K. (2021). s. 1071.

110 Duran, L. (1982). s. 471.

de normlar hiyerarşisinde olağan dönem CBK'nın konumu-na ilişkin çeşitli tartışmalar vardır. Olağanüstü hâl CBK'sının kanun hükmünde olduğu açıkça Anayasa'da ifade edilmiştir. Olağan dönem CBK'sının kanun ile aynı seviyede olduğu ileri sürülmüştür¹¹¹. Diğer bir görüş olarak olağan dönem CBK'sının kanunun altında olduğu ileri sürülmüştür¹¹². Aybay ise yeni düzenleme ile Cumhurbaşkanı'na "yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilme" yetkisi veren düzenlemeyi, tüzüklerle ilgili önceki anayasal düzenlemelerin bir uzantısı saymanın uygun olacağını ifade etmektedir¹¹³. Ancak bu tartışmalardan bağımsız olarak hem olağan dönem hem de olağanüstü hâl CBK'larının düzenleyici işlemlerin üstünde yer aldığı açık bir şekilde söylenebilir¹¹⁴. Nitekim bu husus, AYM'nin yakın bir tarihte vermiş olduğu kararda da ifade edilmiştir¹¹⁵. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırı olmamak şartıyla CBK ile herhangi tüzüğün düzenlemiş olduğu konuda bu tüzüğe aykırı düzenleme yapılması durumunda CBK tüzüküstü bir düzenleyici işlem olduğu için o konuda artık tüzük değil CBK uygulanacaktır¹¹⁶. Dolayısıyla da bu usul ile zımni bir ilganın söz konusu olacağı söylenebilir.

111 Atar, Y. (2019). s. 243; Barın, T. (2020). *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık; s. 34.

112 Özbudun, E. (2023). s. 252; Yıldırım, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (olağanüstü hâllerde çıkarılacaklar hariç) kanun hükmünde işlemler olmadıklarını ifade etmektedir. Yıldırım, T. (2019). "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., s. 294.

113 Aybay, R. (2019). s. 2750.

114 Söyler, Y. (2018). s. 166.

115 *Dava konusu kuralda, üst kademe kamu yöneticileri hakkında (3) numaralı CBK ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak diğer mevzuat kapsamında CBK'ya aykırı kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Normlar hiyerarşisinde yönetmelik ve diğer düzenleyici idari işlemler CBK'ların altında yer aldığından, mevzuatın bu kurallardan oluşan kısmı yönünden CBK'ya aykırı hükümler öngörülmesi hâlinde CBK hükümlerinin uygulanacağı açık olup bu konuda CBK ile bir düzenleme yapılmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla kural, diğer mevzuat ifadesi kapsamında CBK ile aynı konuda düzenlenmiş ya da düzenlenecek kanun hükümlerinden CBK'ya aykırı olanların uygulanmasını engelleyerek bunların hukuken etkisiz hâle gelmesi sonucu doğurmaya yöneliktir.* (AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, § 86)

116 Gözler, K. (2021). s. 1071.

Bu konu ile ilgili olarak Gözler, *eski dönemden kalan tüzüklerin, kanunla veya CBK ile yürürlükten kaldırılabilceğini* belirtmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla eski dönemden kalan tüzükleri ilga etmede TBMM yetkili olduğu gibi Cumhurbaşkanı da yetkilidir. Ancak Cumhurbaşkanı, bu yetkisini Cumhurbaşkanı kararı ile değil Gözler'in de ifade ettiği gibi CBK ile kullanmalıdır.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. Fıkrasında CBK'lar açısından birtakım sınırlara yer verilmiştir. Bu sınırlardan ilki uyarınca CBK'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılması gerekmektedir. Fakat yürütme yetkisinin sınırları belli bir kavram olduğu söylenemez¹¹⁸. Bu konu ile ilgili olarak Söyler, *fonksiyonel anlamda yürütme, devletin siyasi politikalarına yön veren konular ile idare fonksiyonuna dâhil olan konuları kapsadığı için CBK'ların ancak bu konulara ilişkin olarak çıkarılabileceğini* belirtmektedir¹¹⁹. Diğer bir deyişle yargı ve yasama yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılamaz¹²⁰. Barın "*yürütmeye ilişkin konular*" ibaresinin yalnız başına çok geniş bir sahayı kapsadığını ve konunun ancak CBK'ya yönelik Anayasa'da yer alan diğer sınırlarla birlikte bir anlam ifade ettiğini belirtmektedir¹²¹. İkinci sınır ise Anayasa'nın "İkinci Kısım"ının "Birinci ve İkinci Bölümleri"nde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle "Dör-

117 a.g.e. s. 1071. Bu görüşe benzer bir görüş de Tekbaş tarafından dile getirilmiştir. Yazar, *yasama organının Bakanlar Kuruluna yetki verdiği bir alanda, kanunla düzenleme yapması hâlinde Bakanlar Kurulu kararının doğal olarak ortadan kalkacağını ve kanun hükmünün onun yerini alacağını* ifade etmiştir. Tekbaş, A. (2002). s. 74. Bu kuralın, Bakanlar Kurulunun yapmış olduğu başka bir düzenleyici işlem olan tüzük için de uygulanabilir olduğu söylenebilir. Diğer bir deyişle yasama organı, yapmış olduğu bir kanunla bazı konuların tüzükle düzenleneceğini ifade etmiş olabilir. Fakat daha sonra tüzüğün düzenlemiş olduğu konularda kanun çıkarabilir. Tüzüklerin, kanunlar ve CBK'lar ile yürürlükten kaldırılmasının mümkün olduğu hakkında başka bir görüş için bkz. Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 68.

118 Gözler, K. (2021). s. 995.

119 Söyler, Y. (2018). s. 84.

120 Gözler, K. (2021). s. 994-995; Atar, Y. (2019). s. 247; Barın, T. (2020). s. 86 ve 88; Söyler, Y. (2018). s. 84.

121 Barın, T. (2020). s. 85.

düncü Bölüm”ünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerdir¹²². Bu temel hak ve hürriyetler de CBK ile düzenlenemez¹²³. Diğer bir sınır ise Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen ve kanunda açıkça düzenlenen konulardır. Dolayısıyla CBK’lar bu sınırlar çerçevesinde çıkarılabilir¹²⁴. Doğrudan tüzüklerle ilgili bir kanuna rastlanmamaktadır. 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun’un tüzüklerle ilgili olduğu söylenebilir. Ancak bu Kanun da Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla da CBK ile tüzüklerin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenleme yapılabilmesinin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. CBK ile yürürlükte bulunan tüzüklerin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin süreç düzenlenebilecektir¹²⁵. Ancak bu CBK’nın Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında ifade edilmiş olan sınırlara uygun olarak yapılması gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse İcra ve İflas Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname, hâlen yürürlükte olan bir tüzüktür¹²⁶. Diğer bir örnek ise Soyadı Nizamnamesi’dir¹²⁷. Bu tüzüklerin hükümleri dikkate alındığında bunların bazılarının yargıyla ilgili olduğu görülecektir¹²⁸.

122 a.g.e. s. 90; Söyler, Y. (2018). s. 87.

123 Gözler, K. (2021). s. 996-997.

124 Atar, Y. (2019). s. 248-249.

125 Söyler de yeni sistemde Cumhurbaşkanı’nın kanun teklifi ya da tasarısı sunma yetkisinin olmamasından dolayı kanun teklifi taslaklarının usul ve esaslarını belirlemeye yönelik konuların CBK ile düzenleyemeyeceğini ancak CBK’lar, yönetmelikler ve diğer düzenleyici idari işlem taslaklarının hazırlanma usul ve esaslarının yürütme alanında olduğu için bu konuların CBK ile düzenlenebileceğini ifade etmiştir. Söyler, Y. (2018). s. 87.

126 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=13307&MevzuatTur=2&MevzuatTertip=3> (Erişim Tarihi: 19/12/2023)

127 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.21759.pdf> (Erişim Tarihi: 19/12/2023)

128 Örnek olarak Soyadı Nizamnamesi’nin 12. maddesi şöyledir: “7, 8, 9, 10 ve 11 inci maddelere aykırı olarak verilmiş adlar aile kütüklerine ve doğum tutanaklarına yazılamaz. Söz konusu maddelere aykırı olarak verilmiş olan adların değiştirilmesi için ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet

Bu yüzden CBK ile bu tüzüklerdeki yargıya ilişkin hususlar kaldırılıp yine yargıya ilişkin hususlar yeniden düzenlenemeyecektir¹²⁹. Bu durumda bu tüzük hükümleri kaldırılıp yeni düzenlemelerin yapılması ancak TBMM tarafından kanunla gerçekleştirilecektir.

Bu konu ile ilgili diğer bir öneri ise yürütmenin bazı düzenleyici işlemleri hakkında Danıştayın görüşüne başvurma ve incelemesi ile ilgidir. Doktrinde Saygın, *mevcut idare hukuku ve idari teşkilata hâkim olan ilkelerle çelişmeyen ve çatışmayan sistematik bir bütün oluşturmak için 1868 yılından itibaren gelişmiş bir kurumsal hafıza ve birikime sahip olan Danıştayın danışma ve inceleme fonksiyonunun yeniden kazandırılmasında yarar olduğunu* ifade etmektedir¹³⁰. Dolayısıyla tüzüklerin Danıştayın incelemesinden geçirilmesi gerektiği gibi 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra da yürütmenin bazı düzenleyici işlemlerinin Danıştayın incelemesinden geçirilmesi ya da bu işlemler hakkında yürürlüğe girmeden önce Danıştayın görüşünün alınması, bu düzenleyici işlemlerin biçim ve içerik anlamında nitelikli olmasına katkı sağlayacaktır.

SONUÇ

2017 Anayasa değişikliklerinden sonra yürütme yetkisini Cumhurbaşkanı tek başına kullanacaktır. Bunun için Anayasa ve kanunlarda Cumhurbaşkanı'na tanınan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ve Cumhurbaşkanı kararlarının hüküm ve sonuç doğurması için tek başına Cumhurbaşkanı'nın iradesi yeterli olacaktır. Bu işlemlerden

savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde dava açılır."

129 Benzer şekilde Söyler de hukuki uyumsuzlukların kesin olarak çözümünü sağlayan yargısal nitelikte bir kararın ya da toplumsal hayatın neredeyse her yönüne uzanan medeni ilişkilerin genel olarak düzenlenmesine ilişkin hukuksal bir düzenlemenin (Medeni Kanun içeriği), CBK'ya konu kılınmayacağını ifade etmektedir. Söyler, Y. (2018). s. 84.

130 Saygın, E. (2019). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Yürütmenin Yeniden Yapılandırılmasının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, içinde 151. *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu* (ss. 23-45), Ankara: Danıştay Yayınları, s. 43.

Cumhurbaşkanı kararlarının hem birel hem de düzenleyici nitelikte yapıldığı görülmektedir. Düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararları, normlar hiyerarşisinde adsız düzenleyici işlemlerin seviyesinde yer almaktadır¹³¹.

2017 Anayasa değişiklikleri ile Bakanlar Kurulu ile ilgili 109. madde ile 114. madde arasındaki hükümler ve tüzüklerin düzenlenmiş olduğu 115. madde hükmü ilga olmuştur. Dolayısıyla artık herhangi bir kişi ya da makamın tüzük çıkarması mümkün değildir. Fakat geçici 21. madde gereğince, 21/1/2017 tarihinde yürürlükte bulunan tüzükler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir. Dolayısıyla da her ne kadar artık herhangi bir kişi ya da makamın tüzük çıkarma yetkisi olmasa da yürürlükte bulunan tüzükler geçerliliklerini ve normlar hiyerarşisindeki yerini korumaya devam edecektir. 1982 Anayasası'nın ilk hâlindeki hükümler dikkate alındığında tüzükler, normlar hiyerarşisinde kanunların altında ve yönetmeliklerin üzerinde yer almaktadır. Dolayısıyla tüzüklerin yönetmelikle ya da normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin altında olan ve adsız düzenleyici işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararları ile yürürlükten kaldırılması mümkün değildir.

2017 Anayasa değişiklikleri ile tüzüklere ilişkin 115. madde hükmü ilga edilmiş olmasına rağmen yürürlükte olan tüzüklerin nasıl kaldırılacağına ilişkin konular Anayasa'da ya da herhangi bir kanunda yer almamaktadır. Tüzükleri kaldırma yetkisinin tüzüğün konusuna göre Türkiye Büyük Millet Meclisi ya da Cumhurbaşkanlığı'na ait olduğu söylenecektir¹³². Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanlığı, yürürlükteki tüzükleri kaldırma konusunda yetki sahibidir. Ancak Cumhurbaşkanı bu yetkisini adsız düzenleyici işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararı ile değil kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan Cumhurbaşkanlığı kararları ile kullanmalıdır. Ayrıca Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki sınırlar dâhilinde olmak

131 Gözler, K. (2021). s. 905-910. Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2023). s. 75.

132 Gözler, K. (2021). s. 1070-1071.

şartıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yürürlükteki tüzüklerin kaldırılmalarına ilişkin genel bir düzenleme de yapılabilecektir.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılabilmesinin belli birtakım sınırları düzenlenmiştir. İlk olarak yasama ve yargıya ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamayacaktır. İkinci olarak Anayasa'nın "İkinci Kısım"ının "Birinci ve İkinci Bölümleri"nde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle "Dördüncü Bölüm"ünde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamayacaktır. Üçüncü olarak da Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ve kanunda açıkça düzenlenen konular da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Yürürlükte bulunan bir tüzük eğer Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında ifade edilmiş sınırlara ilişkin hükümler ihtiva ediyorsa bu tüzüğün Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kaldırılıp tüzüklerdeki hükümlere benzer düzenlemelerin yapılması Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası gereğince mümkün değildir. Bu durum, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüzük arasındaki hiyerarşi probleminden değil Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin sınırlardan kaynaklanmaktadır. Bu durumda bu tüzük ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanun ile kaldırılabilir.

1982 Anayasası'nın ilk hâlinde 115. maddeye göre tüzüklerin çıkarılması için Danıştayın incelemesinden geçirilmesi şartı aranıyordu. 2017 Anayasa değişikliğinden sonra da yürütmenin bazı düzenleyici işlemlerinin Danıştayın incelemesinden geçirilmesi ya da bu işlemler hakkında yürürlüğe girmeden önce Danıştayın görüşünün alınması, bu düzenleyici işlemlerin biçim ve içerik anlamında nitelikli olmasına ve hâlen yürürlükte olan tüzüklerin ilgasına ilişkin çeşitli önerilerin ortaya konmasına katkı sunacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat ve KAYA, Cemil (2023). *Türk İdare Hukuku* (16. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75., S. 3., ss. 19-51.
- ARMAĞAN, Servet (1978). *1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- ATAR, Yavuz (2019). "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 241-259.
- AYBAY, Rona (2019). "Temmuz 2018'de Yürürlüğe Giren Anayasa Değişiklikleri ile Yazılı Hukuk Kaynaklarımıza Getirilen Değişiklikler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri Konusunda Bazı Gözlemler", *DEÜHFD*, C. 21., Özel Sayı, ss. 2743-2756.
- BAŞGİL, Ali Fuat (1939). *Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, İstanbul: Kenan Matbaası.
- BARIN, Taylan (2020). *Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (2016). *İdare Hukuku Dersleri* (4. Baskı), Ankara: Adalet Yayınları.
- DURAN, Lütfi (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun ve BERK, Kahraman (2015). *İdare Hukuku* (7. Baskı), İstanbul: DER Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2015). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (19. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖZLER, Kemal (2019). *İdare Hukuku Cilt 1* (3. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

- GÖZLER, Kemal (2020). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (25. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÜNDAY, Metin (2017). *İdare Hukuku* (11. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru, (2007). "Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 1-2., ss. 753-775.
- GÜNEŞ, Turan (1965). *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- İBA, Şeref ve SÖYLER, Yasin (2019). "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 195-223.
- KAĞITCIOĞLU, Mutlu (2020). Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, içinde Uygun, Oktay ve Esen, Egemen (Ed.), *Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararları Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği* (ss. 113-151), İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- ONAR, Sıddık Sami (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları* (3. Baskı), İstanbul: Hak Kitabevi.
- ÖZATA, Muhammed Hakan (2022). *Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÖZBUDUN, Ergun (2016). *Türk Anayasa Hukuku* (16. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2023). *Türk Anayasa Hukuku* (23. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZDEMİR, Yücel (2021). "Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29., S. 4., ss. 3211-3256.
- SARICA, Ragıp (1943). *Türkiye'de İcra Uzununun Tanzim Salahiyeti*, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası.

- SAYGIN, Engin (2019). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Yürütmenin Yeniden Yapılandırılmasının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, içinde *151. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu* (ss. 23-45), Ankara: Danıştay Yayınları.
- SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem (2014). "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *AÜHFD*, C. 63., S. 2., ss. 397-417.
- SÖYLER, Yasin (2018). *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞANLI ATAY, Yeliz (2011). *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, Ankara: TODAİE.
- TEKBAŞ, Abdullah (2002). "Türk Hukukunda Bakanlar Kurulu Kararları", *Türk İdare Dergisi*, S. 437., ss. 39-79.
- TEMİZ, Özgür ve GÜNEŞ, Felemez (2020). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği", *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 24., S. 2., ss. 959-979.
- TEZİÇ, Erdoğan (2020). *Anayasa Hukuku* (Tıpkı 24. Baskı), İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- YAYLA, Yıldızhan (1985). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- YILDIRIM, Turan (2019). "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", *Anayasa Yargısı*, C. 36., S. 1., ss. 293-314.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1996). *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023.

Danıştay 5. Dairesinin 19.11.1996 tarihli ve E. 1993/5749, K. 1996/3528 sayılı kararı.

Danıştay 5. Dairesinin 6.5.2003 tarihli ve E. 2002/1895, K. 2003/1891 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesinin 28.12.1983 tarihli ve E. 1982/2746, K. 1983/2778 sayılı kararı.

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.danistay.gov.tr/danistay-dergiler>.



BİR TEMEL HAK OLARAK BOŞANMA HAKKI

Right to Divorce as a Fundamental Right

Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ*

Yücel ARSLAN**

ÖZET

İnsan haklarını konu alan birtakım uluslararası belgelerde düzenlenen evlenme hakkı, Anayasa'nın özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 20. maddesi ile ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arası eşitliğe dayandığını ifade eden Anayasa'nın 41. maddesinin birlikte yorumlanarak bu hakkın dolaylı olarak Anayasa'da güvence altına alındığı kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) 12. maddede açıkça düzenlenen evlenme hakkı her erkek ve kadına tanınmıştır. Buna karşın boşanma hakkı Anayasa'da ve AİHS'te açıkça düzenlenen bir hak değildir. Bununla birlikte Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri, evli kişilerin evliliklerinin sonlandırılmasında makul kabul edilmeyen sınırlamalara tabi olmamasını sağlayarak aslında boşanma ve yeniden evlenme haklarını da güvence altına almaktadır. Bu anlamda devletlerin evlenme hakkını ve bu hakla bağlantılı olarak boşanma hakkının güvence altına alınması bağlamında negatif ve pozitif yükümlülükleri söz konusudur. Negatif yükümlülük devletin evlenme ve boşanma hakkının özünü zedeleyecek düzenlemeler yapmamasını gerektirirken

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, elif.celikdemir.ankitci@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0002-4626-9190

** Anayasa Mahkemesi Raportörü, yucel.arslan@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0003-0604-9721

pozitif yükümlülük ise evlenmeyi veya boşanmayı engelleyen unsurların ortadan kaldırılmasıyla ilgilidir.

Anahtar Kelimeler: Evlenme hakkı, aile kurma hakkı, boşanma hakkı, yeniden evlenme hakkı, negatif yükümlülük, pozitif yükümlülük.

ABSTRACT

The right to marry, as regulated in various international human rights instruments, is considered to be indirectly safeguarded by the Constitution through the joint interpretation of Article 20, which protects the right to respect for private and family life, and Article 41, which states that the family constitutes the foundation of Turkish society and is grounded on the principle of equality between spouses. The right to marry, explicitly regulated under Article 12 of the European Convention on Human Rights (ECHR), is granted to every man and woman. However, the right to divorce is not explicitly recognized as a right in either the Constitution or the ECHR. Nevertheless, Articles 20 (protection of private life) and 41 (protection of the family) of the Constitution ensure that married individuals are not subjected to unreasonable restrictions when dissolving their marriage. In doing so, these provisions implicitly safeguard the rights to divorce and to remarry. In this context, states bear both negative and positive obligations to guarantee the right to marry and, by extension, the right to divorce. Negative obligation requires the state to refrain from adopting regulations that would undermine the essence of the rights to marry and divorce. Positive obligation entails taking active steps to eliminate obstacles that hinder the exercise of these rights. These obligations aim to protect individuals' rights in marriage and divorce proceedings and to uphold the fairness and functionality of these legal mechanisms.

Keywords: Right to marry, right to establish a family, right to divorce, right to remarry, negative obligation, positive obligation.

GİRİŞ

Kadın ve erkek arasında aile kurmak amacıyla gerçekleştirilen evlilik, iki kişinin resmî ve toplumsal olarak tanınan bir birliktelik kurması anlamına gelmektedir. Tarih boyunca evlilikler, çeşitli kültürlere sahip toplumlar tarafından farklı şekillerde uygulanmış ve çeşitli amaçlarla yapılmıştır. İnsanlık tarihinin çok eski dönemlerinden beri var olan evlilik, ilk toplumlarda genellikle ekonomik ve sosyal bağları güçlendirmek için yapılan bir anlaşma olarak görülmüş; ailelerin sosyal statüsünü artırma, ekonomik kaynakları birleştirme ve siyasi ittifaklar kurma amaçlarıyla evlilikler düzenlenmiştir¹. Antik Yunan'da ve Roma'da ise evlilik çağına gelindiğinde vatandaşlık haklarını koruma ve miras yoluyla mülkiyetin devri gibi yasal ve toplumsal düzenlemelerle yakından ilişkili olmuştur. Bu dönemde kadınlar çoğunlukla ailelerinin seçtiği kişilerle evlenmiş ve evliliklerle genellikle sosyal sınıfların korunması amacı güdülmüştür. Boşanma ise anlaşma olarak kabul edilen evlilik ilişkisinin bu anlaşmanın ortadan kalkması nedeniyle ortaya çıkan doğal bir sonucu olarak görüldüğünden Roma hukukuna göre boşanmamayı yahut bir boşanma durumunda cezai bir yaptırıma uğramayı taahhüt etmek mümkün olmamıştır. Dahası bu tür anlaşmaların yapılması ahlaki açıdan uygun görülmemiştir².

Orta Çağ Avrupası'nda evlilik, genellikle dinî kurumlar tarafından yönetilmiş; evlilik törenleri ve boşanma müessesesi kontrol altına alınmıştır. Feodal toplumlarda evlilik, toprak sahipliğini ve güç ilişkilerini koruma aracı olarak da kullanılmıştır. Sanayi Devrimi ve aydınlanmayla birlikte artık evlilik anlayışında değişimler başlamış ve kişilerin duygusal gereksinimlerine dayalı evlenmeler önem kazanmıştır.

19. ve 20. yüzyıllarda ise kadın haklarının gelişimi sonu-

1 <https://www.worldhistory.org/trans/tr/2-870/antik-roma-aile-hayat/> (Erişim Tarihi: 18/7/2024)

2 Gönenc, F. İ. (2003). "Roma Hukuku'nda Boşanma (Divortium)", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII., S. 1-2., s. 647.

cunda evlilikte cinsiyet eşitliği ön plana çıkmıştır. Bu dönemde insanların bireysel gelişimlerinin artmasıyla boşanma oranlarında artış başlamıştır. Günümüzde ise evlilik kurumu birçok toplumda hâlâ önemini korumakla birlikte yapılaşma amacı ve şekli toplumdan topluma değişmektedir.

Modern evlilikler, bireylerin kendi istekleri ve seçimleri doğrultusunda eşlerini seçme özgürlüğüne dayanmakta; kadınların ve erkeklerin evlilik içinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları amacını taşımaktadır. Evliliklerin sonlandırılması da günümüzde daha kabul edilebilir ve yaygın bir hâl gelmiştir. Bu durum, kişilerin mutsuz evliliklerini sonlandırarak yeniden evlenme ve yeni bir başlangıç yapma özgürlüğünü öne çıkarmıştır. Ağırlığı değişmekle birlikte evlilik, ekonomik ve sosyal faktörlerden etkilenmeye devam etmektedir. Artık kişilerin kariyer hedefleri, eğitim seviyeleri ve kişisel bağımsızlıkları evlilik kararlarını etkileyen önemli etmenlerdir.

Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen evlenme ile boşanma hakkı, diğer temel haklara göre daha az gündeme gelen ve bu nedenle inceleme konusu yapılan haklardır. Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan evlenme hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme/AİHS) kapsamında yeniden evlenme hakkıyla bağlantılı olarak ele alınan boşanma hakkı Anayasa'da doğrudan bir düzenlenmemiştir. Evlenme hakkı ise kişilerin özgür iradeleriyle evlenme ve aile kurma hakkını güvence altına alan temel bir haktır. Bu hak, eşitlik ve adalet prensipleri doğrultusunda herkesin yararlanabileceği bir hak olarak görülmektedir.

Bu çalışmada boşanma hakkının da evlenme hakkı gibi temel bir hak olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilerek Anayasa ve Sözleşme hükümleri ile ilgili içtihatlar yönünden incelenmiştir. Ayrıca yeniden evlenme hakkının boşanma hakkı üzerindeki etkisine de değinilmiş, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) bu konuya ilişkin içtihatlarına yer verilmiştir.

I. EVLENME HAKKI

1. Genel Olarak

4/11/1950 tarihinde imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi evlenme hakkını güvence altına almaktadır. Anılan maddede, evlenme çağına gelen her erkek ve kadının bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Sözleşme'de evlenme hakkının yanında aile kurma hakkı da aynı maddede yer almıştır³.

10/12/1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (beyanname) düzenlenen evlenme hakkı (mad. 16) evlenme çağına erişen her erkek ve kadının ırk, vatanlık veya dinî yönden herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenme ve aile kurma hakları olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Beyannameye evlilik sözleşmesinin evlenecek kişilerin hür ve tam iradelerine dayanması gerektiği belirtildikten sonra ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğuna, toplum ve devlet tarafından korunacağına yer verilmiştir⁴.

16/12/1966 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler (BM) Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 23. maddesinde de evlenme hakkı şu şekilde düzenlenmiştir:

“Aile toplumun doğal ve esaslı bir birimidir ve aile toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.

Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır. Evlenecek eşlerin tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan bir evlilik geçerli sayılmaz. Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli

3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf (Erişim Tarihi: 1/7/2024)

4 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin resmî Türkçe metni için bkz. 27/5/1949 tarihli ve 7217 sayılı Resmî Gazete, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019101449insanhaklaribeyannamesi.pdf> (Erişim Tarihi: 5/7/2024)

önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur.”⁵

Beyanname ve BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde kapsamlı şekilde düzenlenen evlenme hakkı AİHS’te daha dar düzenlenmiş ancak daha sonra eşler arası eşitlikle ilgili husus Sözleşme’ye ek 7 no.lu Protokol’ün 5. maddesinde ayrıca güvenceye alınmıştır⁶.

Sözleşme’nin 12. maddesinde evliliğin ulusal mevzuata göre yapılması düzenlemesi bu konuda takdir yetkisinin taraf devletlere bırakıldığı anlamına gelmektedir⁷. Diğer bir deyişle Sözleşme’ye taraf devletler evlenmenin şartlarını belirleme ve ilgili düzenlemeleri yapma konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte hakkın özünü etkileyen, ortadan kaldıran ya da kullanılmasını zorlaştıran düzenlemeler Sözleşme’ye aykırı düşecektir⁸. Örneğin *F/İsviçre* (B. No: 11329/85, 18/12/1987) kararında AİHM, üç kez evlenip boşanan başvurucunun dördüncü kez evlenmesinin üç yıl süreyle yasaklanmasının hakkın özünü dokunduğu gerekçesiyle ihlal sonucuna ulaşmıştır⁹. Bu bağlamda AİHM, evlenme hakkını belli bir süre kullanmadığını iddia eden başvurucuların iddi-

5 Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin Türkçe metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf (Erişim Tarihi: 5/7/2024)

6 “Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.” https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur (Erişim Tarihi: 5/7/2024); Metin, Y. (2006). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 1., S. 2., s. 99-109.

7 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar C. 2*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, s. 539; Harris, D., O’Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Karan, U. ve Bingöllü Kılıcı, M. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 567

8 Harris, D., O’Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 568; Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 539; B. ve L./Birleşik Krallık, B. No: 36536/02, 13/9/2005, § 34.

9 *F/İsviçre*, B. No: 11329/85, 18/12/1987, §§ 32, 40; Gözübüyük, Ş. ve Gölcüklü, F. (2016). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 362.

alarını incelerken evlenilemeyen süreyi tek kriter olarak kabul etmeyip hakkın özünün zarar görüp görmediğini de esas olarak inceleme yapmaktadır¹⁰.

Anayasa'da ise evlenme hakkı açıkça güvence altına alınmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi Anayasa'da her ne kadar evlenme hakkı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmasa da bu hakkın Anayasa'da güvence altına alınan diğer bazı hükümlerde içkin olduğunu kabul etmiştir¹¹. Mahkeme, kararlarında Anayasa'nın 41. maddesinde aile kurumunun özel olarak düzenlendiğini ve anayasal güvenceye altına alındığını belirtmiş; aile kurma hakkının ayrıca ve özel şekilde korunmasına imkân sağlamıştır. Anayasa'nın 41. maddesinde aile Türk toplumunun temeli olarak tanımlanmış, ailenin kişi ve toplum hayatındaki önemi vurgulanmıştır. Ailenin korunması için gereken düzenlemeleri yapması şeklinde devlete ödevler yüklenmiştir¹².

2. Evlenme Hakkının Kapsamı

Evlenme hakkı Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile yakından bağlantılıdır. Aile Sözleşme'de özerk bir kavram olarak kullanılmaktadır. Ailenin resmî evlilik sonucu kurulup kurulmadığına bakılmaksızın kişilerin aile gibi bir arada yaşadıkları tüm ilişkilerde 8. madde devreye girebilmektedir¹³. Bununla birlikte 12. maddede yer alan evlenme hakkının kapsamı 8.

10 *Jaremowicz/Polonya*, B. No: 24023/03, 5/4/2010, § 60; *Chernetskiy/Ukrayna*, B. No: 44316/07, 8/12/2016, § 34.

11 Karan, U. (2013). Evlenme ve Aile Kurma Hakkı, içinde İnceoğlu, S. (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 433; *Hüseyin Kesici*, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 44; *Ö.Ç.*, B. No: 2014/8203, 21/9/2016, § 51; *D.K.*, B. No: 2015/11159, 25/9/2019, § 57; *S.A.*, B. No: 2017/40199, 8/9/2020, § 48.

12 AYM, E.2005/26, K.2008/105, 15/5/2008; AYM, E.1999/35, K.2002/104, 12/11/2002; AYM, E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014; *S.A.*, § 49.

13 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 545; Çakmak, U. R. (2017). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Evlenme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 2., s. 177.

maddeye göre daha dardır¹⁴. 12. madde evlenme hakkını güvence altına almakta ve fakat kapsamı konusunda bir düzenleme içermemektedir¹⁵.

ÂİHS'in 12. maddesi ulusal düzenlemelere göre evlilik kabul edilen durumlarda güvence sağlamaktadır. Evlenmenin şekli ülkeden ülkeye farklılık arz edebilmektedir. Devletler evliliğin şekli, tören usulü ve hukuki sonuçlarını düzenlerken geniş bir takdir alanından yararlanır¹⁶. Örneğin Türkiye'de imam nikâhlı evlilikler hukuk tarafından tanınmadığından bu şekilde evlenen kişiler 12. maddenin korumasından yararlanamayacaktır. ÂİHM, devletlerin dinî nikâhı resmî evlilik olarak kabul etme gibi bir yükümlülük altında olmadığını belirtmiştir¹⁷. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile evlenme hakkına yapılan müdahalelerde eğer 8. madde ihlal edilmemişse aynı zamanda 12. maddenin de ihlal edilmediği kabul edilmektedir. Fakat 8. maddenin ihlal edildiği durumlarda 12. maddeden ayrıca ihlal bulunabilir. Bu durum 12. maddeden ayrıca incelemeye engel oluşturmamaktadır¹⁸.

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı mevcut bir aileye ya da kurulmakta olan aileye dönük iken Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı gelecekte kurulacak evliliğe ya da aileye ilişkin güvence sağlamaktadır. Diğer bir deyişle Sözleşme'nin 8. maddesi kurulmuş bir aileyi koruma altına alırken 12. madde evlenme ile aile kurmayı güvence almaktadır¹⁹. Evlenme ehliyetine sahip olan her kadın ve

14 Karan, U. (2018). "Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13., S. 163-164., s. 122.

15 Karan, U. (2013). s. 426.

16 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 539.

17 a.g.e. s. 541; Usta, Ö. (2022). "Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30., S. 3., s. 1561-1590; Şerife Yiğit/Türkiye [BD], B. No: 3976/05, 2/11/2010, § 102.

18 *I/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25680/94, 11/7/2002; *Goodwin/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 28957/95, 11/7/2002; Karan, U. (2018). s. 122.

19 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s.539; Gözübüyük, Ş. ve Gölçüklü, F. (2016). s. 362.

erkek evleneceği kişiyi seçmekte özgürdür. Dolayısıyla zorla evlendirme Sözleşme'nin 12. maddesine aykırılık teşkil edecektir²⁰.

Aile kurma hakkı evlenme hakkının korunması için bir ön koşul olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle eşlerin çocuk sahibi olamaması, diğer bir deyişle üreme yeteneğinden yoksunluk evlenme hakkının kullanılmasını etkilemez. Bir diğer önemli husus ise evlenme hakkının yalnızca evlenme hakkını değil evlenmeme hakkını da güvence altına aldığıdır. Diğer bir ifadeyle evlenmeyen kişiler de evlenmedikleri için bir yaptırıma tabi tutulamaz²¹.

Evlenme hakkı kapsamında önem arz eden bir husus da kişilerin doğuştan gelen biyolojik cinsiyetleridir. AİHM, evlenme hakkının karşıt cinste olanlar yönünden geçerli olacağını belirtmiş ve bu hususta geleneksel tutumu benimsemiştir²². Mahkeme, tek başına ele alındığında 12. maddenin lafzının aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki evlilikleri dışarıda bırakacak şekilde yorumlanabileceğini gözlemlemiştir. Bununla birlikte Sözleşme'nin diğer tüm temel maddeleri "herkese" hak ve özgürlükler tanımakta veya "hiç kimsenin" belirli türde yasak muameleye tabi tutulamayacağını belirtmektedir. Bu nedenle 12. maddedeki ifade seçiminin kasıtlı olduğu düşünülmelidir. Ayrıca Sözleşme'nin kabul edildiği tarihsel bağlam da göz önünde bulundurulmalıdır. 1950'lerde evlilik, geleneksel anlamda farklı cinsiyetten kişiler arasındaki bir birliktelik olarak anlaşılmaktaydı²³.

Ayrıca 12. maddenin lafzına göre üye devletlerdeki tek eşlilik prensibine göre "evlenme hakkının" tek bir erkek ile tek bir kadın arasındaki evliliğe atıfta bulunduğu anlamı çıkmaktadır²⁴. AİHM, Sözleşme'ye taraf devletlerin evli bir kişinin

20 Metin, Y. (2006). s. 101.

21 Karan, U. (2018). s. 123.

22 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 539.

23 *Schalk ve Kopf/Avusturya*, B. No: 30141/04, 24/6/2010, § 55.

24 *Johnston ve diğerleri/İrlanda*, B. No: 9697/82, 18/12/1986, § 52.

aynı anda ikinci bir evlilik yapmasını engellemesinde ihlal bulunmamıştır²⁵.

a. Yabancılarla Evlilik

Evlenme hakkı çerçevesinde değinilmesi gereken diğer bir konu da yabancılarla yapılan evliliklerdir. Taraf devletler kendi vatandaşının yabancı bir kimseyle yaptığı göçmen statüsüyle bağlantılı olarak avantaj elde etmeye dönük anlaşmalı evliliklerin önüne geçmek için sınırlamalar getirebilecektir²⁶. Bu tür evliliklerin tanınmasına ilişkin olarak çatışan normların içeriği ile uygulanması konusu devletlere bırakılmıştır. Zira AİHM'e göre bir toplumda ihtiyaçları en optimum şekilde değerlendirip bu ihtiyaçları karşılayacak olan ulusal makamlardır²⁷. Devletler bu tür evliliklerle ilgili evliliğin gerçekliğini tespit edebilmek amacıyla belli koşullar öngörebilecek ya da evlenme ehliyetiyle ilgili belgeleme talep edebilecektir²⁸. Örneğin AİHM'in bir kararına konu olayda sığınma talep eden Nijerya vatandaşı bir kişinin uzun süredir birlikte yaşadığı Büyük Britanya vatandaşı bir kişiyle evlenebilmesi için idarece ikamet izni verilmiştir. Ancak bu kişinin evlenebilmesi için gereken onay belgesi talebi idarece yeterli süre ikameti olmaması nedeniyle reddedilmiştir. Bu kararda AİHM, onay belgesinin verilmemesinin evliliğin muvazaalı olup olmadığına değil diğer bir neden olan başvuruçunun göçmen statüsüne yönelik olduğunu belirtmiş ve evlenme hakkının ihlaline karar vermiştir. AİHM ayrıca taraf devletlerce, evlenmek isteyen yabancılar için harç ödeme şartı getirilebileceğini ancak bunun ölçüsüz olmaması gerektiğini belirttiği söz konusu kararında 295 sterlin harç tutarını ölçüsüz bulmuştur²⁹.

Bir diğer husus ise başka ülkede yaşayan bir kişiyle evlen-

25 *X/Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 3898/68, 22/7/1970.

26 *O'Donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 34848/07, 14/12/2010, § 53; Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 711.

27 *ZH ve RH/İsviçre*, B. No: 60119/12, 8/12/2015, § 44; a.g.e. s. 711.

28 *O'Donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 87; Karan, U. (2018). s.131.

29 Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 711; *O'Donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 90; Karan, U. (2018). s. 132.

mek isteyen kişiye o ülkeye giriş izni verilmemesi şeklinde ortaya çıkan müdahale durumudur. Bu durumda taraf devletler geniş takdir alanından yararlanmaktadırlar. Kişilerin yakın zamanda evleneceklerine dair somut bir planı ve başka ülkede evlenmeleri önündeki engelleri makul derecede ispat etmeleri hâlinde başvurularının 12. madde kapsamında ele alınabilmesi mümkündür. Ancak sınır dışı ve iade durumunda kişilerin evlenecekleri kimsenin ülkesine gidebildiği ya da çiftlerin başka ülkede evlenebilecekleri durumlarda vatandaşı olmayan nişanlı kişiyi devletlerin ülkelerine kabul etme gibi bir yükümlülükleri söz konusu değildir³⁰. Belirtilen sınırlamalar ve devletlerin geniş takdir hakları evlilik öncesi durumlara ilişkin olup evlilik sonrası eşlerden birinin eşinin vatandaşı olduğu ülkeye girişine izin verilmemesi veya sınır dışı edilme durumlarında 12. madde koruması devreye girmez. Sözleşme, aile yaşamının kurulacağı coğrafi bölgeyi seçme hakkını güvence altına almamaktadır. Evlilik kurulduktan sonra bu konuda iddialar ancak 8. madde çerçevesinde incelenebilecektir³¹.

b. Mahpusların Evliliği

Evlenme hakkı söz konusu olduğunda hükümlü ve tutukluların evlenebilmesi de gündeme gelmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki mahpuslar Sözleşme ve Anayasa tarafından güvence altına alınmış olan haklara prensip olarak sahiptir. Fakat hükümlü/tutuklu olmanın getirdiği bir sonuç olarak suçun niteliği ile durumun gereklerine göre bazı sınırlamalar haklı görülebilmektedir. Salt cezaevinde olma nedeniyle tabi olunan sınırlılıklar sahip olunan temel hakların doğrudan ihlali anlamına gelmeyecektir³².

Evlenme hakkı yönünden de mahpusların evlendikten sonra bir arada yaşama imkanlarının olmaması ya da cinsel ilişkiye giremeyecek olmaları, evlenme haklarının olmadığı anlamına

30 Karan, U. (2018). s. 132.

31 a.g.e. s. 132-133; *Yavuz/Avusturya* (k.k.), B. No: 25050/94, 16/1/1996.

32 Usta, Ö. (2022). s. 1584.

gelmez. Zira aile kurma hakkı evlenme hakkının bir ön şartı olarak görülmemiştir. Mahpusların evlenme haklarını kullanabilmeleri için cezaevinden salıverilmesi yönündeki beklenti AİHM'e göre uygun değildir³³. Diğer bir deyişle taraf devletlerin eşlerin beraber yaşamasını sağlama yönünde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁴. Dolayısıyla bu şekilde bir evliliği kabul edip etmeme kararı kişilere aittir. Bu durumda devlet mahpusların evlenmeleri önünde çok önemli gerekçeler olmadığı sürece engel koymamalıdır. Bu konuda genel bir yasak konulması AİHM tarafından Sözleşme'ye uygun bulunmamıştır³⁵. Bununla birlikte devletlerin evlenme hakkını daha etkin hale getirmek amacıyla maddi imkânları sağlamak yönünde bir pozitif yükümlülüğünden söz edilemeyecektir³⁶. Örneğin pembe oda (özel aile ziyareti) uygulamasına ilişkin olarak AİHM taraf devletlerin çoğunda bu şekilde bir uygulama bulunduğunu ve bunun iyi uygulama örneği olduğunu ifade etmekle birlikte taraf devletlerin Sözleşme'ye göre bu yönde bir düzenleme yapma zorunluluğu bulunmadığını belirtmiştir³⁷.

3. Anayasa'da Evlenme Hakkı

1961 ve 1982 Anayasalarında evlenme hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Her iki Anayasa'da da yer alan hükümler ailenin korunmasına yöneliktir. 1982 Anayasası'ndaki evliliğe ilişkin tek atıf Anayasa'nın 174. maddesinde yer alan evlenme ak-

33 *Hamer/Birleşik Krallık*, B. No: 7114/75, 13/12/1979, Ancak nikahın cezaevi dışında bulunan belirlenmiş bir mekânda yapılması gerekliliği ulusal yasalarca öngörülmüş ise mahpusların geçici şekilde bu amaçla salıverilmesi ya da ilgili mevzuat hükmünün değiştirilmesi gerekmektedir; Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 712.

34 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 545.

35 *Frasik/Polonya*, B. No: 22933/02, 5/1/2010, § 92.

36 Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 712.

37 Usta, Ö. (2022). s. 1583; *Dickson/Birleşik Krallık*, B. No: 44362/04, 4/12/2007; Anayasa Mahkemesi kararlarına göre de aile hayatına saygı hakkı mahpusların eşleriyle mahrem görüşme yapmalarına imkân sağlanması şeklinde açık bir güvence sağlamaz. Bu nedenle makul gerekçelere dayanarak evli olan mahpusun eşi ile mahrem görüşmesi yönünde ödülün yarandırılmaması aile hayatına saygı hakkını ihlal etmez. Bkz. M.Ç. [GK], B. No: 2017/34600, 6/2/2020; K.K., B. No: 2017/22295, 21/7/2020.

dinin evlendirme memuru önünde yapılmasına ilişkin mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde yorumlanamayacağına dairdir³⁸.

2010 yılında 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la³⁹ yapılan Anayasa değişiklikleri halk oylamasında kabul edilerek 23/9/2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁰. Anayasa değişikliklerine uygun olarak Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usullerinde de değişikliğe gidilmiştir. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kabul edilmiş ve 6216 sayılı Kanun'un 76. maddesi uyarınca bireysel başvuruya ilişkin hükümlerin 23/9/2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. 2012 yılından itibaren Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu getirildikten sonra Anayasa Mahkemesince evlenme hakkı Sözleşme ve Anayasa'nın ortak koruma alanında görülmüş ve Sözleşme'nin 12. maddesinde özel olarak güvence altına alınan ve Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile yakından ilişkili olan evlenme hakkı, Anayasa'daki bazı hükümlerde içkin olduğu kabul edilmiştir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin özel olarak düzenlenerek anayasal güvenceye alındığını ifade edilmiş; aile kurma hakkının ayrıca ve özel olarak korumaya alınmasına imkân tanınmıştır. Bu çerçevede aileyi Türk toplumunun temeli olarak ele alan Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, devlete ailenin korunması konusunda ödevler yüklenmiştir⁴².

38 Karan, U. (2018). s. 137.

39 13/5/2010 tarihli ve 27580 sayılı Resmî Gazete.

40 Anayasa değişiklikleri 12/9/2010 tarihinde halk oylamasına sunulmuş ve kabul edilmiştir. Söz konusu değişikliklerin halk oylamasıyla kabulüne dair Yüksek Seçim Kurulu Kurulu kararı 23/9/2010 tarihli ve 27708 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

41 *Sabire Güngör* [GK], B. No: 2019/32487, 29/2/2024, § 40; *Hüseyin Kesici*, § 44; *Ö.Ç.*, § 51; *D.K.*, § 57; *S.A.*, § 48.

42 AYM, E.2005/26, K.2008/105, 15/5/2008; AYM, E.1999/35, K.2002/104,

Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinin evlenme ve aile kurma hakkı açısından normatif dayanak olduğu ifade edilmiştir⁴³. Bununla birlikte evlenme ve aile kurma hakları, aile hayatına saygı hakkından farklı bir haktır. Aile hayatına saygı hakkının güvencelerinin devreye girebilmesi için öncelikle aile olarak nitelendirilebilecek bir ilişki ya da yakın bir bağın söz konusu olması gerekir⁴⁴. Dolayısıyla Anayasa'nın 20. maddesinde güvenceye bağlanan aile hayatına saygı hakkı aile kurma hakkını değil önceden gerçekleşen ve evlilik olarak kabul edilebilecek bir birliktelikle ortaya çıkan aile hayatına saygıyı korumaktadır. Anayasa Mahkemesine göre evlenme ve aile kurma hakları, belirli şartları taşıyan kişilerin yasalara uygun bir şekilde evlenebilmeleri yönünden bu hakların hakkın amacına uygun olarak gerekli koşullar ile kolaylıkların sağlanmasını güvence almaktadır⁴⁵.

Diğer taraftan evlenip evlenmeme kişinin ağırlıklı olarak özel hayatının bir unsurunu oluşturmaktadır. Evlenme hakkı bu yönüyle Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Evlenme hakkıyla bağlantılı olan Anayasa'nın 41. maddesinin metninde evlenme hakkı açıkça yer almamakla birlikte madde gerekçesinde "*Ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medenî Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir.*" açıklamasına yer verilmiştir. Gerekçe ile madde birlikte ele alındığında evlenme hakkının Anayasa'da güvence altına alındığı kabul edilebilir⁴⁶.

12/11/2002; AYM, E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014; S.A., § 49.

43 Hüseyin Kesici, § 44; Ö.Ç., § 51; D.K., § 57.

44 Murat Demir [GK], B. No: 2015/7216, 27/3/2019, § 72.

45 S.A., § 50.

46 Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu yakın tarihli Sabire Güngör kararında, boşanma davasının uzun sürmesi nedeniyle yeniden evlenme ve aile kurma hakkının ihlal edildiği iddialarını özel hayata saygı hakkının kapsamı içinde kabul edilen evlenme hakkı bağlamında ele almıştır; Sabire Güngör [GK].

4. Aile Kurma Hakkı

Sözleşme'nin 12. maddesi evlenme hakkının yanında aile kurma hakkını da güvenceye almıştır. Ancak aile kurma hakkı sadece evlilik içinde mevcut kabul edilmektedir.⁴⁷ Aile kurma hakkı bu nedenle evlenmeden birlikte yaşayanlara uygulanmayacaktır. Bu tür birlikteliklerin “*aile*” olarak varsayılması, 12. madde yönünden olup bu ilişkiler 8. madde bağlamında değerlendirilmektedir⁴⁸. Yine bu hakkın kapsamı torun sahibi olmaya kadar genişletilemez.⁴⁹

Aile kurma hakkı, ilke olarak, niteliği gereği devletçe müdahale edilebilecek bir hak değildir. Diğer bir deyişle devlet doğum kontrol önlemlerine başvurma, gebeliğin sonlandırılması ya da kısırlaştırma gibi zorunluluklar getiremez⁵⁰. Bu hakka müdahale olarak kabul edilebilecek durumların başında zorla kısırlaştırma ve kürtaj gelmektedir. Sözleşme'nin 2. ve 8. maddeleri kapsamına girmeyen durumlarda devletlerin kısırlaştırma ya da kürtaj gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak konusunda yasal olarak düzenleme yapması yönünde pozitif bir yükümlülüğünden bahsedilmesi olası değildir. AİHM *Boso/İtalya* kararında bir erkeğin eşinin kürtaj yaptırma kararının kendisinin aile kurma hakkını ihlal ettiği ve aile kurma olanağını elinden aldığı iddiası ilgili olarak ulusal hukuk ve AİHS'in 2. maddesi ile kadının sağlığını korumak gerekçesiyle yapılmış olmasını dikkate alarak kabul edilemez bulmuştur⁵¹.

47 *Goodwin/Birleşik Krallık* [BD], § 8.; Council of Europe (2024). “Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights, Right to Marry, Updated on 29 February 2024 (AİHS 12. Madde Rehberi, 29 Şubat 2024 tarihinde güncellenen versiyon)”, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_12_eng (Erişim Tarihi: 31/7/2024)

48 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 545; Çakmak, U. R. (2017). s. 177.

49 Potansiyel büyükanne ve büyükbabaların çocuklarının papaz olmak için bekaret yemini etmeleri durumunda aile kurma hakkı yönünden bir iddiada bulunamayacakları yönünde bkz. *Sijakova ve diğerleri/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, B. No: 67914/01, 6/3/2003; Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 715-716.

50 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 545.

51 *Boso/İtalya*, B. No: 50490/99, 5/9/2002; Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 716.

Üreme yeteneği bulunmayanlar yönünden bu hakkın kullanılmasını söz konusu olduğunda evlat edinme gündeme gelmektedir. 12. madde soyut anlamda evlat edinmeyi bir hak olarak tanımamaktadır⁵². AİHM kişilerin biyolojik anne babası olmadıkları çocuğu evlat edinmelerini aile kurma hakkı kapsamında görmemiştir⁵³. Çocuk sahibi olma ya da evlat edinmeye ilişkin birçok başvuru Sözleşme'nin 8. maddesi ve bu maddeyle bağlantılı olarak 14. madde kapsamında ele alınmaktadır⁵⁴. AİHM tarafından 12. madde kapsamında ele alınabilmesi yalnızca evlat edinmeye izin verilmemesi durumunda ya da ayrımcılık yönünden 14. maddenin gündeme gelebileceği hâllerde -ciddi adaletsizliklere yol açabileceği değerlendirildiğinde- mümkündür⁵⁵.

Bu konuyla alakalı diğer bir husus, aile kurma hakkıyla bağlantılı olarak evli çiftlerin çocuk sahibi olma talepleridir. Bu husus yapay döllemeyle daha çok ilgilidir. Öncelikle bu madde her çiftin her istedikleri zaman ve yerde çocuk yapma hakkına sahip oldukları şeklinde yorumlanamaz. Örnek vermek gerekirse cezaevlerinde eşlerin birlikteliğinin sınırlandırılması veya yasak konulması bu bağlamda bir sınırlamadır⁵⁶.

Devletler bu konuya iki yönden müdahil olabilmektedir. Birincisi bu yola başvurulup başvurulmayacağı hususudur. İkincisi ise yapay dölleme tekniklerinden hangilerine yasal olarak izin verileceğidir. Bu iki konu *SH ve diğerleri/Avusturya* kararında AİHM gündemine gelmiştir. Bu kararda Avusturya hukukunda düzenlemeler kararın konusu olmuştur. Avusturya hukukunda yer alan yapay döllemeye bazı durumlarda izin verilmektedir. Üçüncü kişinin sperminin kadının üreme organına yerleştirilmesi için bağışta bulunulmasına izin ve-

52 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 545.

53 Karan, U. (2013), s. 430; Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 716.

54 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 545; *X ve diğerleri/Avusturya* [BD], B. No: 19010/07, 19/2/2013,

55 Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 716-717.

56 Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 545.

rilmekte ancak laboratuvarında üçüncü kişinin bağışta bulunduğu spermin kullanılmasına izin verilmemektedir. Ayrıca Avusturya hukukuna göre başka bir kadın tarafından yumurta bağışlanması yasaklanmıştır. Evli kişiler tarafından bu sınırlamaların 12. maddeyi ihlal ettiği yolunda ileri sürülen iddialar AİHM tarafından anılan maddenin doğurma hakkını güvence altına almadığı gerekçesiyle reddedilmiştir⁵⁷.

5. Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Sınırlanma Sebepleri

Temel hakların ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin kurallar devletlerin anayasalarında ve insan hakları konusundaki uluslararası sözleşmeler yönünden en çok önem arz eden konular arasındadır. Hak veya özgürlüğün sınırlanması devletin bir eylemi ya da işlemiyle ya da devlete atfedilebilir olan bir işlemle temel bir hakka yönelik müdahale ve bu müdahalenin hakkın/özgürlüğün alanını daralttığı durumlarda söz konusudur. 1982 Anayasasının 13. maddesi sınırlamanın sınırını oluşturmakta ve Anayasa'da güvence altına alınan hak ve özgürlükler bakımından hangi ölçütlerin göz önüne alınması gerektiğini düzenlemektedir. Kısaca bu ölçütler şu şekilde sıralanabilir: (1) hak ve özgürlüğün güvence altına alındığı Anayasa maddesindeki özel sınırlama sebeplerine bağlı olma, (2) yalnızca kanunla sınırlama, (3) Anayasa'nın sözü ve özüne uygun olma, (4) hak ve özgürlüğün özüne dokunmama, (5) demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma, (6) ölçülü olma, (7) laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olma⁵⁸.

2001 yılında 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'la⁵⁹ yapılan Anayasa değişikliğiyle genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve kademeli bir sınırlama sistemi öngörülmüştür. Bu şekilde AİHS ile uyumlu olması bakımından ilgili Anayasa hükümleri daha elverişli bir duruma gelmiştir. Kademeli sistem, basit veya nitelikli yasa kaydı ya da yasa kaydı öngörül-

57 *SH ve diğerleri/Avusturya*, B. No: 57813/00, 15/11/2007; Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 717.

58 İnceoğlu, S. (2013). s. 23.

59 17/10/2001 tarihli ve 24556 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete.

memiş olarak kademelendirilmiş sistemi ifade etmektedir⁶⁰. Basit yasa kaydı bazı haklar yönünden kanun koyucunun hiçbir sınırlama sebebine yer vermediği durumları ifade etmek-
teyken nitelikli yasa kaydında tahdidi olarak sınırlama sebepleri düzenlenmiştir. Yasa kaydı öngörülmemeyen haklarda ise hiçbir sınırlama sebebi öngörülmemiştir⁶¹. Bu haklara maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (AY. mad. 17/1), düşünce ve kanaat özgürlüğü (AY. mad. 25/1), hak arama özgürlüğü (AY.m.36), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (AY. mad. 48), siyasi partilere üye olma özgürlüğü (AY. mad. 68/1), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (AY. mad. 20/1) örnek verilebilir⁶².

AİHS'te bazı haklar yönünden açıkça sınırlama sebepleri düzenlemiş olmasına rağmen evlenme hakkının güvence altına alındığı 12. madde bakımından sınırlama rejimine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Örneğin 8. maddenin ikinci fıkrasında, güvenceye alınan hakkın ne şekilde sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Anayasa'da ya da AİHS'te güvenceye alınan bir hak yönünden özel sınırlama sebebi bulunmaması hakkın sınırlanamayacağı anlamına gelmemektedir⁶³. Temel hakların sınırlama kaydı içermeyenlerin tamamen sınırsız olamayacağı doktrinde kabul edilmektedir. Bu kabul iki temel argümana dayanmaktadır. Birincisi temel hakların doğalarından kaynaklanan nesnel sınırların mevcut olmasıdır. İkincisi ise temel hakkın anayasal sınırlarına dayanılmasıdır. Buna ilişkin olarak bir temel hak ile diğer temel haklar ya da anayasa hükümleri arasında çatışma söz konusu olursa birinin diğerine sınır getirebileceği ve bu noktada bir dengeleme gerekliliği kabul edilmektedir⁶⁴.

60 a.g.e. s. 24-26.

61 Ayrıntılı bilgiler için bkz. Sağlam, F. (1982): *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 99-108.

62 Sezer, T.D. (2014). "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3., S. 5., s. 378-379.

63 Karan, U. (2013), s. 435.

64 Sezer, T. D. (2014). s. 382-383.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, ilgili hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa'nın ilgili maddesinde gösterilen özel sınırlandırma sebeplerinin bulunmasına bağlı kılınmıştır⁶⁵. Fakat evlenme hakkının kapsamında ele alındığı Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yönelik -arama/el koyma tedbirleri hariç olmak üzere- herhangi bir sınırlama sebebi Anayasa'da düzenlenmemiştir. Evlenme hakkı da dâhil sınırlama sebebi öngörülme hakları bakımından sınırlama içkin olarak gündeme gelmekte ve AİHM, evlenme hakkı ile ilgili başvurularda, devletin takdir alanı ile öngörülen müdahalenin keyfi veya orantısız olup olmadığını değerlendirmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi spesifik şekilde sınırlama sebebi öngörülmemiş hakların da doğası gereği bazı sınırlarının bulunduğu altını çizmiş ve Anayasa'nın diğer maddelerinde belirtilen hükümlere dayanılarak da söz konusu hakların sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Bu çerçevede Anayasa'nın diğer maddelerinde güvence altına alınan hak ve özgürlükler ile devlet mercilerine yüklenen ödevler, özel şekilde sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlükler yönünden sınır oluşturabilecektir⁶⁶.

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yönelik olarak kamu makamları için öngörülen negatif yükümlülükler özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına keyfî surette müdahaleden kaçınmayı gerektirmektedir⁶⁷. Bu haklara kamu makamlarınca yapılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olmadıkça Anayasa'nın 20. maddesini ihlal edecektir. Bu nedenle sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanun tarafından öngörülme, meşru amaç taşıma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçü-

65 Ahmet Çilgin, B. No: 2014/18849, 11/1/2017, § 38.

66 Kozan, A. ve Gedik, Ö. (Ed.). *Anayasa Mahkemesi Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 30; AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015; AYM, E.2016/37, K.2016/135, 14/7/2016, § 9; AYM, E.2013/130, K.2014/18, 29/1/2014; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33.

67 *Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32; *Ömür Kara ve Onursal Özbek*, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, § 46; *Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016, §§ 101-149.

lülük ilkesine aykırı olmama kriterlerine uygun olması gerekecektir⁶⁸.

Örneğin AYM bireysel başvuruya ilişkin bir kararında mahpusun oğlunun cenazesine güvenlik gerekçesiyle katılmasına izin verilmemesi hususunda devletin müdahalesinin suç işlenmesinin önlenmesi, kamu düzeni ile güvenliğinin temini, mahpus ile ona refakat edecek güvenlik güçlerinin yaşamları ile vücut bütünlüklerinin korunmasını amaçladığını belirtmiş ve bu amaçların Anayasa'nın 17., 19. ve 20. maddelerine ilişkin olarak meşru amaç taşıdığını ifade etmiştir⁶⁹.

II. BOŞANMA HAKKI

1. Genel Olarak

Boşanma, evlilik birliğini sona erdiren hukuki bir işlemdir. Evlilik birliği, evli olan kişilere bazı yükümlülükler yüklemekte olup evlilik birliğinin sona erdirilmesi konusunda haklı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde bireylere evliliği sona erdirme hakkı tanınması boşanma hakkı olarak tanımlanabilir. Boşanma hakkını oluşturan nedenler ülkeden ülkeye ve zamandan zamana farklılık göstermekle birlikte artık hemen hemen her ülkede kabul edilen medeni bir haktır⁷⁰. Buna karşın istisnai olarak bazı ülkelerde halen boşanma hakkının yasaklanmasıyla da karşılaşılabilir⁷¹.

Tarihte boşanmaya ilişkin üç görüş ileri sürülmüştür: Bunlar boşanmanın yasaklanması⁷², boşanmanın serbest olması⁷³

68 R.G. [GK], B. No: 2017/31619, 23/7/2020, § 82; Halil Berk, B. No: 2017/8758, 21/3/2018, § 49; Süveyda Yarkın, B. No: 2017/39967, 11/12/2019, § 32.

69 Ahmet Çilgin, § 43.

70 İrlanda'da 1937'den 1997'ye kadar, İspanya'da 1981 yılına kadar, İtalya'da ise 1970 yılına kadar ulusal hukukta boşanma yasaklanmış ise de artık medeni hak olarak tanınmaktadır.

71 Makalenin hazırlandığı tarihte Filipinler ve Vatikan'da boşanma hakkı tanınmamaktadır.

72 Daha çok Kilise hukukunun hâkim olduğu hukuk sistemlerinde görülmektedir. Ayrıntılar için bkz. Kumaş, M. S. (2007). *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Boşanma Hukuku, Genel Amaçlar, Uygulama Farklılıkları ve Sebepleri*, Bursa: Emin Yayınları, s. 16-17.

73 Rus Hukukunda görülen bu sistemde eşlerden birinin talebiyle başkaca nedene ihtiyaç olmaksızın boşanmanın serbestçe gerçekleştirilebileceği

ve bazı koşulların varlığı hâlinde boşanmaya hâkim tarafından karar verilmesidir⁷⁴. Günümüzdeki hukuk sistemlerinin çoğunda ve ülkemizde de üçüncü görüş olan boşanmanın bazı koşullarla hâkim tarafından karar verilmesi görüşü benimsenmektedir.

Hukuk sistemlerinde boşanmanın hangi koşullarda sağlanacağına ilişkin kurallar bazı ilkelere dayanmaktadır. “Elverişsizlik”⁷⁵, “irade”⁷⁶, “kusur”⁷⁷, “temelinden sarsılma”⁷⁸, “eylemli ayrılık”⁷⁹ gibi evliliği sona erdirmeye ilişkin ilkeler her toplumun evliliğe ilişkin bakış açısıyla doğrudan ilintilidir. Diğer bir ifadeyle ülkelerdeki hukuki metinlerde benimsenen evlilik kurumuna ilişkin teoriler, evliliğin çözülmesine yani boşanmaya dair yaklaşımları da belirlemiştir. Buna göre evlilik, devletin ve toplumun amaçlarına yarayan bir kurum olarak görülüyorsa boşanma “elverişsizlik” ilkesine, evlilik eşlerin iradesine dayanan bir sözleşme olarak görülüyorsa boşanma “irade” ilkesine, evlilik hukuk güvencesi altında bir kurum olarak görülüyorsa boşanma “kusur” ve “temelinden sarsılma” ilkesine dayanmaktadır⁸⁰.

kurallara dayanmaktadır. Ayrıntılar için bkz. Kumaş, M. S. (2007). s. 17.

74 Ceylan E. (2018). “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi*, C. 6., S. 12., s. 317.

75 Elverişsizlik ilkesi, eşlerden birinin veya her ikisinin de ruhsal veya bedensel bir sebeple evlilik birliğini yürütemeyecek olmaları hâlinde boşanmanın gerçekleşebileceğine ilişkin ilkedir.

76 İrade ilkesi, eşlerden en az birinin iradesinin bulunması halinde boşanmanın gerçekleşebileceği ilkesidir.

77 Kusur ilkesi boşanma davası açma hakkının kusursuz veya daha az kusurlu eşe tanındığı, evlenmenin taraflarından kusurlu olması hâlinde sonlandırılabilmesini öngören ilkedir.

78 Temelinden sarsılma ilkesi, evlilik birliğinin artık yürütülemez bir şekilde oluşan bir sorundan dolayı evliliğin temelinden sarsıldığı kabulüne dayanan ilkedir.

79 Eylemli ayrılık ilkesi, fiilen ayrı yaşayan eşlerin evliliği sonlandırma haklarının bulunduğu kabul eden ilkedir.

80 Ayiter, N. (1977). Geçimsizlik Sebebine Dayanan Boşanma ve Yargıtay Uygulaması, içinde *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925-1975, C. II, Boşanma Hukuku Haftası*, Ankara, s. 165; Ceylan, E. (2018). s. 319.

Modern toplumlardaki insan ilişkilerinin gelişimine bağlı olarak günden güne boşanma hakkına ilişkin görüşler de değişime uğramaktadır. İnsanların zamanın getirdiği değişim ile birlikte yaşamaya yönelik değerlendirmelerinde dönüşümlerin olması kaçınılmazdır. Bu bağlamda evliliğe ilişkin bakış açısının değişimi, boşanma hakkının doğumuna ilişkin ilkelere de beraberinde dönüştürmektedir. İster evliliğin bir sözleşme olduğu ilkesi benimsensin isterse toplumsal bir kurum olması nedeniyle korunması gerektiği inancına sahip olunsun artık evliliği devam ettirme iradesinin evli çiftlerden en az birinde bulunmaması boşanmanın gerçekleşmesi bakımından yeterli görülebilmektedir. Dolayısıyla boşanmanın bir kurumun veya sözleşmenin sona erdirilmesi anlayışından bir insan hakkı olduğu anlayışına dönüştüğü söylenebilmektedir⁸¹.

Ülkemizde 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 161 ile 184. maddeleri⁸² arasında eşlerin boşanma hakkı ve usulü düzenlenmiştir. Anılan hukuki düzenlemelere göre Türk hukuk sisteminde boşanmaya ilişkin yukarıda adı geçen ilkelerin hemen hemen hepsine rastlanmaktadır.

Medeni hukukta düzenlenmesine karşın Anayasa'da boşanma hakkına ilişkin açık bir kurala rastlanmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa'da bu hakkı yasaklayan bir hüküm de mevcut değildir. Bu durumda Türkiye'de medeni hak olarak tanınan boşanma hakkının aynı zamanda anayasal bir hak olup olmadığı anayasa hukuku açısından tartışmaya değerdir. Bu bağlamda çalışmada yukarıda ayrıntılarına yer verilen evlenme ve aile kurma hakkının boşanma hakkını da kapsa-

81 2018 yılında İngiltere'de eşlerden birinin talep etmesine rağmen ülkede kabul edilen boşanma sebeplerinden birinin bulunmaması nedeniyle tarafların boşanmalarını konu alan Yüksek Mahkemenin *Owens&Owens* kararında mevcut yasaların boşanmak isteyen eşi mutsuz bir evliliğe hapsedeceğini kabul etmesi bakımından dikkat çekici olmuştur. Kararın ayrıntıları için bkz. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0077-judgment.pdf> (Erişim Tarihi: 31/7/2024)

82 4721 sayılı Kanun'a göre Türkiye'de boşanma nedenleri sırasıyla zina, hayata kasit, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı ile evlilik birliğinin sarsılmasıdır.

yıp kapsamadığı ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Anayasa'da bu hakkın bulunup bulunmadığı tartışılacaktır.

2. Sözleşme'de Boşanma Hakkı

İlk olarak Sözleşme ve AİHM içtihadına göre özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile evlenme hakkının boşanma hakkını kapsayıp kapsamadığı ortaya konulmalıdır.

AİHS'te veya eki protokollerde boşanma hakkına ilişkin bir norm bulunmamaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesinde herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu; Sözleşme'nin 12. maddesinde de evlenme çağına gelen her erkek ve kadının bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. AİHM'e göre de *boşanma hakkı*, evlenme hakkı veya özel hayata saygı hakkının kapsamı içinde yer almamaktadır.

AİHM, *Johnston ve diğerleri/İrlanda* kararıyla özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile evlenme hakkının boşanma hakkını kapsamadığını açıkça ifade etmiştir⁸³. Kararda, Sözleşme'nin hazırlık aşamasına atıfta bulunularak bu konunun bilinçli bir şekilde ihmal edildiği, ihmal edilen bu hakkın Sözleşme'deki diğer hakların yorumu yoluyla da çıkarılmayacağı açıklanmıştır. AİHM, boşanma hakkının tanınması hususunun Sözleşmeciler devletlerin takdir yetkisine bırakıldığını, Sözleşmeciler devletlerin bazılarında evliliğin sonlandırılması hakkının tanınmadığı dikkate alınarak Sözleşme'de devletlerin boşanma hakkını tanımalarının amaçlanmadığını ifade etmiştir⁸⁴. Boşanma yasağının evlenme hakkına bir kısıtlama içerdiği düşünülse de AİHM böyle bir kısıtlamanın tek eşlilik ilkesini benimsemiş bir toplumda evlenme hakkının özünü zedelediğini değerlendirmektedir⁸⁵. Bununla birlikte son

83 *Johnston ve diğerleri/İrlanda*, § 99.

84 Benzer yöndeki ayrıntılı açıklama için bkz. Council of Europe (2024). §§ 45-52.

85 Benzer görüş için bkz. Reid, K. (2012). *A Practitioner's Guide to the European*

yıllardaki Sözleşmecî devletlerdeki hukukî gelişmeler dikkate alınarak AİHM'in boşanma hakkına ilişkin içtihadını gözden geçirebileceği ileri sürülmektedir⁸⁶.

Diğer taraftan AİHS'e Ek 7 No'lu Protokol'ün (Protokol) 5. maddesi "Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medenî haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez" şeklindedir. Protokol'ün 5. maddesinin metninde yer alan "eşler, ... evliliğin sona ermesi durumunda ...medenî haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar" ifadesinin devletlere evliliğin sonlandırılması hakkı tanıma yükümlülüğü yüklemeyeceği protokolün açıklayıcı raporunda ifade edilmiştir⁸⁷.

Özetle Sözleşme hukukî yönünden boşanma hakkı, Sözleşme'deki haklar kapsamında değildir. Ancak ulusal mevzuatta boşanma bir hak olarak tanınmışsa bazı koşullarda bu boşanma süreci ve bu süreçten sonra boşanmış kişilerin yeniden evlenebilmeleri AİHM tarafından Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda AİHM'in yeniden evlenme hakkıyla bağlantılı da olsa boşanma hakkının varlığına olumlu baktığı yorumu yapılabilmektedir⁸⁸.

Bu itibarla AİHM, *F./İsviçre*⁸⁹ kararında Sözleşmecî devletlere boşanma hakkı tanınması yönünde bir yükümlülük yüklenilmemiş ise de devletlerin ulusal hukuklarında boşanmaya izin vermesi durumunda Sözleşme'nin 12. maddesi boşanmış

Convention on Human Rights, 4th Edition, London: Sweet & Maxwell, s. 591; Doğru, O. ve Nalbant, A. (2013). s. 544.

86 Kalin, W. ve Künzli, J. (2011) *The Law of International Human Rights Protection*, New York: Oxford University Press, s. 400; Çakmak, U. R. (2017). s. 175.

87 Ayrıntılar için bkz. Council of Europe (1984). "Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", Strasbourg, 22.XI.1984, § 39, <https://rm.coe.int/16800c96fd> (Erişim Tarihi: 1/8/2024); Council of Europe (2024). § 47.

88 Benzer görüş için bkz. Usta Ö. (2022). s. 1574.

89 *F./İsviçre*, §38.

kişilerin yeniden evlenme hakkının makul olmayan sınırlandırılmalarına tabi tutulmamasını güvence altına aldığı sonucuna ulaşmıştır.

Yine AİHM *Aresti Charalambous/Kıbrıs*⁹⁰ kararıyla ulusal hukuka göre evliliğin sonlandırılması mümkünse makul sürede boşanma davasının bitirilmemesi gibi boşanma sürecinin yürütülmesindeki aksaklıkların bazı koşullar altında Sözleşme'nin 12. maddesi kapsamında kalabileceğini belirtmiştir.

*V.K./Hırvatistan*⁹¹ kararında ise AİHM, yerel makamların boşanma işlemlerini etkili bir şekilde yürütmediğini, tarafların boşanma konusunda anlaşması ve bu nedenle kısmi bir karar verme olasılığı bulunmasına ve hatta iç hukuk uyarınca bu işlemlerin acil niteliği olmasına rağmen özel koşulların dikkate alınmamasından dolayı başvuranın evlenme hakkının makul olmayan kısıtlama anlamına gelen uzun süreli bir belirsizlik durumunda bırakıldığını değerlendirmiştir.

*Chernetskiy/Ukrayna*⁹² kararında AİHM, bir mahkûmun boşanma belgesi alamadığı için üç yıl süreyle yeniden evlenmemesinin evlenme hakkının özünün zedelediğini değerlendirerek Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Anılan kararda *F./İsviçre* kararındaki ilkeye atıf yapılarak boşanma hakkının Sözleşme'nin 12. maddesinden çıkarılmamasına karşın -boşanma hakkı tanınan devletlerde- bireylerin yeniden evlenme hakkının makul olmayan nedenlerle sınırlayan boşanma sürecindeki kamu makamlarının tutumlarının bu madde kapsamında değerlendirileceğine yer verilmiştir.

*Babiarz/Polonya*⁹³ davasında ise AİHM, evlilik hayatının telafi edilemez biçimde bozulduğu bir durumda, ulusal hukuka göre kusursuz olan tarafın rızasının olmamasının kusurlu ta-

90 *Aresti Charalambous/Kıbrıs*, B. No: 43151/04, 19/7/2007, § 56.

91 *V.K./Hırvatistan*, B. No: 38380/08, 27/11/2012.

92 *Chernetskiy/Ukrayna*, §§ 28-32.

93 *Babiarz/Polonya*, B. No: 1955/10, 10/1/2017, § 50.

rafın boşanma talebinin kabul edilememesinde aşılamayacak bir engel teşkil ettiği hâllerde de evlenme hakkının özünün zedelendiğinin kabul edilebileceğine karar vermiştir. Anılan kararda boşanma hakkının Sözleşme dışında bırakılmasına ilişkin taraf devletlerinin iradelerinin olduğundan bahsedilmiş ancak Sözleşme'nin günün koşullarında yorumlanması gereken bir belge olduğu da özellikle hatırlatılmıştır. Böylelikle yeniden evlenme hakkı bağlamıyla sınırlı olsa da Sözleşme'ye taraf bir devlette boşanma hakkının tanındığı hallerde boşanma sebeplerinin de Sözleşme'ye göre incelenebileceğine olumlu bakıldığı ortaya konulmuştur⁹⁴.

3. Anayasa'da Boşanma Hakkı

Anayasa'da düzenlenmemiş olan boşanma hakkının Türk hukukunda anayasal bir hak olup olmadığının ortaya konulması için Anayasa'nın ilişkili maddeleri dikkate alınmalıdır. Anayasa'nın 20. maddesinde "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle bireylerin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı güvence altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*" düzenlemesiyle ailenin korunmasına yönelik olarak devletin pozitif yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ayrıca ve açıkça zikredilmese bile bir menfaatin özel hayat ve aile hayatı ile ilgili ise Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirebilmektedir. Elbette özel hayata ve aile hayatına ilişkin her menfaatin bu hak kapsamında kaldığını söylemek mümkün olmamakla birlikte kural olarak meşru kabul edilen bir menfaat anılan hak kapsamında görülebilir. Nitekim Anayasa'da *evlenme hakkı* ile

94 Benzer yöndeki görüş için bkz. Harris, D., O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2021). s. 715.

ilgili açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen bu hakkın Anayasa'da yer verilen bazı hükümlerde içkin olduğu Anayasa Mahkemesince kabul edilmiştir⁹⁵. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri, evlenme ve aile kurma hakkı açısından önemli birer normatif dayanak olup *evlenme veya evlenmeme* kişinin özel hayatının bir parçasını oluşturmasından dolayı söz konusu hak, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen özel hayata saygı hakkı kapsamında temel bir hak olarak görülmektedir⁹⁶. Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin Anayasa'da açıkça yer verilmese de bazı hakların bir temel hak olarak düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının kapsamında kalması nedeniyle anayasal bir hak olma niteliğini taşıdığını değerlendirdiği söylenebilecektir.

Anayasa Mahkemesi aynı yaklaşımla boşanma hakkını da özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesince verilen ilk kararlar, itiraz yoluyla gelen başvurulardaki 8/4/1997 tarihinde verdiği kararlardır⁹⁷. Başvurular, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi hâlinde her ne sebeple olursa olsun müşterek hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verileceğini öngören 17/2/1926 tarihli mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 134. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiasına dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, boşanmaya ilişkin anılan kuralları Anayasa'nın 41. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Kararlarda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 41. maddesinde, ailenin Türk toplumunun, temeli sayıldığını, devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli önlemleri alacağını ve örgütleri kuracağını belirttiğini, böylece aile kurumunun anayasal güvenceye bağlandığı-

95 Hüseyin Kesici, § 44; Ö.Ç., § 51; D.K., § 57; S.A., § 48.

96 Hüseyin Kesici, § 44; Ö.Ç., § 51; D.K., § 57; S.A., §§ 50, 51.

97 AYM, E.1996/47, K.1997/43, 8/4/1997; AYM, E.1997/22, K.1997/44, 8/4/1997.

nı ifade etmiştir. Bu bağlamda boşanma hukukuna ilişkin bir maddenin Anayasa'nın 41. maddesinde korunan "aile" kavramıyla bağlantısı kurulmuş, aile kurumunun korunmasına ilişkin devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu dikkate alınarak ailenin sona erdirilmesi diğer bir ifadeyle "boşanma" ailenin korunması hakkı bağlamında anayasal denetime tâbi kılınmıştır.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında da yukarıda anılan kuralla benzer bir düzenleme olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılık iddiasını içeren başvuruyu Anayasa'nın 13. ve 20. maddesinde kapsamında inceleyerek Anayasa'ya aykırı görmüş ve böylece bahsedilen yaklaşımını biraz daha ileriye götürmüştür⁹⁸. Kararda Anayasa Mahkemesi, evlilik birliğinin kurulmasının yanı sıra sona erdirilmesini de özel hayata ve aile hayatına saygı hakkıyla doğrudan ilgili görmüş; bu itibarla boşanma hukukuna ilişkin incelenen kuralın özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yönelik bir sınırlama getirdiğini tespit etmiştir⁹⁹. Kararda açıkça ifade edilme- se de Anayasa Mahkemesince artık boşanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı içinde anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir. Aksi hâlde incelenen eylemli ayrılığa dayalı boşanma kuralının Anayasa'nın 20. maddesi bağlamında bir sınırlama teşkil etmesi düşünülemezdi. Böylelikle boşanma hakkına sınırlama teşkil eden her türlü kuralın Anayasa'nın 20. maddesine uygunluğu denetlenebilir hale gelmiştir. Diğer bir ifadeyle medeni hak olarak kabul edilen boşanmaya ilişkin getirilen veya getirilecek olan kuralların Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alındığı kabul edilen boşanma hakkına aykırılık teşkil etmemesi gerekir ki kanun koyucunun konuya ilişkin düzenlemeleri bu yönüyle Anayasa Mahkemesince denetlenebilecektir.

Anayasa Mahkemesinin aynı yaklaşımını anlaşmalı bo-

98 AYM, E.2023/116, K.2024/56, 22/2/2024.

99 Bkz. § 17.

şanma koşullarından biri olan ve evliliğin en az bir yıl sürmesini öngören 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... bir yıl..." ibaresini Anayasa'ya uygun bulduğu kararında da sürdürdüğü görülmektedir¹⁰⁰. Kararda evlilik birliğinin kurulmasının yanı sıra sona erdirilmesinin de özel hayata ve aile hayatına saygı hakkıyla doğrudan ilgili olduğu ifade edilmiş, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin karinenin geçerli olabilmesini evliliğin üzerinden bir yıl geçmiş olması şartına bağlayan kuralın, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yönelik bir sınırlama getirdiği kabul edilmiştir¹⁰¹.

Diğer taraftan Anayasa'nın 148. maddesinde AİHS'le *ortak koruma alanındaki hakların bireysel başvuruya konu edilebilmesine imkân verilmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurularda boşanma hakkının ihlal edildiğinin ileri sürülemeyeceği* açıktır. Zira bireysel başvurunun sadece Anayasa ile Sözleşme'nin ortak koruma alanında kalan temel hak ve hürriyetler bakımından başvurulmuş bir kanun yolu olduğu gözetildiğinde Anayasa'yla tanınmış olan bir temel hakkın Sözleşme'de bulunmaması hâlinde o temel hakla ilgili ihlal iddialarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince incelenemeyeceği ortadadır. Sözleşme hukuku bağlamında boşanma hakkının güvence altına alınmamış olması ve bu nedenle -yeniden evlenmeyle ilişkili olan hâller haricinde- bireylerin boşanma taleplerinin karşılanamaması veya boşanma sürecindeki müdahalelere karşı korunmasız olmaları birey özerkliği bağlamında kendi kaderini belirleme hakkına uygun düşmemektedir.

Bu itibarla Anayasa Mahkemesi AİHM içtihadıyla paralellik gösteren bireysel başvuru kararlarında sadece boşanma sürecindeki aksaklıkları ve bu sürecin makul olmayan sürede

100 AYM, E.2023/109, K.2024/113, 30/5/2024.

101 Bkz. § 12.

tamamlanmasını yeniden evlenme hakkı bağlamında “evlenme hakkı” kapsamında görerek incelemiştir. Bu doğrultuda D.K.¹⁰² kararında 2 yıl 5 ay süren boşanma davasında mahkemelerce tarafların ileri sürdüğü hususların araştırılması konusunda gerekli özen ve dikkatin gösterildiği, dolayısıyla evlenme hakkının özünü zedelemeyecek şekilde boşanma davasının makul bir sürede tamamlandığını değerlendiren Anayasa Mahkemesinin daha sonraki kararlarında da benzer yaklaşımına devam etmiştir.

Bu bağlamda S.A.¹⁰³ kararında Anayasa Mahkemesi, üç yılda tamamlanan boşanma sürecine rağmen gereken tebligat işlemlerinin yapılmaması nedeniyle on yedi yıl boşanma kararının kesinleştirilmemesine ilişkin başvuruda evlenme hakkının özünü zedeleyecek şekilde gerekli özen yükümlülüğünün gösterilmemesi ve işlemlerin makul bir sürede tamamlanmaması nedeniyle başvurunun evlenme/aile kurma hakkına ilişkin devlet tarafından üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini değerlendirmiş ve Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Yakın tarihli Sabire Güngör¹⁰⁴ kararında da Anayasa Mahkemesi, boşanma ile yeniden evlenme hakkı arasındaki bağı açıkça ifade etmiştir. Karara göre boşanma davası, otomatik olarak evlenme hakkının ihlaline yol açmamakta ise de ulusal hukuk sisteminde yeni bir evlilik yapmak mevcut evliliğin sona ermesiyle mümkündür. Bununla birlikte ulusal hukuk sisteminde sadakat yükümlülüğünün boşanma davası süresince de devam ettiği gözetildiğinde kişinin özel ve aile hayatını düzenleyebilmesi, aile kurma bağlamında özel hayatına dair kararlar alabilmesi için devletin boşanma davalarını makul bir sürede sonlandırma yükümlülüğü olduğunu kabul etmek gerekir. Boşanma davası süresince devletin mevcut ailenin korunmasına ilişkin olarak pozitif yükümlülükleri devam

102 D.K., §§ 56-65.

103 S.A., §§ 60-66.

104 Sabire Güngör [GK], §§ 51-60.

etmektedir. Bu kapsamda yargılamanın boşanma davasına konu aile ile evlenme hakkı kapsamındaki menfaatler arasındaki gözetilmesi gereken adil dengeyi bozmayacak şekilde özenli ve somut olaya uygun makul bir sürede sonuçlandırılması gerekir. Anayasa Mahkemesi somut olayda beş yıl süren boşanma davasında yargılamanın uzamasına başvuruçunun davranışlarının da sebep olduğunu dikkate alarak hak ihlali bulunmadığına hükmetmiştir.

Sabire Güngör kararıyla Anayasa Mahkemesi, boşanma hakkının AIHS ile ortak koruma alanında olmaması nedeniyle her boşanma davasında yaşanan aksaklığın doğrudan (yeniden) evlenme hakkının ihlali sonucunu doğurmayacağını, aksi hâlde Sözleşme’de tanınmayan boşanma hakkının evlenme hakkı bağlamında Sözleşme hükümlerine aykırı olarak tanınmış olacağını öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi anılan kararında sadece devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında sonlandırılmak istenen evlilik nedeniyle aile hayatına saygı hakkı ile yeniden evlenme hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiğine işaret etmiş, evlenme hakkının salt belirli bir kişiyle evlenme talebiyle sınırlanmamış olduğunu ve geniş anlamda *aile kurma* iradesini de esas aldığını belirterek bireysel başvuruda bulunan başvuruçuların evlenme hakkına dayanak teşkil eden evlenme iradesinin var olup olmadığının tespiti noktasında katı bir yorumdan kaçınılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁵. Diğer bir ifadeyle bireylerin boşanma sürecindeki aksamalar ve uzamalar, Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurular kapsamında yeniden evlenme hakkı bağlamında Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı yönünden ihlal iddialarına konu olması durumunda, başvuruçuların yeniden evlenme iradelerini ortaya koymaları yeterli görülerek ayrıca bu iradelerinin olgularla somutlaştırılması beklenmeyecektir.

Anayasa Mahkemesi kararlarıyla gelişen içtihat dikkate alındığında boşanma hakkının Anayasa’nın 20. maddesinde

105 *Sabire Güngör* [GK], § 44.

güvence altına alınan temel bir hak olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İtiraz veya iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınacak olan boşanma hukukuna ilişkin bir kural bu nedenle Anayasa Mahkemesince esas yönden incelenebilecek ve Anayasa'daki güvencelere aykırılık iddiası soyut veya somut norm denetimi yoluyla denetlenebilecektir. Bununla birlikte Sözleşme'de yer almayan boşanma hakkı, Anayasa ile AİHS ortak alanında bulunmaması nedeniyle doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamasa da (yeniden) evlenme iradesinin bulunması hâlinde evlenme hakkı kapsamında önceki evliliğin sona erme sürecinin Anayasa'nın 20. maddesine uygunluğu değerlendirilebilecektir. Bu aşamadan sonra boşanma sürecindeki devletin pozitif yükümlülükleri sadece boşanma davası yargılamasındaki aksaklıklar ve yargılamanın makul olmayan sürede bitirilmemesi yönünden değil aynı zamanda boşanma iradesine sahip eşin boşanma hukukuna ilişkin engeller nedeniyle boşanamaması hususunu da kapsayacak gibi görünmektedir. Dolayısıyla Türkiye'de boşanma hakkının temel bir hak olmasına rağmen bu hakkın ihlal edildiğine ilişkin bireysel başvuruda doğrudan bulunulmaması da yeniden evlenme iradesinin (hakkı) mevcudiyeti ortaya konulduğu sürece müdahaleye konu edilen boşanmaya ilişkin ulusal hukuktaki kuralların Anayasa'nın 20. maddesine uygunluğunun denetlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

SONUÇ

Bireylerin kişisel özgürlüklerinin ve temel insan haklarının bir parçası olarak kabul edilen evlenme hakkı tarih boyunca çeşitli toplumsal, kültürel ve hukuki engellerle sınırlanmış olsa da modern toplumlar bu hakkın evrensel bir hak olarak tanınması gerektiği konusunda giderek daha fazla farkındalık kazanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkı evlenme çağına gelen her erkek ve kadın için bu hakları güvence altına almaktadır. Anılan maddeye göre evlenme ehliyetini haiz olan yetişkinler

evlenip evlenmemeye ve kiminle evleneceğine kendileri karar verme özgürlüğüne sahiptir. Evlenme hakkı aynı zamanda evlenmeme hakkını içermekte ve olumsuz yönden de hakkı güvenceye almaktadır.

AIHM, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvenceye alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile de yakından ilişkili olan evlenme hakkını geniş yorumlamaktadır. Fakat 12. maddeyi yorumlarken aynı tutumu sergilememektedir. Evlilik sonrası durumlar ile resmi olmayan evlilikler ve birliktelikler ise 8. madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Anayasa'da ne evlenme hakkı ne de boşanma hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Evlenme hakkı Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri kapsamında aile hayatına saygı ve aile kurma hakkı bağlamında Anayasa Mahkemesince incelenmektedir. Boşanma hakkı da yine açık bir düzenleme bulunmasa da aynı hak kapsamında olduğu değerlendirilmekte, bireysel başvuru incelemelerinde yeniden evlenme hakkıyla bağlantılı olarak ele alınmaktadır. AIHM'e göre ise evlenme hakkından boşanma hakkı türetilerek boşanma hakkının da Sözleşme kapsamında güvence altına alındığından söz edilemez ise de Sözleşmeciler devletlerin boşanma hakkını ulusal hukukta tanımasıyla bu hakkın yeniden evlenme hakkı bağlamında Sözleşme kapsamına dahil edilebilmektedir.

Boşanma hakkı, bireylerin kişisel özgürlüklerini ve yaşam kalitelerini koruyan temel bir haktır. Evli çiftlerin ilişkilerinde yaşanan uyumsuzluklar ve sorunlar sonucunda bu hakkın varlığı, bireylerin sağlıklı ve mutlu bir yaşam sürdürebilmeleri için hayati öneme sahiptir. Boşanma hakkının etkili bir şekilde uygulanması, toplumsal adaletin sağlanması, özgür iradenin desteklenmesi ve mevcut aile düzeninin güçlendirilmesi açısından önem arz etmektedir.

Devletler, nasıl ki evlenme hakkının önündeki engelleri kaldırma yönünden pozitif yükümlülük altında oldukları gibi boşanma hakkını da destekleyici önlemler almalı ve adil bir

biçimde düzenlemelidir. Ülkemizde de boşanma hakkı sadece medeni bir hak olarak değil aynı zamanda temel bir hak olma niteliğine sahiptir. Buna bağlı olarak boşanmaya ilişkin ulusal hukukta yer alan normatif düzenlemelerin Anayasa'nın 20. maddesindeki güvencelere uygun olması beklenir.

Ayrıca hukuki ve sosyal mekanizmalar bu hakkı koruyacak şekilde güçlendirilmelidir. Evlenme hakkının temin edilmesi ve buna bağlı olarak boşanma hakkının korunması ve güçlendirilmesi, bireylerin kişisel özgürlüklerini güvence altına alırken kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında kişisel özerklik hakkını güçlendirecek ve böylece toplumsal uyum ve refahı da artıracaktır. Bu nedenle, evlenme hakkına ek olarak boşanma hakkının anayasal hak olarak tanınması ve desteklenmesi, modern toplumların temel ilkelerinden biri olması gerektiği gibi buna ilişkin kuralların da anayasal düzlemde bireysel özerklikle uyumlaştırılması önemli bir yaklaşım olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ADALET BAKANLIĞI (2015). AİHM Kararları Tematik Bilgi Notları, Ayrımcılık-Cinsiyet Yönelimleri, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019115817Gender%20Identity%20\(cinsiyet%20kimli%C4%9Fi%20sorunlar%C4%B1\).pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019115817Gender%20Identity%20(cinsiyet%20kimli%C4%9Fi%20sorunlar%C4%B1).pdf) (Erişim Tarihi: 1/8/2024)
- AYİTER, Nuşin (1977). Geçimsizlik Sebebine Dayanan Boşanma ve Yargıtay Uygulaması, içinde *Ankara Hukuk Fakültesi El-linci Yıl Armağanı, 1925-1975, C. II, Boşanma Hukuku Haftası* (ss. 165-174), Ankara.
- CEYLAN, Ebru (2018). “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 12., ss. 315-334.
- COUNCIL OF EUROPE (1984). “Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, Strasbourg, 22.XI.1984, <https://rm.coe.int/16800c96fd> (Erişim Tarihi: 1/8/2024)
- COUNCIL OF EUROPE (2024). “Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights, Right to Marry, Updated on 29 February 2024 (AİHS 12. Madde Rehberi, 29 Şubat 2024 tarihinde güncellenen versiyon)”, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_12_eng (Erişim Tarihi: 31/7/2024)
- ÇAKMAK, Ufuk Ramazan (2017). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Evlenme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 2., ss. 163-184.
- DOĞRU, Osman ve NALBANT, Atilla (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını.
- DUTERTRE, Gilles (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları.
- GÖNENÇ, Fulya İlçin (2003). “Roma Hukuku’nda Boşanma (Divortium)”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII., S. 1-2., ss. 645-654.

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2016). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜMÜŞ, A. Tarık (2015). *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- HARRIS, David, O'BOYLE, Michael ve WARBRICK, Colin (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Karan, Ulaş ve Bingöllü Kılıcı, Mehveş (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- KARAN, Ulaş (2018). "Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13., S. 163-164.
- KARAN, Ulaş (2013). Evlenme ve Aile Kurma Hakkı, içinde İnceoğlu, Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, İstanbul: Beta Yayınları.
- KALIN, Walter ve KÜNZLI, Jörg (2011). *The Law of International Human Rights Protection*, New York: Oxford University Press.
- KOZAN, Ali ve GEDİK, Ömer (Ed.). *Anayasa Mahkemesi Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- KUMAŞ, Mehmet Salih (2007). *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Boşanma Hukuku, Genel Amaçlar, Uygulama Farklılıkları ve Sebepleri*, Bursa: Emin Yayınları.
- METİN, Yüksel (2006). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 1., S. 2., ss. 99-109.
- ÖZCAN, Aysu (2019). "Türk Hukuku ve Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında Evlenme Hakkı", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7., S. 1., ss. 135-162.

- REID, Karen (2012). *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, London: Sweet & Maxwell,
- SEZER, Tijen Dündar (2014). "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararlar", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3., S. 5., ss. 375-411.
- USTA, Özlem (2022). "Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30., S. 3., ss. 1561-1590.

AİHM KARARLARI

- Hamer/Birleşik Krallık*, B. No: 7114/75, 13/12/1979.
- B. ve L./Birleşik Krallık*, B. No: 36536/02, 13/9/2005.
- Schalk ve Kopf/Avusturya*, B. No: 30141/04, 24/6/2010.
- Rees/Birleşik Krallık*, B. No: 9532/81, 17/10/1986.
- Johnston ve diğerleri/İrlanda*, B. No; 9697/82, 18/12/1986.
- Cossey/Birleşik Krallık*, B. No: 10843/84, 27/9/1990.
- I/Birleşik Krallık [BD]*, B. No: 25680/94, 11/7/2002.
- Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık*, B. No: 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30/7/1998.
- Goodwin/Birleşik Krallık [BD]*, B. No: 28957/95, 11/7/2002.
- Parry/ Birleşik Krallık ((k.k.))*, B. No: 42971/05, 28/11/2006.
- R. ve F./Birleşik Krallık (k.k.)*, B. No: 35748/05, 28/11/2006.
- Hämäläinen /Finlandiya [BD]*, B. No: 37359/09, 16/7/2014.
- O'Donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 34848/07, 14/12/2010.
- ZH ve RH/İsviçre*, B. No: 60119/12, 8/12/2015.
- Jaremowicz/Polonya*, B. No: 24023/03, 5/4/2010.
- Chernetskiy/Ukrayna*, B. No: 44316/07, 8/12/2016.

- Yavuz/Avusturya* (k.k.), B. No: 25050/94, 16/1/1996.
Frasik/Polonya, B. No: 22933/02, 5/1/2010.
Dickson/Birleşik Krallık, B. No: 44362/04, 4/12/2007.
Sijakova ve diğerleri/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, B. No: 67914/01, 6/3/2003.
Boso/İtalya, B. No: 50490/99, 5/9/2002.
Şerife Yiğit/Türkiye [BD], B. No: 3976/05, 2/11/2010.
X ve diğerleri/Avusturya [BD], B. No: 19010/07, 19/2/2013.
X/Birleşik Krallık (k.k.), B. No: 3898/68, 22/7/1970.
SH ve diğerleri/Avusturya, B. No: 57813/00, 15/11/2007.
F./İsviçre, B. No: 11329/85, 18/12/1987.
Aresti Charalambous/Kıbrıs, B. No: 43151/04, 19/7/2007.
V.K./Hırvatistan, B. No: 38380/08, 27/11/2012.
Babiarz/Polonya, B. No:1955/10, 10/1/2017.

AYM KARARLARI

- AYM, E.1996/47, K.1997/43, 8/4/1997.
AYM, E.1997/22, K.1997/44, 8/4/1997.
AYM, E.1999/35, K.2002/104, 12/11/2002.
AYM, E.2005/26, K.2008/105, 15/5/2008.
AYM, E.2013/130, K.2014/18, 29/1/2014.
AYM, E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014.
AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015.
AYM, E.2016/37, K.2016/135, 14/7/2016.
AYM, E.2023/116, K.2024/56, 22/2/2024.
AYM, E.2023/109, K.2024/113, 30/5/2024.
Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013.
Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

- Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016.
Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016.
Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016.
Ö.Ç., B. No: 2014/8203, 21/9/2016.
Ahmet Çilgin, B. No: 2014/18849, 11/1/2017.
Halil Berk, B. No: 2017/8758, 21/3/2018.
Murat Demir [GK], B. No: 2015/7216, 27/3/2019.
D.K., B. No: 2015/11159, 25/9/2019.
Süveyda Yarkın, B. No: 2017/39967, 11/12/2019.
M.Ç. [GK], B. No: 2017/34600, 6/2/2020.
K.K., B. No: 2017/22295, 21/7/2020.
R.G. [GK], B. No: 2017/31619, 23/7/2020.
S.A., B. No: 2017/40199, 8/9/2020.
Sabire Güngör [GK], B. No: 2019/32487, 29/2/2024.

ÇEVİRİM İÇİ

<https://www.worldhistory.org/trans/tr/2-870/antik-roma-aile-hayat/>

https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf

<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019101449in-sanhaklaribeyannameesi.pdf>

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0077-judgment.pdf>



YAŞAM HAKKI İLE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI KAPSAMINDA ETKİLİ SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ YÖNÜNDEN HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

*The Suspension of the Pronouncement of the Judgment in terms of the
Obligation to Conduct an Effective Investigation under the Right to Life
and the Prohibition of Torture and Ill-Treatment*

Hüseyin KAYA*

ÖZET

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) müessesesi ceza ve ceza muhakemesi hukuku sistemi içerisinde bazı sorunlu alanlar oluşturmakla birlikte insan hakları hukuku ve daha özelde bireysel başvuru açısından da çözüme muhtaç kimi sonuçlara neden olmaktadır. Özellikle adil yargılanma hakkı, ifade hürriyeti, etkili başvuru hakkı, iki dereceli yargılanma hakkı, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı gibi başlıca alanlarda HAGB uygulaması yapısal birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada HAGB müessesesinin yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında pozitif bir yükümlülük olan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü açısından ortaya çıkardığı kategorik sorunlar ve bunların hâl yolları ele alınacaktır. Üçüncü kişiler arasındaki ceza yargılamalarında verilen HAGB kararlarının bireysel başvuruda etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bakımından ele alınmasının ise yata etki (drittwirkung) bağlamında değerlendirilmesi yapılacaktır. Belirtildiği üzere çalışmanın odağı HAGB müessesesinin

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, huseyin.kaya@anayasa.gov.tr,
ORCID: 0000-0003-3547-1155

anayasal düzlemde ele alınarak etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında incelenmesi olduğundan konunun ceza muhakemesi hukuku ile olan ilişkisine gerektiği ölçüde yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, yatay etki, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı.

ABSTRACT

The institution of the suspension of the pronouncement of the judgment (SOP), while creating some problematic areas within the criminal law and criminal procedure law system, also yields to some consequences that need a solution in terms of human rights law and, more specifically, individual application mechanism. Especially in the main spheres such as the right to a fair trial, the freedom of expression, the right to an effective remedy, the right to appeal, the right to life, and the prohibition of torture and ill-treatment, the SOP brings along some structural problems. This study aims to provide an insight into the categorical problems caused by the SOP procedure in terms of the obligation to conduct an effective investigation, a positive obligation within the scope of the right to life and the prohibition of torture and ill-treatment, as well as into the proposed solutions with respect thereto. It will also touch upon the horizontal effect (*drittwirkung*) of the assessment of the SOP decisions -rendered at the end of the criminal proceedings between third parties- in terms of the obligation to conduct an effective investigation through individual application mechanism. As stated, since the study focuses on the SOP institution in the context of the obligation to conduct an effective investigation by addressing it at the constitutional level, the interplay between the institution and the criminal procedure law will be addressed to the extent necessary.

Keywords: Suspension of the pronouncement of the judgment, obligation to conduct an effective investigation, the horizontal effect (*Drittwirkung*), right to life, prohibition of torture and ill-treatment.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti devleti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) zorunlu yargı yetkisini kabul eden 46¹ üye devletten biridir, bu yönüyle bazı temel hak ve hürriyetlerin ülke içindeki uygulaması açısından AİHM'in belirlediği uluslararası hukuk standartlarını kabul etmiş durumdadır. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, yaşam hakkı, ifade özgürlüğü, etkili başvuru hakkı ve iki dereceli yargılanma hakkı gibi insan hakları hukukundaki bazı temel alanlarda HAGB uygulamasının çeşitli sorunlar yarattığı bireysel başvuru kararlarında dile getirilmektedir². Anılan temel hak ve hürriyetlerin her biri yönünden söz konusu uygulamanın değerlendirilmesi bu çalışmanın kapsamını aşacağından ve daha detaylı analizler yapılabilmesi amacıyla çalışmanın çerçevesi, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında pozitif bir yükümlülük olan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında HAGB müessesesinin ortaya çıkardığı sorunlar ve bunların çözümü konusunda sınırlandırılmıştır.

Yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında pozitif bir yükümlülük olarak ortaya çıkan etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün bir gereği de yapılan yargılama sonucunda verilen nihai yaptırımın eylemle orantılı ve caydırıcı bir niteliğe sahip olmasıdır. Bireysel başvuru kapsamında hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından yapılan denetimde özellikle kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı ihlallerinde HAGB kararları neredeyse kategorik düzeyde eylemle orantılı ve caydırıcı bir yaptırım

1 Bilindiği üzere Rusya Federasyonu 16/9/2022 tarihi itibarıyla AİHS'in tarafı olmaktan çıktığı için 47 olan üye sayısı 46'ya düşmüştür (bu konudaki ulusal basında çıkan haber için bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/rusya-avrupa-insan-haklari-sozlesmesine-taraf-olmaktan-cikti/2687129> (Erişim Tarihi: 25/2/2024).

2 Bkz. AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023, § 28.

olarak görülmemekte³, dolayısıyla etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine karar verilmektedir. Üçüncü kişiler arasındaki ceza davaları sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasında ise nihai yaptırım olan HAGB kararı davanın şartlarına bağlı olarak eylemle orantılı ve caydırıcı bulunabilmektedir. Orantılılık ve caydırıcılık bağlamında HAGB kararlarından kaynaklanan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü ihlallerinin nasıl önüne geçilebileceği ise bu çalışmada cevap aranan sorudur.

Bu doğrultuda, çalışmada öncelikle etkili soruşturma yapma yükümlülüğüne ve daha özelde eylemle orantılı ve caydırıcı ceza verilmesi edimine dair bazı temel açıklamalara, daha sonra ise HAGB uygulamasının bu alanda ortaya çıkardığı sorunlar ve çözüm önerilerine ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir. Şüphesiz konunun ceza muhakemesi hukukuna bakan bir yönü de bulunmakla birlikte bu çalışmada mesele anayasal düzlemde inceleme konusu yapıldığından konunun ceza muhakemesi hukuku boyutuna yeri geldikçe ve gerektiği ölçüde yer verilecektir.

I. ETKİLİ SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Kavramsal Çerçeve

İşkence ve kötü muamele yasağı ile yaşam hakkına ilişkin AİHS'in 2 ve 3. maddeleri ile Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları bireylere temel bazı güvenceler sağlamaktadır⁴. AİHM'in bugüne kadar söz konusu maddeleri

3 Bu kararlara ilerleyen bölümde daha detaylı olarak yer verilecektir.

4 Anayasa'nın 90. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlarla farklı hükümler içermesi durumunda öncelikle uygulanacağı kabul edilmiş durumdadır. Türkiye kurucu üye olarak AİHS'i 4/11/1950 tarihinde imzalamış ve 10/3/1954 tarihinde yasama organınca kabul edilen kanunla da onaylamıştır. Ayrıca bireysel başvuru 1987'de bir yargı yolu olarak kabul edilmiş, 1990 tarihinden itibaren ise AİHM'in zorunlu yargı yetkisi tanınmıştır. Bu hâlde AİHS hükümlerinin iç hukukun -normal kanunlara göre üstün tutulan- bir parçası, AİHM'nin de iç hukukta kabul edilen bir yargı yeri olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Öte yandan 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile AYM'ye bireysel

ele alış ve yorumu ile üye devletler nezdinde oluşan genel kabule göre, devletin anılan güvenceler bağlamında hem negatif hem de pozitif birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler esasen devletin yapma (pozitif) veya yapmama (negatif) edimi şeklinde de tanımlanabilir⁵. Devlet görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan ihlal iddiaları negatif yükümlülük ihlalinin konusunu oluştururken⁶ üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlal iddialarında sadece pozitif yükümlülükten⁷ bahsedilmektedir. Üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan bu pozitif yükümlülüğün orijinal kavramı *Drittwirkung*⁸ olup bu, doktrinde AİHS'in yatay etkisi⁹ şeklinde kavramsallaştırılmıştır¹⁰.

başvuru yapılmasının önü açılmış, böylece AİHM'den önce iç hukukta insan hakları hukuku alanında inceleme yapacak yeni bir yol daha ihdas edilmiştir. 2012 yılında ise AYM bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Anayasa ve AİHS'in her ikisinde de yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin konularda AYM belirtilen tarihten itibaren kendisine gelen bireysel başvurulara ilişkin kararlar vermektedir.

- 5 Gözler, K. (2020). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları (3. Baskı), s. 70, 74.
- 6 Örneğin bkz. *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 50; *Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 81.
- 7 AİHM'in resmî internet sitesinden tespit edilebildiği kadarıyla- işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında incelenen ve ilk kez pozitif yükümlülük tabirinin kullanıldığı karar için bkz. *Y./Birleşik Krallık*, B. No: 14229/88, 8/10/1991, § 36.
- 8 Bu kavram Federal Alman Anayasa Mahkemesince geliştirilmiş, anayasal hakların devlet dışında üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerde de korunmasını amaçlayan anayasal yaklaşımın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre kavram, anayasal hakların korunmasının özel kişiler arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulanması (*directe drittwirkung*) ve yol gösterici olarak dolaylı uygulanması (*indirecte drittwirkung*) olmak üzere iki şekilde formüle edilmiştir. Ancak AİHS'te sadece üye devletlerin sorumluluğu düzenlendiğinden, başka bir ifadeyle bireyler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahip olunmadığından AİHM bu kavramı, işkence yasağı bağlamında bireylerin sadece devlet görevlilerinden gelecek eylemlere karşı değil aynı zamanda özel kişilerden gelecek eylemlere karşı da korunması gerektiği şeklinde anlamlandırmıştır (*O'Keeffe/İrlanda* [BD], B. No: 35810/09, 28/1/2014, § 144; *X ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 22457/16, 2/2/2021).
- 9 Daha geniş bilgi için bkz. Köküsarı, İ. (2024). "Hakların Çatışması ile Hakların Yatay Etkisi Arasındaki İlişki", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 41., S. 1., s. 112-122.
- 10 Örneğin bkz. Sunay, R. (2015). "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin

Buna göre negatif yükümlülük bağlamında ele alınan mesele, ihlal iddiasına konu olayda devlet görevlisince kamusal bir faaliyet kapsamında işlenen bir eylemin bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa bu eylemin söz konusu hakkı ya da yasağı maddi yönden ihlal edip etmediği ile sınırlıdır¹¹. Pozitif yükümlülükleri ise koruma yükümlülüğü ile etkili soruşturma yapma yükümlülüğü olmak üzere temel iki başlık altında incelemek mümkündür. Koruma yükümlülüğü ihlal iddiasına konu edilen olaya ilişkin devletin önceden alması gereken tedbirleri ihtiva eder ki bunlar uygun mevzuat oluşturma yükümlülüğü¹² ile devletin bildiği ya da bilmesi gerektiği bir olay özelinde bazı somut tedbirleri alması yükümlülüğü¹³ olarak izah edilebilir.

Etkili soruşturma yapma yükümlülüğü ise ihlal iddiasına dayanak yapılan olay meydana geldikten sonra devletin etkili bir yargısal sistemle olayı aydınlatmaya çalışması, soruşturma sonucunda eğer gerekli ise sorumlulara eylemleriyle orantılı ve benzer olaylar için caydırıcı nitelikte bir ceza vermesi ve bu cezayı infaz etmesi şeklindeki usul yükümlülüğü olarak tanımlanabilir¹⁴.

B. Genel Açıklama

Yaşam hakkı ya da işkence yasağını ihlal eden bir olay AİHS'e üye devletlerin yetki alanında meydana geldikten sonra buna ilişkin yapılacak soruşturma ve gerekli ise sorumlulara ceza verme devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer alan yeterli mevzuat oluşturma yükümlülüğüne içkindir.

Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 23., s. 12.

11 Mecek, H. (2023). *İşkence Yasağı Kapsamında Devletin Etkili Soruşturma Yükümlülüğü*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s. 138.

12 A./Birleşik Krallık, B. No: 25599/94, 23/9/1998, § 22; Mahmut Kaya/Türkiye, B. No: 22535/93, 28/3/2000; Ramirez Sanchez/Fransa [BD], B. No: 59450/00, 4/7/2006, § 157; Z.C. [GK], B. No: 2013/3262, 11/5/2016, § 58.

13 Mamazhonov/Rusya, B. No: 17239/13, 23/10/2014, § 173; Z.C., § 85.

14 Şenol, C. (2011). "Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 40.

Zira uygun ve yeterli mevzuat oluşturma yükümlülüğü için teorik kısmına denk gelirken söz konusu mevzuatın hayata geçirilmesi pratik alana denk gelmektedir¹⁵. Ancak burada daha özel olarak ifade edilmek istenen, etkili bir soruşturma yapılması için gereken yasal altyapının ötesinde uygulamada nasıl bir soruşturma yapıldığı ya da yapılması gerektiği ile daha çok ilgilidir.

Öte yandan yaşam hakkını ihlal eden tüm olaylar için ceza yargılaması etkili hukuk yolu olmayabilir. Bu bağlamda AIHM, kasıtlı eylemlerden kaynaklanmayan yaşam hakkı ihlallerinde, *etkili yargı sistemi oluşturma* yönündeki pozitif yükümlülüğün, her durumda muhakkak cezai yargı yoluna başvurmayı gerektirmediğini belirtmiştir¹⁶. Bu eylemler yönünden sorumluluğu tespit eden ve tazminat imkânı sunan idare veya hukuk mahkemeleri de etkili hukuk yolu olarak kabul edilebilir¹⁷. Örneğin yaşam hakkı kapsamında *salt tıbbi hatalardan* kaynaklanan şikâyetlerle ilgili olarak AIHM, devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında tazminat davası ya da idari disiplin yollarının bulunmasını da yeterli kabul etmekte, ayrıca bir ceza soruşturması yolunun tüketilmesini gerekli görmemektedir¹⁸. Bununla birlikte kasıtlı bir eylemden kaynaklanmasa da tehlikeli faaliyet kapsamında meydana gelen yaşam hakkı ihlallerinde yine ceza yargısı yolu etkili yol olarak kabul edilebilmektedir¹⁹. Dolayısıyla çalışmanın yaşam hakkı yönünden kapsamının, bireysel başvurudan önce ceza yargısı yolunun tüketilmesi gereken durumlarla sınırlanması

15 Benzer yönde değerlendirme için bkz. Keser, H. (2022). "Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., s. 416.

16 *Murillo Saldias ve diğerleri/İspanya*, B. No: 76973/01, 28/11/2006; *Ceviroğlu/Türkiye*, B. No: 69546/12, 4/10/2016, § 54.

17 *Anna Todorova/Bulgaristan*, B. No: 23302/03, 24/5/2011, §§ 72-74.

18 Bu yönde bkz. *Calvelli ve Ciglio/İtalya* [BD], B. No: 32967/96, 17/1/2002, § 51; *Vo/Fransa* [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004, § 90; *Lopes De Sousa Fernandes/Portekiz* [BD], B. No: 56080/13, 19/12/2017, § 137.

19 *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 93; *Oruk/Türkiye*, B. No: 33647/04, 4/2/2014, §§ 50, 65.

gerekir. Zira HAGB uygulaması ancak ceza yargılamasının varlığında söz konusu olabilecektir.

Hemen ifade etmek gerekir ki buradaki soruşturma kavramı teknik ceza muhakemesi hukukundaki soruşturmadan anlam olarak oldukça geniştir²⁰. AİHM soruşturma (*investigate/enquêter*) kavramını, her üye devletin iç hukuk sistematığının birbirinden farklı olması nedeniyle, özerk şekilde yorumlamaktadır. Diğer bir deyişle AİHM, soruşturma ibaresini AİHS çerçevesinde özgün bir kavram olarak kullanmakta, dolayısıyla kavramın taşıdığı anlamı genişletme yoluyla kapsamı yeniden belirlemektedir. Buna göre soruşturma, olay anından itibaren işleyen yargısal ya da idari sürecin kesin olarak iç hukukta sonlandığı ana kadarki zaman aralığında yapılan işlemlerin tamamıdır²¹. Örneğin kolluk görevlisince yapılan bir yakalama işlemi ile başlayan sürecin ceza soruşturması ve kovuşturması evrelerinden sonra olağan kanun yolu incelemesiyle kesin bir yargısal karara dönüşmesi dâhilindeki tüm sürece²² ve hatta buna ilişkin hukuk ya da idare mahkemelelerinde açılan davaların tamamına soruşturma ismi verilmekte, buna bağlı olarak da tüm sürecin etkili şekilde işlemesi beklenmektedir. Dolayısıyla soruşturma kavramını AİHM sadece o ülkedeki adli soruşturma olarak algılamamaktadır. Yerine göre idari bir soruşturma da AİHM'e göre etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün bir parçası hâline gelebilmektedir. Söz gelimi Türk hukukundaki memurların görevleri nedeniyle işlendiği iddia olunan suçlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması

20 Mecek, H. (2023). s. 151-152.

21 Denis Vasilyev/Rusya, B. No: 32704/04, 17/12/2009, § 126; Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*, Ankara: Şen Matbaa, s. 22.

22 Temyiz incelemesinde zamanaşımı nedeniyle davanın düşürülmesinin etkili soruşturma yapma yükümlülüğüne aykırı olduğuna ilişkin AİHM kararı için bkz. Yeşil ve Sevim/Türkiye, B. No: 34738/04, 5/6/2007, §§ 36-43. Nitekim Türk ceza muhakemesi hukukunda kovuşturma aşamasında da delil toplanabildiğinden ya da kanun yolunda eksik araştırma nedeniyle bozma kararı verilebildiğinden AİHM'in soruşturma kavramını geniş yorumlamasının iç hukukta tamamen karşılıksız olduğu da söylenemez.

Hakkında Kanun'a göre soruşturma izni gereken hâllerde yapılan idari ön inceleme, AİHM'e göre soruşturmanın bir parçasıdır ve bu nedenle etkili soruşturma ölçütlerine göre değerlendirilmektedir²³.

AİHM, AİHS'in 2. ve 3. maddesi kapsamındaki şikâyetlere ilişkin başvurularda iç hukukta tüketilen yolun etkili olması hususundaki kriterlerini birçok farklı kararında zikretmiş ve bu kriterleri aynı konudaki hemen her kararında tekrar edegelmiştir²⁴. Yaşam hakkı kapsamında incelenen bir başvuruda AİHM, üye devletin AİHS'in 1. maddesi uyarınca yetkisi alanındaki herkesin can güvenliğini sağlamakla görevli olduğunu, bu hakkın ihlaline yönelik bir olayda ise etkili bir soruşturma yürütmekle yükümlü olduğunu vurgulamıştır²⁵. AİHM daha sonra başka kararlarında da bu tespitini tekrar ederek özellikle devlet görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan yaşam hakkı ihlali iddialarında üye devlete 1. maddenin yüklediği genel ödev kapsamında ulusal makamlarca etkili bir soruşturma yapılmasının zaruri olduğunu belirtmiştir²⁶. AİHM bir başka başvuruda yukarıda bahsedilen yaşam hakkı ihlaline ilişkin başvurulara atıf yaparak özellikle devlet görevlileri tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülen işkence ve kötü muamele iddialarında üye devletin AİHS 1. maddesi kapsamında etkili bir soruşturma yapmakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır²⁷. Ayrıca burada AİHM, üye devlet tarafından yürütülecek soruşturmanın şüphelilerin tespiti ve gerekli ise cezalandırılmaları noktasında elverişli bir niteliğe sahip olmasını, aksi takdirde demokratik toplumun vazgeç-

23 Bu yöndeki kararlar için bkz. *Oğur/Türkiye* [BD], B. No: 21594/93, 20/5/1999, §§ 91-92; *Talat Tepe/Türkiye*, B. No: 31247/96, 21/12/2004, § 84; *Kurnaz ve diğeri/Türkiye*, B. No: 36672/97, 24/7/2007 § 62; *Döndü Erdoğan/Türkiye*, B. No: 32505/02, 23/3/2010, § 55.

24 Örneğin bkz. *Pulfer/Arnavutluk*, B. No: 31959/13, 20/11/2018, § 71; *Yaşal/Türkiye*, B. No: 22495/93, 2/9/1998, §§ 74, 75; *Jorgensen ve diğeri/Danimarka*, B. No: 30173/12, 28/6/2016, §§ 62, 63.

25 *McCann ve diğeri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 18984/91, 27/9/1995, § 161.

26 *Kaya/Türkiye*, B. No: 22729/93, 19/2/1998, § 86; *Yaşal/Türkiye*.

27 *Assenov ve diğeri/Bulgaristan*, B. No: 24760/94, 28/10/1998, § 93, 102; *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 131.

lemez bir değeri olan işkence yasağının pratikte anlamsız ve içi boş bir hâle gelebileceğini ifade etmiştir.

AİHM, AİHS'in 3. maddesinin işkence seviyesinde²⁸ ihlal edildiğini tespit ettiği bir başka kararında ise üye devletten yerine getirmesi beklenen usule ilişkin yükümlülüklerin, teorik düzlemde kalan, pratikte bir karşılığı olmayan şekilde değil, bilakis hakkı garanti altına alan bir zorunluluk şeklinde anlaşılması gerektiğine vurgu yapmış ve bu yükümlülüklerin etkili şekilde uygulanabilir olması gerektiğini dile getirmiştir²⁹. Aynı kararda AİHM, 3. madde ihlaline ilişkin bireylerin *savunulabilir bir iddia*³⁰ ileri sürmesi durumunda AİHS'in 13. maddesi uyarınca ulusal makamlar tarafından iç hukukta etkili bir başvuru yolu sağlama zorunluluğu bulunduğuna da dikkat çekmiştir³¹. Anılan bu etkili yolun, sorumluların ortaya çıkarılmasına ve cezalandırılmalarına imkân sağlayan nitelikte ve mağdurun etkin şekilde soruşturmaya katılımını temin edecek düzeyde olması gerektiği de kararda vurgulanmıştır. AİHM bu başvuruda AİHS'in 13. maddesinden de ayrıca bir

28 AİHS'in 3. maddesi kapsamında kalan eylemleri AİHM maddi yönden üç kademede ele almaktadır ki bunlar ciddiyet sırasına göre; *işkence* (torture), *insanlık dışı muamele* (inhuman treatment) ve *aşağılayıcı muamele* (degrading treatment) şeklinde ifade edilebilir (Detaylı bilgi için bkz. Harris, D. J., O'Boyle, M. ve Wabrick, C. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bingöllü Kılçı, Mehveş ve Karan, Ulaş (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (Güncelleştirilmiş 4. Baskı), s. 226-258). Bazı kararlarında ise AİHM bu nitelermelerden herhangi birini yapmaksızın 3. maddenin ihlal edildiği belirlemesi yapmakla yetinebilmektedir. Özellikle sadece etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında yapılan incelemelerde -maddi bir inceleme yapmadığından- eylem hakkında nitelme yapılmayarak sadece 3. maddenin ihlal edildiği ifadesi kullanılmaktadır. Bu nedenle bu çalışmanın konusu itibarıyla söz konusu nitelermeler ve aralarındaki farklar konusunda daha ileri açıklamalara yer verilmesinin gerekli olmadığı değerlendirilmiştir.

29 *İlhan/ Türkiye* [BD], B. No: 22277/93, 27/6/2000, § 91.

30 Bir iddianın savunulabilir olmasından kastedilen, yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağı alanında kalan bir eyleme maruz kalındığı yönünde makul bir şüphe oluşmasına neden olacak objektif delil ya da delil başlangıçlarının bulunmasıdır (bkz. *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, § 101). Diğer bir ifadeyle soyut olarak ileri sürülen bir iddianın savunulabilir olduğundan bahsedilemez.

31 *İlhan/Türkiye*, § 92; Benzer yönde verilen öncü karar için bkz. *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 98.

inceleme yapmış³² ve esasen soruşturmanın birçok açıdan son derece etkisiz olduğu tespitlerini yaptıktan sonra her ne kadar teoride olsa da pratikte etkili bir başvuru yolunun olmadığı değerlendirilmesi ile ihlal sonucuna varmıştır³³.

AYM'nin etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin yaptığı tespitler ve konuya ilişkin içtihadı da esasen AİHM'in içtihadını takip etme şeklinde olmuştur³⁴. Bireylerin savunulabilir bir iddia dâhilinde yaşam hakkı ya da işkence yasağı kapsamında bir şikâyet ileri sürmesi durumunda AYM, devletin derhal ve resmî bir soruşturma başlatması gerektiğini bu yöndeki hemen her kararında vurgulamaktadır³⁵.

Hem AİHM hem de AYM kararlarına bakıldığında uygulamada en çok ihlal kararına kaynaklık eden pozitif yükümlülük türünün etkili soruşturma yapma yükümlülüğü olduğu görülmektedir³⁶. Yukarıda yer yer değinilen AİHM içtihadına göre etkili bir soruşturmada bahsedilebilmesi için şu altı alt ilkeye riayet edilmesi gerekmektedir:

- Savunulabilir bir iddia karşısında derhâl resmî bir soruşturma başlatma,
- Soruşturmanın bağımsız ve tarafsız şekilde yürütülmesi,

32 AİHM sonraki kararlarında bu inceleme yönetiminden vazgeçmiştir. Etkili soruşturma yükümlülüğünü AİHS 13. maddesinden değil 3. maddenin usul boyutundan hareketle incelemeyi tercih etmiştir (örneğin yakın tarihli bir karar için bkz. *Geylani ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 10443/12, 12/9/2023, §§ 90-99).

33 *İlhan/Türkiye*, §§ 94-103.

34 *Cezmi Demir ve diğerleri*, §§ 110-111.

35 Örneğin yakın tarihli bir karar için bkz. *Yücel Çelik (2)*, B. No: 2018/8830, 9/6/2021, §§ 57-61.

36 AİHM'in resmî internet sitesinden tarafımızca çıkarılan istatistiğe göre; 30/6/2024 tarihine kadar sadece işkence yasağı kapsamında verilen toplam 423 ihlal karardan; 119 tanesi devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiği, 230 tanesi hem pozitif hem de negatif yükümlülüğün ihlal edildiği, kalan 74 tanesi ise negatif yükümlülüğün ihlal edildiği tespiti içermektedir. Pozitif yükümlülük kapsamında verilen toplam 349 ihlal karardan 304 kararın ise etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesine dayandığı görülmektedir. Buna göre bu alandaki ihlal kararlarının %87 den fazlası etkili soruşturma yapılmadığı tespiti içermektedir. Yaşam hakkında da tablonun çok farklı olmadığını belirtmek gerekir.

- Delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesinde gerekli özeni gösterme,
- Mağdurun soruşturmaya etkin şekilde katılımını sağlama,
- Soruşturmanın makul bir zaman içinde tamamlanması,
- *Soruşturma sonucunda ilgililere ceza verilmişse, bu cezanın eylemle orantılı ve benzer olaylar açısından caydırıcı nitelikte olması*³⁷.

Bir soruşturmanın etkili olduğundan bahsedilebilmesi için AİHM ve AYM'nin bireysel başvuru incelemelerinde gözettiği ve yukarıda sayılan altı ilkedен herhangi birinin ihlal edilmesi, diğer bir ifadeyle tüm ilkelere riayet edilmesi gerekmektedir. Bu çalışmanın konusunu doğrudan ilgilendiren ilkenin eylemle orantılı ve caydırıcı ceza verilmesi olduğu açıktır. Bu nedenle anılan ilke hakkında aşağıda detaylı açıklamalara yer verilmele birlikte diğer ilkelerle ilgili daha fazla açıklama yapılmasına gerek duyulmamıştır.

C. Cezanın Eylemle Orantılı ve Caydırıcı Nitelikte Olması

Etkili soruşturma yapma yükümlülüğü elbette bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür³⁸. Başka bir ifadeyle etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, soruşturma sonucunda her durumda olayın aydınlatılması anlamına gelmeyip doğru araçların zamanında ve etkin şekilde kullanılması ile sınırlı bir edimdir. Bununla birlikte yürütülen soruşturma sonucunda sorumlu ya da sorumlular hakkında mahkûmiyet hükmü kurulursa artık verilen nihai cezanın eylemle orantılı ve benzer olaylar açısından da caydırıcı nitelikte olması beklenir. Aksi durumda etkili bir

37 Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğru, O. (2018). *Yaşama Hakkı*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5; Erdal, U. ve Bakırcı, H. (2006). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı*, Cenevre.

38 Birçok karar arasından örneğin bkz. *Denis Vasilyev/Rusya*, B. No: 32704/04, 17/12/2009, § 100.

soruşturma yapıldığından bahsetmek zordur³⁹. Nitekim AİHM ve AYM negatif yükümlülük ihlali tespiti anlamına gelen bir mahkûmiyetin HAGB, erteleme, hapis cezasının paraya çevrilmesi ya da doğrudan sadece para cezası verilmesi, verilen cezanın affa uğraması, cezanın infaz edilmeden önce zamanaşımına uğratılması gibi durumlarda etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararları verebilmektedir⁴⁰. Zira yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet kararıyla tespit edilmiş olan yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlali, uygun araçlar kullanılmadığından, eylemle orantılı ve caydırıcı bir ceza verilerek giderilmemiş olmaktadır.

Burada cezadan kastedilen ise sadece hapis ya da para cezası değil, yargılama sonucunda ortaya çıkan yaptırımın bütünü olduğu hatırlatılmalıdır. Buna göre denetimli serbestlik tedbiri kapsamında mahkemenin sanığa yüklediği yükümlülüklerin yanı sıra kamu görevlisi olan sanığa verilen disiplin cezaları da cezanın caydırıcılığı kapsamında dikkate alınacaktır⁴¹. Diğer bir ifadeyle yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eden olay nedeniyle eylemin failini olumsuz etkileyen tüm durumların toplamı cezanın orantılılığı ve caydırıcılığında hesaba katılacaktır. Hatta AİHM, işkence yasağı kapsamında mahkûm olan birinin daha sonra kamu görevine girmesinin dahi caydırıcılığa zarar verebileceğini dile getirmiştir⁴². Sıradan suçlulara göre kamu görevlilerinin daha caydırıcı cezalar alması gerektiği görüşünü belirten AİHM, bunun amacının kamu görevlilerinin benzer olaylara meydan vermesinin önüne geçilmesi ve bireylerin hukuk sistemine olan güvenlerinin diri tutulması olduğunu ifade etmektedir⁴³.

39 *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 65.

40 *Zeynep Özcan/Türkiye*, B. No: 45906/99, 20/2/2007, §§ 40-45; *Kasap ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 8656/10, 14/1/2014, §§ 59-61; Yakın tarihli AYM kararı için bkz. *Mervan Eşen ve Meshut Eşen*, B. No: 2019/13412, 19/1/2023, §§ 12-14. Ayrıca bkz. Harris, D. J., O'Boyle, M. ve Wabrick, C. (2021). s. 202, 262.

41 *Abdülsamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2/11/2004, § 55.

42 *Türkmen/Türkiye*, B. No: 43124/98, 19/12/2006, § 53.

43 *Enukidze ve Girgoliani/Gürcistan*, B. No: 25091/07, 26/4/2011, § 274.

Bir diğer önemli husus ise cezanın orantılılığı ve caydırıcılığına bakılırken bireysel başvuruda yapılan denetimin kanun yolu incelemesinde yapılan denetimden farklılığıdır⁴⁴. İstinaf ve temyiz denetiminde eylemin hangi suç kapsamında vasıflandırıldığından cezanın bireyselleştirilmesine kadar hemen her alanda delillerin takdiri ve kanunların yorumu konusunda denetim makamlarının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Oysa bireysel başvuruda kural olarak eylemin hangi suç kapsamında vasıflandırılması gerektiği konusunda, bariz hatalı bir değerlendirme sonucunda cezasızlık hâli oluşturulmadığı sürece, bir inceleme yapılmaz⁴⁵. Yine, delillerin değerlendirilmesi ve kanunların somut olaya uygulanması ile sanığın kişiliği özelinde cezanın bireyselleştirilmesi gibi konularda ilk derece mahkemeleri ve kanun yolu denetim makamlarının daha avantajlı konumda olmaları ve takdir alanlarının genişliği nedenleriyle bireysel başvuruda kural olarak bir denetim yapılmaz. Bununla birlikte mahkemelerin anılan hususlarda bariz bir şekilde hataya düşerek verdiği bir karar, açıkça eylemle orantısız ve caydırıcılıktan uzak bir yaptırım sonucu doğurursa ancak bu hâlde söz konusu nedenle soruşturmanın etkili olmadığı, dolayısıyla yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği kararı verilebilir⁴⁶.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

A. Genel Açıklama

HAGB müessesesi Türk hukukuna ilk olarak 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile girmiş olmakla birlikte esasen bu uygulamanın dayandığı ceza felsefesinin ol-

44 Dursun, G. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 235.

45 Bireysel başvuru yolunun "süper temyiz" ya da "dördüncü yargı yeri" olmadığına ilişkin detaylı açıklama için bkz. Şirin, T. (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 7*, Ankara: Mrk Baskı ve Tanıtım, s. 207-212.

46 *Jalloh/Almanya* [BD], B. No: 54810/00, 11/7/2006, § 95; *Desdel/Türkiye*, B. No: 23909/03, 1/2/2011, § 125.

dukça eski olduğu söylenebilir. Özellikle İngiliz hukukunda 14. yüzyıla kadar götürülebilen hükmün -belirli şartlar altında- infazının ertelenmesi uygulaması Kıta Avrupası'nda da Almanya, Macaristan, İsviçre ve Fransa'da benzer şekillerde hayat bulmuştur⁴⁷. Aralarında ciddi farklılıklar⁴⁸ bulunduğu bilinse de hâlen yürürlükte olan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) (m.51) düzenlenen cezanın ertelenmesi kurumunun⁴⁹ da *onarıcı adalet*⁵⁰ olarak ifade edilen aynı ceza adalet anlayışının bir tezahürü olduğu görülebilmektedir⁵¹. En fazla iki yıla kadar⁵² hapis cezasını gerektiren suçlar için uygulanması öngörülen HAGB kararı ile ilk kez suç işlemiş kişilere son bir imkân tanınarak belli şartların yerine getirilmesi koşuluyla mahkûmiyet kararının açıklanmayacağı ve hakkındaki davanın belirli bir zaman sonra düşme kararıyla hiç suç işlememiş gibi (CMK m. 231/5 son cümle) ortadan kalkacağı bildirilmektedir (CMK m.231/10). Doktrinde bu durum “şartlı lekelenmeme hakkı” şeklinde ifade edilmiştir⁵³.

47 Yıldırım, A. (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 125. Başka ülke örnekleri için bkz. Yabanoğlu, M. (2023). *Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 30-34.

48 Bkz. Sümer, S. Y. (2022), “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Memuriyete Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 35., S. 161., s. 90-91.

49 Benzer düzenlemeler ayrıca hem 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (m.89-95) hem de 13/7/1965 tarihli ve 647 sayılı Kanun'da (m.6) bulunmaktaydı.

50 Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Baytaç, A. B. (2013). “Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71., S. 1., s. 117-129.

51 Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (9. Baskı), s. 820; Hakeri, H. ve Ünver, Y. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi (18. Baskı), s. 684.

52 5395 sayılı Kanun'un ilk hâlinde ayrıntılarıyla düzenlenen HAGB müessesesi 2006 yılında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesinde yapılan değişiklikte buraya alınmış ve 5395 sayılı kanunun 23. maddesinde kısaltma yapılarak CMK'nın anılan maddesine atf yapılmakla yetinilmiştir. Yapılan bu değişiklikte ilk olarak bir yıl ve daha az süreli hapis cezası öngören suçlar açısından uygulanabilir kılınan HAGB, 2008 yılında yapılan değişiklikte iki yıl ve daha az süreli hapis cezası gerektiren suçlar için geçerli hâle gelmiştir.

53 Epözdemir, R. (2019). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara:

Ceza muhakemesi hukukundaki bu uygulamanın yargılamanın tüm tarafları açısından bazı temel sonuçları vardır. Ortaya çıkan sonuçların devlet ve sanık açısından nispeten olumlu, mağdur açısından ise genellikle olumsuz sayılabilecek etkileri olduğu söylenebilir. Devlet için kamu düzeninin korunması önemli olmakla birlikte bu düzeni sarsması bakımından bir kez ihmal edilebilecek nitelikte bir suç için verilecek mahkûmiyet kararının askıda bekletilerek kanun yolu denetimi safahatına geçirilmemesi ve/veya -karar kesin nitelikteyse- hemen infaz edilmemesi, yargıdaki iş yükünü veya ceza infaz kurumundaki mahkûm sayısını azaltarak devleti belirli bir malî külfetten kurtarmaktadır⁵⁴. Sanık açısından HAGB kararı mahkûmiyet hükmüne göre tercih edilebilecek ancak beraat kararına göre istenmeyecek ikili bir durum oluşturmaktadır. Öte yandan yargılamanın, istinaf ve temyiz kanun yoluna ve hükmün aynen infazına tabi bir mahkûmiyet kararına göre nispeten daha hızlı sonuçlanabilmesi hem sanık için hem de devlet için tercih edilebilir bir durumdur. Mağdur açısından ise yargılama sonucunda verilen HAGB kararı ile maruz kalınan haksızlık sonucu oluşan maddi ve/veya manevi zararın tam bir gideriminden mahrum kalınması olasılığı söz konusudur. Zira her ne kadar 4/12/2004 tarihli ve CMK'da HAGB kararı verilebilmesinin bir şartının da “c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” (m.231//6-c) olduğu ifade edilse de Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre buradaki zararın sadece basit bir araştırmayla tespit edilebilecek maddi zarardan ibaret olduğu, manevi zararı ise hiç karşılamadığı belirtilmelidir⁵⁵.

Adalet Yayınevi (3. Baskı), s. 25.

54 Yıldırım, A. (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, s. 124.

55 Örneğin bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 12/9/2010 tarihli ve E.2010/8688, K.2010/13800 sayılı kararı. Karardaki şu ifadeler dikkat çekicidir: “... 2-Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin uygulama esasları ve koşullarının belirlendiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı kararında 'suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanaat verici basit bir araştırma

Tam da bu nedenlerle HAGB müessesesi üzerinde çokça akademik tartışmalar yapılmış, AYM tarafından bireysel başvuruda ihlal⁵⁶, norm denetiminde iptal⁵⁷ kararları verilmiş, nihayetinde kanun koyucu tarafından yakın zamanda önemli kanuni değişikliklere gidilmiştir. Bununla birlikte HAGB kurumunun bireysel başvuru kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğü açısından doğurduğu birtakım olumsuz sonuçların hâlen güncelliğini koruduğu, diğer bir ifadeyle yapılan kanun değişikliklerine rağmen HAGB müessesesinin henüz bu alandaki tartışma gündeminden tam olarak düşmediği söylenebilir.

B. HAGB Alanında Yapılan Kanun Değişiklikleri

HAGB müessesesine ilişkin ilk kabul edildiği 3/7/2005 tarihinden günümüze kadar birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklere genel olarak bakıldığında; 2008 yılında yapılan değişikliklerle HAGB kararının Anayasa'nın 174. maddesinde düzenlenen inkılâp kanunlarında yer alan suçlar bakımından uygulanamayacağı, 2010 yılında yapılan değişikliklerle HAGB'nin uygulanmasının sanığın kabulü şartına bağlandığı, 2014 yılında yapılan değişikliklerle de kasıtlı bir suç nedeniyle denetim süresi içerisinde birden fazla HAGB kararının verilemeyeceği kurallarının getirildiği görülmektedir.

Son yapılan kanun değişikliğinde ise esasen AYM kararlarının etkili olduğu anlaşılmaktadır. AYM'nin yukarıda belir-

*ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği' görüşünün benimsenmesi dikkate alınarak mahkeme tarafından mağdurda meydana gelen zarar, kanaat verici ve basit bir araştırma ile saptanıp, sanıktan tespit olunan bu zararı giderip gidermeyeceği sorulup ve diğer koşullarında mevcudiyeti halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla ilgili olarak bir karar verilmesi gerekirken, ..." kaynak için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-ceza-dairesi-e-2010-8688-k-2010-13800-t-22-9-2010> (Erişim Tarihi: 24/4/2024). Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Kaya, E. (2013). "İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 423.*

56 Bkz. Süleyman Başmeşdan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019; Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.

57 AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022 ve AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023.

tilen ihlal ve iptal kararları sonrasında kanun koyucu HAGB müessesesini tekrar ele alarak bazı değişikliklere gitmiştir. AYM'nin anılan kararlardaki ortak gerekçesine bakıldığında, HAGB uygulamasında Anayasa'ya aykırılığa neden olan temel birkaç hususun ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlar; sanığa HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğinin yargılamanın hemen başında sorulmasının önünde yasal bir engel bulunmaması⁵⁸, HAGB kararına karşı öngörülen itiraz kanun yolunun sadece usulü yönden bir denetim yapabilmesi ve bu çalışmanın konusuyla da yakından ilgili olan temel hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından HAGB'nin ortaya çıkardığı diğer sorunlar şeklinde özetlenebilir.

Bu doğrultuda 2/3/2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la HAGB kurumuyla ilgili bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre AYM'nin sorun tespit ettiği alanlarda yeni getirilen değişikliklerle; HAGB kararı üzerine hükmün hukuki sonuç doğurmaması ilkesine müsadereye ilişkin hüküm istisna tutulmuş⁵⁹ (m.231/5), sanığa hakkında HAGB kararının uygulanmasını isteyip istemediğinin sorulması usulünden vazgeçilmiştir (m.231/6). Açıklanan HAGB kararına ya da bu kapsamda yeni kurulan hükme karşı itiraz kanun yolu öngörülmüş ve itiraz makamının yapacağı denetimin sadece fıkra da sayılan (HAGB kararında -verilmişse- denetimli serbestlik tedbirine uygunluk) usulü bir denetimden ibaret olacağı açıkça belirtilmiştir (m.231/11). Bununla birlikte

58 Yargı pratiğinin çok büyük oranda sanığa bu soruyu kovuşturmanın en başında hatta ilk savunmadan dahi önce sorma yönünde geliştiği bilinmektedir (aynı yönde tespit için bkz. Güngör, D. ve Okuyucu Ergün, G. (2016). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., s. 1958).

59 *Süleyman Başmeydan* kararında yasama organına çağrı yapılmasının nedeni, HAGB kararı verilmesi durumunda müsadereye ilişkin hükmün ne olacağı konusunda kanuni düzenleme bulunmamasıydı. 7499 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce HAGB kararı ve müsadereye ilişkin doktrinlerdeki tartışmalar için bkz. Güngör, D. ve Toroslu, H. (2016). "Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., ss: 1967-1980.

açıklanan HAGB kararına veya yeni kurulan hükme karşı ayrıca -şartları oluşmuşsa- istinaf ve/veya temyiz kanun yoluna gidilemeyeceği yönünde bir hükme yer verilmemiştir⁶⁰.

İlk derece mahkemelerince verilen HAGB kararlarına karşı istinaf, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay dairelerince verilen HAGB kararlarına karşı ise temyiz kanun yolları açılmış, bu kanun yollarında HAGB kararının ve verilen hükmün hem usul hem de esas bakımından denetime tabi tutulacağı düzenlenmiştir (m.231/12). Bu karar teknik olarak hâkim kararı olmayıp mahkeme kararı olduğundan ve Kanun'da itiraz kanun yoluna başvurulabileceğine yer verilmediğinden HAGB kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilemeyecektir (m.267).

Söz konusu yasal düzenlemelerin tamamına ve gelişim sürecine bakıldığında zaman içerisinde karşılaşılan problemlere bağlı olarak HAGB kurumuna yeni kurallar getirildiği ve bu suretle Anayasa'ya aykırılıkların, doktrindeki kimi eleştirilerin⁶¹ ve uygulamadaki tereddütlerin giderilmeye çalışıldığı gözlemlenebilmektedir. Esasen yapılan tüm bu değişikliklere rağmen aşağıda açıklanan nedenlerle etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında cezanın eylemle orantılı ve caydırıcı olması ilkesi yönünden HAGB kurumunda bir değişikliğe gidilmediği, diğer bir ifadeyle bu yönüyle mevcut sorunların devam edebileceği söylenebilir.

60 Bilindiği üzere mahkeme kararları kural olarak -şartları uyduğu ölçüde- istinaf ya da temyiz kanun yoluna tabidir. Ayrıca yapılan değişiklikte sadece usulü bir denetim yapılacağı da belirtildiğinden açıklanan HAGB kararı veya yeni hükmün esas bakımından denetiminin istinaf veya temyiz kanun yolunda yapılması beklenir. Buna göre açıklanan HAGB kararı veya yeni hükme karşı hem itiraz hem de istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulması durumunda sistemin nasıl işleyeceği sorusu akla gelmektedir. Zira istinaf ve temyiz kanun yollarında sadece esas denetimi değil usul denetimi de yapılmaktadır. Ancak bu soru çalışmanın konusuyla yakından ilgili olmadığı için bu alanda daha ileri bir değerlendirme yapılmasına gerek duyulmamıştır.

61 Örneğin HAGB kararı verildiğinde konusu suç oluşturan eşyanın müsadere edilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Güngör, D. ve Toroslu, H. (2016). s. 1978. Aynı konuda müsadere kararı verilmesinin mümkün olmadığına yönelik görüş için bkz. Yıldırım, A. (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, s. 374-375.

III. CEZANIN ORANTILI ve CAYDIRICI OLMASI BAĞLAMINDA HAGB

A. Negatif Yükümlülük ve Yatay Etki Arasındaki Fark

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki kamusal bir faaliyet dahilinde devlet görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan olaylar ile üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan olaylar (yatay etki) arasında⁶², yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında yapılan yargılama sonucunda verilen cezanın orantılılığı ve caydırıcılığı açısından belirgin bir standart farkı bulunmaktadır⁶³. Söz konusu farkın, negatif yükümlülük ihlali içeren eylemlerin üçüncü kişilerin eylemlerine göre insan hakları açısından daha ciddi bir tehdit olarak görülmesi ve buna paralel olarak da daha caydırıcı cezalar gerektirdiği alt düşüncesinden kaynaklandığı söylenebilir. Gerçekten de anılan anayasal güvencelerin ihlaline dönük eylemlerin bireyi korumakla anayasal düzeyde görevlendirilen kişilerden gelmesi, devlet görevlilerinin üçüncü kişilere göre, eğitim, araç-gereç ve organizasyon anlamında daha çok imkân ve kabiliyete sahip olması anılan farkı yaratan önemli unsurlardır. Ayrıca bireyin hukuk devletine olan güveninin korunması ve üçüncü kişilerle karşılaştırıldığında devlet görevlilerine karşı daha savunmasız hâlde olması hususları da belirtilen şekilde bir ayırım yapılmasını haklı kılan nedenler arasındadır. Bu doğrultuda, negatif yükümlülük ihlali içeren olaylarda cezanın orantılı ve caydırıcı olması noktasında devletin daha yüksek bir standardı kabul etmesi anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim AİHM de HAGB kararlarına bağlı olarak cezanın orantılı ve caydırıcı olması standardını devlet görevlilerinin dahil olduğu olaylar ile üçüncü kişiler arasındaki olaylar açısından farklı değerlendireceğini açıkça belirtmektedir⁶⁴.

62 Negatif ve pozitif yükümlülükler ayrımı bakımından bkz. Boyar, O. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, içinde İnceoğlu, S. (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (ss. 54-80), Ankara: Şen Matbaa, s. 54-55.

63 Bu yönde bkz. *Beganović/Hırvatistan*, B. No: 46423/06, 25/6/2009, § 69.

64 Devlet görevlilerinin dahil olmadığı sivil kişiler arasında yaşanan kavga

Bu doğrultuda, yatay etki kapsamında kalan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü söz konusu olduğunda AİHM ve AYM'nin devletin bu alandaki daha geniş takdir marjını gözeterek derece mahkemelerinin HAGB kararı verme tercihlerini -kural olarak-caydırıcı ve orantılı ceza verilmesi gerekliliği bakımından sorunlu görmedikleri söylenebilir. Bununla birlikte aynı konuda AYM ile AİHM arasında da bir standart farkı olduğunu belirtmekte fayda vardır. İleride ilgili başlıkta yer verilecek bireysel başvuru kararları incelemesinde daha net görülebileceği üzere AYM, üçüncü kişiler arasındaki yargılamalar neticesinde verilen HAGB kararları bakımından cezanın eylemle orantılı ve caydırıcı olması bağlamında etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü AİHM'e nazaran daha katı yorumlamaktadır. Diğer bir ifadeyle AYM, bireysel başvurunun yatay etkisi kapsamında kalsa dahi etkili soruşturma yükümlülüğü çerçevesinde yaptığı incelemede HAGB kararlarını eylemle orantılı ve caydırıcı bulmayabilmekte ve dolayısıyla ihlal kararı verebilmektedir.

HAGB kararının verilmesinin objektif şartlarından birinin de mağdurun ya da kamunun zararının tamamen giderilmesi olduğuna, ancak bu zararın sadece maddi zararı ifade ettiğine manevi zararı karşılamadığına dair Yargıtay yerleşik içtihadına yukarıda değinilmişti. Buna göre devletin yatay etki kapsamında etkili soruşturma yapması gereken bir olayda mağdurun zararını tam olarak gidermeden HAGB kararı vermek suretiyle sanığı hemen cezalandırmama tercihinde bulunması, üstelik bu konuda mağdurun herhangi bir şekilde rızasını da aramaması sorunlu olabilir. Gerçi mağdurun hukuk davasında söz konusu zararının tazmini için dava açabileceği söylenebilir. Ancak bu yolun ceza davasına göre daha etkisiz kalabilmesi kuvvetle muhtemeldir⁶⁵. Dahası mağdurun rızası

nedeniyle yapılan yargılama sonucunda HAGB kararı verilmesini AİHM, cezanın orantılı ve caydırıcı olması bağlamında bir ihlal nedeni olarak görmemiştir. Bkz. *Fahri Çalışkan/Türkiye*, B. No: 47936/11, 1/12/2015.

65 Aynı yönde bkz. Balo, Y. S. (2016). "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumu Üzerinden Ulaşılmak İstenen Hedeflerin Türkiye Bakımından Gerçekleştirilebilirliği", *Ceza Hukuk Dergisi*, C. 11., S. 30., s. 195.

sağlanmadan, hatta bu konudaki fikri dahi sorulmadan devleti temsil eden mahkemenin resen HAGB kararı vererek ceza tehdidini tamamen sanığın denetim süresi içindeki davranış tercihine, bu konudaki inisiyatifine bırakarak anlamsız hâle getirmesi hakkaniyet duygusuyla da örtüşmemektedir. Bu nedenle özellikle kasten işlenen suçlar sonucunda ciddi mağduriyetlerin ortaya çıktığı olaylarda mağdurun tüm zararının giderilmediği bir durumda verilen HAGB kararının caydırıcı ve orantılı ceza verme yükümlülüğü ile bağdaşmayabileceği düşünülmektedir. Esasen bu konudaki kanuni düzenlemenin lafzına⁶⁶ bakıldığında mağdurun zararının kısıtlı şekilde yorumlanmasının isabetli olmadığı⁶⁷, ancak ceza mahkemesinin yapısı gereği tazminat mahkemesine dönüşmesinin ortaya çıkaracağı sorunlardan kaynaklanan endişeyle Yargıtay'ın içtihat yoluyla bu konuda sınırlayıcı bir uygulamaya neden olduğu anlaşılabilir.

B. Eylemin Kavramsallaştırılması Sorunu

Ceza mahkemelerince devlet görevlileri hakkında yapılan yargılama sonucunda verilen her mahkûmiyet kararına konu eylemin kötü muamele ya da yaşam hakkını ihlal eder düzeyde olup olmadığının tespiti önemlidir. Türk hukuk sisteminde *işkence suçu* TCK'nın 94 ve 95. maddelerinde, *eziyet suçu*⁶⁸ ise TCK'nın 96. maddesinde düzenlenmiştir. Her durumda geçerli olmamakla birlikte genel olarak *işkence suçu*-

66 "Suçun işlenmesiyle mağdurun ... zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle **tamamen** giderilmesi"

67 Aynı yönde bkz. Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları. s. 1536; Balo, Y. S. (2016). s. 195-196; Onarıcı adalet kavramına uygun olmadığına ilişkin bkz. Baytaç, A. B. (2013). s. 117.

68 Eziyet suçu, *işkence suçunun aksine sadece kamu görevlisi tarafından işlenmesi gereken bir suç olmayıp herkes tarafından işlenebilir* (bkz. Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. (2023). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (21. Baskı). s. 284). Bu suçun kamu görevlisi tarafından görevle bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde *işkence suçunun oluşacağı görüşü için bkz. Üzülmöz, İ. (2005). "Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu", Hukuk ve Adalet Dergisi, C. 2., S. 5., s. 245. Tam da bu nedenle yatay etki kapsamında işkence suçunun işlenmesi mümkün olmazken eziyet suçundan mahkûmiyet hükmü kurulabilir.*

nun işkence yasağına, eziyet suçunun ise Anayasa'da eziyet yasağına (AY m.17/3), AİHS'te insanlık dışı muamele yasağına karşılık geldiği söylenebilir. Ancak uygulamada en sık karşılaşılan ve AİHM'nin "aşağılayıcı muamele" AYM'nin ise Anayasa 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele" olarak tanımladığı, işkence ve eziyetten sonra en alt derecede yer alan kötü muamele türlerine ilişkin kanunda müstakil bir suç tipi bulunmamaktadır. Bununla birlikte darp eylemiyle ilgili olarak anılan düzeydeki fiiller yönünden -unsurları oluşmuşsa- TCK'nın 256. maddesinde düzenlenen kolluğun zor kullanım yetkisinde sınırın aşılması suçunda yapılan gönderme delaletiyle TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunun nitelikli hâlimden (*kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*) bahsedilebilir. Bunun dışında, aşağılayıcı muamele veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak görülen eylemi, mahiyetine göre TCK'da düzenlenen tehdit veya hakaret gibi başkaca suç türleri de elbette karşılayabilir. Yahut nezarethane, geri gönderme merkezi veya cezaevi gibi yerlerin tutma koşullarının kötülüğüne ilişkin TCK m.257 de düzenlenen "görevi kötüye kullanma" suçu kapsamında bir cezai sorumluluk tartışılabilir. Hatta eylemin şekline göre cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar da gündeme gelebilir.

Görüldüğü gibi insan hakları hukuku alanında yapılan kavramsallaştırma ile maddi ceza hukukunu uygulayan derece mahkemelerinde yapılan suça ilişkin tanımlamalar arasında belli durumlarda bazı farklılıklar oluşabilmektedir. Tam da bu noktada söylenebilir ki, derece mahkemelerince devlet görevlileri hakkında yapılan yargılama sonucunda verilen tüm mahkûmiyet kararları bireysel başvuruda her zaman işkence ve kötü muamele yasağının ya da yaşam hakkının menziline girmeyebilir. Zira şikâyete taşınan kamusal eylem belli bir ağırlık eşliğini (*de minimis*⁶⁹) geçmemişse hak ihlali incelemesi

69 Bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 162. Kural olarak AİHM asgari eşiği; muamelelerin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu, muamelelerin amacı ve kastı ile

yapılmaya dahi gerek görülmeyebilirken derece mahkemele-
rince kanuni tanım içerisinde kalan en ufak haksızlık cezalan-
dırmaya konu edilebilmektedir. Örneğin bir kişinin beklen-
medik şekilde kolluk görevlisine vurması ve kolluk görevlisi-
nin de ani bir refleksle bu kişiye karşılık vermesi durumunda,
meşru müdafaa şartları oluşmazsa derece mahkemesince ko-
laylıkla kasten yaralama suçundan mahkûmiyet hükmü ku-
rulabilirken bireysel başvuruda kötü muamele yasağının ih-
lalinden bahsedilmesi zor olacaktır⁷⁰. Bu da göstermektedir ki
derece mahkemelerince verilen her mahkûmiyet hükmü aynı
zamanda kötü muamele ya da yaşam hakkının ihlal edildiği
sonucunu doğurmaz.

Bu nedenle yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele
yasağı kapsamında etkili soruşturma yapma yükümlülüğü
bağlamında cezanın orantılı ve caydırıcı olmadığından bah-
sedilebilmesi için öncelikle eylemin anılan hak ya da yasak
kapsamında olduğu, diğer bir ifadeyle asgari eşığın geçildi-
ği tespitinin yapılması gerekmektedir. Bunun dışında etkili
soruşturma yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için söz ko-
nusu eylemin yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele
yasağını ihlal ettiğine dair ortada savunulabilir bir iddianın
bulunması da şarttır⁷¹.

C. Orantılılık ve Caydırıcılık Standardı

Bireysel başvuru kararlarındaki genel kabule göre, devlet
görevlilerinin kamusal bir faaliyet kapsamındaki eylemleri
sonucu işkence ve kötü muamele yasağının ya da yaşam hak-
kının ihlal edildiği anlamı taşıyan derece mahkemelerince ve-
rilmiş mahkûmiyet kararlarında öngörülen yaptırımlar, eyle-
min şiddeti ile orantılı ve benzer olaylar açısından da caydırıcı

ardındaki saik, muamelenin heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda
meydana gelip gelmediği şeklindeki birtakım ölçütleri dikkate alarak her
somut olayı kendi koşulları içerisinde değerlendirmektedir.

70 Belirtilen bağlamda bkz. *Necati Özdemir ve Nihal Özdemir*, B. No: 2015/15994,
9/1/2019.

71 *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, § 102; *El-Masri/Eski Yugoslav Makedonya
Cumhuriyeti* [BD], B. No: 39630/09, 13/12/2012, § 182.

bir nitelik taşımaktadır⁷².

HAGB kararı ile sonuçlanan yargılama sonucunda ortaya çıkan duruma bakıldığında ise nihayetinde ortaya çıkan manzara; devlet görevlisi olan ve kamu gücünden faydalanarak işlediği eylem nedeniyle yargılanarak mahkûm edilen sanık ya da sanıklar hakkında ortada infazı kabil bir cezanın bulunmaması, olsa olsa bir ceza tehdidin bulunmasıdır. Kaldı ki anılan ceza tehdidi de belirli bir süre içerisinde tekrar kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamak kaydıyla ortadan kalkmaktadır. Bu yönüyle aslında maddi anlamda bir ceza bulunmamakta, eğer hâkim tarafından sanığa bir yükümlülük de yüklenmemişse, verilen mahkûmiyet kararının dış dünyada sanığın hayatını kayda değer şekilde zorlaştıran hiçbir anlamı olmamaktadır. Ayrıca söz konusu karar bir sabıka kaydı şeklinde sanığın adli siciline de yansımadığından⁷³ sanık için hakkında hiç mahkûmiyet kararı verilmemiş olmakla eş değerdir. Bunun dışında HAGB kararı bazı kamu görevlerine girmede engel olarak düzenlenmiş⁷⁴ olsa da negatif yükümlülük ihlalden bahsedilebilmesi için sanığın hâlihazırda kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu nedenle HAGB kararından kaynaklı bu şekildeki bir olumsuz etki ancak yatay etki kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu denklem içinde geriye; eğer hükmedilmişse denetimli serbestlik tedbiri yükümlülüğü, sanığın memuriyet görevine devam edip edemeyeceği meselesi ve belirli bir süre dâhilinde sanığın üzerinde bir daha suç işlememe baskısı hissetmesi dışında bir caydırıcılığın kalmadığı söylenebilir.

72 Birçok karar arasından bkz. *Nikolova ve Velichkova/Bulgaristan*, B. No: 1249/03, 18/9/2008, § 62.

73 HAGB kararı bu özelliğiyle de erteleme kararından ayrılmaktadır. 5237 sayılı Kanun'un 51. maddesi kapsamında verilen erteleme kararı denetim süresi sonunda infaz edilmiş sayıldığından (m.51/8) adli sicile de işlenecektir. Nitekim 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda (m.4/1-b) bu husus düzenlenmiştir.

74 Örneğin bkz. 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi. Ayrıca bu normla ilgili olarak AYM kararı için bkz. AYM, E.2021/30, K.2021/82, 4/11/2021.

Bu kapsamda caydırıcılığa bakıldığında, denetimli serbestlik tedbirinin muhteviyatına göre her olayın kendi özel koşulları içinde ele alınması gerektiği açıktır. Sanığın belli bir süre suç işlememe baskısı hissetmesi ise derecesi itibarıyla son derece subjektif olmakla birlikte zaten tüm vatandaşlarda mütemadiyen bulunması beklenen bir duygudur. Memuriyete etkisine gelindiğinde ise HAGB kararlarının, birçok mahkûmiyet kararının aksine devlet görevlilerinin memuriyetleri üzerinde *doğrudan ve bizatihi*⁷⁵ etki doğuran kararlar olmadığı rahatlıkla söylenebilir⁷⁶. Zira ilk olarak CMK'nın 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasında "... müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmaması ..." denilerek HAGB kararının herhangi bir hukuki sonuç üretmeyeceği baştan kayıt altına alınmıştır. Nitekim bu doğrultuda diğer mevzuata bakıldığında; 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 48. maddesinde memuriyete girişte aranan genel ve özel şartların düzenlendiği, buna göre kasten işlenen bir suçtan ötürü bir yıl veya daha fazla süreli hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar ile Anayasal suçlar ve yüz kızartıcı suçların memuriyet için engel teşkil ettiği belirtilmesine karşın bu konulardaki mahkûmiyet hükümleri için verilen HAGB kararlarının da engel oluşturacağı belirtilmediği görülmektedir⁷⁷. DMK'nın 98. maddesinin (b) bendinde ise memuriyete giriş

75 Elbette HAGB kararına konu eylemin disiplin soruşturmasına konu olması da mümkündür. Ancak disiplin yönünden yapılacak soruşturmada kişinin suç işlediği anlamına gelecek tespitlerin yapılması, ortada kesin bir mahkûmiyet kararı olmadığından, masumiyet ilkesini ihlal edebilir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Keskin, İ. (2023). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 54., ss. 1-38).

76 Aynı yönde bkz. Yılmaz, E. (2021). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme", *Kırkkale Hukuk Mecmuası*, C. 1., S. 2., s. 285-287.

77 Aynı yönde bkz. Sökmen, U. (2010). "Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri", *Maliye Dergisi*, S. 158., s. 622. Ayrıca bu hususta detaylı bilgi için bkz. Çınarlı, S. ve Arslan Hızal, S. (2017). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12., S. 134., ss. 14-30.

şartlarından birinin sonradan kaybedilmesi durumunda memuriyetin sona ereceği düzenlenmektedir. CMK ve DMK hükümleri birlikte ele alındığında HAGB kararına dayanılarak -DMK 98/b kapsamında- hiçbir şekilde memuriyet sona erdirilemezken affa uğramış olsa dahi belirli suçlar açısından alınan mahkûmiyet hükmü memuriyete son verebilmektedir⁷⁸. Ancak elbette HAGB konusu eylem hakkında idarece yürütülecek bir disiplin soruşturması sonucunda -masumiyet ilkesi ihlal edilmeden- memuriyetten çıkarma da dâhil olmak üzere bazı disiplin cezaları verilebilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Burada kastedilen ise bizatihi HAGB kararının memuriyete son veremeyeceğidir.

Etkili soruşturma yükümlülüğünün bir gereği olarak cezanın orantılı ve caydırıcı olması hususunda ilgili devlet görevlisi hakkında bir disiplin soruşturması açılması ve bu soruşturma sonucunda verilen cezanın da dikkate alınması gerekir. Başka bir ifadeyle ceza yargılaması sonucunda ortaya çıkan yaptırım ile disiplin soruşturması sonucunda ortaya çıkan yaptırım ve hatta eğer varsa tazminata (tam yargı davası sonucunda ödenen tazminatın rücu edilmesi yahut doğrudan kamu görevlisine karşı açılan dava sonucu ödenen tazminat⁷⁹) ilişkin bir yargılama sonucunda verilen karar bir bütün hâlinde değerlendirilmelidir. Zira eylem nedeniyle kamu görevlisinin karşı karşıya kaldığı yaptırımların tamamı üzerinden yapılacak bir orantılılık ve benzer olaylar açısından caydırıcılık değerlendirmesi adil bir sonuca matuf olabilecektir. Nitekim AİHM de HAGB kararının orantılı bir ceza olmayıp caydırıcı etki doğurmadığını belirttiği kararlarında kamu görevlisi hakkında yürütülen ya da yürütülmesi gereken bir disiplin soruşturması ve disiplin cezasından bahsetmekte, bu yönüyle disiplin cezasını da yapacağı değerlendirmede gözeteceğini

78 Çolak, N. İ. ve Özdemir, D. (2011). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 1., S. 5., s. 113; Karaaslan, M. (2009). "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58., S. 1., s. 108-109.

79 Ender görülen bu olaya örnek bir karar için bkz. *Çamdereli/Türkiye*, B. No: 28433/02, 17/7/2008, §§ 16-18, 26-30, 38-39.

söylemektedir⁸⁰.

AİHM'in HAGB kararlarının etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında orantılı ve caydırıcı bir ceza verme gerekliliğini tam olarak karşılamadığı yönündeki genel içtihadı AYM tarafından da prensipte kabul görmüştür. Zira AYM de negatif yükümlülük ihlali tespiti anlamı taşıyan mahkûmiyet kararı sonrası HAGB kararı verilmesini, hem etkili soruşturma yükümlülüğü bağlamında cezanın orantılı ve caydırıcı olmaması nedeniyle usul boyutu yönünden hem de bireyin mağduriyetinin giderilmemiş olması nedeniyle maddi boyut yönünden ilgili anayasal güvencenin ihlali olarak görmektedir⁸¹.

D. Bireysel Başvuru Kararlarındaki Görünüm

1. Negatif Yükümlülük Kapsamında

Ceza yargılaması yapan mahkemelerin HAGB kurumunun gerekliliği konusunda kullanacağı takdir yetkisi esasen HAGB kararının subjektif şartına ilişkindir⁸². Buna göre mahkeme sanığın "kişilik özellikleri"⁸³ ile "duruşmadaki tutum ve davranışla-

80 *Kasap ve diğerleri/Türkiye*, §§ 38-44; *Taylan/Türkiye*, B. No: 32051/09, 3/7/2012, §§ 28-30, 46; *Böber/Türkiye*, B. No: 62590/09, 9/4/2013, § 35.

81 *Deniz Yazıcı*, 10/12/2014; *Mehmet Şah Araş ve diğerleri*, B. No: 2014/798, 28/9/2016; *Mustafa Rollas*, B. No: 2014/7703, 2/2/2017; *Seyfullah Turan ve diğerleri*, B. No: 2014/1982, 9/11/2017; yakın tarihli benzer yöndeki karar için bkz. *M.Ç.*, B. No: 2018/33351, 15/11/2023.

82 Sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması için Kanun'da "... sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması," gerektiği belirtilmiştir (CMK m.231/6-b). Ayrıca bkz. Yıldırım, A. (2018). "Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6., S. 11., s. 439.

83 Sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları konusunda şüphesiz yargılama makamının görme ve duymaya dayalı olarak sanık hakkında biriktireceği tecrübe önemli olacaktır. Bu yönüyle mahkemenin sanığın duruşmadaki tutum ve davranışlarına göre bir kanaat edinmesi hususu nispeten daha sarıh olmakla birlikte sanığın kişilik özelliklerine göre nasıl kanaat edinileceği konusunda Kanun'da belirtilen nesnel ölçütler bulunmamaktadır. Esasen kanun koyucunun bilinçli şekilde bu alanda kesin bir tanımlama yapmaktan kaçındığı akla gelmektedir. Nitekim

rı”ndan hareketle HAGB kararı verilmesinin subjektif şartının bulunup bulunmadığına karar verecektir⁸⁴. Buna göre mahkemenin takdir yetkisini kullanarak verdiği HAGB kararında keyfî bir yorumdan ziyade takdir hakkının neden olumlu ya da olumsuz yönde kullanıldığına dayanak gösterilecek bazı olgulara gerekçede yer verilmesi önemlidir. Zira bu gerekçe üzerinden kararın anlaşılması ve her yönüyle hukuki bir denetime tabi tutulması mümkün olabilir. Nitekim uygulamada subjektif şart açısından Yargıtay HAGB kararı verilmemesine ilişkin mahkeme gerekçelerinin yeterliliği konusunda hâkimin takdir yetkisini incelemekte⁸⁵, ancak objektif şartlar bu-

benzer durum mahkemece yapılacak cezanın bireyselleştirilmesi işlemi için de söz konusudur. Sanığın kişilik özelliklerinin nasıl belirlenebileceği aslında birçok açıdan cevap bulabilecek bir sorudur. Uygulamada mahkemelerce kolluk marifetiyle yaptırılan sosyal ve ekonomik araştırma tutanaklarından sanığın çevresiyle olan ilişkisi hakkında bir malumat sahibi olunabilir. Ayrıca sanığın mesleği, yaşı, cinsiyeti ve eğitim durumu gibi bazı kriterlerin de yol gösterici olma özelliği bulunmaktadır (bkz. Tulay, M. E. (2021). “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 4., s. 489). Ayrıca şartlarının oluşmaması nedeniyle HAGB kararının objektif şartları altında değerlendirilemeyen sanığın önceki mahkûmiyetleri hâkimin buradaki subjektif değerlendirmesinde elbette gözetilebilecektir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 6/4/2010 tarihli ve E.2010/71, K.2010/76 kararında “Ancak, yasal engel oluşturmayan bu mahkûmiyetlerin yargılama mercilerince, sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmasına da bir engel bulunmamaktadır.” denilmiştir. Kaynak için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2010-4-71-k-2010-76-t-6-4-2010> (Erişim Tarihi: 3/3/2024). Yine sanığın suçu samimi şekilde ikrar etmesi ve yargılamada kolaylık sağlaması da şüphesiz lehine değerlendirilmesi gereken bir unsur olacaktır.

84 Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için mahkeme heyetinin ya da hâkiminin -kural olarak- sanığı bizzat görmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Bu anlamda, hâkim değişikliği nedeniyle önceden savunması alınmış ve son duruşmada hazır bulunmayan sanık hakkında HAGB kararı verilmesi de sorun teşkil edebilir. Zira böyle bir durumda subjektif şartın yerine geldiğinden bahsedilemez. Nitekim yakın zamanda benzer bir konuda AYM, mahkeme heyetinin değişmesi sonrasında oluşan yeni heyetin görüp dinlemedikleri tanıkların sadece tutanaklardaki ifadelerine dayanarak mahkûmiyet kararı verilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür (*Erdal Sonduk* [GK], B. No: 2020/23093, 15/2/2024).

85 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 27/3/2012 tarihli ve E.2011/253, K.2012/117 sayılı kararında “Sabıka kaydında birden fazla geçmiş hükümlülüğü bulunan, yargılama sürecinde de pişmanlık gösterdiğine ilişkin herhangi bir söylem

lunduğu hâlde subjektif şartları hiç değerlendirmeden HAGB kararı verilmediği durumlarda hukuki denetime elverişli somut bazı gerekçeler aramaktadır⁸⁶. Bu bağlamda mahkemece gereği gibi bir araştırma yapılmadan sanık hakkında olumlu ya da olumsuz kanaat edinildiği yönündeki gerekçe esasen sakatlanan bir subjektif şart unsuruna dayanmaktadır.

Hem AİHM hem de AYM kararlarına bakıldığında HAGB kurumunun bütünüyle etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında AİHS ve Anayasa'ya aykırı olduğundan bahsedilmemekte, devlet görevlilerinin kötü muamele ve yaşam hakkını ihlal ettikleri sonucuna varılan yargılamalarda derece mahkemelerinin takdir yetkilerini HAGB kararı verilmesinden yana kullanmalarının eleştirildiği görülmektedir⁸⁷. Kararlarda yaşam hakkının ya da işkence ve kötü muamele yasağının kamu görevlileri tarafından ihlali gibi oldukça ciddi görülmesi gereken bir eylem karşısında hâkimlerin HAGB kararı verilmesi yönünde takdir yetkisi kullanmalarının nihayetinde ortaya çıkan yaptırımın caydırıcı ve orantılı olmaması nedeniyle etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiği belirtilmektedir. Ne var ki Yargıtay kararlarında aynı yaklaşımın benimsenmediği, diğer bir ifadeyle kamu görevlilerinin ya-

veya eylemi dosya içeriğine yansımayan sanık hakkında, kendisini yargılama sürecinde bizzat gözlemleyen yerel mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmaması, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmemesi ve verilen cezanın ertelenmemesi yönünde gösterilen gerekçe dosya kapsamı ile uyumlu olduğu gibi, hüküm fıkrasında; 'sanık hakkında taktiren başkaca artırım ve indirime yer olmadığına' şeklindeki takdiri indirimin uygulanmamasına ilişkin gerekçenin de denetime elverişli, yasal ve yeterli olduğu kabul edilmelidir." değerlendirmesini yapmıştır.

- 86 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10/11/2015 tarihli ve E.2014/128, K.2015/388 sayılı kararında "Objektif şartları olduğu halde hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili hiçbir değerlendirme yapılmaması hâkimin takdir hakkına taalluk eden bir husus olmaması nedeniyle kanun yararına bozma konusu yapılabileceği yönünde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle Özel Dairece bu yöne ilişkin kanun yararına bozma talebinin taktire taalluk ettiğinden bahisle reddine karar verilmesi isabetli değildir." değerlendirmesini yapmıştır.
- 87 Kasap ve diğerleri/Türkiye, § 60; Taylan/Türkiye, § 46; Böber/Türkiye, § 35; Deniz Yazıcı, § 113; Mehmet Şah Araş ve diğerleri, §§ 108-109; Mustafa Rollas, § 81; Seyfullah Turan ve diğerleri, § 195; İbrahim Çay (2), B. No: 2019/13373, 2/2/2022, § 50.

şam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında kalan eylemleri yönünden HAGB uygulamasında hâkimlerin takdir yetkilerini kullanırken sanıkların kamu görevlisi olup eylemin kamusal faaliyet sırasında işlenmiş olması hususunu farklı bir değerlendirme konusu yapmayı gerekli görmemele-
rinde sorun görmediği ifade edilmelidir⁸⁸.

88 HAGB kararına göre sonuçları itibariyle nispeten daha caydırıcı olduğu söylenebilecek *cezasının ertelenmesi* (647 sayılı Kanun m.6) kararına ilişkin örnek karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/3/2003 tarihli ve E.2003/36, K.2003/75 sayılı kararı (kaynak: "Yargıtay Kararı - CGK., E. 2003/36 K. 2003/75 T. 25.03.2003", *Lexpera*, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2003-8-36-k-2003-75-t-25-03-2003> (Erişim Tarihi 30/3/2024)). İşkence suçundan (765 sayılı Kanun m.243) mahkûm olan sanıklar hakkında verilen ilk derece mahkemesi tarafından 10 ay hapis verilmiş ve ceza ertelenmiş, temyizde kararı denetleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesi 4/7/2001 tarihli kararında "*Livata iddiasıyla gözlem altına alınan mağdur A. Y. ye suçunu söyletmek için işkence yapan sanıkların, livata suçlamasının asılsızlığının anlaşılması üzerine serbest bıraktıkları mağdurun ilgili yerlere kendilerini şikayet etmesi ve işkence olayının basında yer alması üzerine haklarında soruşturma başlatıldığı, buna kızan sanıkların mağduru geçerli bir neden bulunmadığı halde yeniden göz altına alıp, evvelce mağdur hakkında livata suçlamasında bulunmayan çocuğu zorla suçlamaya yönelttikleri, bu suçlamanın gerçeği yansıtmadığı yargılama süresinde anlaşılıp mağdurun beraat etmiş olması karşısında suç işleme konusundaki ısrarlı tutumları göz önüne alındığında, haklarında tayin edilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmesini gerektiren haklı nedenlerin bulunmadığı gözetilmeden, salt yasadaki ertelemeye ilişkin terimlerin tekrarlanmasıyla yetinilerek dosya içeriğine uygun bulunmayan bir gerekçeyle verilen cezaların ertelenmesine karar verilmesi.*" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. İlk derece mahkemesinin direnme kararı üzerine Ceza Genel Kurulu "*Sanıkların sabikaları bulunmayıp, somut olay dışında memuriyet sicillerine yansıyan bir olumsuzlukları da saptanamamıştır. Yerel Mahkeme, sanıkların duruşma sürecine yansıyan kişiliklerini ve tavırlarını dikkate almış, bu olaydan bir ders alacakları ve ertelemenin sanıkları yeniden Devlete ve topluma kazandırmak için bir fırsat olduğu düşüncesiyle cezalarını ertelemiştir. Yerel Mahkemece gösterilen gerekçe dosya içeriği ile uyumludur. Öte yandan, TCY'nın 2.1.2003 tarihinde kabul edilen 4778 sayılı Yasa ile değişik 245/2 maddesinde, TCY'nın 243. maddesinde yazılı suçtan dolayı verilen cezaların ertelenemeyeceği belirtilmekte ise de, somut olayda suç tarihi olan 29.7.1997 günü itibariyle ertelemeye engel bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu itibarla, Yerel Mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.*" gerekçesiyle onama kararı vermiştir. Ayrıca daha yakın tarihli Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 12/3/2024 tarihli ve E.2021/15482, K.2024/2316 sayılı kararına konu davada; ilk derece mahkemesi suçun nitelenmesinde hataya düşerek işkence suçu yerine eziyet suçundan 1 yıl 8 ay hapis cezasına hükmedip HAGB kararı vermiş, daha sonra denetim süresi içinde işlenen kasıtlı bir suç nedeniyle HAGB kararını açıklamış, istinaf incelemesinde eylemin işkence suçu olduğu belirtilerek 2 yıl 6 ay hapis cezası verilmiş ancak sanığın kazanılmış hakkı gözetilerek

Bilindiği üzere son yasal değişiklikten önce HAGB kararları itiraz kanun yoluna tabi olup istinaf veya temyiz kanun yoluna götürüleliyordu. Ancak CMK'da meydana gelen son değişiklikten sonra HAGB kararlarına karşı itiraz kanun yolu kaldırılmış, istinaf veya duruma göre temyiz kanun yollarına gidilmesi öngörülmüştür⁸⁹. Bu nedenle AYM'ye işkence ve kötü muamele yasağının ya da yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılacak bireysel başvurudan önce anılan kanun yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Bu ise Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay'ın bu konudaki AYM içtihadıyla bundan sonra daha yakından muhatap olacakları anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu aşamadan sonra kanun yolu denetimi yapan yargı makamlarının mevcut içtihatlarını AYM içtihadıyla uyumlu hâle getirmeleri meselesi gündeme gelebilecektir.

AYM'nin bu konudaki içtihadında ise yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında negatif yükümlülüğün ihlali anlamına gelen derece mahkemelerinin mahkûmiyet kararları sonrasında HAGB kararı verilemeyeceğinin açıkça belirtilmiş olması dikkat çekicidir⁹⁰. Kararda AYM, belirtilen düzlemde kalan yargılamalarda kamu görevlileri hakkında verilen mahkûmiyet hükmü sonrası HAGB kararı verilememesini objektif bir şarta yakın kabul ettiğini açıkça ifade etmektedir⁹¹. Esasen bu kabul, her ne kadar kamu gö-

cezanın 1 yıl 8 ay hapis cezası üzerinden infazına karar verilmiştir. Temyiz edilen karar Daire tarafından HAGB uygulaması konusunda herhangi bir eleştiri getirilmeksizin onanmıştır.

89 Yasal değişiklikten önce sadece itiraz kanun yolunun bulunması, bu yolun ise genel yargı pratiğine göre davanın esasını incelememesi, AİHS'in 13. maddesi ve Anayasa'nın 40. maddesi kapsamında yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkı şikâyetini de gündeme getirebilmekteydi. Ancak son yasal değişiklikle istinaf veya temyiz kanun yolunda davanın usul ve esasının inceleneyeceğinin kabul edilmesi, etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında cezanın caydırıcılığı bağlamında bireysel başvuruda sorunlu görülen HAGB kararlarının kanun yolunda bozulması sonucunu da doğurabilecektir.

90 Özgür Çarpanalı, B. No: 2015/20368, 7/2/2019.

91 Özgür Çarpanalı, § 41.

revlileri hakkında HAGB kararı verilmesi için ilk bakışta yasal bir engel olmasa da yani objektif bir şart olarak bu yönde bir kanuni düzenleme bulunmasa da AYM nezdinde varmış gibi uygulandığı şeklinde yorumlanabilir⁹². Bu yönüyle içtihatla geliştirilen bu durumun yasal bir düzenlemeye kavuşturulması benzer olaylar arasındaki farklılığı ve adaletsizliği önlemek açısından önemli ve gerekli görülebilir⁹³. Gerçekten de hem teorik düzeydeki anılan karışıklığın giderilebilmesi hem de uygulama birliğinin sağlanarak bireysel başvuruya taşınmayan benzer HAGB kararları açısından hukuki güvenliğin temini için bu konuda yasal bir değişiklik yapılmasında zaruret bulunabilir. Yapılacak yasa değişikliği ile devlet görevlilerinin kamusal bir faaliyet kapsamındaki eylemlerinin neden olduğu yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağının ihlali anlamı taşıyan mahkûmiyet kararları açısından HAGB kararı verilmesini zorlaştıran bir düzenleme getirilmesi gereksiz birçok ihlal kararının da önüne geçecektir. Ancak AYM tarafından HAGB konusunda verilen ihlal ve iptal kararlarında dikkat çekilmiş olmasına rağmen son yasal değişiklikte kanun koyucunun bu yönde bir düzenlemeye gitmediği gözlemlenmektedir.

Öte yandan HAGB kararı nedeniyle kötü muamele ve yaşam hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile AYM tarafından hak ihlali kararı verilmesi durumunda, -en azından- ihlal kararı verilen yargılama için bu kararlar bağlayıcı özellik taşıdığından artık HAGB kararının subjektif değil objektif bir şartının eksik olduğu söylenebilecektir. Ancak henüz hak ihlali kararı verilmemiş yargılamalarda hâkimin takdir yetkisini kullanırken bireysel başvuru içtihatlarını gözetmemesindeki hatası

92 Aynı yönde bkz. Yıldırım, A. (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, s. 249-250.

93 Benzer yönde bkz. Turan, H. (2014). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, S. 48., s. 188; Taner, F. G. (2017). *Bireysel Başvuru Sonrası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku: Belki De Hiçbir Şey Eski Gibi Olmayacak*, içinde Oğuz, A. (Der.) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, s. 545.

HAGB kararının subjektif bir şartı olarak istinaf veya temyiz kanun yolunda düzeltilebilecek bir eksiklik olarak ifade edilebilir. Zira Anayasa'nın 138. maddesinde "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; *Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*" denilerek hâkimlerin Anayasa'ya uygun karar vermeleri anayasal olarak emredilmiştir. Nitekim AYM, yargı organlarının uyuşmazlıkları öncelikle Anayasa hükümlerini dikkate alarak çözüme kavuşturmalarının anayasal bir zorunluluk olduğunu ifade etmiştir⁹⁴. Bu nedenle ilk derece mahkemeleri ve kanun yolu makamlarının AYM'nin anılan kapsamdaki HAGB kararları konusunda benimsediği anayasal yoruma riayet etmeleri gerekmektedir.

Bireysel başvuru kararlarındaki genel eğilim bu şekilde olmakla birlikte negatif yükümlülük kapsamında yaşam hakkının ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğinin kabul edildiği yargılamalarda HAGB kararının orantılı ve caydırıcı bir etki doğurduğu yönünde AYM tarafından bugüne kadar verilen -tespit edilebildiği kadarıyla- sadece bir karar⁹⁵ bulunmaktadır, ki bu kararda da olaya özgü bazı şartlardan bahsedilmekte ve ana içtihattan sapılmadığı açıkça vurgulanmaktadır. Zira söz konusu başvuruda kolluk görevlisinin orantısız şekilde kullandığı maddi güç (göz yaşartıcı gaz) nedeniyle yaralandığını ileri süren başvurucu objektif delil olarak sadece olay anına ilişkin kamera kaydını sunmuştur. Başvurucunun olaydan sonra hakkında sağlık raporu düzenlenmesi için herhangi bir sağlık kuruluşuna müracaat etmemesi, AYM tarafından başvurucuya karşı kullanılan maddi gücün orantılılığının değerlendirilmesinde önemli bir engel olarak ortaya çıkabilir. Kararda ayrıca başvurucunun yargılama safahatında gösterdiği ilgisiz tavrın da yapılan değerlendirmede gözetilen bir husus olduğu anlaşılabilmektedir. Ayrıca kararda ilk kez kategorik olarak -negatif yükümlülüğün ihlali anlamına gelecek mahkûmiyet kararı sonrası verilen- HAGB

94 Hulusi Yılmaz [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022, § 50.

95 Ceyda Sungur, B. No: 2015/14363, 3/4/2019.

kararının cezanın orantılılığı ve caydırıcılığını ortadan kaldırmadığı görüşü, belirtilen bazı kriterlerle derinleştirilmiştir. Bu kriterler, kararda “*eylemin şekli, süresi, şiddeti, kapsamı ve kişinin sağlığı üzerinde oluşturduğu etki*” şeklinde belirtilmiştir. Ancak kararın oyçokluğuyla alındığı ve iki üyenin karara muhalif kaldığı hususu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu noktada asıl sorulması gereken; negatif yükümlülük ihlali anlamına gelen her mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması, etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamındaki cezanın orantılı ve caydırıcı olması ilkesini ihlal edip etmeyeceğidir. Yukarıda yer verilen AYM kararlarından da görüleceği üzere kanaatimizce bu sorunun cevabı her zaman olumlu değildir. Zira her somut olayın koşullarına göre yapılacak değerlendirme değişebilmekte, birbirinden farklılaşabilmektedir. Söz gelimi en alt düzey olan *insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele* seviyesindeki bir kötü muamele eylemi sonucunda kolluk görevlisi hakkında ağır bir denetimli serbestlik tedbirine bağlanan HAGB kararının yanı sıra bir de disiplin cezasının verilmesi durumu ile *eziyet* ya da *ışkence* düzeyinde kalan eylem sonucunda verilen ve herhangi bir denetime de bağlanmayan HAGB kararı arasındaki cezanın orantılılığı ve caydırıcılığı açısından elbette ciddi bir fark bulunmaktadır. Hakeza yaşam hakkı ihlali bakımından da kasıtlı eylemler ile taksirli eylemler arasında benzer bir mukayese yapılması mümkündür.

Negatif yükümlülük ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda HAGB kararı verilebilmesi için daha yüksek bir standart aranması gerektiği konusundaki görüşe biz de iştirak ettiğimizi belirtmiştik. Ancak bu standart farkının tam olarak ne düzeyde olması gerektiği konusunda bazı endişelerin dile getirilmesinde de fayda bulunabilmektedir⁹⁶. Daha açık bir ifadeyle kamu görevlisinin eylemi söz konusu olduğunda eylem

96 Negatif yükümlülük ihlalinde verilen tüm HAGB kararlarının eylemle orantılı ve caydırıcı olmadığı yönündeki görüşe yönelik eleştiri için bkz. Mecek, H. (2023). s. 203.

ne kadar hafif olursa olsun yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecek midir? Bu noktada öncelikle yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında kalabilecek en hafif eylemin en azından kötü muamele kapsamında görülebilecek bir eylem olması gerektiği belirtilmelidir. Bir eylemin kötü muamele seviyesinde görülebilmesi için ise öncelikle asgari ağırlık eşiğini geçen bir eylem olması şarttır. Dolayısıyla bireysel başvuruda etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında denetlenen bir eylemin belli bir ağırlıkta olduğu gerçeği hatırd tutulduğunda salt HAGB kararının orantılı ve caydırıcı bir yaptırıma karşılık gelmesi zordur. Ancak sanığa denetim süresince bir yükümlülük yüklenmesi ile disiplin cezası verilmesi söz konusu olduğunda toplamda ortaya çıkan bu yaptırımın orantılı ve caydırıcı bulunması da duruma göre mümkün olabilir.

Sonuç olarak her ne kadar kesin ve kategorik bir belirleme yapılamasa da bireysel başvuru pratiğine bakıldığında, devletin negatif yükümlülüğünün ihlal edildiği anlamı taşıyan mahkûmiyet kararlarının HAGB kararı ile neticelenmesinin kural olarak caydırıcı bir yaptırıma karşılık gelmediği, dolayısıyla etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle ihlal kararları verilebileceği akılda tutulmalıdır.

2. Pozitif Yükümlülük (Yatay Etki) Kapsamında

Negatif yükümlülük kapsamında olmayan, üçüncü kişiler arasındaki olaylara ilişkin mahkemelerce verilen HAGB kararlarının eylemle orantılı ve caydırıcılığı konusunda AİHM'in genel içtihadının üye devletlerin bu alanda takdir marjının daha geniş olduğu yönünde olduğu bilgisine yukarıda değinilmişti. Esasen burada devletin sadece etkili bir yargısal sistemle olayı soruşturması ve sonucunda gerekli ise ceza vermesi, yani pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi yeterli kabul edilmektedir.

AYM'nin de genel içtihadı⁹⁷ bu yönde olmakla birlikte aksi yönde vermiş olduğu kararlarda⁹⁸ etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında derece mahkemesince verilen HAGB kararını orantılı ve caydırıcı bir yaptırım bulmayarak kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna vardığı da olmuştur. Söz konusu kararda mahkemenin cinsel saldırı suçundan verdiği mahkûmiyet kararı hakkında HAGB kararı verilmesi eylemin ağırlığı ile karşılaştırıldığında orantılı ve yeterli bir ceza olarak görülmemiş, bu tip suçlarda HAGB kararı verilmesinden mahkemelerin imtina etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla üçüncü kişiler arasındaki olaylar nedeniyle ileri sürülen etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlal edildiği iddialarında HAGB kararı verilmesinin caydırıcı ceza verilmesi ilkesi yönünden kategorik bir sonuç doğurmadığı, AYM'nin bu konuda "... devlet görevlilerinin bir dahlinin olup olmaması, mağdurun ve failin yaşı ile cinsiyetleri, eylemin süresi ve şiddeti gibi her somut olayın koşullarına göre incelenmesi gereken bazı kriterlerden bahse[ttiği]" görülmektedir⁹⁹.

Esasen AYM'nin, AİHM'e göre bu konuda daha katı bir standart benimsemiş olması ve buna göre ihlal kararları vermesi, ulusal bir mahkeme olması gerçeğiyle izah edilebilir ve hatta makul de görülebilir. Zira AİHS ile ortak alanda kalan güvenceler bakımından iç hukukta bireysel başvuru yoluyla Anayasa'ya uygunluğu sağlama konusunda AYM, hem AİHM'e göre daha fazla sorumluluğa hem de isabetli değerlendirme yapabilme bakımından daha avantajlı bir konuma sahiptir. AİHM'in ise uluslararası bir mahkeme olması ve birçok farklı hukuk sistemine sahip üye ülkeden gelen başvurular konusunda karar verirken çelişkili sonuçlara yol açmıyacak belli bir standart üzerinden hareket etmesi zorunluluğu gerçekleri dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte AYM'nin bu

97 Örneğin bkz. *A.B. ve B.B.*, B. No: 2015/7161, 31/10/2018, § 78; *A.S.Y.*, B. No: 2015/4213, 15/11/2018, §§ 66-69; *G.O.*, B. No: 2016/2470, 15/1/2020, §§ 59-60.

98 *E.A. [GK]*, B. No: 2014/19112, 17/5/2018 ve *İbrahim Çay (2)*, B. No: 2019/13373, 2/2/2022.

99 *A.B. ve B.B.*, § 78; *G.O.*, § 60; aynı yönde bkz. *A.S.Y.*, § 66.

konudaki standardı yükselten içtihadi yaklaşımın AİHM tarafından Türkiye'ye karşı yapılan uygun bir başvuruda referans alınmasının ve benimsenmesinin pek tabii mümkün olduğu da not edilmelidir.

Hülasa derece mahkemelerinin, yatay etki kapsamında görülebilecek ceza yargılamaları yönünden negatif yükümlülük ihlali anlamına gelen yargılamalara göre daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu açık olmakla birlikte, bu, her durumda HAGB kararının etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında bireysel başvuruda denetlenmeyeceği anlamına da gelmemektedir. En azından AYM açısından bu tespit yapılabilir.

SONUÇ

Yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı AİHS kapsamında askıya alınamayan (derogasyon ilan edilemeyen) mutlak hak ve yasak olarak tarif edilebilir. Etkili soruşturma yapma yükümlülüğü ise hem yaşam hakkı hem de işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında müstakil, pozitif bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM'in ortaya koyduğu ve bugün AYM'nin de kabul ettiği yerleşik içtihat uyarınca, negatif yükümlülük ihlali anlamına gelen mahkûmiyet hükümleri sonrasında verilen HAGB kararları kural olarak cezanın orantılılığı ve caydırıcılığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ancak bu noktada devlet görevlilerinin kamusal bir faaliyet kapsamındaki eylemlerine ilişkin verilen her mahkûmiyet kararının yaşam hakkı ve/veya işkence ve kötü muamele yasağını ihlal etmeyebileceği de akıldan çıkarılmamalıdır.

Bireysel başvuru kararlarında meselenin hukuki boyutu yukarıda belirtilen şekilde belli oranda açıklığa kavuşturulmuş olsa da uygulamada hâlâ ciddi sorunların yaşandığı da göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan bakıldığında, yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eden devlet görevlilerinin eylemleri dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmü sonrası HAGB kararı verilmesini güçleştiren bir yasa değişik-

liğinin birçok açıdan gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bu yasa değişikliği ile anılan alanlardaki bireysel başvuru ihlal kararları azaltılabileceği gibi uygulamada da bir yeknesaklık sağlanarak hukuki belirlilik daha iyi temin edilebilecektir.

Yatay etki kapsamında kalan ceza yargılamaları sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması kararının caydırıcı bir ceza olup olmadığı, dolayısıyla etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği konusunda negatif yükümlülük ihlali anlamına gelen mahkûmiyet kararlarına nazaran derece mahkemelerinin takdir yetkisinin daha geniş olduğu vurgulanmalıdır. Bununla birlikte buradaki takdir marjının göreceli genişliğinin de bir sınırı olduğu, eylemin ağırlığını karşılamadığı apaçık olan bir cezanın her hâlükârda etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlaline neden olacağı hatırdta tutulmalıdır. Bu alanda her ne kadar bir yasa değişikliği ihtiyacının varlığından bahsedilemese de yargı makamlarının daha özenli hareket etmelerinin gerekliliğine işaret edilebilir.

KAYNAKÇA

- BALO, Yusuf Solmaz (2016). "Hükmün Açıklanmasının Ertele-
lenmesi Kurumu Üzerinden Ulaşılmak İstenen Hedeflerin
Türkiye Bakımından Gerçekleştirilebilirliği", *Ceza Hukuk
Dergisi*, C. 11., S. 30., ss. 165-206.
- BAYTAZ, Abdullah Batuhan (2013). "Onarıcı Adalet'e Genel Bir
Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71.,
S. 1., ss. 117-129.
- BOYAR, O. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı
Yatay Etki, içinde İnceoğlu, Sibel (Der.), *İnsan Hakları Av-
rupa Sözleşmesi ve Anayasa* (ss. 54-80), Ankara: Şen Matbaa.
- ÇINARLI, Serkan ve ARSLAN HIZAL, Sevinç (2017). "Hükmün
Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve
Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*,
C. 12., S. 134., ss. 14-30.
- ÇOLAK, Nusret İlker ve ÖZDEMİR, Dursun (2011). "Hükmün
Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi",
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1., S. 5., ss. 93-122.
- DOĞRU, Osman (2018). *Yaşama Hakkı*, Ankara: Anayasa Mahke-
mesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5.
- DOĞRU, Osman ve NALBANT, Atilla (2012). *İnsan Hakları Av-
rupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*, Ankara:
Şen Matbaa.
- DURDUN, Gizem (2018). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar-
larında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma
Yükümlülüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- EPÖZDEMİR, Rezan (2019). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakıl-
ması*, Ankara: Adalet Yayınevi (3. Baskı).
- ERDAL, Uğur ve BAKIRCI, Hasan (2006). *Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı*, Cenevre.
- GÜNGÖR, Devrim ve OKUYUCU ERGÜN, Güneş (2016). "Hük-
mün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., ss. 1951-1965.
- GÜNGÖR, Devrim ve TOROSLU, Haluk (2016). "Müsadere ve

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., ss. 1967-1980.

HAKERİ, Hakan ve ÜNVER, Yener (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi (18. Baskı).

HARRIS, David John, O'BOYLE, Michael ve WABRICK, Colin (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bingöllü Kılıcı, Mehveş ve Karan, Ulaş (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (Güncelleştirilmiş 4. Baskı).

KARAAZLAN, Mehmet (2009). "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58., S. 1., ss. 95-138.

KAYA, Emir (2013). "İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., ss. 410-436.

KESER, Hayri (2022). "Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., ss. 411-437.

KESKİN, İbrahim (2023). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 54., ss. 1-38.

KÖKÜSARI, İsmail (2024). Hakların Çatışması ile Hakların Yatay Etkisi Arasındaki İlişki, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 41., S. 1., ss. 95-149.

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.

MECEK, Hüseyin (2023). *İşkence Yasağı Kapsamında Devletin Etkili Soruşturma Yükümlülüğü*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.

SÖKMEN, Uğur (2010). "Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri", *Maliye Dergisi*, S. 158., ss. 618-640.

- SÜMER, Seda Yağmur (2022), "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Memuriyete Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 35., S. 161., ss. 85-143.
- ŞENOL, Cem (2011). "Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1., S. 1., ss. 35-53.
- ŞİRİN, Tolga (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 7*, Ankara: Mrk Baskı ve Tanıtım.
- TANER, Fahri Gökçen (2017). Bireysel Başvuru Sonrası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku: Belki De Hiçbir Şey Eski Gibi Olmayacak, içinde Oğuz, Arzu (Der.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı* (ss. 531-565), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan ve ÖNOK, Rıfat Murat (2023). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (21. Baskı).
- TULAY, M. Emre (2021). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 4., ss. 477-525.
- TURAN, Hüseyin (2014). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, S. 48., ss. 183-188.
- ÜZÜLMEZ, İlhan (2005). "Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, C. 2., S. 5.
- YABANOĞLU, Mustafa (2023). *Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (9. Baskı).
- YILDIRIM, Akif (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Seçkin Yayınları.

YILDIRIM, Akif (2018). "Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6., S. 11., ss. 435-480.

YILMAZ, Enes (2021). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 1., S. 2., ss. 269-292.

Yargı Kararları

AYM Kararları:

Bireysel Başvuru:

A.B. ve B.B., B. No: 2015/7161, 31/10/2018.

A.S.Y., B. No: 2015/4213, 15/11/2018.

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

Ceyda Sungur, B. No: 2015/14363, 3/4/2019.

Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014.

Deniz Yazıcı, B. No: 2013/6359, 10/12/2014.

E.A. [GK], B. No:2014/19112, 17/5/2018.

Erdal Sonduk [GK], B. No: 2020/23093, 15/2/2024.

G.O., B. No: 2016/2470, 15/1/2020.

Hulusi Yılmaz [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022.

İbrahim Çay (2), B. No: 2019/13373, 2/2/2022.

M.Ç., B. No: 2018/33351, 15/11/2023.

Mehmet Şah Araş ve diğerleri, B. No: 2014/798, 28/9/2016.

Mervan Eşen ve Meshut Eşen, B. No: 2019/13412, 19/1/2023.

Mustafa Rollas, B. No: 2014/7703, 2/2/2017.

Necati Özdemir ve Nihal Özdemir, B. No: 2015/15994, 9/1/2019.

Özgür Çarpanalı, B. No: 2015/20368, 7/2/2019.

Seyfullah Turan ve diğçerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017.

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

Yücel Çelik (2), B. No: 2018/8830, 9/6/2021.

Z.C. [GK], B. No: 2013/3262, 11/5/2016.

Norm Denetimi:

AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022.

AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023.

Yargıtay Kararları:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/3/2003 tarihli ve E.2003/36, K.2003/75 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 6/4/2010 tarihli ve E.2010/71, K.2010/76 kararı.

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 12/9/2010 tarihli ve E.2010/8688, K.2010/13800 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27/3/2012 tarihli ve E.2011/253, K.2012/117 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10/11/2015 tarihli ve E.2014/128, K.2015/388 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 12/3/2024 tarihli ve E.2021/15482, K.2024/2316 sayılı kararı.

AİHM Kararları:

A./Birleşik Krallık, B. No: 25599/94, 23/9/1998.

Abdülsamet Yaman/Türkiye, B. No: 32446/96, 2/11/2004.

Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996.

Anna Todorova/Bulgaristan, B. No: 23302/03, 24/5/2011.

Assenov ve diğçerleri/Bulgaristan, B. No: 24760/94, 28/10/1998.

- Beganović/Hırvatistan*, B. No: 46423/06, 25/6/2009.
- Böber/Türkiye*, B. No: 62590/09, 9/4/2013.
- Calvelli ve Cigli/İtalya* [BD], B. No: 32967/96, 17/1/2002.
- Ceviroğlu/Türkiye*, B. No: 69546/12, 4/10/2016.
- Çamdereli/Türkiye*, B. No: 28433/02, 17/7/2008.
- Denis Vasilyev/Rusya*, B. No: 32704/04, 17/12/2009.
- Desde/Türkiye*, B. No: 23909/03, 1/2/2011.
- Döndü Erdoğan/Türkiye*, B. No: 32505/02, 23/3/2010, § 55.
- El-Masri/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* [BD], B. No: 39630/09, 13/12/2012.
- Enukidze ve Girgoliani/Gürcistan*, B. No: 25091/07, 26/4/2011.
- Fahri Çalışkan/Türkiye*, B. No: 47936/11, 1/12/2015.
- Geylani ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 10443/12, 12/9/2023.
- İlhan/ Türkiye* [BD], B. No: 22277/93, 27/6/2000.
- İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978.
- Jalloh/Almanya* [BD], B. No: 54810/00, 11/7/2006.
- Jorgensen ve diğerleri/Danimarka*, B. No: 30173/12, 28/6/2016.
- Kasap ve diğerleri/Türkiye*, B. No:8656/10, 14/1/2014.
- Kaya/Türkiye*, B. No: 22729/93, 19/2/1998.
- Kurnaz ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 36672/97, 24/7/2007.
- Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000.
- Lopes De Sousa Fernandes/Portekiz* [BD], B. No: 56080/13, 19/12/2017.
- Mahmut Kaya/Türkiye*, B. No: 22535/93, 28/3/2000.
- Mamazhonov/Rusya*, B. No: 17239/13, 23/10/2014.
- McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 18984/91, 27/9/1995.
- Murillo Saldias ve diğerleri/İspanya*, B. No: 76973/01, 28/11/2006.
- Nikolova ve Velichkova/Bulgaristan*, B. No: 1249/03, 18/9/2008, § 62.

- Oğur/Türkiye* [BD], B. No: 21594/93, 20/5/1999.
O'Keeffe/İrlanda [BD], B. No: 35810/09, 28/1/2014.
Okkalı/Türkiye, B. No: 52067/99, 17/10/2006.
Oruk/Türkiye, B. No: 33647/04, 4/2/2014.
Öneryıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004.
Pretty/Birleşik Krallık, B. No: 2346/02, 29/4/2002.
Pulfer/Arnavutluk, B. No: 31959/13, 20/11/2018.
Ramirez Sanchez/Fransa [BD], B. No: 59450/00, 4/7/2006.
Talat Tepe/Türkiye, B. No: 31247/96, 21/12/2004.
Taylan/Türkiye, B. No: 32051/09, 3/7/2012.
Türkmen/Türkiye, B. No: 43124/98, 19/12/2006.
Vo/Fransa [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004.
X ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 22457/16, 2/2/2021.
Y./Birleşik Krallık, B. No: 14229/88, 8/10/1991.
Yaşa/Türkiye, B. No: 22495/93, 2/9/1998.
Yeşil ve Sevim/Türkiye, B. No: 34738/04, 5/6/2007.
Zeynep Özcan/Türkiye, B. No: 45906/99, 20/2/2007.



AF KANUNLARININ TÜRK ANAYASA HUKUKU VE CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

The Examination of Amnesty Codes with regards to Turkish Constitution Law and Criminal Law

Ersin ŞARE*

ÖZET

Affetme yetkisinin cezalandırma hak ve yetkisine paralel olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Zira tarihten günümüze suç işleyen her kişi cezalandırılmamış; kimisine merhamet gösterilmiş ve bunlar affedilmiştir. Anayasa’da, Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) hem genel af hem de özel af çıkarma yetkisi, cumhurbaşkanına ise sadece bireysel özel af çıkarma yetkisi tanınmıştır. TBMM, kanun çıkarılması suretiyle af yetkisini kullanabilmektedir. Bu nedenle af ilan edilmesi ya da affa karar verilmesi tabirlerinden çok af kanununun yürürlüğe sokulması tabiri daha doğrudur. Yürürlüğe sokulan diğer kanunlar gibi af kanunlarının da hem esas hem şekil bakımından Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülebilir ve Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçmesi talep edilebilir. Af kanunlarının sebep ve amaç unsurlarının belirlenmesinde kanun koyucunun geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte af kanunlarının konusu yönünden Anayasa’da sınırlama mevcuttur. Nitekim Anayasa’nın 169/3. maddesinde münhasıran orman suçları yönünden af çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Münhasıran orman suçları dışında diğer tüm suçlar yönünden af kanunu çıkarılmasının mümkün olduğu sonucuna varmak mümkündür. Devletin egemenlik yetkilerinden en önemlilerinden birini teşkil eden affa ulusla-

* Avukat, Mersin Barosu, ersinshare@hotmail.com,
ORCID: 0000-0003-1441-5146

rarası hukuk bağlamında konusu itibarıyla sınırlama getirilip getirilemeyeceği tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Af, genel af, bağışlama, Anayasa, denetim.

ABSTRACT

It can be said that the authority to forgive emerged in parallel with the right and authority to punish. Because throughout the history, not every person who committed a crime has been punished, and some of them were shown mercy and forgiven. In the Constitution, the Turkish Grand National Assembly is granted the authority to grant both general and special amnesty, and the President is granted the authority to grant only individual special amnesty. The Turkish Grand National Assembly can use its amnesty power by enacting a law. For this reason, the term "promulgating the amnesty law" is more accurate than the expression "declaring amnesty" or "deciding on amnesty". As is the case for other laws put into effect, it can be claimed that amnesty laws are unconstitutional in both essence and form, and it can be requested that they be subject to review by the Constitutional Court. The legislator has a wide discretion in determining the legislative intent and objectives of amnesty laws. However, the Constitution introduce certain limitations with respect to the subject of amnesty laws. As a matter of fact, Article 169/3 of the Constitution stipulates that no amnesty can be granted exclusively for forest crimes. Accordingly, it may be concluded that it is possible to enact an amnesty law for all other crimes, except for forest crimes. It is disputable whether amnesty, which constitutes one of the most important sovereign powers of the state, can be limited in the context of international law by its subject-matter.

Keywords: Amnesty, general amnesty, forgiveness, constitution, review.

GİRİŞ

İnsanlık tarihinde af, çok eski zamanlara dayanmaktadır¹. Ceza verme faaliyetinin başladığı günden itibaren af olgusunun da ortaya çıktığını söylemek mümkündür².

Af³, suç oluşturan fiiller yönünden ceza verme hakkını ortadan kaldırmakta; verilmiş cezaların kısmen veya tamamen infazını önlemektedir⁴. Bu yönüyle af, kapsamına aldığı fiil ya da failer yönünden devletin cezalandırma yetkisinden kısmen ya da tamamen vazgeçmesidir⁵.

Cumhurbaşkanına tanınan bireysel af yetkisi hariç tutulursa af yetkisi, Meclis tarafından kanun çıkarma yoluyla kullanılmaktadır. Her kanun gibi af kanunları da hem esas hem de şekil yönünden Anayasa'ya uygun olmak zorundadır. Nitekim geçmişten günümüze kanunların Anayasa'ya uygunlu-

1 “Eski çağlarda çok farklı gerekçelerle af yetkisi kullanılabilirdi. Bir kardinalin kendi şapkasını giydirdiği mahkûm ile bir fahişe tarafından koca olarak istenilen hükümlü affedilebilirdi. Ölüm cezasının infazında kullanılan aracın derhal amacına ulaşmadığı; mesela asılma için kullanılan ipin koptuğu hallerde ölüm cezasına mahkûm edilen kişi affedilebilirdi.” Bkz. Manzini'den aktaran Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III*, İstanbul: Der Yayınları, s. 379.

2 Soyaslan, D. (2001). “Af”, *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 414.

3 Türkçede, af kelimesi, bir suç, bir kusuru veya bir hatayı bağışlama anlamlarına gelmektedir. Bkz. TDK (2011). *Türkçe Sözlük*, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, s. 32. Batı dillerinde af kelimesinin karşılığı olarak kullanılan “*amnestie*” kelimesi Yunanca kökenlidir ve unutmak, bağışlamak anlamlarını karşılamaktadır. Bkz. Demirbaş, T. (2012). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 691; ayrıca bkz. Gözler, K. (2001). “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 300. Eski Yunan'da özellikle yakın bir savaş tehlikesi karşısında halkın af yetkisini kullandığı, o dönemin en büyük cezalarından biri olan sürgün cezasının affedilerek şehirden uzaklaştırılan ünlü yönetici ve komutanların geri çağırıldığına ve bunların daha önce müsadere edilen mallarının geri verilmesine sık sık rastlandığı ifade edilmektedir. Bkz. Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 378.

4 Özek, Ç. (1959). “Umumi Af”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 24., S. 1-4., s. 119; Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 399.

5 Bkz. Keyman, S. (1965). *Türk Hukukunda Af*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 42; Akbulut, İ. (1995). “Türk Hukukunda Af”, *Yargıtay Dergisi*, C. 21., S. 4., s. 447; ayrıca bkz. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

ğunu sağlamanın teminatı olarak görülen Anayasa Mahkemesine, Meclis tarafından çıkarılan af kanunlarının denetlenmesi için çok sayıda iptal başvurusunda bulunulmuştur.

Af çıkarma yetkisi ve usulü Anayasa'da düzenlenmiş af hâlinde ortaya çıkabilecek sonuçlara ve affın etkilerine ilişkin düzenlemelere ise Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir⁶. Af tanımına ve doğuracağı etki ve sonuçlara ilişkin düzenlemelere Anayasa'da değil Ceza Kanunu'nda yer verilmesi, herkesin üzerinde uzlaşacağı bir af tanımı yapılmasını zorlaştırmaktadır zira yasama organı, Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemelerle çelişebilecek şekilde af kanunu çıkarma yetkisine sahiptir ve Ceza Kanunu'nda yer verilen affa ilişkin hükümlerle kanun koyucuya sınırlama getirmek mümkün değildir. Nitekim af kanunlarının Anayasa'ya uygunluğunun denetimindeki en büyük zorluklardan biri af tanımındaki bu belirsizliktir. Anayasa'da affın belli bir kalıba oturtturulmaması⁷ ve af tanımındaki belirsizlik nedeniyle af işlemi ile koşullu salıverme ve erteleme gibi bazı ceza hukuku kurumları arasındaki ayırım tam olarak yapılamamaktadır. Bu ayırım önemlidir zira af kanunu ile koşullu salıverme ve erteleme kanunlarının yasalaşma usulü birbirinden farklıdır.

Bu çalışmada esas olarak Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar ışığında af kanunlarının Anayasa'ya uygunluğunun denetimi konusu incelenecektir. Ancak af konusu hem Anayasa hukukunu hem de ceza hukukunu ilgilendirmektedir ve bir af kanununun Anayasa'ya uygunluğunun

6 Bkz. Özek, Ç. (1959). s. 131; Keyman, S. (1965). s. 1: "*Anayasa affın kaynağını teşkil etmek, ceza hukuku ise müesseseyi teknik yönleri ile düzenlemek bakımından birinci derecede önemli hukuk dallarıdır.*"; ayrıca bkz. İçel, K. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hüükümler*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 752-753.

7 Anayasa Mahkemesinin 17/7/2020 tarihli ve 2020/44 Esas sayılı kararında, bu konuyla ilgili olarak farklı bir bakış açısı geliştirilmiştir. TCK'da yer alan af hükümlerine atıf yapılmadan, doğrudan Anayasa'da yer alan affa ilişkin hükümlerden yola çıkılarak genel af ve özel af tanımı yapılmıştır. Bkz. AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020, §§ 5-17. Özel affın tanımı yapılırken TCK'ya atıf yapılmaması ve ilgili kavrama farklı bir anlam yüklenmesi vasıtasıyla özel af ile koşullu salıverme arasındaki fark belirlenmiştir. Aşağıda bu konuya ayrıntılı olarak değinilecektir.

denetiminde mecburi olarak ceza hukuku kavram ve kurumlarına atıf yapılmaktadır. Konuyu daha anlaşılır kılmak için öncelikle affın ceza hukukunu ilgilendiren taraflarına yönelik Türk Ceza Kanunu'ndaki (TCK) düzenlemeler çerçevesinde açıklama yapılacaktır.

I. CEZA HUKUKUNDA AF

A. GENEL OLARAK

TCK'da yer verilen düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda ceza hukuku bağlamında af, bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren bazen de kamu davası açılmasını engelleyen, açılan kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldıran bir kamu hukuku işlemidir⁸.

Af yetkisinin kullanılmasının kabulü ya da reddi -kullanılması gerektiğinin kabulü halinde- ne zaman ve hangi koşullarda kullanılmasının uygun olacağı konuları tartışmalıdır ve günümüzde de bu konularda ortak bir anlayış bulunmamaktadır. Bu yetkinin kullanılmasına karşı olan görüşlere göre af, cezanın diğer bireyler üzerinde yarattığı genel önleme işlevini yok edip suçla mücadeleyi zorlaştırmakta ve potansiyel failleri adeta suç işlemeye teşvik etmektedir⁹. Ayrıca ceza vermenin bir amacı kefareti sağlamaktır, af yetkisinin kullanılması ile birlikte cezanın kefaret amacını sağlamak da mümkün değildir¹⁰. Af ilanı, mağdurları öç almaya itebilir ve yeni suçlular yaratabilir. Af yetkisinin kullanımı, yasama ve yürütmenin yargıya müdahalesi anlamı taşıyabilir ve bu nedenle kuvvet-

8 Keyman, S. (1965). s. 42.

9 Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2013). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 516. Beccaria'ya göre, suçların affa uğrayabileceklerini ve cezanın, suçların kaçınılmaz sonucu olmadığını göstermek, suçlularda cezasız kalma umudunu ve düşünüyü kışkırtma demektir. Bkz. Beccaria, C. (2020). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Selçuk, S. (Çev.), Ankara: İmge Kitabevi, s. 218.

10 Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Genel Hükmümler Cilt II-III*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 745.

ler ayrılığını zedeler¹¹. Genellikle af kanunu çıkarılırken affa layık olup olmama yönünden bir ayırım yapılmadığından ıslah olmayan ve toplum için tehlikeliliği devam eden kişilerin de serbest kalabilmesi sonucu doğabilir¹². Son olarak af, adil bir hukuk düzeninde kamu düzeninin sağlanmasında zararlı bir işlev görmektedir¹³.

Af yetkisinin kullanılmasının taraftarı olan görüşlere göre büyük siyasi olayların doğurduğu psikolojik çöküntüyü gidermek için veya sosyal ya da ekonomik huzursuzlukların yaygın olduğu bir ortamda kin duygusunun kökleşmesine engel olmak ve toplumsal barışı yeniden tesis etmek için, af yetkisi kullanılabilir¹⁴. Yine ihtilallerden ya da iç savaşlardan sonra toplumsal barış, huzur ve güven ortamını yeniden sağlamak için af çıkarılabilir; geçmiş unutulup geleceğe yön çevrilebilir¹⁵. Kaldı ki cezalandırma yetkisine sahip olan devlet, aynı şekilde cezalandırmadan vazgeçme yetkisine de sahiptir¹⁶.

11 Nitekim mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleri karşısında af yetkisinin, bu ilkelerin istisnası olarak anayasalarda düzenlenmesi gerekir. Bkz. Döner, A. (2008). "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 3-4., s. 36.

12 Bkz. Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 383-384.

13 Bettiol, G. (1955). "Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi", Erem, F. (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 1., s. 10.

14 Bkz. Özek, Ç. (1959). s. 137; Taner, T. (1953). *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 661; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 773; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2013). s. 516. Buhanlı dönemlerde çıkarılan affın yatıştırıcı bir rolü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Erem, F., Danişman, A. ve Artuk, M. E. (1997). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 932.

15 Keyman, S. (1965). s. 23-34; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 514. Silahlı çatışmalar sona erdikten sonra ya da sona ermesine dönük adımlar atılmaya başlandığında geçmişle yüzleşmek gerekmektedir; barışı sağlamak ve temiz bir sayfa açmak adına yeniden inşa süreçlerinde af yetkisinin sıklıkla kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Gülener, S. (2014). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında 'Genel Af' Kanunları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 2., S. 4., s. 413-414.

16 Bkz. Sözüer, A. (2001). "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal

Af yetkisinin kullanılması, devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçme anlamı taşıdığından zorlayıcı neden olmadan af yetkisinin kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷ hatta zorlayıcı bir nedene dayanması nedeniyle af işlemini bağışlama (atıfet) olarak kabul etmenin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁸. Kimi yazarlara göre af çıkarılmasına dayanak olan zorunlu neden, toplumsal barışın yeniden sağlanmasıdır; toplumsal barışa sağlamaya yönelik olmayan bir af işlemi hakkın kötüye kullanılmasıdır¹⁹. Ayrıca af yetkisinin kullanılmasında kamu yararının bulunması gerekir; yersiz merhamet, taraftar ve oy kazanma, cezaevindeki kişi sayısını azaltma gibi nedenlerle af yetkisi kullanılmamalıdır; aksi durumda cezanın genel önleme niteliği zayıflayacaktır²⁰. Affın belli aralıklarla ve sıklıkla uygulanması hukuk devletine olan güveni sarsabilecektir²¹.

Devletin af yetkisini sadece kendisine karşı işlenmiş suçlar yönünden kullanması gerektiği, mesela devlet aleyhine işlenen suçlar ya da siyasi suçlar yönünden af çıkarılmasının uygun olacağı ifade edilmektedir²². Ancak uygulama, tam tersi şekilde gerçekleşmekte; af kanunu ile genellikle kişilere karşı

Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 221.

- 17 Demirbaş, T. (2012). s. 693: "zorlayıcı neden olmadan, af yetkisi kullanılmamalıdır; aksi takdirde ceza hukuku emir ve yasaklarının ciddiyeti kaybolur"; ayrıca bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 710.
- 18 Yüce, T. T. (1985). *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 169.
- 19 Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). s. 513.
- 20 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 933.
- 21 Demirbaş, T. (2012). s. 692.
- 22 Meray, S. (1944). *Ceza Hukukunda Af*, Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayını, s. 20; ayrıca bkz. Taner, T. (1953). s. 662-663: "Siyasi suç faillerinin birçoğu şahsi menfaat gözetmeyerek, ihtiraslara kapılmayarak memleket hayrına doğru zannettikleri fikir ve kanaatleri dolayısıyla harekete geçmiş ve suç sayılan bazı fiilleri işlemiş oldukları, bu itibarla kendilerinde esasen ahlaki kötülük bulunmadığı düşünülebilir; ancak siyasi gayelerle alakası bulunmayan adam öldürme, ırza tecavüz, sahtekarlık, hırsızlık, dolandırıcılık gibi adi cürümleri işleyenlerin ahlaki kötülükleri muhakkak olduğuna göre bunların genel aştan faydalandırılması ceza siyaseti bakımından çok tehlikelidir."

işlenen suçların cezaları kaldırılmakta; devlet aleyhine işlenen suçlar ile siyasi suçlar af kapsamı dışında tutulmaktadır²³. Diğer bir görüşe göre düşünceyi ifade etme hürriyetinin nerede sonlandığını ve düşünceyi açıklamanın hangi aşamadan sonra suç teşkil ettiğini tespit etmek pek mümkün olmadığından af kapsamına öncelikle düşüncelerini açıkladıktan sonra ceza almış olan kişilerin girmesi gerekir²⁴.

Bazı dönemlerde ortaya çıkan ekonomik, siyasi ve sosyal sorunlar nedeniyle bazı suçlar, geniş ölçüde işlenebilir ve böyle kriz ortamlarında ceza hukuku araçlarına gereğinden fazla ve ölçüsüz biçimde başvurulabilir; izlenen suç politikası nedeniyle toplumda huzursuzluk artmış olabilir²⁵. Mesela “*halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme*” ya da “*terör örgütü propagandası yapma*” gibi suç tipleri, belli dönemlerde geniş yorumlanarak birçok kişinin ceza alması sonucunu doğurabilir²⁶. Ceza hukukunun yanlış uygulanması sonucu ortaya çıkan huzursuz ortamın giderilmesi için af yetkisinin kullanılması tercih edilebilir.

İkinci Dünya Savaşı'nın öncesinde, suç işlendiğinde suçtan

23 Bayraktar, Türk Hukukunda siyasal suçlular için af kanunu çıkarılması olayına İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ertesinde rastlandığını belirtmektedir. 2/8/1944 tarihli ve 4627 sayılı Af Kanunu'nda; müttefik devletlerin vatandaşı olan kişiler tarafından siyasi ve askerî saik ve gayelerle işlenen suçlardan mahkûm edilen suçluların cezalarının neticeleri affedilmiştir. Fakat sonraki yıllarda yürürlüğe giren af kanunlarında, siyasal suçlar kapsam dışı bırakılmıştır. Bkz. Bayraktar, K. (1982). *Siyasal Suç*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 192. Akbulut'a göre yaşamında bir defa suç işleyen kişi ile küçük suçlular affedilmeli, aynı suçu tekraren işleyenler ile devlet güvenliğine karşı suç işleyenler affedilmemelidir. Bkz. Akbulut, İ. (1995). s. 454.

24 Kuzu, B. (2001). “Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 292.

25 Sözüer, A. (2001). s. 223.

26 Bu suç tipleri, hâkimin takdirine göre tehlikeli bir silaha dönüşmeye elverişlidir. Bu yüzden kanunun esnemeye yatkın hükümlerinin -sorumluluk alanını genişleterek hak ve özgürlük alanının daralmasına yol açabileceği için- dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Alacakaptan, U. (2001). “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıvermeye, Davaya ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 394.

zarar görenin sadece birey değil devlet de olduğu birçok yazar tarafından ifade edilmekteydi²⁷. Bu bağlamda bireye rağmen devletin af çıkarma yetkisini kullanması bir ölçüde mazur görülebilmekteydi. Devleti oldukça kutsayan “nazizim” ve “faşizmin” yol açtıklarından sonra devlete karşı bireyin ve birey hak ve özgürlüklerinin daha da önem kazandığını söylemek mümkündür. Hatta bir görüşe göre siyasal iktidar düzenine karşı işlenen suçlar bile devlete ait bir hakkı ihlal ettiği için değil bireyin demokratik düzende yaşama hakkını engellediği için suç sayılır²⁸. Devlet bir fiilî suç sayarken bireylerin temel hak ve özgürlüklerini gözetmek zorundadır. Aynı düşünce tarzıyla denebilir ki devlet ya da daha doğru bir ifade ile af yetkisini kullanma gücüne sahip irade, salt istediği suçları ve kişileri affedemez; bireylerin özgürlüklerini, toplum içinde güvenli yaşama hakkını ya da diğer temel haklarını göz önünde bulundurmalıdır.

B. AF İŞLEMİNİN NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

Niteliği gereği af işleminin Anayasa’da yer alan yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarından hangisine dâhil olduğunu saptamak zordur. Af yetkisinin kullanılmasıyla birlikte yeni dava açılmaması, davanın düşmesi ve hükmün infaz edilmemesi gibi yargısal sonuçlar ortaya çıksa da af yetkisinin tesisinde ve kullanılmasında²⁹ yargısal usullere başvurulmaması ve aftan yararlanacakların yargı usulleri ile belirlenmemesi nedeniyle affın yargı işlemi olmadığı ve neticede yasama

27 Bu görüşün taraftarı olan yazarlar için bkz. Toroslu, N. (2019). *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 175. Toroslu’ya göre her suç, özel varlıkları ve menfaatleri ihlal etmek suretiyle dolaylı olarak bu özel varlık ve menfaatlerin bir sentezinden ibaret bulunan ve cezai himayenin konusu olan genel menfaati de ihlal eder. Bu genel menfaatin devlete ait olduğunda şüphe bulunmamaktadır ve bu nedenle her suçun, biri devamlı veya genel, diğeri özel olmak üzere iki ayrı pasif süjesinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. Toroslu, N. (2019). s. 176-177.

28 Alacakaptan, U. (2001). s. 396.

29 Gerek Meclis ve gerek cumhurbaşkanı, af yetkisini kullanırken birer yargı organı gibi hareket etmemektedirler. Bkz. Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 390.

ya da yürütme işlemi olduğu söylenebilir³⁰. Hem Meclis hem de cumhurbaşkanı, af yetkisini kullanırken genellikle hukuki sebeplerden çok ahlaki, siyasi, toplumsal ve insani sebepleri göz önünde bulundurmaktadır³¹.

Aftan yararlanabilmek için koşul (ya da yükümlülük) belirlenebilir³²; bu koşul, geciktirici (taliki) nitelikte olabileceği gibi bozucu (infisahi) nitelikte de olabilir³³. Af kanunu çıkarıldıktan sonra aftan faydalanma ihtimali bulunan kişinin belli bir süre içinde teslim olması ya da işlediği suçun mağdurunun zararını gidermesi veya müsadereye tabi eşyanın teslim edilmesi gibi koşullar geciktirici koşula örnek olarak gösterilebilir³⁴. Aftan yararlanan kimsenin belirli bir süre içinde yeniden suç işlemesi hâlinde af işleminin geri alınması bozucu koşula örnektir³⁵.

1803 sayılı “Cumhuriyetin 50’nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun” un 18. maddesinin A bendinde “Firar halinde olup da yurt içinde bulunanlar bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay, yurt dışında bulunanlar ise bir yıl içinde resmi mercilere müracaatla teslim olmadıkları takdirde bu kanun hükümlerinden faydalanamazlar.” hükmüne yer verilmiştir.

30 Özek, Ç. (1959). s. 133; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2019). s. 710. TCK’nın 22. maddesinin altıncı fıkrasında “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün yargılama mercilerine verilen bir af yetkisi olduğunu söylemek güçtür, belli koşullarda failin cezasını ortadan kaldıran bir şahsi cezasızlık sebebi niteliğindedir. Bu ve benzeri hükümlerin adli af niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. Sözüer, A. (2001). s. 230.

31 Akbulut, İ. (1995). s. 448.

32 Palazzo, F. (2021). *Corso Di Diritto Penale Parte Generale*, Torino: G. Giappichelli Editore, s. 602.

33 Önder, A. (1992). 747; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). s. 775.

34 İçel, K. (2016). s. 754. Affın koşula bağlanmasıyla -kanunda affın reddedilebileceği yolunda açık hüküm bulunmasa dahi- kişiye koşulu yerine getirmemek suretiyle, dolaylı da olsa affı kabul etmeme yetkisi tanınmaktadır. Bkz. Keyman, S. (1965). s. 61; Sözüer, A. (2001). s. 226.

35 Keyman, S. (1965). s. 63.

Aftan faydalanmak için getirilen bu koşulun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi "Anayasa'nın, yasama organını, affın kapsamını belli etmeye, aftan yararlanmayı kimi koşulların gerçekleşmesine bağlı tutmaya yetkili kıldığını" belirterek teslim olma ve üç aylık süre koşullarının saptanmış olmasının Anayasa'ya aykırı yönünün olmadığına hükmetmiştir³⁶.

Ancak başka bir kararında Anayasa Mahkemesi, aftan yararlanmak için getirilen koşul hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmuştur. 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 9. bendinde; "Haklarında yakalama, tutuklama veya mahkûmiyet kararı bulunup da firar halinde olanlar bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde resmi mercilere başvurup teslim olmadıkları takdirde bu madde hükümlerinden yararlanamazlar." hükmüne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre "4616 sayılı Kanundan yararlanabileceklerin, haklarında verilen tutuklama veya yakalama kararlarından her zaman haberdar olamayabilecekleri gözetildiğinde, itiraza konu 9. bent ile öngörülen bir aylık süre, kişilerin af kanunu niteliğindeki 4616 sayılı Kanundan yararlanmalarına elverişli değildir ve bu nedenle Anayasa'ya aykırıdır."³⁷. Aslında bu kararda affın koşula bağlanamayacağına hükmedilmemiş, koşul hükmünün farklı yönlerden Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilmiştir. Nitekim yakın tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi, Anayasa koyucunun Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'nin genel ve özel af ilanına karar verme yetkisini bu af türlerinin koşullu veya koşulsuz olması yönünden sınırlandırmadığına ve TBMM'nin aftan yararlanmayı koşula bağlamasının önünde anayasal bir engel bulunmadığına hükmetmiştir³⁸.

Kural olarak af işlemi geri alınamaz³⁹. Bununla birlikte af işlemine bozucu koşul getirilmek suretiyle, dolaylı olarak af

36 AYM, E.1975/193, K.1976/16, 16/3/1976.

37 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

38 AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020, §§ 21.

39 Keyman, S. (1965). s. 53; Toroslu, N. (2012). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 459.

işleminin geri alınması sağlanabilir; mesela cezası affedilen kişinin belirlenen süre içinde yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi durumunda af işleminin ortadan kaldırılabileceği şeklindeki bir hükme af kanununda yer verilebilir⁴⁰. Ancak yasama organı, çıkaracağı yeni bir kanunla doğrudan af kanununu geri alamaz; böyle bir yolu tercih etmesi hâlinde Anayasa'ya aykırılık oluşacaktır. Zira sonradan af işleminin iptali, suç ve cezanın geçmişe yürütülmesi sonucunu doğurur. Bununla birlikte aftan yararlanması mümkün olmayan bir suçlunun sehven tahliyesine karar verilmişse yine yargı kararı ile kişinin cezaevine dönmesi mümkündür. Zira burada teknik olarak af işleminin geri alınması söz konusu değildir.

C. AFFİN ÇEŞİTLERİ

Af çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki düzenlemeler dikkate alındığında "yasama organı (TBMM) tarafından çıkarılan af" ile "yürütme organı (cumhurbaşkanı) tarafından çıkarılan af" şeklinde bir sınıflandırmaya gitmek mümkündür⁴¹. Ancak TCK'da, affa ilişkin yer verilen hükümlerde genel af-özel af kavramlarına yer verilmiş ve genel af-özel af ayrımı esas alınarak düzenleme yapılmıştır. Ayrıca Anayasa'da, af konusunun düzenlendiği maddelerde hem genel af hem de özel af kavramları kullanılmıştır.

Genel af-özel af⁴² ayrımı, affa uğrayan suçların veya aftan

40 Bkz. 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrası; 6352 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları. Her ne kadar ilgili kanunlar erteleme adı altından düzenlemiş olsa da bu kanunların nitelikleri itibarıyla af kanunu olduğunun kabulü gerekir.

41 Bkz. Zafer, H. (2015). *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 537. Fransa'da, özel af-genel af ayrımı değil af (L'amniste) ile bağışlama (grace) ayrımı yapıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Gözler, K. (2001). s. 300. Genel af çıkarma konusunda yetkili makamın politik rejimlere göre değiştiği belirtilmektedir: Liberal rejimlerde genel af çıkarma yetkisi parlamentoya aitken otoriter rejimlerde yürütme organının başı olan devlet başkanına aittir. Bkz. Soyaslan, D. (2001). s. 418.

42 Genel af yönünden tam genel af ile tam olmayan genel af ayrımı yapılmaktadır. Hüküm kesinleşmeden çıkarılan genel affa tam genel af, hükümden sonra çıkarılan genel affa ise tam olmayan genel af adı

yararlanan kişilerin sayısına göre değil affın sonuçlarına ve etkilerine göre yapılmaktadır⁴³. Mahkûmiyeti tüm sonuçları ile ortadan kaldıran ya da kamu davasını ortadan kaldırıran “genel af”, sadece cezaya tesir edene ise “özel af” denmektedir⁴⁴.

Genel af-özel af ayrımında affın kapsamına aldığı kişi sayısı önem taşımadığından bir kişi için bile genel af çıkarmak, bunun yanı sıra birden çok kişinin yararlanabileceği özel af kanunu çıkarmak mümkündür⁴⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir: 10/1/1966 tarihli ve 709 sayılı Kanun’la, 4 ay 21 gün ve 350 lira ağır para cezasına çarptırılan hükümlü hakkında verilen ceza affedilmiştir. İlgili Kanun’un 1. maddesinde, hükümlünün mahkûm edildiği cezalar sıralandıktan sonra hükümlü hakkında verilen bu cezaların bütün hukuki neticeleri ile affedildiği hüküm altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, çıkarılan Kanun’la tek bir kişi affedilmiş olsa da mahkûm hakkında verilen cezaların bütün hukuki neticelerinin kaldırılması hüküm altına alındığından Meclis tarafından çıkarılan bu Kanun’un genel af niteliğinde olduğuna hükmetmiştir⁴⁶.

Genel af da kendi içinde umumi genel af-kısmi genel af diye ayrılmaktadır: Umumi genel af, hiçbir ayırmadan bütün ya da daha fazla suç sınıfını içerir ve bu suç sınıfına giren bütün failleri ayırmadan affeder. Kısmi genel affta ise affa layık görülmeyen bir grup fail af kapsamı dışında tutulur⁴⁷. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu’nun 151/son maddesinde, af kanununun tekerrür hâlinde suç işleyenlere, itiyadı ve suç işlemeyi meslek edinen suçlulara uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁸. Bu ve benzeri hükümler, çıkarılan genel affı kısmi genel affa dönüştürmektedir.

verilmektedir. Bkz. Meray, S. (1944). s. 17; Bettiol, G. (1955). s. 13.

43 Toroslu, N. (2012). s. 458.

44 Keyman, S. (1965). s. 42.

45 Bkz. 23/2/1963 tarihli ve 218 sayılı Kanun, 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı Kanun.

46 AYM, E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966.

47 Özek, Ç. (1959). s. 148-149.

48 Pisapia, G. D. (1971). *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*, Akgüç, A. (Çev.), Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, s. 183-184: “Ancak çıkarılan af kanununda bunun aksini kabul etmek ve bu suçluların cezalarının da affedilmesi mümkündür.”; ayrıca bkz. Palazzo, F. (2021). s. 602.

Özel af, bireysel veya toplu olabilir. Bireysel özel afta, af kapsamına giren kişi veya kişiler ile suçları ve ne ölçüde affedildikleri açıkça gösterilir. Nitekim 19/4/1940 tarihli ve 3804 sayılı Kanun'la 1939 yılında yaşanan Erzincan depremi sırasında felakete uğrayanların kurtarılmasında görev alan mahkûmların aldığı cezaların beşte dördü ile haklarında hükmedilen para cezaları affedilmiştir⁴⁹. Bu Kanun sınırlı sayıda, birden çok kişiyi kapsamına alan bireysel özel af niteliğindedir. Toplu özel afta ise affın spesifik olarak hangi kişi veya toplulukları kapsadığı belirtilmez, affedilen cezalar ve türleri genel olarak gösterilir⁵⁰. Kişileri gözetmeden, verilen cezadan beş yıl indirileceği yönündeki kanuni düzenleme toplu özel af niteliğindedir⁵¹.

Genel af yetkisi çoğunlukla siyasi amaçlarla kullanılmaktayken bireysel özel af, merhamet duygularının sonucu olarak ortaya çıkan bir bağışlama işlemidir⁵². Aşağıda kısaca genel af ile özel affa ilişkin açıklama yapılacaktır.

1. Genel Af

a. Genel Affın Niteliği ve Sonuçları

TCK'nın 65. maddesinde belirtildiği üzere "*Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.*" Hatta genel af çıkarıldığında kapsamına aldığı dönemde işlenen fiiller yönünden soruşturma yapmak imkânsız hâle gelecek⁵³ ve kesinleşmiş hükümler dahi tamamen ortadan kalkacaktır⁵⁴.

Öğretide, genel af işleminin işlenen fiili suç olmaktan çı-

49 Bkz. Meray, S. (1944). s. 35.

50 Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 417-418.

51 Bkz. 23.2.1963 tarihli ve 218 sayılı Kanun.

52 Keyman, S. (1965). s. 76; Akbulut, İ. (1995). s. 458.

53 Affedilen fiilin hukuki vasıflandırılmasının değiştirilmesi suretiyle yeni bir hukuki vasıflandırmayla bile dava açılması mümkün değildir. Bkz. Soyaslan, D. (2001). s. 419.

54 Keyman, S. (1965). s. 46.

kardığı bazı yazarlarca ifade edilmektedir⁵⁵. Farklı düşüncede olan yazarlara göre ise genel af, fiilin suç oluşturma niteliğini ortadan kaldırmaz ve bu yönüyle beraat hükmü gibi bir etkiye sahip değildir; sadece ceza verme hakkını veya cezayı düşürür⁵⁶.

Genel affın gerçekleştirilen fiili hiç işlenmemiş hâle getirdiğini söylemek mümkün değildir⁵⁷. Her ne kadar suç ile maddi fiilin aynı şeyler olmadığı ifade edilse de⁵⁸ genel af kanunu ile suçun ortadan kalkması söz konusu değildir⁵⁹. Af işleminin belli bir dönemde işlenen suçlara karşılık gelen ceza kanunu maddelerinin geçici olarak yürürlükten kaldırdığı ve bu nedenle suçun da ortadan kalktığı görüşü de kabul edilemez⁶⁰. Af yetkisinin kullanılması, geçmişte işlenen ve suç teşkil eden fiillerin belli sebeplerden dolayı unutulmasıdır⁶¹. Ancak TCK'nın 65. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Hükmonulan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.*" ifadesindeki "*netice*" teriminin cezanın neticesi olarak değil mahkûmiyetin neticesi olarak anlaşılması gerektiği savunulursa⁶² TCK'daki bu düzenleme uyarınca genel af hâllerinde fiilin değil ama suçun ortadan kalktığı kabulü gerekir.

55 Meray, S. (1944). s. 20; Yüce, T. T. (1985). s. 190; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). s. 514; Soyaslan, D. (2001). s. 418.

56 Sözüer, A. (2001). s. 224; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). s. 775-776; İçel, K. (2016). s. 753; Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 400.

57 Bkz. Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 942.

58 Demirel, H. (1951). "Genel Affın Disiplin Cezalarına Tesiri", *Adalet Dergisi*, C. 42., S. 2., s. 288: "*Suç bir fiilin sadece vasfı, men edilmiş olma niteliğidir.*"

59 İtalyan Ceza Kanunu'nda suçun düşmesi tabirinin kullanılmasına ilişkin eleştiri ve ayrıntılı açıklama için bkz. Kunter, N. (1949). *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 256; ayrıca bkz. Özek, Ç. (1959). s. 141.

60 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 934; Gözler, K. (2001). s. 301.

61 Meray, S. (1944). s. 8; Keyman, S. (1965). s. 56.

62 Bkz. Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 935.

Genel af, kural olarak⁶³ güvenlik tedbirlerine etkili olmaz⁶⁴. Akıl hastaları ve çocuklar için uygulanan güvenlik tedbirlerinde failin tehlikeliliği esas alındığından ve ceza niteliği tali olduğundan bu tür güvenlik tedbirleri genel af kapsamında değildir⁶⁵. Bununla birlikte failin tehlikelilik hâlinin söz konusu olmadığı durumlarda affın güvenlik tedbirlerine etki etmesi gerekir⁶⁶. Nitekim genel af ilan edildiğinde müsadere kararı verilemeyeceği ve müsadere kararı verilmiş olsa bile müsadere kararının infaz edilemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁷. Ancak genel af ilan edilse bile üretilmesi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın müsadere edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır⁶⁸.

5237 sayılı TCK'nın 53 ila 60. maddelerinde, ceza olarak kabul edilmeyen tüm kurumlar güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmiş⁶⁹; 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde ek ceza olarak nitelendirilen kurumlardan bazıları da güvenlik tedbiri başlığı altında düzenlenmiştir. Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinde yer alan hak yoksunlukları, güvenlik tedbiri başlığı altında düzenlenmiş olsa da genel af hâlinde, hükmolunan cezanın tüm yasal sonuçları ortadan kalktığına göre asıl cezaya ek yaptırım görünümünde olan

63 Çıkarılan af kanunu ile güvenlik tedbirlerinin de kaldırılabilmesi ancak bunun için açık bir hükümle, güvenlik tedbirlerinin kaldırıldığının belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Soyaslan, D. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 589.

64 Yüce, T. T. (1985). s. 190; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2019). s. 711. Genel af, kolluk gücünün alabileceği önlemlere, mesela akıl hastası olan failin, zabıta tedbiri olarak bir akıl hastanesinde muhafaza ve tedavi altında bulundurulmasına engel teşkil etmez. Bkz. Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 409.

65 Bkz. Toroslu, N. (2012). s. 460: "alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlıları hakkında uygulanan tedbirler de devam eder." Farklı görüş için bkz. İçel, K. (2016). s. 755: "Genel af yasasında özel ayırık hüküm bulunmuyorsa, bir suçla bağlantılı olarak uygulanan tüm güvenlik tedbirlerinin de uygulanmasına son verilmesi gerekir."

66 Önder, A. (1992). s. 749.

67 Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). s. 776.

68 İçel, K. (2016). s. 755.

69 Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 412-413.

TCK'nın 53. maddesindeki hak yoksunlukları da ortadan kalkacaktır⁷⁰.

Derhâl beraat kararı verilmesi gereken durumlarda, genel af nedeniyle düşme kararı değil beraat kararı verilmesi gerekir⁷¹. Hangi hâllerde derhâl beraat kararı verileceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır⁷². Ayrıca aynı olayda hem zamanaşımı gerçekleşmiş hem de af söz konusu olmuş ise önceliğin zamanaşımı olduğu ve mahkemenin zamanaşımı nedeniyle düşme kararı vermesi gerektiği belirtilmektedir⁷³.

Anayasa ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, affa uğramış olsa bile belli suçların işlenmesinin milletvekili ya da devlet memuru olmayı engelleyeceğine ilişkin hükümler yer almaktadır⁷⁴. Bununla birlikte genel affın mahkûmiyetin tüm sonuçlarını ortadan kaldırması nedeniyle 1982 Anayasası'nda ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan ve milletvekili ile memur olmayı engelleyen bu yasadışı hükümlerini devre dışı bıraktığı ifade edilmektedir⁷⁵.

Mahkûmiyetten sonra ceza infaz edilirken çıkarılan genel

70 a.g.e. s. 413.

71 İçel, K. (2016). s. 754.

72 Yargıtay'a göre derhâl beraat kararı, sanığın eyleminin suç oluşturmaması veya yeni bir yasal düzenleme ile suç olmaktan çıkarılması gibi herhangi bir araştırmayı gerektirmeyen hâllerde verilebilir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.3.2014 tarihli ve 2014/140 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28/2/2012 tarihli ve 2012/65 sayılı kararı. Genel af hâlinde, suçun ortadan kalktığı kabulü hâlinde Yargıtay uygulaması göz önünde bulundurulduğunda düşme değil, beraat kararı verilmesi gerektiği savunulabilir.

73 Hakeri, H. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 725. Farklı görüş için bkz. Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 408: "*Genel af diğer düşme sebeplerinden, mesela zamanaşımı veya şikayetten vazgeçmeden önce göz önünde tutulacağından, olayda bu sebepler bulunsa bile hâkim genel af sebebiyle davanın ortadan kaldırılmasına karar vermelidir.*"

74 Bkz. Anayasa 76. madde; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 48/5. madde.

75 İçel, K. (2016). s. 755. Genel af hâlinde bile çeşitli hak mahrumiyetlerinin devam edeceğine ilişkin olarak Anayasa ve kanunlarda yer alan hükümlerin değiştirilmesi önerilmektedir. Bkz. Dursun, H. (2009). "Af Kavramına Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 22., S. 85., s. 398.

afta infaz edilmiş olan kısmın iade ve tazmini mümkün değildir⁷⁶. Nitekim TCK'nın 74. maddesinin birinci fıkrasında "Genel af, özel af ve şikayetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez." hükmü yer almaktadır.

Genel af hâllerinde, işlenen suçun sonucu ve mahkûmiyetin gereği olarak disiplin cezası verilmiş ise af ile birlikte bu disiplin cezası da ortadan kalkacaktır⁷⁷. Ancak disiplin cezası, işlenen suç nedeniyle verilen mahkûmiyet kararının bir neticesi olarak değil de işlenen fiilin başlı başına disiplin cezasını gerektirmesi nedeniyle verilmiş ise genel af bu cezaya etki etmez⁷⁸. Ancak çıkarılacak af kanununda yer verilen açık bir düzenleme ile bu türden disiplin cezaları da af kapsamına alınabilir⁷⁹.

Kişi işlediği suç nedeniyle memuriyetten çıkarılmışsa genel af hâllerinde memuriyetine engel bu suçun hukuki neticeleri de ortadan kalkar ancak bu durum kişinin kendiliğinden memuriyete döneceği anlamına gelmez⁸⁰; kişi, sadece yeniden memur olma hakkını elde etmiş olur⁸¹.

Af, gerçekleştiren fiili ortadan kaldırmadığından kişisel haklara etki etmez; kişi, maruz kaldığı fiil nedeniyle oluşan zararın tazminini hukuk mahkemelerinde dava açmak suretiyle aftan faydalanan failden talep edebilir⁸². Nitekim TCK'nın 74.

76 Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 411.

77 İçel, K. (2016). s. 756.

78 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 938.

79 Önder, A. (1992). s. 748.

80 Farklı görüş için bkz. Dursun, H. (2009). s. 392: "Kişi, cezai mahkûmiyet yüzünden memurluktan çıkarılmışsa genel afa bütün ehliyetsizlikler ortadan kalkacağından kişinin memurluğa geri dönmesi sağlanır."

81 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 936; Toroslu, N. (2012). s. 460. Memur yerinden göreve dönme talebinde bulunduğu, idarenin memuru alıp almamakta serbest olduğu, af işleminin idareyi zorlayamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 396.

82 Önder, A. (1992). s. 748-749. Çıkarılan af kanununda, hazinenin doğan zararının tazmininden vazgeçildiği belirtilebilir ancak hazinenin alacaklarından vazgeçmesi teknik olarak af değil ibra ya da sulh olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 398

maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında “*Kamu davasının ve cezanın düşmesinin, şahsi haklar ile tazminat taleplerini etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.*”

b. Genel Affı Reddetme Hakkına İlişkin Değerlendirme

Mahkûmiyet kararı henüz kesinleşmeden çıkarılan genel affın sanık tarafından reddedilmesinin mümkün olması gerektiği savunulsa da⁸³ hüküm kesinleştikten sonra çıkarılan genel af⁸⁴ ile verilen cezanın infazına etki eden özel affın hükümlü tarafından reddedilmesinin mümkün olmaması gerekir⁸⁵. Zira bireylerin affedilen cezalarının infaz edilmesine yönelik hakları bulunmamaktadır⁸⁶.

Ceza yargılaması henüz sonuçlanmadan çıkarılan genel aflarda bireylere affı reddetme hakkı tanınmalıdır⁸⁷. Bu lekelenme hakkının bir gereğidir. TCK’da affın reddedilebileceği yönünde açık bir düzenleme yer almadığından kural olarak affı reddetmek mümkün değildir⁸⁸, bununla birlikte çıkarılan af kanununda sanıklara affı reddetme yetkisi tanınabilir. Nitekim geçmişte böyle bir örneğe rastlanmıştır⁸⁹. Affı reddetme

83 Soyaslan, D. (2001). s. 421; Sözüer, A. (2001). s. 224; İçel, K. (2016). s. 753. Farklı görüş için bkz. Zafer, H. (2015). s. 538: “*İster genel af niteliğinde olsun ister özel af niteliğinde olsun, af kanununda aksine bir hüküm yoksa sanık ya da hükümlünün, affı kabul etmemek şeklinde bir hakkı yoktur.*”

84 Hatta genel af ile kesinleşmiş bir mahkûmiyetin tüm neticeleri ortadan kaldırılmış ise yargılamanın yenilenmesinin dahi talep edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Taner, T. (1953). s. 668; Keyman, S. (1965). s. 103.

85 Meray, S. (1944). s. 48; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). s. 773.

86 Önder, A. (1992). s. 746; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2013). s. 517.

87 Özek, Ç. (1959). s. 171. Hem hukuk devleti hem de insan haklarına saygılı devlet olmanın bir gereği olarak affı reddetme ve aklanma imkânının verilmesi gerektiği, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin affı reddetmede dayanak kural olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Döner, A. (2008). s. 38.

88 Toroslu, N. (2012). s. 458.

89 26.10.1960 tarih ve 113 sayılı Af Kanunu’nun 1/A maddesinde “*Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların affı kabul etmemeye hakları vardır. Bu hakkını kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında tahkikat ve takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz.*” hükmüne yer verilmiştir. Kanun ve ilgili madde içeriği için bkz. Sözüer, A. (2001). s. 225.

yetkisi tanındığında affı reddeden sanık hakkında yargılama devam eder; yargılama sonucunda, öngörülenin aksine sanık hakkında mahkûmiyet kararı verildiği durumlarda dahi sanığın aftan yararlandırılması gerekir⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, affı reddetme hakkının tanınmamasının Anayasa'ya uygun olmaya-bileceğini dolaylı da olsa ifade etmiştir: 4616 sayılı Kanununun 1. maddesinin 6. bendinde “*Daha önce şartlı salıverme hükümlerinden yararlandığı halde yeniden suç işleyerek hüküm giyenler ile daha önce çıkarılmış bir aftan yararlananlar, af niteliğindeki hükümlerden yararlanamaz.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Şartla salıverme hükümlerinden yararlananlar bakımından ayrıca yeniden suç işleyerek hüküm giyme koşulu aranırken daha önce çıkarılmış aftan yararlananlar, doğrudan 4616 sayılı Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesi ilgili hükümde, hakkında mahkûmiyet kararı olmaksızın ve kendilerine affı reddetme hakkı da tanınmaksızın daha önce çıkarılmış bir aftan yararlananların beraat etme olasılıkları gözletilmediğinden Anayasa'ya aykırılık tespitinde bulunmuştur⁹¹.

2. Özel Af

a. Özel Affın Niteliği ve Sonuçları

TCK'nın 65. maddesinin ikinci fıkrasında “*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden çıkan sonuca göre özel af, sadece cezayı kaldırmakta veya azaltmakta ya da değiştirmektedir⁹². Özel affın mahkemelerce verilecek mahkûmiyet kararlarına etkisi bulunmamaktadır, bu nedenle özel affa rağmen kamu davasının açılması, aftan önce açılmış

90 Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2013). s. 517.

91 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

92 Taner, T. (1953). s. 661; Keyman, S. (1965). s. 44-45; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2013). s. 518. Ancak cezanın değiştirilmesi ile birlikte yeni bir ceza türü yaratılamaz. Bkz. Önder, A. (1992). s. 750.

ise davaya devam edilmesi ve kesin hükme bağlanması gerekir⁹³.

Özel affın güvenlik tedbirlerine etki etmemesi gerekir⁹⁴. Bununla birlikte özel af kanununda, açıkça güvenlik tedbirlerinin de infaz edilmeyeceği gösterilebilir⁹⁵. Ayrıca özel affın sadece hapis cezaları için geçerli olduğu ve adli para cezalarını etkilemediği ifade edilmektedir⁹⁶.

TCK'nın 65. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda, trafik kazası sonucu taksirli yaralamaya veya ölüme neden olma suçlarından hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve TCK'nın 53/6. maddesi uyarınca ehliyetine el konulan kişinin hapis cezası, özel affa uğramış olsa bile ehliyete el konulması şeklindeki güvenlik tedbiri varlığını sürdürecektir⁹⁷.

Özel af, şarta bağlı olarak çıkarılabilir⁹⁸. Yukarıda "Genel Af" başlığı altında açıklandığı üzere hükümlülerin kural olarak özel affı reddetme, başka bir ifade ile affedilen cezalarının infaz edilmesini talep etme hakları bulunmamaktadır⁹⁹. Ancak özel af şarta bağlanmış ise şartı yerine getirmemek suretiyle özel affı reddetmek mümkün olabilir. Ayrıca özel affa cezası kaldırılan, değiştirilen ya da hafifletilen kişinin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle suçsuz oldu-

93 Toroslu, N. (2012). s. 461; Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 415.

94 Keyman, S. (1965). s. 116; Önder, A. (1992). s. 750; Demirbaş, T. (2012). s. 695.

95 Can, S. (2016). "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., s. 1310.

96 Toroslu, N. (2012). s. 458; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2019). s. 712; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). s. 943.

97 Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2019). s. 712.

98 Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). s. 515.

99 Özel affın reddedilmesinin mümkün kılınması gerektiğini gösteren tarihi olay için bkz. Soyaslan, D. (2001). s. 427: "*Fransa'da ölüme mahkûm olan bir askerın cezası müebbet küreğe çevriliyor. Müebbet kürekle birlikte rütbeleri de alınıyor. Oysa ölüm cezasına bağlı olarak rütbe kaybı yok idi. Başvuruyu yapan askere göre onurlu olmak yaşamaktan daha önemli idi. Başvuru reddedilmiştir.*"

ğunu kanıtlama hakkı devam etmektedir¹⁰⁰.

Cezanın infazına başlanmamış ve ceza zamanaşımı süresi dolmuş ise özel af yetkisinin konusuz kaldığı kabul edilmelidir¹⁰¹. Ertelenmiş cezaların özel affa tabi tutulamayacağı ifade edilmektedir¹⁰².

Özel affın disiplin cezalarına etkisi bulunmamaktadır¹⁰³. Yeniden suç işlenmesi hallerinde özel affa uğrayan suç teker-rüre esas alınabilir ve ertelemeye engel teşkil eder¹⁰⁴.

b. Cumhurbaşkanının Bireysel Özel Af Yetkisi

Anayasa'nın 104. maddesinin on altıncı fıkrasında "*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak*" yönünden cumhurbaşkanına yetki verilmiştir. Yasama organının çıkaracağı affın kanunlaşma sürecinin uzun olması ve yürütme organının sürati ile özel affın niteliği göz önünde bulundurularak bazı şahsi sebeplerin varlığı hâlinde cumhurbaşkanına bireysel özel af yetkisi tanınmıştır¹⁰⁵.

Anayasa'da, cumhurbaşkanının özel af yetkisini kullanımı sebep yönünden sınırlandırılmıştır¹⁰⁶. Sadece sürekli hastalık, sakatlık ve kocama hâllerinde cumhurbaşkanı bu yetkisini kullanabilir; bu sebeplerin kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir¹⁰⁷.

100 Keyman, S. (1965). s. 114.

101 Erem, F., Danuşman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 955.

102 Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 421.

103 a.g.e. s. 418.

104 Hakeri, H. (2016). s. 726.

105 Özek, Ç. (1959). s. 128.

106 Keyman, S. (1965). s. 69; Armağan, S. (2001). "Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 358: "TBMM tarafından çıkarılacak af kanunu sebep yönünden sınırlandırılmamıştır." Anayasa'da, cumhurbaşkanının kullandığı bireysel özel af yetkisine sebep yönünden getirilen bu sınırlandırma eleştirilmektedir. Bkz. Gözler, K. (2001). s. 328.

107 Keyman, S. (1965). s. 94: "Örneğin hükümlünün fakir olması ve ailesinin maddi zorluk içinde bulunması, af yetkisinin kullanılabilceği şahsi bir sebep teşkil etmez."; ayrıca bkz. Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). s. 943.

Cumhurbaşkanının özel af yetkisini kullanabilmesi için kişi hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir¹⁰⁸, devam eden bir soruşturma ya da kovuşturma dosyasının cumhurbaşkanı tarafından ortadan kaldırılması mümkün değildir¹⁰⁹.

Hükümlü konumundaki kişide sürekli hastalık, sakatlık ve kocama hâllerinden birinin bulunması zorunlu olarak af yetkisinin kullanılması gerektiği şeklinde bir sonuç doğurmaz; sebepler var olsa da özel af yetkisinin kullanılıp kullanılmaması cumhurbaşkanının takdirindedir¹¹⁰. Ayrıca cumhurbaşkanının bireysel özel af yetkisini kullanmasında kamu yararının gözetilmesi gerektiği de belirtilmektedir¹¹¹.

Cumhurbaşkanının kullanmış olduğu bireysel özel af yetkisi, yasama organınca çıkartılan bireysel ya da toplu özel af işlemi gibi sonuç doğurur; cumhurbaşkanının hapis cezasını kaldırdığı durumlarda mahkûmiyet kararı, cezanın infaz kurumunda çektirilmesi haricinde tüm sonuçları ile varlığını sürdürür¹¹²; bir başka ifadeyle TCK 51. maddesi kapsamında cezanın infazının ertelenmesine ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel teşkil etmeye devam eder ve tekerrüre esas alınabilir.

108 Meray, S. (1944). s. 38; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M.E. ve Çakır, K. (2017). s. 944.

109 Bkz. AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020, § 8. Bir mahkûmiyetin haksız olduğu düşünülüyorsa; bireysel özel aftan ziyade, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması gerekir. Bkz. Özek, Ç. (1959). s. 137.

110 Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). s. 943. Bununla birlikte cumhurbaşkanının takdirinin sınırsız olmadığı ifade edilmektedir; nitekim toplumda genel bir nefret uyandırmış bir olayın suçlusunun hastalığı çok ağır olsa da, cumhurbaşkanı böyle bir durumda bireysel af yetkisini kullanmamalıdır. Bkz. Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 950.

111 Soyaslan, D. (2001). s. 425.

112 Dolayısıyla cumhurbaşkanının bir kişi hakkında mahkûmiyetin tüm sonuçlarını ortadan kaldırarak biçimde genel af çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. Altunkaş, A. (2023). "Türk Ceza Hukukunda Af", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 36., S. 166., s. 31.

Anayasa'da, cumhurbaşkanına cezayı hafifletme¹¹³ veya kaldırma yetkisi verilmiştir; ancak bu yetkilere sahip olan bir makamın hapis cezasını başka bir cezaya çevirme yetkisinin de olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁴. Farklı bir görüşe göre ise, cumhurbaşkanı kesinleşmiş cezayı kaldırabilir veya azaltabilir ancak adli para cezasına çeviremez¹¹⁵. Ayrıca cumhurbaşkanının kişi hakkında hükmedilen güvenlik tedbiri kararını kaldıramayacağı ifade edilmektedir¹¹⁶.

2017 yılında Anayasa'nın 125/2. maddesinde yapılan 6771 sayılı değişiklik ile cumhurbaşkanının yapacağı işlemleri yargı denetimi dışında bırakan düzenleme, madde metninde çıkarılmak suretiyle cumhurbaşkanının ilan edeceği bireysel özel af kararları yönünden yargı yolu açılmıştır¹¹⁷.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetleyebilmektedir¹¹⁸. Bu durumda cumhurbaşkanının bireysel özel af kararı sebep, amaç, konu ve şekil unsurları yönünden Danıştay tarafından denetlenecektir.

113 Cezayı hafifletmek ifadesine cezanın infazını hafifletmek anlamı vermenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 954.

114 Centel N., Zafer H. ve Çakmut, Ö. (2020). s. 780; Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, aynı görüşü paylaşmıştır. Bkz. AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020, § 11.

115 Toroslu, N. (2012). s. 459; İçel, K. (2016). s. 757.

116 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 953.

117 Altunkaş, A. (2023). s. 31. Cumhurbaşkanı tarafından kullanılan af yetkisi, cumhurbaşkanı kararı ile kullanılmaktaydı ve bu karar tek başına cumhurbaşkanı tarafından alındığından yargı denetimi dışındaydı (Bkz. 6771 sayılı Kanun değişikliğinden önceki Anayasa'nın 125/2. maddesi). Bu nedenle Anayasa'da belirtilen sebepleri taşımayan, başka bir ifade ile sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebepleri dışında bir nedenle kişilerin affedildiği durumlarda bu işlemin yargısal denetiminin yapılamayacağı ifade edilmekteydi. Bkz. Armağan, S. (2001). s. 359.

118 Bkz. Anayasa 148/1. madde.

D. BELLİ SUÇ ile SUÇLULARIN MUTLAK ŞEKİLDE AF KAPSAMI DIŞINDA TUTULUP TUTULAMAYACAĞINA İLİŞKİN TARTIŞMA

Genel ya da özel af çıkarma yetkisine sahip makamın Anayasa'nın çizdiği sınırlara bağlı kalmak koşuluyla, şartları ve konusu yönünden affın kapsamını serbestçe belirleyebilmesine “*affın sınırsızlığı*” ilkesi adı verilmektedir¹¹⁹. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki hükümler dikkate alındığında af yetkisi, orman suçları haricinde konusu yönünden sınırsızdır¹²⁰. Ancak Anayasa'da yer alan milletvekillerinin ve cumhurbaşkanının yeminleri (1982 Anayasası madde 81 ile 103) göz önünde bulundurulduğunda af yetkisi kullanılırken ortaya çıkabilecek sonuçların toplumun huzurunu ve refahını, Türk milletinin dayanışma ve adalet anlayışı içinde yaşamasını zedelememesi gerektiği ifade edilmektedir¹²¹. Ayrıca Anayasa'nın başlangıç hükümleri ile diğer bazı hükümlerin af yetkisini kullanırken ilgili makamların takdir yetkisini sınırlandırdığı ve bu bağlamda af kanunu çıkarılırken suç mağdurlarının da göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir¹²². Af yetkisini sınırlayan bir başka nedenin mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi olduğu ifade edilmektedir: Af kanunu çıkararak Meclisin bir üst mahkeme gibi hareket ederek yargı mercilerinden verilen ve kesinleşen kararları tartışmak ve kontrol konusu yapmak suretiyle af yetkisini kullanması doğru değildir¹²³.

1982 Anayasası'nda yapılan 3.10.2001 tarihli değişiklikten önce Anayasa'nın 14. maddesindeki fiillerden hüküm giyen-

119 Arslan, U. (2022). *Türk Af Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 87; Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 392.

120 Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 392. Affın konusu yönünden getirilen bu sınırlamanın cumhurbaşkanına ait bireysel af yetkisi bakımından geçerli olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Sözüer, A. (2001). s. 239; Döner, A. (2008). s. 41-42. Böyle bir kabul halinde cumhurbaşkanı, orman suçu işleyenler dâhil bütün suçlular hakkında bireysel özel af yetkisini kullanabilecektir.

121 Armağan, S. (2001). s. 348.

122 a.g.e. s. 355-357.

123 Keyman, S. (1965). s. 5.

lerin af kapsamı dışında tutulacağına ilişkin Anayasa'da kısıtlayıcı bir hüküm yer almaktaydı. Bu hüküm nedeniyle hem terör suçları yönünden hem de siyasi suçlar yönünden af çıkarılamayacağı ifade edilmekteydi¹²⁴. Anayasa değişikliği ile bu sınırlama kaldırılmış, bunun yerine af kanununun çıkarılmasında nitelikli çoğunluğun aranacağına ilişkin hüküm getirilmiştir (Bkz. 1982 Anayasası madde 87/1).

Mükerrer ya da itiyadı suçluların affedilmesine yönelik af kanunları çıkarılmamalıdır¹²⁵. Ancak ne 1982 Anayasası'nda ne de TCK'da af kanunlarının kişilere uygulanması yönünden bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle af kanunu çıkarıldığında kural olarak ilgili kanun mükerrerlere, itiyadı suçlulara ya da suçu meslek edinen kişilere de uygulanacaktır. Uygulanması istenmiyorsa, af kanununda açıkça bu sınırlandırma ya yer verilmelidir¹²⁶.

Yüce Divan tarafından mahkûm edilenlerin cumhurbaşkanı tarafından affedilemeyeceğine ilişkin olarak 1924 Anayasası'nda hüküm bulunmaktaydı. Bu hükmün amacı Yüce Divan tarafından mahkûm edilenlerin cumhurbaşkanı tarafından kurtarılacağı ümidinin Meclisin bakanlar üzerindeki denetimini zayıflatacağına ilişkin endişeydi¹²⁷. Hem 1982 Anayasası'nda hem de 5237 sayılı Kanun'da böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

II.AF KANUNLARININ ANAYASA'YA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

A. AF KANUNLARININ ÖZELLİKLERİ

Türkiye'de diğer birçok ülkede olduğu gibi genel af çıkar-

124 Zafer, H. (1999). *Ceza Hukukunda Terörizm*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 162.

125 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 933.

126 Sözüer, A. (2001). s. 241: "*Aftan yararlanma, failin daha önce hiç suç işlememesi ya da mükerrir olmaması koşuluna bağlanabilir.*"

127 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 953. Amerikan Anayasası'na göre Başkan, "*impeachment*" usulüyle mahkûm olanlar hakkında bağışlama ve erteleme yetkisini kullanamaz. Bkz. Amerikan Anayasası madde 2, bölüm 2, fıkra 1; bahseden Gözler, K. (2001). s. 307.

ma yetkisi TBMM'ye aittir. Nasıl ki bir kanunla suç ve ceza yaratılabiliyorsa işlenen bir suçun mahkûmiyetinden kaynaklanan sonuçlar, ancak bir kanunla ortadan kaldırılabilecektir¹²⁸. Anayasa'da TBMM'ye, bireysel ya da toplu özel af çıkarma yetkisi de tanınmıştır¹²⁹ ve bu yetki kanunla kullanılmaktadır.

TBMM'nin yetkilerinin düzenlendiği, Anayasa'nın 87. maddesinde, "*genel ve özel affa karar vermek*" ifadesi kullanılsa da bu yetkinin parlamento kararı şeklinde değil kanun yapma usulünce kullanılması gerekir¹³⁰. Bu nedenle "*af ilan edilmesi*" ya da "*affa karar verilmesi*" tabirlerinden çok "*af kanununun çıkarılması*" tabiri daha doğrudur¹³¹.

Yasama Meclisince çıkarılan kanunların uygulanması genellikle geleceğe yöneliktir. Ancak genelden farklı olarak genel ya da özel af kanunlarının uygulanması geçmişe yöneliktir ve geçici kanun niteliğindedir¹³². Geleceğe yönelik bir af kanunu çıkarılabileceği düşünülemez zira böyle bir durumda kişiler suç işlemeye teşvik edilmiş olur.

TCK'da, af çıkarıldığı durumlarda ne gibi neticelerin ve etkilerin doğacağı hüküm altına alınmış ise de bu düzenlemeler af yetkisini kullanan yasama organını bağlamayacaktır. Zira kanunla yasama organının yetkisi sınırlandırılmaz, affın belli sonuçlar doğurması ve bu sonuçların da kanun koyucu tarafından değiştirilmemesi isteniyorsa ceza kanunundaki hükümlerin esasında Anayasa'da yer alması gerekir¹³³. Örneğin TCK'nın 65/3. maddesinde "*özel affa rağmen, cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının etkisini devam ettireceği*" belirtilmiştir. Çıkarılan özel af kanunu ile bunun aksi kararlaştırılabilir; sonraki ve özel kanun niteliğinde olması nedeniyle af kanunu TCK'ya göre öncelikli uygulanacaktır.

128 Gözler, K. (2001). s. 304; ayrıca bkz. Bettiol, G. (1955). s. 12: "*Genel af, yürürlüğe girmeden önce işlenmiş olan filler yönünden ceza kanununun uygulanmamasını sonuçlar ve bu yüzden kanun olarak düzenlemesi gerekir.*"

129 Bkz. Anayasa 87. madde.

130 Gözler, K. (2001). s. 301.

131 Armağan, S. (2001). s. 350.

132 Meray, S. (1944). s. 17.

133 Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). s. 515.

Af kanunlarının kesinleşmiş mahkeme kararlarının değiştirilmesi yasağının ve kesinleşmiş kararın aynısının uygulanması zorunluluğunun Anayasa'da öngörülen istisnaları olduğu¹³⁴, istisnai kanun niteliğinde olması nedeniyle af kanunlarının dar biçimde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁵. Kıyas yoluyla af kanununun kapsamı genişletilmemelidir¹³⁶.

Af kanunu, kural olarak yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçmişe doğru etki gösterir. Ancak kanun koyucular, genellikle affın etki göstereceği tarihi daha geriye çekip zamansal olarak sınır getirmektedir; bundaki amaç af kanunu çıkacağına dair söylentilerin bazı kimseleri suç işlemeye yöneltmesinin engellenmesidir¹³⁷. Bu tarihin genellikle af kanunu teklifinde bulunan grup tarafından af söyleminin ilk olarak dile getirildiği tarih olarak belirlendiği ifade edilmektedir¹³⁸.

Af kanunlarının etkisini, yürürlüğe girdiği tarihte değil daha önceki bir tarihten itibaren göstermesinin Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülebilir zira kanunlar kural olarak yürürlüğe girdiği tarihten itibaren etki ve sonuç doğurur. Anayasa Mahkemesine göre kanunların uygulanma tarihinin saptanmasında kanun koyucunun anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla takdir hakkının olduğunun kabulü gerekir. Kanunlaşma sürecinin uzun olması ve bu sürece güvenen kimi bireylerin suç işleme olasılığı dikkate alındığında kanunun yü-

134 Araç, İ. ve Erikli, H. (2006). "Anayasa'nın 87'nci Maddesine Göre Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranması Gereken Af Kanunları", *Yasama Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 28. Af yetkisinin kaynağı Anayasa olduğundan, bu yetkinin kullanılmasının mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile çelişmeyecektir. Bkz. Keyman, S. (1965). s. 2.

135 Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 395; ayrıca bkz. Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). s. 514: "Kısmı af öngören kanunlar, dar yorumlanmalıdır."

136 Keyman, S. (1965). s. 135.

137 a.g.e. s. 405.

138 Sözüer, A. (2001). s. 243; Soyaslan, D. (2001). s. 428: "Af kanunu, af söylentilerinin hükümet ve parlamento çevrelerinde dolaşmaya başladığı andan önceki tarihleri kapsamalıdır." İtalyan Anayasası'nın 1992 yılında değişikliğe uğrayan 79. maddesine göre, af kanunu, af tasarısının sunulmasından sonra işlenen suçlara uygulanamaz; bu yönüyle kanun koyucunun af yetkisine sınırlama getirildiğini söylemek mümkündür. Bkz. Palazzo, F. (2021). s. 600.

rürlük tarihinin geçmişteki bir tarih olarak belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı değildir¹³⁹.

Af kanununda affa tabi olan fiiller “*hukuki nitelikleri itibariyle*”, “*kanun hükümlerinin gösterilmesi suretiyle*”, “*belirli bir cezayı gerektirmeleri itibariyle*” veya “*belirli bir suç kategorisi gösterilmek suretiyle*” belirlenebilecektir¹⁴⁰. Genel kanunda yer alan belli suçlar için çıkarılan genel affın özel kanunlarda yer alan aynı türden suçları kapsamaz¹⁴¹. Bu bağlamda TCK’da düzenlenen zimmet suçu yönünden af kanunu çıkarılması, Askerî Ceza Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçunun da af kapsamında olduğu sonucunu doğurmaz.

B. AF KANUNLARININ ESAS VE ŞEKİL BAKIMINDAN ANAYASA’YA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

Anayasa’nın üstünlüğü ilkesini geçerli kılabilmek için ilk olarak 1961 Anayasası’nda yer verilen düzenlemeyle birlikte Anayasa Mahkemesi faaliyete geçmiştir. Hem 1961 Anayasası’nda hem 1982 Anayasası’nda kanunların esas ve şekil bakımından Anayasa’ya uygun olup olmadığını denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

1982 Anayasası’nda, kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetiminde iki farklı yol öngörülmüştür: İlkinde belli makamlar, kanun yürürlüğe girdikten sonra Anayasa’da belirtilen süre içinde kanunun hem esas hem de şekil yönünden Anayasa’ya aykırı olduğu iddiası ile iptalini isteyebilmektedir; diğer yol ise önüne gelen uyuşmazlıkta kanunu uygulayan mahkeme, kanun hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatine varırsa “*itiraz yolu*” ile kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir¹⁴². Bir kanunun esas bakı-

139 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

140 Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 401. Bir suç hakkında çıkarılan genel af, o suçun teşebbüs derecesinde kalmış şekillerini de kapsar. Bkz. a.g.e. s. 404.

141 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 935; Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 402

142 Bkz. Anayasa 148. madde.

mundan Anayasa'ya aykırı olduğunu, "itiraz yoluyla" Anayasa Mahkemesinin önüne taşımak mümkünse de "itiraz yoluyla" şekli aykırılık iddiasında bulunmak mümkün değildir¹⁴³. Bununla birlikte soyut norm denetimi yoluyla af kanunları, hem esas hem de şekil bakımından Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulabilmektedir.

Anayasa yargısında kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetiminin üç evreli faaliyetten oluştuğu ifade edilmektedir: İlk evrede hangi kuralların hangi yönlerden Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulacağı belirlenir, ikinci evrede denetlemede kullanılacak ölçü norm ya da normlar tespit edilir¹⁴⁴ ve son evrede iki normun karşılaştırılması suretiyle Anayasa'ya aykırılık olup olmadığı saptanır¹⁴⁵.

1. Af Kanununun Esas Bakımından Denetimi

Bir af kanunu içeriğinin Anayasa'daki normlarla çatışıp çatışmadığına ilişkin incelenmesi esas bakımından denetimi oluşturmaktadır¹⁴⁶. Kanunların esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetimini yaparken Anayasa Mahkemesi, sadece hukukilik denetimi yapabilir; kanunun ülke koşullarına ya da ekonomik gerekliliklere uygun olup olmadığı gibi yerindelik yönünden denetim yapamaz¹⁴⁷.

143 1961 Anayasası döneminde kanunların Anayasa'ya şekli aykırılıklarının itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi mümkünken 1982 Anayasası'nda bu yasaklanmıştır. Bkz. Onar, E. (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara, s. 159.

144 Bir af kanununun, Anayasa'ya aykırı olup olmadığının denetiminde, Anayasa'daki hükümler ölçü norm olarak kullanılacaktır. Ancak bazı ülkelerde, yargı kararıyla, Anayasa'nın açık hükümleri dışında ölçü normların oluşturulduğu gözlemlenebilmektedir. Bkz. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 503; Öden, M. (2023). *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 228. Anayasa'ya uygunluk denetiminde kullanılan ölçü normların tümüne "anayasalık bloku" adı verilmektedir. Bkz. Özbudun, E. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 396.

145 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 502-503.

146 Özbudun, E. (2021). s. 401.

147 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 546.

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun esas bakımından denetiminde kamu hukukunda idari işlemlerin denetiminde kullanılan usule paralel olarak "sebebe", "amaç" ve "konu" şeklinde bir ayrıma gidilebilir¹⁴⁸. Aşağıda bu sınıflandırma doğrultusunda açıklama yapılacaktır.

a. Af Kanununun Sebep Unsuru Bakımından Denetimi

Bir kanunun sebep unsuru, kanunun çıkarılmasında rol oynayan etkenler olarak tanımlanabilir¹⁴⁹. Anayasa'da açıkça sebep unsuru yönünden bir sınırlama yoksa bir kanunun çıkarılmasındaki sebepler yasama organının takdirine girmektedir¹⁵⁰. Anayasa Mahkemesinin bu sebeplerin yerinde olup olmadığına ilişkin bir denetimi, hukuki denetimden çıkıp yerindelik denetimi yapıldığı anlamı taşıyacaktır¹⁵¹.

1982 Anayasası'nda, cumhurbaşkanına tanınan bireysel af yetkisinin kullanımında sebep unsuru yönünden bir sınırlama getirilmişken TBMM'nin bir kanunla kullanabileceği genel ve özel af yetkisinde sebep unsuru yönünden bir sınırlama mevcut değildir¹⁵².

Yukarıda af yetkisinin kullanılmasının lehinde olan görüşlerden bahsedildi. Bu görüşlerden çıkan sonuç, af yetkisinin sadece belli sebeplerin ve toplumsal koşulların varlığı hâlinde kullanılmasının uygun olacaktır. Ancak affın sadece belli koşullarda çıkarılması gerekliliği, af kanunu çıkaran Meclisi siyasi olarak sınırlasa da hukuki olarak sınırlamamaktadır. Çünkü af yetkisini kullanan makam olan Meclis, bu yetkiyi kullanırken meşruiyetini Anayasa'dan almaktadır ve hem genel af hem de özel af kanunu çıkarılmasında sebep yönün-

148 Esas bakımından Anayasa'ya aykırılığın sebep, amaç ve konu unsurları dikkate alarak saptanmasının, çoğunluğun siyasi tercihlerinin, anayasal sınırlarını belirleyebilme açısından yararlı olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Teziç, E. (2021). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 233.

149 Özbudun, E. (2021). s. 401; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 546; Teziç, E. (2021). s. 233.

150 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 546.

151 Özbudun, E. (2021). s. 401.

152 Erem, F., Danışman, A. ve Artuk, M. E. (1997). s. 948.

den Anayasa'da bir sınırlama bulunmamaktadır. Af kanunu çıkaran Meclisteki nitelikli çoğunluğun iradesi, ilgili kanunun sebep unsurunu serbestçe tayin edebilecektir. Bu nedenle bir af kanununun sebep unsuru bakımından Anayasa'ya uygun olmadığı gerekçesi ile iptal edilmesi hukuken mümkün görünmemektedir. Toplumda huzursuzluğun bulunması ya da cezaevindeki doluluğun azaltılması gibi sebeplerle çıkarılan bir af kanununda Anayasa Mahkemesi, gerçekten toplumda bir huzursuzluk olup olmadığını ya da cezaevlerinin haddinden fazla dolu olup olmadığını denetleyemez; kaldı ki bunların tespiti teknik konulardır ve sadece hukukilik denetimi yapmaya yetkili olan Anayasa Mahkemesinin bu hususlarda denetim yapması, yerindelik denetimi yapmış olması sonucunu doğurur¹⁵³.

b. Af Kanununun Amaç Unsuru Bakımından Denetimi

Bir kanunun amaç unsuru, o kanunla ulaşılmak istenen nihai sonuçtur¹⁵⁴. Kanunun çıkarıldığı sırada mevcut olması gereken amaç, Anayasa'da özel olarak belirtilmiş olabilir¹⁵⁵. Anayasa'da bir kanunun yönelmesi gereken özel amaç belirtilmemişse yasama organının takdir yetkisinin tek sınırının "kamu yararı" olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁶. Bütün kamu işlemleri gibi kanunların amacı da kamu yararının gerçekleşmesini sağlamaktır¹⁵⁷.

153 Kanunun dayanması gereken sebep unsuru, Anayasa'da açıkça belirtilmemiş ise, Anayasa Mahkemesinin kanunları, sebep unsuru yönünden denetleyemeyeceği ve hangi sebep ya da etkenle çıkarıldığını araştıramayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Gözler, K. (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 1259; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 547.

154 Gözler, K. (2021). s. 1259; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 547.

155 Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'nın 14. maddesinde, amaç unsuru yönünden özel sınırlandırmaların getirildiğini söylemek mümkündür. Anayasa'da tanınan temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini ya da Anayasa'da belirtilenden daha geniş sınırlandırılmasını amaçlayan bir kanun çıkarılması Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bkz. Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrası.

156 Özbudun, E. (2021). s. 402.

157 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 547.

Bir af kanununun yönelmesi gereken nihai amaç da kamu yararı olmalıdır. Bununla birlikte kamu yararını kesin bir biçimde tanımlamak ve bir kanunun kamu yararına olup olmadığını değerlendirmek oldukça zordur zira kamu yararı kavramı, içinde bulunan şartlara ve döneme göre değişir, siyasi tercihleri yansıtır. Bu nedenle bir af kanununda kamu yararı olup olmadığına ilişkin bir denetim yapılması, yerindelik denetimi sonucunu doğurabilir¹⁵⁸. Nitekim bir görüşe göre Meclisin beşte üç çoğunluğu ile kabul edilen af kanununda her hâlükârda kamu yararının bulunduğu kabul edilmelidir¹⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında, kamu yararı takdir yetkisinin yasama organına ait olduğunu belirtmiş ancak yasa koyucunun kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamayacağını ifade etmiştir. Devamında, yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırının hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Yasa koyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisinin bulunduğu ifade edilmiştir¹⁶⁰. Anayasa Mahkemesince belirlenen ve ceza kanununda bir suç oluşturulurken uyulması gereken bu ölçütlerin cezalandırma hakkından vazgeçme ve belli dönemde işlenmiş suçlara ceza kanununun uygulanmaması sonucunu doğuran af kanunları için de geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, yasa koyucunun özel ve genel af çıkarılması hususlarında kamu yararı amacıyla düzenlemeler yapma konusunda takdir hak-

158 Özbudun, E. (2021). s. 402-403; İnceoğlu, S. (2001). "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 45; Gözler, K. (2021). s. 1261.

159 Soyaslan, D. (2001). s. 413.

160 Bkz. AYM, E.1990/35, K.1991/13, 6/6/1991.

kının olduğunu ancak bu takdir hakkının Anayasa ve evrensel hukuk kurallarıyla sınırlı olduğunu ifade etmiştir¹⁶¹.

Toplumsal huzur ve barışı sağlama amacıyla af kanununun çıkarıldığı hâllerde affın meşru olacağı ve af yetkisinin siyasi ihtiraslarla kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶². Kişisel veya duygusal saiklerle¹⁶³ ya da belli kişileri cezaevinden kurtarmak amacıyla af kanunu çıkarılmasında kamu yararı yoktur ve bu durum kanunun amaç unsuru yönünden Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurur¹⁶⁴. Bununla birlikte kanun koyucunun kamu yararı dışında bir maksatla hareket ettiği apaçık bir şekilde anlaşılmadıkça af kanunlarının amaç unsuru bakımından iptal edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁵. Ancak hangi durumlarda kamu yararı dışında bir maksatla hareket edildiğinin apaçık olduğunu tespit etmek kolay değildir. Örneğin siyasi suç işleyen bir kişinin cezaevinden çıkması için af kanunu tartışmaları başlamış ve sonunda ülkedeki tüm kişileri kapsayan bir af kanunu çıkarılmış olabilir. Kanun gerekçesinde, affın kamu yararı amacıyla çıkarıldığı belirtilmiş ve kamu yararına dayanak olan olgular da açıkça gösterilmiş olabilir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesinin kanun koyucunun ortaya koyduğu iradeyi yok sayması ve aslında kanunun bir kişiyi kurtarmak için çıkarıl-

161 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

162 Bettiol, G. (1955). s. 15.

163 Öden, M. (2023). s. 271.

164 Anayasa Mahkemesinin kanunun amaç unsurunu iki hususla sınırlı olarak denetleyebilecektir: Bunlardan ilki kamu yararı görüntüsü adı altında saklı bir amaç güdülüp güdülmediğinin denetimi, diğeri de çıkarılan kanunun amaca ulaşmak için elverişli, zorunlu ve orantılı olup olmadığına ilişkin olarak yapılan ölçülülük denetimidir. Bkz. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 548; Teziç, E. (2021). s. 236.

165 Gözler, K. (2021). s. 1260-1261. Abana ilçesindeki seçmenlerin çoğu, seçimlerde muhalefet partisine oy vermiştir. Bir kanunla abana ilçe olmaktan çıkarılmış ve bir başka kasabaya bağlanmıştır. Bu tasarrufu öngören kanunun iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. Abana ilçesinin bir başka kasabaya bağlanarak ilçe vasfının sona erdirilmesinin belli partilerin veya kişilerin yararına olarak, özel çıkar amacıyla yapıldığı ve bu nedenle kamu yararının bulunmadığı kabul edilerek ilgili kanun Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Bkz. AYM, E.1963/145, K.1967/20, 27/6/1967.

dığını kabul etmesi mümkün görünmemektedir. Kaldı ki kanun koyucunun asıl niyetinin araştırılması, sadece hukukilik denetimi yapmakla yetkili olan Anayasa Mahkemesinin siyasi alana müdahale etmesi anlamına gelebilir ve yerindelik denetimi yapması sonucunu doğurabilir.

c. Af Kanununun Konu Unsuru Bakımından Denetimi

Anayasa hukukunda, bir kanunun konu unsurunun kanunun içeriği ve doğurduğu sonuç olarak anlaşılması gerekir¹⁶⁶. Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla her şey, kanunun konusu olabilecektir ve kanunun konusunu belirlemede yasama organının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁶⁷.

Kanunun düzenlediği bir konunun Anayasa'da hüküm altına alınan emredici ve yasaklayıcı normlara aykırı olması, o kanunun konu yönünden Anayasa'ya aykırı olmasını sonucunu doğurur¹⁶⁸. Örneğin Anayasa'nın 169/3. maddesinde *"Münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek ve daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz."* hükmü yer almaktadır. Anayasa'da yer alan yasaklayıcı bu hüküm nedeniyle *"münhasıran orman suçu"* niteliğindeki eylemler yönünden af kanunu çıkarılamaz¹⁶⁹. Bu bağlamda Anayasa, af kanununun konusu yönünden sınırlama getirmiştir¹⁷⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararında 4 ay 21 gün ve 350 lira ağır para cezasına çarptırılan hükümlü hakkında çıkarılan 10/1/1966 tarihli ve 709 sayılı Kanun'un genel af niteliğinde olduğu tespiti yapılmış ve Anayasa'nın orman suçları için genel af çıkarılmasını yasaklaması sebebiyle ilgili kanun Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir¹⁷¹.

166 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 548; Gözler, K. (2021). s.1261-1262.

167 Özbudun, E. (2021). s. 403; Gözler, K. (2021). s. 1262; Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 549.

168 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 549.

169 Bu yasaklayıcı hükümden çıkacak diğer bir sonuç, orman suçları dışında diğer tüm suçlar yönünden af kanunu çıkarılmasının mümkün olmasıdır.

170 Bkz. Teziç, E. (2021). s. 241.

171 Bkz. AYM, E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966. Yürürlükten kaldırılmadan

Anayasa’da belli bir konunun kanunla düzenlenmesinde, birtakım esas ve unsurlara uyulması öngörülmüş ise yasama organının bunlara bağlı kalmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir¹⁷². Örneğin Anayasa’nın 38. maddesinin son fıkrasında “*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden çıkan dolaylı sonuç, Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülüğü bertaraf edecek biçimde af kanunu çıkarılmayacağıdır ve bu yönüyle ilgili Anayasa hükmünün konu bakımından af kanunlarını sınırlandırdığını söylemek mümkündür.

Anayasa’da, kanunla düzenlemesi öngörülmüş bir konuda yasama organının eksik bir düzenleme yapmasının, mesela kanun kapsamına girebilecek olanların bir kısmını bu kapsam dışında bırakmasının tek başına Anayasa’ya aykırılık sebebi teşkil etmeyeceği¹⁷³ ve bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bir kanunu, konusunun eksik düzenlediği gerekçesiyle iptal edemeyeceği ifade edilmektedir¹⁷⁴. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırı olan bir kanunun, uygulama alanını genişletmek amacıyla, değiştirilmesini sağlamak için de iptal kararı veremeyecektir¹⁷⁵.

Yasama organının eşitliği bozacak biçimde, aşkın düzen-

önce 1961 Anayasası’nda da orman suçları yönünden af çıkarma yasağı söz konusu idi.

172 Bkz. Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 549. Anayasa’nın 67. maddesinde seçimlerin ve halk oylamasının serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılacağı öngörülmüştür. Bu esaslara aykırı olarak yapılan seçim kanunundaki bir değişiklik konu yönünden Anayasa’ya aykırı olacaktır, ayrıca bkz. Öden, M. (2023). s. 277.

173 Özbudun, E. (2021). s. 404. Teziç’e göre kanun koyucunun Anayasa’da öngörülen bir konuyu eksik düzenlediği durumda yani Anayasa’da o konu için öngörülen esasların bir bölümüne kanunda yer verilmişse ve bunlarda Anayasa’ya aykırılık yoksa kanun bütünüyle Anayasa’ya uygun değil fakat aykırı da değildir. Bkz. Teziç, E. (2021). s. 242.

174 Gözler, K. (2021). s. 1264.

175 Teziç, E. (1985). “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun ‘Esas’ Açısından Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 51., S. 1-4., s. 33; farklı görüş için bkz. Öden, M. (2023). s. 284.

leme yapmış olduğu durumlarda; başka bir ifade ile eşitlik ilkesine aykırı biçimde kanunun kapsamını genişletmesinin -tıpkı eksik düzenleme yapılmasında olduğu gibi- Anayasa'ya aykırı olduğu savunulabilir¹⁷⁶. Ancak Anayasa Mahkemesi bir kararında farklı bir düşünceyi ortaya koymuştur: Yasama organınca 15/5/1974 tarihli ve 1803 sayılı Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun çıkarılmıştır. İlgili Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme, bir suçu bir kez işleyen hükümlü ile karşılaştırıldığında aynı suçu iki kez işleyen hükümlünün cezasından daha fazla indirim yapılmasını sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, ilgili hükmün hem Anayasa'da belirtilen hukuk devleti ilkesine hem de eşitlik ilkesine aykırı olduğunu kabul ederek iptaline karar vermiştir¹⁷⁷.

Af kanunlarının bir kısmında sadece af kanunu kapsamına giren suç ya da suçlar belirtilmektedir. Diğer bir kısmında ise af kanunu tüm suçları kapsamaktadır; ancak bazı suçlar yine af kanununda yer verilen ayırık kanuni düzenleme ile af kapsamı dışında tutulmaktadır. Aşağıda bu iki farklı durum çerçevesinde açıklama yapılacaktır.

i. Af Kanununda Sadece Af Kanunu Kapsamına Giren Suç ya da Suçların Belirtilmesi

Affedilmeyi dilemenin kişiler bakımından bir hak teşkil etmediği ifade edilmektedir¹⁷⁸. Anayasa Mahkemesinin bir kararında aynı görüş benimsenmiştir: İlgili kararda, Anayasa'da bireylerin temel hak ve özgürlükleri arasında aftan yararlanma diye bir hakkın gösterilmiş olmadığı ve bu nedenle suçluların affedilmelerini bir hak olarak isteyemeyecekleri belirtilmiş; Anayasa'nın affa yetkili kıldığı makamın affın kapsamını da belirlemeye yetkili olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁹.

176 Bkz. İnceoğlu, S. (2001). s. 47.

177 AYM, E.1976/7, K.1976/35, 24/6/1976.

178 Özek, Ç. (1959). s. 134.

179 AYM, E.1964/12, K.1964/47, 9/6/1964.

Bir kanunla af yetkisi kullanıldığına göre kanun koyucunun Anayasa'ya uygun hareket etmesi ve affın kapsamını belirlerken hukuk devleti, eşitlik gibi anayasal ilkeleri göz önünde bulundurması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁰. Bununla birlikte kanun koyucunun çıkardığı af kanunu ile bazı kişileri ya da suçları af kapsamına alıp bazılarını kapsamına almadığı durumlarda, başka bir ifade ile eksik düzenleme yaptığı hâllerde af kanununun Anayasa'da belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptal edilip edilmeyeceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre af kanunu çıkarılırken eşitlik ilkesine aykırı hareket edildiği ya da belli suçların affedilmesine rağmen daha hafif suçların affedilmediği şeklinde itirazlarda bulunmak yerinde değildir. Zira Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, kamu hizmetine girmede, kanun önünde ve devlet tarafından sağlanan imkânlarla kavuşmada geçerlidir; affetme ise bunların dışındadır¹⁸¹. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin, af kanunlarında yer alan ve af kanununun sadece belli suçlar için geçerli olduğunu belirten hükümleri iptal etmesi, kanun koyucunun iradesi dışında af kanununun kapsamının, genişlemesi sonucunu doğuracaktır¹⁸².

Başka bir görüşe göre ise eksik kapsamlı kanuni düzenlemeleri bir kategori olarak Anayasa'ya aykırılık kavramının, dolayısıyla Anayasa'ya uygunluk denetiminin dışında bırakmak yasama organının kanun koyarken Anayasa hükümleriyle ve özellikle eşitlik ilkesiyle bağlı olmadığını peşinen kabul etmek anlamına gelir. Yasama organının çıkaracağı kanunların kapsamına girecek olanların tayini konusundaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Burada kanunun yöneldiği amaç belirleyici olacaktır. Bir kanun, eğer amacı bakımından benzer durumda olanların tümünü kapsamıyorsa eksik ve

180 Sözüer, A. (2001). s. 241; Döner, A. (2008). s. 45.

181 Armağan, S. (2001). s. 353.

182 Yarımbatman, G. (2020). "Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Af Yetkisinin Kullanımı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 33., S. 150., s. 52.

dar kapsamlıdır; bu durumda eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olabilir. Bununla birlikte kanunun kapsamına girenler ile girebilecekleri ileri sürülenlerin nitelikleri ve durumları arasında, kanun koyucunun amacıyla ilgili olarak birtakım farklıklar varsa artık kanunun eksik kapsamlı bir düzenleme getirdiğinden söz edilemez¹⁸³.

Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında eksik kanuni düzenleme ile Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı birbirinden ayırmış, Anayasa'nın öngördüğü ve mutlak düzenlemesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışında yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmeme eksikliğinin iptal nedeni olamayacağını ifade etmiştir¹⁸⁴.

15/5/1974 tarihinde "1803 sayılı Cumhuriyetin 50'nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun" yürürlüğe sokulmuştur. İlgili Kanun'un uygulamasında koşullu salıverme hakkından faydalanacaklar yönünden eşitsizlik ortaya çıkınca itiraz yolu ile af kanunundaki ilgili maddenin iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesince iptal istemi esastan görüşülüp karar bağlanmıştır. İlgili kararda "Yasa koyucu, suçların özelliğini ve cezaların ağırlığını göz önünde bulundurarak, çıkaracağı af yasaları ile, değişik türde suç işleyenlerin ya da değişik cezalara çarptırılanların, aştan değişik ölçülerde yararlanmalarını, üstelik haklı nedenler varsa, bir kesimin hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkilidir. Bu tür düzenlemelerin yasa önünde eşitlik ilkesini zedelediği öne sürülemeyecektir." ifadelerine yer verilmiş ancak ilgili af kanununun koşullu salıverme yönünden eşitsiz bir durum yarattığı belirtilerek ilgili hükmün iptaline karar verilmiştir¹⁸⁵.

Ertelene adı altında düzenlenen 28/8/1999 tarihli ve "4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Davaya ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun"un kapsamının sadece "basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla" işlenmesi

183 Öden, M. (2023). s. 284-286.

184 AYM, E.1988/3, K.1989/4, 18/1/1989.

185 AYM, E.1978/67, K.1979/14, 13/3/1979.

hâli ile sınırlandırılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi bu başvuru yönünden verdiği kararda, kanunun af niteliğinde mi yoksa erteleme niteliğinde mi olduğuna ilişkin bir tespitte bulunmamıştır. Ancak yasa koyucunun belli ilkelere bağlı kalarak hangi eylemlerin suç sayılacağını belirlemede -taksir yetkisinin bulunmasında olduğu gibi- kimi suç işleyenler hakkında da erteleme adı altında bir düzenleme öngörebileceğini belirtmiştir. Davaya konu düzenlemeyle, düşünceyi açıklama özgürlüğü bağlamında basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenen suçlar yönünden erteleme adı altında bir olanak getirildiğini, ancak aynı tür suçların daha az cezayı gerektiren, basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçları ile işlenmemiş olanlarını kapsam dışında bıraktığını ve bunun haklı bir nedene dayanmadığını belirterek söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir¹⁸⁶. İlgili kararda, erteleme adı altında düzenlenen ancak esasında koşullu af niteliğinde olan düzenlemenin daha hafif suçlara uygulanamaması nedeniyle eksik kapsamlı olduğu kabul edilmiştir. İptal kararı verilerek ve iptal kararının yürürlük süresi ertelenerek¹⁸⁷ kanun koyucunun daha kapsamlı ve kanun önünde eşitlik ilkesine uygun yeni bir kanun çıkarmasının yolu açılmış ve böylece kanunun kapsamı genişletilmiştir¹⁸⁸.

186 AYM, E.1999/39, K.2000/23, 19/9/2000.

187 Başka bir kararında Anayasa Mahkemesi, af niteliğindeki bir kanunu iptal etmiş; iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ertelenmemiştir. Anayasa Mahkemesine göre ilgili hükmün affettiği suç ve cezaların niteliği ve niceliği ile belirlenen kapsamı karşısında iptal hükmünün kamu düzenini tehdit edici yasal bir boşluğu oluşturacağından söz edilemez. Bkz. AYM, E.1974/34, K.1974/50, 28/11/1974.

188 28/8/1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin bir bölümü Anayasa Mahkemesince iptal edilince 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle yeni bir düzenleme getirilmiş ve 4454 sayılı Kanun'un uygulanma kapsamı genişletilmiştir.

ii. Af Kanununda, Bazı Suçların Af Kanunu Kapsamı Dışında Bırakıldığıının Açıkça Belirtilmesi

Anayasa'da öngörülmemiş ya da açıkça yasaklanmamış konularda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin olduğunu ileri sürmenin, günümüz demokratik, hukuk devleti niteliği ile bağdaşmayacağı ve kanun koyucunun takdir yetkisinin hukukun genel ilkeleri ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁹. Nitekim yasama organınca çıkarılan af kanununun bazı suçları sarih biçimde af kanunu kapsamı dışında tuttuğu durumlarda Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesini değil hukuk devleti ilkesini esas alarak denetim yapmaktadır¹⁹⁰.

Bir görüşe göre kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi meşru bir amaca ulaşmak için seçilen yöntemin amaçla ilgili objektif bir kritere dayanması, bu bağlamda af kapsamı dışında tutulan suç grubu ile kapsam içinde yer alan suç grubu arasında belirgin farklılıkların olması gerekmektedir¹⁹¹. Başka bir ifade ile bir suç grubunun af kapsamı dışında tutulması, kanunun genel amacına uygun olmalı ve haklı bir nedene dayanmalıdır. Diğer bir görüşe göre bazı suç grupları bir bütün olarak af kapsamı dışında tutulduğunda Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapmaması gerekir, bununla birlikte af kapsamında yer alan bir suç grubunun içinde bazı suçların seçilip af kapsamı dışında tutulduğu durumlarda Anayasa Mahkemesi devreye girmeli ve durumu eşitlik ilkesi açısından sorgulayabilmelidir¹⁹².

Af kanunu niteliğindeki 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 5. bendinin a altbendinde yer alan hükümde, 765 sayılı TCK'nın 188 ile 191. maddelerinde düzenlenen "*cebiri*" ve "*şartlı tehdit*" niteliğindeki suçların af kapsamı dışında tutul-

189 Teziç, E. (1985). s. 37.

190 Bkz. AYM, E.2001/4, K. 2001/332, 18/7/2001.

191 İnceoğlu, S. (2001). s. 68.

192 Yalçın, T. (2001). "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 194.

duğu belirtilmiştir. İlgili kanun hükmünün iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma”, “yağma” gibi benzer nitelikte ve cezası daha ağır olan suçlar, af kapsamına alınırken, “cebir” ve “şartlı tehdit” niteliğindeki suçların kapsam dışında tutulmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir¹⁹³. Bunun yanı sıra aynı kararda 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 144. maddesinde düzenlenen “askerlerin görevi kötüye kullanması suçu”nun, 4616 sayılı Kanun kapsamına alınmasına karşın TCK’nın 240. maddesinde yer alan ve genel hüküm niteliğinde olan “görevi kötüye kullanma suçu”nun kapsam dışında tutulmasının hem hukuk devleti ilkesine hem de eşitlik ilkesine aykırı olduğu tespiti yapılmıştır¹⁹⁴.

Anayasa Mahkemesinin bazı suçları af kapsamı dışında tutan hükümlerin iptal edilmesine yönelik kararları af kanunun kapsamının genişlemesi sonucunu doğurmaktadır ve bu durum da birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Zira Anayasa’nın 153. maddesinin ikinci fıkrasında “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.” hükmüne yer verilmiştir. Bazı suçların af kapsamı dışında olduğunu belirten kanun hükümlerinin iptali, yeni bir uygulamaya yol açabilecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesi, böyle bir durumda iptal kararının yürürlük süresini erteleyerek kanun koyucuya süre verse dahi sonuç değişmeyecektir zira kanun koyucunun belirlenen süre içinde Anayasa’ya uygun kanunu çıkarmadığı bir durumda yeni uygulamaya yol açacak sonuç, kendiliğinden vücut bulacaktır.

193 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

194 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

iii. Uluslararası Hukuk Bağlamında Af Kanununa Konu Yönünden Sınırlama Getirilip Getirilemeyeceğini İlişkin Tespitler

Devletin egemenlik yetkilerinden en önemlilerinden birini teşkil eden affa, uluslararası hukuk bağlamında konusu itibarıyla sınırlama getirilip getirilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre af çıkarma yetkisine sahip olan organların bu yetkilerini kullanırken Anayasa'daki sınırlara uymasının yanı sıra; uluslararası hukukun affa ilgili belirlediği sınırları da göz önünde bulundurması gerekir¹⁹⁵. Hatta ulusal hukukta belirli fiilleri ve suçları cezalandırmaktan vazgeçilmesi kapsamının ancak uluslararası hukukun cezalandırma emrine karşı olmadığı durumlarda genişleyebileceği ifade edilmektedir¹⁹⁶.

Uluslararası hukukta işkence, kurşuna dizme veya keyfi gözaltı yapılarak kişinin kaybolmasına neden olunması gibi ağır insan hakları ihlallerinde devletlerin cezalandırma yükümlülüğünün bulunduğu ve böyle fiillerin cezadan kurtarılmasının, mesela affedilmesinin ilgili uluslararası antlaşmalar da gözetilerek devletler hukukunda geçerli olmadığı belirtilmektedir¹⁹⁷. Bununla birlikte hem tüm dünyayı kapsamına alan hem de bölgesel düzeyde kabul edilen insan hakları sözleşmelerinde bazı suç ya da suçların affedilmesini doğrudan yasaklayan açık bir hüküm yer almamaktadır¹⁹⁸. Böyle olma-

195 Gülener, S. (2014). s. 417.

196 Demirbaş, T. (2001). Af Tartışmaları, içinde *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 397.

197 a.g.e. s. 535, 537. 1948 tarihli "*Soykırım Sözleşmesi*"ndeki, 1984 tarihli "*İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*"ndeki "*Cenevre Sözleşmesi*" ek 1 No.lu Protokol'ün 85. maddesindeki ve kişilerin zorla kaybedilmeden korunmasına dair BM tarafından kabul edilen "*Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Sözleşmesi*"ndeki hükümler gereği affa, konu itibarıyla sınırlama getirilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Arslan, U. (2022). s. 89-90. Devletler hukukunda ağır insan hakları ihlallerinde genel affın mümkün olmadığı belirtilse de cezanın bir kısmı infaz edildikten sonra hükümlüde bulunan bazı sebeplerden dolayı cezanın infazının geri kalan kısmının affedilebileceği, başka bir ifade ile özel affın mümkün olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Demirbaş s. 537.

198 Demirbaş, T. (2001). s. 536.

sındaki en büyük etkenlerden biri, iç savaşları ve çatışmaları bitirmede af müessesesinin bir araç olarak kullanılabilmesi özelliğidir¹⁹⁹.

Uluslararası hukukun en önemli kaynaklardan biri “uluslararası örf ve âdet hukukudur”. Belli yargılamalarda mahkemeler, belli uluslararası suçların affedilemeyeceği yönünde içtihatlar geliştirse de²⁰⁰ uluslararası örf ve âdet hukukunda uluslararası suçların af kapsamı dışında tutulmasına yönelik bir kuralın geliştiğini söylemenin henüz mümkün olmadığı ifade edilmektedir²⁰¹. Bununla birlikte uluslararası suçları yasaklayan genel kurallar, emredici kurallar (*jus cogens*) niteliği kazandığında yasakladıkları suçların yasama ve yürütme kararıyla iptal edilmemesi yükümlülüğünü dayatıyor olarak yorumlanabilir; bu bağlamda soykırım ve insanlığa karşı suçları yasaklayan kuralların *jus cogens* niteliğinde olduğuna ilişkin kanıtlar göz önünde bulundurulduğunda bu tür suçlar için çıkarılan affın uluslararası hukuka aykırı olmasından dolayı uygulanamayacağı sonucunun ortaya çıktığı belirtilmektedir²⁰².

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Sözleşme kurumlarının kararlarından oluşan “Avrupa insan hakları hukuku”nun taraf devletler için uluslararası insan hakları hukuku olmanın ötesinde ulus üstü insan hakları hukuku niteliği kazandığı ifade edilmektedir²⁰³. Bu nedenle ülkemizin de yargılama

199 Bkz. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesine eklenen 1977 tarihli ve II numaralı ek Protokol’ün 6(5) maddesi.

200 Bkz. O’Keefe, R. (2017). *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, s. 470

201 a.g.e. s. 470; Cassese, A., Gaeta, P., Baig, L., Fan, M., Gosnell, C. ve Whiting, A. (2013). *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, s. 312: “Yukarıda terörle ilgili söylenenler ve soykırım ve insanlığa karşı suçlarla ilgili olarak aşağıda belirtilenler dışında, devletlerin bu suçlara ilişkin af kanunları çıkarmaktan kaçınmaları yönünde genel bir yükümlülük henüz mevcut değildir. Sonuç olarak, bir devletin böyle bir yasayı geçirmesi geleneksel bir kuralı ihlal etmez.”

202 Cassese, A., Gaeta, P., Baig, L., Fan, M., Gosnell, C. ve Whiting, A. (2013). s. 312. Saldırı suçu, korsanlık, kölelik ve benzeri uygulamalar ile işkence suçlarının da *jus cogens* düzeyine vardığını ifade eden görüş bulunmaktadır. Bkz. Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, M. (2015). *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 42.

203 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 505.

yetkisini kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) affın konu itibarıyla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına ilişkin görüşleri önem taşımaktadır. AİHM'e göre uluslararası sözleşmeler, bazı suç ya da suçlar yönünden af çıkarılmasını doğrudan yasaklamamıştır. Bununla birlikte devlet görevlisinin "işkençe" ve "kötü muamele" içeren suçlarla itham edildiği durumlarda aftan faydalanmaması son derece önemlidir. Ulusal makamlar bu tür suçların cezasız kalmasına izin vermemelidirler. Uluslararası hukuka aykırı sayılabilecek bir af kanunu vasıtasıyla devletlerin işkençe gibi eylemleri soruşturma görev ve yükümlülüğü zayıflatılmamalıdır²⁰⁴.

Af kanunu niteliğindeki 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 5. bendinin a altbendi ile 765 sayılı TCK'nın 243. maddesinde düzenlenen işkençe suçu af kapsamı dışında bırakılmıştır. Bireylerin işlediği "işkençe etmek suretiyle insan öldürme" suçu af kapsamındayken "kamu görevlileri tarafından yapılan işkençe" yi yaptırma bağlayan 243. maddenin af kapsamı dışında tutulmasınınineşitlik ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiş ve Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen işkençe suçunun af kapsamı dışında tutulmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Hatta ilgili kararın gerekçesinde, Türkiye tarafından da onaylanan "İşkençeye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü (Onur Kırıcı) Muameleye ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" nin 1, 2 ve 4. maddeleri destek ölçü norm olarak gösterilmiştir²⁰⁵.

204 Bkz. *Margus/Hırvatistan*, B. No: 4455/10, 27/5/2014, § 126. AİHM, *Dujardin ve diğerleri/Fransa* kararında cinayet suçları yönünden af çıkarılabileceğini ancak böyle bir durumun suç işleyenleri sürekli korumaması ve sistematik hâle getirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. *Dujardin ve diğerleri/Fransa*, B. No: 16734/90, 2/9/1991; karar ve çevirisi için bkz. Gülener, S. (2014). s. 420-421. *Ouldh Dah/Fransa* kararında özellikle işkençe gibi bir suçla karışmış birisi için af kanununun uygulanmasının devletlerin bu tür eylemleri soruşturma görevi ile bağdaşmadığı tespiti yapılmıştır. Bkz. *Ould Dah/Fransa*, B. No: 13113/03, 17/3/2009; karar ve çevirisi için bkz. Gülener, S. (2014). s. 421-422.

205 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

Anayasa Mahkemesi, işkence suçunun af kapsamı dışında tutulmasını Anayasa'ya uygun bulmuş ve ilgili uluslararası antlaşmaya atıf yapmıştır. Tartışmalı olan konu, belli suçlar yönünden çıkarılan af kanunlarının uluslararası hukuka aykırı olarak kabul edilip iptal edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında uluslararası sözleşmelere atıf yapsa da doğrudan sözleşmeyi esas alıp iptal ettiği kanun hükmü bulunmamaktadır. İptal kararlarında uluslararası hukuk kaynaklarına yer verilmekte ancak neticede kanun hükmü, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmektedir. Anayasa'da, uluslararası hukukun iç hukuka üstün tutulacağı ya da uluslararası hukuk kaynaklarının anayasallık bloku içinde kabul edileceği yönünde açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle konu itibarıyla uluslararası hukuka aykırı nitelikteki bir af kanununun, mevcut şartlarda Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi mümkün görünmemektedir²⁰⁶.

2. Af Kanununun Şekil Bakımından Denetimi

Şekil bakımından denetimin Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi kanunun Anayasa ve Meclis İçtüzüğü'nde öngörülen şekil ve usullere uygun olarak yapılıp yapılmadığının araştırılması olduğu ifade edilmektedir²⁰⁷. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 92. maddesine göre "*Genel veya özel af ilanını içeren tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tekliflerin aflu ilgili maddelerinde ve tümünün oylamasında ayrı ayrı aranır. Teklif hakkında verilen genel veya özel af ilanını içeren değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önergenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır.*" Bunun-

206 Anayasa'da yer alan "hukuk devleti" kavramının içeriği, hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen "devletler hukukunun, iç hukuka üstünlüğü ilkesi" ile doldurulursa uluslararası hukuk kuralları ölçü norm olarak kullanılabilir. Ancak bu durumda anayasallık bloğunun mahkeme içtihadı ile genişletilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

207 Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2020). s. 543.

la birlikte Anayasa, kanunların şekil bakımından denetimine ilişkin sınırlama getirmiştir. Anayasa'nın 148. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, kanunların şekil bakımından denetimini son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılamadığıyla sınırlı olarak yapacaktır²⁰⁸. Anayasa'daki şekil bakımından denetimi sınırlandıran bu hüküm nedeniyle artık bir kanunun Meclis İctüzüğü'ne uygun bir usulle çıkarılıp çıkarılmadığına ilişkin bir denetim yapılması söz konusu değildir²⁰⁹. Bu bağlamda bir af kanununun şekil bakımından denetiminde; son oylamada Meclis üye tam sayısının beşte üçünün kabul oyu verip vermediğine bakılacaktır²¹⁰.

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde şekil bakımından denetim öncelikli yapılmaktadır. Nitekim 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde itiraz yolu ile bir af kanununun ilgili maddesinin hem şekil hem de esas yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiş, Anayasa Mahkemesi ilgili maddeyi şekil yönünden Anayasa'ya aykırı bulmuş ve esas denetimine hiç girmeden iptaline karar vermiştir²¹¹.

Bir kanunun şekil bakımdan denetiminin içine yetki unsuru bakımından mevcut olabilecek aykırılıklar da dâhildir. Bu nedenle yetkisiz bir organ tarafından ve Anayasa'nın çizdiği yetki alanı dışında yapılan bir işlem, şekil bakımından sağlıklı ve geçerli bir işlem olarak doğmaz²¹². Nitekim hem genel af hem de özel af çıkarılmasında nitelikli çoğunluk aranması nedeniyle af yetkisinin cumhurbaşkanı kararnamesi ile kullanılması mümkün değildir²¹³. Bu nedenle cumhurbaşkanına tanınan bireysel özel af yetkisi hariç tutulursa cumhurbaşkanı

208 Bkz. 1982 Anayasası 148. madde.

209 a.g.e. s. 545.

210 Bkz. 1982 Anayasası 87. madde.

211 AYM, E.1974/34, K.1974/50, 28/11/1974.

212 Özbudun, E. (2021). s. 405.

213 Bkz. Araç, İ. ve Erikli, H. (2006). s. 41. Anayasa değişikliği ile "Kanun Hükmünde Kararname" ifadesi yerine "Cumhurbaşkanı Kararnamesi" ifadesi kullanılmaya başlanmıştır.

kararnamesi ile genel ya da toplu özel af çıkarılması Anayasa'ya aykırı olacaktır.

1982 Anayasası'nın 87/1. maddesinde, genel ve özel af ilanına karar vermek için TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kabul yönünde oy vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır²¹⁴. Keyfi ve siyasi amaçlarla af çıkarılmasının önüne geçilmesi için af kanunları yönünden nitelikli çoğunluğun arandığını söylemek mümkündür²¹⁵. Afla benzer sonuçlara yol açan erteleme ya da koşullu salıvermeye ilişkin kanunların kabulünde böyle bir nitelikli çoğunluk aranmamaktadır²¹⁶.

Meclis çoğunluğunun kamu yararını gerçekleştirmek için sahip olduğu hukuki bir usulü içinde bulunduğu şartlarda daha kolaylıkla gerçekleştirilebileceğini tasarlayarak amacına başka bir usulle ulaşmasına usul saptırması adı verilmektedir²¹⁷. Nitekim af yetkisi kullanılırken nitelikli çoğunluk aranması nedeniyle kanun koyucunun erteleme ve koşullu salıverme adı altında toplu özel af niteliğinde kanunlar çıkarma yolunu tercih ettiğini söylemek mümkündür²¹⁸.

Bir kanunun Anayasa'ya uygun olup olmadığının denetiminde kanuna verilen ad değil kanunun niteliği esas alınmalıdır. Her ne kadar erteleme, koşullu salıverme veya infaz düzenlemesi adı altında kanunlar çıkarılsa da bu kanunlar esasında dolaylı ve örtülü af niteliğinde olabilecektir²¹⁹. Ana-

214 Anayasa'nın 87. maddesindeki bu düzenleme, maddi ceza hukukundaki genel ve özel af için geçerlidir. İdari yaptırımların affına yönelik kanuni düzenlemeler yönünden nitelikli çoğunluk aranmayacak ve salt çoğunluk yeterli olacaktır. Bkz. a.g.e. s. 33; Döner, A. (2008). s. 52; ayrıca bkz. AYM, E.2017/37, 2017/22, 9/2/2017.

215 Can, S. (2016). s. 1292.

216 Araç, İ. ve Erikli, H. (2006). s. 35; Döner, A. (2008). s. 43.

217 Teziç, E. (2021). s. 226.

218 Bkz. Sözüer, A. (2001). s. 239; Araç, İ. ve Erikli, H. (2006). s. 42. İtalyan Anayasası'nın 79. maddesinde yapılan 1992 tarihli değişiklikle beraber artık af kanunu çıkarılırken nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Bu değişiklikten sonra ağırlaştırılan yasama usulü ile birlikte af hükümlerinin neredeyse her yıl yinelenmesi şeklindeki doğru olmayan uygulamaya son verilmiştir. Palazzo, F. (2021). s. 600-601

219 Arslan, U. (2022). s.132.

yasa Mahkemesine göre de bir metnin Anayasa'ya uygunluğu denetlenirken mahkeme, o metnin Meclisçe şu veya bu nitelikte sayılmış olmasıyla bağlı tutulamaz. Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde güdülen amaç göz önünde bulundurulduğunda Anayasa Mahkemesinin incelemesi için önüne getirilen metni, gerçek hukuki nitelik ve içeriğine göre nitelendirmesi zorunludur; aksi takdirde Meclisin yanılarak nitelendirdiği bir metnin Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında kalması sonucu doğar²²⁰.

İlgili kanunun geçmişe yönelik sınırlı bir düzenleme olması²²¹ kesin hükümlerle belirlenen cezanın infazını engellemesi ya da miktarı veya niteliği itibarıyla cezanın hafifletilmesine yol açması af kanunu niteliğinde olduğuna işaret edebilir²²². Ancak koşullu salıverme ya da erteleme adı altında düzenlenen kanunlarda da benzer sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle bir kanuni düzenlemenin ne zaman af kanunu ne zaman koşullu salıverilme ya da erteleme kanunu niteliğinde olduğunu belirlemek her zaman kolay değildir.

3. Koşullu Salıverilme ve Erteleme İle Af Müesseseleri Arasındaki Farklar

Aşağıda koşullu salıverilme ve erteleme ile af müesseseleri arasındaki farklar ortaya konulmaya çalışacaktır.

a. Af ile Koşullu Salıverme Arasındaki Farkın Belirlenmesi

Cezanın en önemli işlevi olarak mahkûmun ıslahını merkeze alan çağdaş ceza hukukunda koşullu salıverme, cezanın failin kişiliğine uydurulmasında yani bireyselleştirilmesinde

220 AYM, E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966.

221 Anayasa Mahkemesine göre, af kanunlarının belirgin özelliği, geçmişteki olaylara uygulanmasıdır ve yürürlüğe girişinden kısa bir süre sonra hemen hemen tümüyle işlevini tamamlamasıdır. Oysa koşullu salıverme kararları, cezaların belirli bir süre çektirilmesinden sonra verilmektedir. Şu hâlde kimi durumlarda itiraz konusu kural yıllar geçtikten sonra yine uygulanacak, böylece af yasası geçmiş için değil gelecek için yürürlükte kalmış olacaktır. Bkz. AYM, E.1978/67, K.1979/14, 13/3/1979.

222 Arslan, U. (2022). s. 41.

önemli araçlardan biri olarak kabul edilmektedir. Koşullu salıverme, mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezanın kanunun gösterdiği kısmını iyi hâlde ve belirtilen koşullara uygun şekilde geçiren hükümlünün mahkûmiyet süresinin tamamını infaz etmeden ilgili makamdan alınacak kararlar toplumsal hayata dönmesini sağlar²²³.

Koşullu salıvermede “cezanın bir kısmının infaz edilmiş olması” ile “cezaevindeki sürenin iyi halle geçirilmiş olması” şeklinde iki temel koşul aranmaktadır²²⁴. Koşullu salıverilmeden farklı olarak af niteliğindeki bir kanunun uygulamasında cezanın infaz edilmesine gerek yoktur ve hatta kişi hakkında soruşturma veya kovuşturmayla başlanması da aranmaz²²⁵. Bununla birlikte koşullu salıverme ile özel affı birbirinden ayıran esas unsurun iyi hâl şartı olduğu ve iyi hal şartı aranmadan mahkûmun tahliyesine öngören kanunların aslında koşullu salıverme değil af kanunu niteliğinde kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir²²⁶.

4616 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 2. bendi ile 23/4/1999 tarihine kadar işlenmiş suçlardan hükümlü olanların cezasından on yıl indirim yapılacağı hüküm altına alınmış, kanun başlığında ilgili kanunun koşullu salıverme niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bu kanunun iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, ilgili kanunun iptal istemini incelemiş ve şu sonuçlara varmıştır: “Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir. Her ne kadar ilgili hüküm koşullu salıverme adı altında düzenlenmiş olsa da; niteliği ve içeriği itibariyle toplu ve şartlı özel af niteliğindedir. Zira ilgili hüküm, on yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilme-

223 Yalçın, T. (2001). s. 161; Dönmezer, S. ve Erman, S. (2020). s. 286.

224 Yalçın, T. (2001). s. 162-164.

225 Yarımbatman, G. (2020). s. 65.

226 Bkz. Demirbaş, T. (2012). s. 696; ayrıca bkz. Arslan, U. (2022). s. 164.

lerine olanak tanımaktadır ve bu nedenle ilgili düzenlemenin şartlı salıverme niteliğinde olduğunun kabulü mümkün değildir. Toplu ve şartlı özel af niteliğinde olan kanun, Meclis üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu ile kabul edilmediğinden şeklen Anayasa'ya aykırıdır ve iptali gerekmektedir.”²²⁷

Anayasa Mahkemesi başka kararlarında farklı değerlendirmelerde bulunmuştur: 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen maddelerle, iyi hâl şartı aranmaksızın hükümlülerin koşullu salıvermeden yararlandırılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş ve iptal başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi ilgili kararında; iyi hâl koşulunun yokluğunun getirilen düzenlemelere şartlı af görünümü verse de istemle bağlı olmadan şartla salıvermeden söz edilmesi, cezanın bir bölümün çektirilmesinin gerekliliği ve suç işlediği ya da belirlenen şartlara uymadığında koşullu salıverme kararının geri alınması olanağının bulunması nedeniyle öngörülen düzenlemenin aftan çok koşullu salıvermeye benzediğini ve kendine özgü bir nitelik taşıdığını ifade etmiştir²²⁸.

Anayasa Mahkemesinin 17/7/2020 tarihli ve 2020/44 Esas sayılı kararıyla içtihat farklılıkları giderilmiş ve koşullu salıverme ile özel af arasındaki ayrıma ilişkin olarak Anayasa metni esas alınmak suretiyle net belirlemeler yapılmıştır. İlgili karara göre bir düzenlemenin özel af niteliği taşıdığı kabul edilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir: Bunlardan birincisi düzenlemenin sadece geçmişe yönelik olmasıdır, ikincisi ise düzenlemenin cezayı ortadan kaldırmak, miktarını azaltmak veya türünü değiştirerek hafifletmek su-

227 AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002; Anayasa Mahkemesi bir kararında, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın kişilerin salıverilmesinin, koşullu salıverme olmayıp kendine özgü bir müessese olduğunu ifade etmiştir. Bkz. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

228 AYM, E.1991/15, K.1991/22, 19/7/1991; AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19/7/1991. Öğretide, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen maddelerle, iyi hal şartı aranmaksızın, koşullu salıvermeden yararlandırılmasına ilişkin hükümlerin dolayısıyla af kanunu niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Demirbaş, T. (2012). s. 696; ayrıca bkz. Arslan, U. (2022). s. 164.

retiyile cezanın kapsamına etki etmesidir²²⁹. Getirilen düzenlemenin “*cezanın kendisini mi etkilediğinin yoksa cezanın infaz şeklini mi belirlediğinin*” öncelikle tespit edilmesi ve bu yöntem kullanılarak düzenlemenin özel af olup olmadığının belirlenmesi gerekir²³⁰. Cezanın miktarında ve türünde herhangi bir değişikliğe neden olmayıp sadece çeşitli gerekçelerle cezanın infaz şeklini/rejimini değiştiren/belirleyen düzenlemelerin özel af olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²³¹. Bu bağlamda ceza süresinin birtakım alternatif infaz usulleriyle cezaevi dışında geçirilmesini sağlayan düzenlemeler cezanın miktarında veya niteliğinde dolayısıyla cezada bir değişiklik yaratmaz²³². Niteliği ve hukuksal düzenlemeler dikkate alındığında hem koşullu salıverme hem de denetimli serbestlik cezanın infaz biçimine ilişkin kurumlardır²³³ ve özel af niteliğinde kabul edilemez²³⁴.

Nitelikli çoğunluk engelini aşmak isteyen kanun koyucunun, toplumda olumsuz bir algısı olan af kelimesini kullanmaktan özellikle kaçındığını ve tek bir hamle ile iki olumlu sonuç elde etmeye çalıştığını söylemek mümkündür. “*Özel af*” ile “*koşullu salıverme*” arasındaki farkta belirleyici olanın, iyi hal şartı olduğu ifade edilse de yasama organınca çıkarılabilecek toplu özel affın iyi hâl gibi bir şarta bağlanması da mümkündür²³⁵. Anayasa Mahkemesinin 17/7/2020 tarihli ve 2020/44 Esas sayılı kararında TCK’ya atf yapılmadan 1982 Anayasası’ndaki hükümler çerçevesinde genel af-özel af tanımı yapılmıştır. Bu kendi içinde tutarlı bir değerlendirmedir. Zira özel affın sonuçlarının düzenlendiği TCK’nın 65. maddesinin ikinci fıkrasında özel affın, niteliği itibariyle infaz kurumunda çektirilecek cezanın süresini kısalttığı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm esas alındığında alternatif bir infaz re-

229 AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17.7.2020, § 45.

230 § 24.

231 § 46.

232 § 57.

233 §§ 70-71.

234 § 72.

235 Soyaslan, D. (2001). s. 430.

jimi belirlense ve serbest kaldıktan sonra denetimli serbestlik tedbiri öngörülse dahi infaz kurumunda kalınan süreyi kısaltan her türlü düzenlemeyi özel af olarak kabul etmek gerekecektir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin 17/7/2020 tarihli ve 2020/44 Esas sayılı kararında, kişilerin daha erken ceza infaz kurumundan çıkmasını sağlayan ve koşullu salıverme-denetimli serbestlik adı altında çıkarılan kanunların infaz biçimine ilişkin niteliği öne çıkarılsa da sonuçta bu türden düzenlemeler, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesi gereken süreyi kısaltılmış olmakta ve cezayı hafifletmektedir; kaldı ki cezanın denetimli serbestlik tedbirleri öngörülerek dışarıda infaz edilmesi ile cezaevinde infaz edilmesi bir tutulamaz. Sonuç olarak ilgili kanun, hükümlünün infaz kurumundan daha erken tahliyesini sağlıyorsa özel af kanunu niteliğinde olduğu kabul edilmelidir ve bu kanunun yasalaşması için yapılacak Meclis oylamasında nitelikli çoğunluk aranmalıdır.

Bir kanunun af niteliğinde mi yoksa koşullu salıverme niteliğinde mi olduğunun tespiti, ilgili kanunun esas bakımından denetimi için de önem taşımaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlardan; af kanunlarının kapsamı bakımından eşitlik ilkesine mutlak bağlılığın gerekmediği; fakat koşullu salıverme gibi kurumlarla ilgili gerek doğrudan yapılan değişikliklerde gerekse af kanunların yaratmış olduğu geçici ve dolaylı değişikliklerde eşitlik ilkesine uymanın şart olduğu şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkündür²³⁶.

b. Af ile Erteleme Arasındaki Farkın Belirlenmesi

Erteleme ve benzeri kurumlara ceza kanunlarında yer verilmesindeki amaç, ilk defa suç işleyenlerin ya da erteleme kurumunun yeniden uygulanmasına layık olanların cezaevine girmeden ıslah olmasının sağlanmasıdır. Fail hakkında verilen ceza kararı ya da cezanın infazı belli süreliğine ertelenir,

236 Yalçın, T. (2001). s. 189-190. Ayrıca Bkz. AYM, E.1991/15, K.1991/22, 19/7/1991; AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19/7/1991.

belirlenen sürede yükümlülüklerine uyması ve suç işlememesi hâlinde kişiye ceza verilmesinden ya da verilen cezanın infazından vazgeçilir²³⁷.

TCK'da ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen erteleme müessesesi, cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır ve bu bakımdan ertelemede fiil değil fail göz önünde bulundurulur; oysa afta, fail değil, genellikle işlenen suçun niteliği dikkate alınmaktadır²³⁸. Ayrıca erteleme işlemi, genellikle kısa süreli hapis cezaları için uygulanır²³⁹, af işlemi ise kısa ya da uzun fark etmez her türlü hapis cezası için söz konusu olabilir.

1924 Anayasası'nda, TBMM'nin yetkileri arasında genel ya da özel af ilanının yanı sıra soruşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesine karar verme yetkisi de bulunmaktaydı. 1924 Anayasası'nda yasama organına tanınan bu erteleme türü, ceza kanunlarında düzenlenen ve cezanın bireyselleştirilmesi aracı olarak kullanılan erteleme kurumundan farklılık arz etmekteydi. Bu nedendir ki bu erteleme türüne "yasama ertelemesi" (tecili) adı verilmiştir²⁴⁰. Yasama ertelemesinde cezalandırma hakkından feragat edilmemiş olması ve sadece soruşturma, kovuşturma ya da cezanın infazının durdurulması nedeniyle şartlı af kanunlarından farklı bir niteliğe sahip olduğu savunulmaktaydı²⁴¹.

Af işlemi, kısa süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan mahkûmiyet alanı -cezaevine girmekten kurtarmak suretiyle- bazı durumlarda cezanın bireyselleştirilmesi aracı olarak kullanılan ve TCK'nın 51. maddesinde düzenlenen ertelemenin işlevini görse de iki kurum birbirinden farklıdır. Esas olarak

237 Şare, E. (2014). "Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 26., S. 111., s. 164.

238 Erdem, M. R. (2001). "Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 34. TBMM ya da cumhurbaşkanı tarafından belirli sebeplerle çıkarılan bireysel özel afta, failin göz önünde bulundurulduğunu söylemek gerekir.

239 Şare, E. (2014). s. 165.

240 Özek, Ç. (1959). s. 139.

241 Sonel, H. (1952). "Af ve Erteleme", *Adalet Dergisi*, C. 43., S. 2., s. 203-205.

af ile yasama ertelemesinin birbirinden ayırt edilmesi zordur. 1982 Anayasası'nda, 1924 Anayasası'nda yer verildiği şekliyle uzun süreli hapis cezaları için de söz konusu olabilen “*yasama erteleme*” kurumuna yer verilmemiştir. Yasama ertelemesinin niteliği ve sonuçları göz önünde bulundurulduğunda erteleme adı altında düzenlenen ve kişilerin cezaevine girmesi engelleyen ya da cezaevinden daha kısa süre içerisinde tahliye olmasını sağlayan kanunlar, af olarak kabul edilmeli ve ilgili kanunun kabul edilmesinde, yine nitelikli çoğunluk aranmalıdır²⁴².

Anayasa Mahkemesinin 2001 tarihli bir kararına göre erteleme adı altında yürürlüğe sokulan kanuni düzenlemeler, cezanın infazını geri bırakan kanuni bir sebep, bir bakıma şartlı bir af diğer yönden de şartlı bir hükümlülük niteliğindedir. Bu durumda “*ertelemenin*” ceza hukukundaki diğer müesseselerle kıyaslanmasından onun bağımsız ve kendine özgü bir yapıya sahip olduğu sonucuna varılmaktadır²⁴³.

Avrupa Birliğine uyum süreci ve ifade özgürlüğüne verilen önemin gösterilmesi bağlamında 28/8/1999 tarihli ve 4454 sayılı *Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun* yürürlüğe sokulmuştur. On iki yıl veya daha az şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş bulunan kimselerin infazları ertelenmiş; bu kişilerin 3 yıl içerisinde başka bir suç işlememeleri durumunda işledikleri suçun vaki olmamış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar kanun hükmünde erteleme ifadesi geçse de kanun hükmünün doğuracağı sonuçlar gereği bu düzenleme esasında koşullu genel af niteliğindedir²⁴⁴. Kanun koyucu, ge-

242 Farklı gerekçeyle ancak aynı doğrultuda görüş için bkz. Araç, İ. ve Erikli, H. (2006). s. 44: “*Her ne kadar erteleme ve koşullu salıverme adı altında kanun çıkarılsa da; bu kanunlar niteliği itibarıyla mahkeme kararlarına etki etmektedir ve adı ile özellikleri af olmasa da, bu düzenlemelerin de nitelikli çoğunlukla yapılması gerekir.*”

243 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

244 İçel, K. (2001). “Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme ve Ertelmeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., s. 211; Erdem, M. R. (2001). s. 37.

nel af ile ulaşılabilecek bir sonuca, kanunun adını erteleme koymak suretiyle ulaşmaya çalışmıştır²⁴⁵.

SONUÇ

Cezalandırma hak ve yetkisine paralel olarak affetme yetkisinin ortaya çıktığı söylenebilir. Zira tarihten günümüze suç işleyen her kişi cezalandırılmamış, kimisine merhamet gösterilmiş ve affedilmiştir.

Birçok ülkede af çıkarma yetkisi Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasa'da belirtilen usul ve esaslara uygun olarak çıkarılan af şeklen meşrudur fakat yeterli çoğunluğa sahip iradenin istediği durumda ve şartlarla, af çıkarmasının maddi olarak meşru olup olmadığı tartışmalıdır. Başka bir ifade ile af çıkarılmasında şekli meşruiyetten çok maddi meşruiyete ilişkin sorun öne çıkmaktadır.

Bir suç işlendiğinde kamu düzeni bozulur ve bu bakımdan her suçun bir mağdurunun da devlet olduğu söylenebilir. Ancak devletin bireyler için var olduğunu kabul eden bir sistemde bireye karşı işlenen bir suçun devlet tarafından affedilmesi doğru bulunmayabilir. Kaldı ki çıkarılan af kanunu ile suç işleyen ve henüz ıslah olmamış kişilerin topluma karışmasının sağlanması, suç işlemeyen ve hukuka uygun bir hayat süren kişiler tarafından olumlu karşılaşılabilecek bir durum değildir. Bu nedenle zorunlu hâller dışında af çıkarılmasının mümkün olmaması gerekir. İç karışıklığı gidermek, silahlı çatışmaları bitirmek ya da toplumsal barışı yeniden sağlamak gibi amaçlarla af çıkarılabilir. Ancak cezaevinin doluluğunu azaltmak ya da siyasi saiklerle af çıkarılması doğru değildir.

Hem TCK'da hem de 1982 Anayasası'nda genel af-özel af ayrımı esas alınarak düzenleme yapılmıştır. Genel af ile özel af ayrımında belirleyici unsur, her iki affın yarattığı hukuksal sonuç ve etkilerdeki farklılıktır. Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra genel af çıkarılmasına nadiren rastlanmaktadır.

245 Erdem, M.R. (2001). s. 38.

Af ilan etmeye yetkili olan Meclisteki irade, daha çok toplu özel af kanunu çıkarma yolunu tercih etmiştir.

Toplumda af kelimesinin olumsuz bir algısının olması, Anayasa'da bazı suçların affedilemeyeceğine ilişkin olarak konu bakımından af yetkisine sınırlandırma getirilmesi ve af yetkisini kullanılırken nitelik çoğunluğun aranması gibi nedenlerle kanun koyucu, koşullu salıverme, erteleme ya da infaz düzenlemesi adı altında kanunlar çıkarmak suretiyle af yetkisine getirilen sınırlandırılmaları aşmaya çalışmıştır. Koşullu salıverme, erteleme ya da infaz düzenlemesi adı altında çıkarılan kanunlarının birçoğunun, içeriği ve doğurduğu sonuçlar esas alındığında, genel ya da özel af kanunu niteliğinde olduğu söylenebilir.

Diğer kanunlar gibi af kanunları da Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçmektedir. Nitekim geçmişten günümüze birçok af kanununun Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş ve Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur. Af kanunlarının sebep ve amaç unsurlarının belirlenmesi, kanun koyucunun takdirindedir ve bu unsular bakımından Anayasa Mahkemesince denetim yapılması, hukukilik denetiminden çıkılıp yerindelik denetimine geçiş yapılması anlamına gelebilecektir. Af kanunlarının, konu unsuru bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetimi de sınırlı olarak yapılmaktadır. "Münhasıran orman suçu" niteliğindeki suçlar yönünden af çıkarılmayacağına ilişkin olarak Anayasa'da istisnai bir hüküm bulunmaktadır. Anayasa'da yer alan tüm hükümler birlikte değerlendirildiğinde münhasıran orman suçları dışında, her suç çeşidi yönünden af kanunu çıkarılabileceği şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkündür. Ayrıca mevcut Anayasa'daki hükümler ve Anayasa Mahkemesi kararları göz önünde bulundurulduğunda uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesine dayanılarak bir af kanununun konu yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi mümkün değildir.

Af kanunlarının bazı suçları, af kapsamı dışında tutması

yani eksik düzenleme yapmış olmasının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre eksik düzenleme yapma Anayasa'ya aykırı değildir ancak Anayasa'ya uygun da değildir. Anayasa Mahkemesi eksik düzenleme nedeniyle kanunun iptaline karar veremez. Diğer görüşe göre kanunun konusunu belirlemede kanun koyucunun geniş takdir yetkisi bulunmaktadır ancak eksik düzenleme yapıldığında Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından denetim yapılabilenlidir.

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında affın kapsamını belirlemede kanun koyucunun takdir yetkisinin olduğu kabul edildiği söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi ilgili kararlarında, belli suçların, af kanunu kapsamında tutulmasını, Anayasa'daki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu tespitinde bulunmuş ve iptal kararı vermiştir. “*Mal varlığına karşı suçlar*” af kapsamındayken “*kamu idaresinin güvenirliliğine ve işleyişine karşı suçlar*”ın af kapsamı dışında tutulması Anayasa'ya aykırı bulunmamaktadır. Bununla birlikte “*mal varlığına karşı suçlar*” içinde yer alan iki suçtan, ağır ceza gerektirenin af kapsamına alınması, daha az ceza gerektirenin ise af kapsamı dışında tutulması Anayasa Mahkemesine göre hukuk devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırıdır.

Hem genel hem de özel af kanunu çıkarılması için nitelikli çoğunluk aranması, kanun koyucunun usul saptırması yoluna giderek farklı adlar altında kanunlar çıkarmasına sebep olmuştur. Af kanunlarında nitelikli çoğunluk aranması, af yetkisine sıklıkla başvurulmaması ve daha geniş toplumsal uzlaşma ile af kanunlarının çıkarılması içindir. Ancak bu Anayasa değişikliğinden sonra da çok sayıda erteleme, koşullu salıverme ya da infaz düzenlemesi adı altında, esasında genel ya da özel af niteliğinde olan kanunlar çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre bir kanunun denetiminde kanuna verilen ad değil kanunun içerdiği hükümlerin niteliği ve hukuki sonuçları esas alınmalıdır. Her ne kadar infaz düzenlemesi adı altında bir kanun çıkarılsa da ilgili kanun özel af kanunu ni-

teliğindeyse, kanunun kabulünde nitelikli çoğunluk sağlanmalıdır.

Bir fiilin suç olmaktan çıkarılmasını ya da cezanın hafifletilmesini öngören bir kanuni düzenleme ile affın doğurduğu sonuçlara ulaşmak mümkündür ve bu türden düzenlemelerin yasalaşması için salt çoğunluğun kabul oyu yeterlidir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin 17/7/2020 tarih ve 2020/44 Esas sayılı kararında belirtildiği üzere genel suç veya ceza siyasetini belirleme kapsamında suç ve cezayla ilgili yapılan lehe kanunlar geleceğe ve geçmişe, af ise sadece geçmişte belli bir döneme ilişkin etki doğurur; başka bir ifade ile lehe kanun düzenlemeleri ile af kanunları arasında nitelik farkı bulunmaktadır. Kaldı ki salt çoğunluğun kabul oyu yeterli olsa bile kasten öldürme suçunun yapılacak bir kanuni düzenleme ile suç olmaktan çıkarılması olası değildir ancak bir af kanunu ile geçmişte işlenmiş kasten öldürme suçlarının cezası kaldırılabilir ya da azaltılabilir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, İlhan (1995). "Türk Hukukunda Af", *Yargıtay Dergisi*, C. 21., S. 4., ss. 446-465.
- ALACAKAPTAN, Uğur (2001). "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 379-400.
- ALTUNKAŞ, Aysun (2023). "Türk Ceza Hukukunda Af", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 36., S. 166., ss. 1-60.
- ARAÇ, İbrahim ve ERİKLİ, Hasan (2006). "Anayasanın 87'nci Maddesine Göre Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranması Gereken Af Kanunları", *Yasama Dergisi*, C. 1., S. 1., ss. 25-45.
- ARMAĞAN, Servet (2001). "Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 347-363.
- ARSLAN, Uğur (2022). *Türk Af Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin ve ÇAKIR, Kerim (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- BAYRAKTAR, Köksal (1982). *Siyasal Suç*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- BECCARIA, Cesare (2020). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Selçuk, Sami (Çev.), Ankara: İmge Kitabevi.
- BETTIOL, Giuseppe (1955). "Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi", Erem, Faruk (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 1., ss. 1-19.
- CAN, Sibel (2016). "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., ss. 1291-1312.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem (2020). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınevi.

- CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, BAIG, Laurel, FAN, Mary, GOSNELL, Christopher ve WHITING, Alex (2013). *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- DEMİRBAŞ, Timur (2001). Af Tartışmaları, içinde *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan* (ss. 531-545). İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.
- DEMİRBAŞ, Timur. (2012). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- DEMİREL, Hakkı (1951). "Genel Affın Disiplin Cezalarına Tesiri", *Adalet Dergisi*, C. 42., S. 2., ss. 204-210.
- DÖNER, Ayhan (2008). "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 3-4, ss. 33-54.
- DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir (2020). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III*, İstanbul: Der Yayınları.
- DURŞUN, Hasan (2009). "Af Kavramına Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 22., S. 85., ss. 373-402.
- ERDEM, Mustafa Ruhan (2001). "Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 17-40.
- EREM, Faruk, DANIŞMAN, Ahmet ve ARTUK, Mehmet Emin (1997). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2001). "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 298-329.
- GÖZLER, Kemal (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÜLENER, Serdar (2014). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında 'Genel Af' Kanunları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 2., S. 4., ss. 411-429.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: US-A Yayıncılık.

- HAKERİ, Hakan (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- İÇEL, Kayıhan (2001). "Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme ve Ertelenmeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 209-218.
- İÇEL, Kayıhan (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- İNCEOĞLU, Sibel (2001). "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 41-70.
- KEYMAN, Selâhattin (1965). *Türk Hukukunda Af*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- KUNTER, Nurullah (1949). *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- KUZU, Burhan (2001). "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 254-297.
- MERAY, Seha (1944). *Ceza Hukukunda Af*, Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayını.
- O'KEEFE, Roger (2017). *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- ONAR, Erdal (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.
- ÖDEN, Merih (2023). *Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖNDER, Ayhan (1992). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- ÖZBUDUN, Ergun (2021). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ÖZEK, Çetin (1959). "Umumi Af", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 24., S. 1-4., ss. 118-175.
- ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan (2013). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- PALAZZO, Francesco (2021). *Corso Di Diritto Penale Parte Generale*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- PISAPIA, Gian Domenico (1971). *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*, Akgüç, Atıf (Çev.), Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları.
- SONEL, Hikmet (1952). "Af ve Erteleme", *Adalet Dergisi*, C. 43., S. 2., ss. 185-212.
- SOYASLAN, Doğan (2001). "Af", *Anayasa Yargısı*, C. 17., S. 1., ss. 412-437.
- SOYASLAN, Doğan (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SÖZÜER, Adem (2001). "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 219-253.
- ŞARE, Ersin (2014). "Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 26., S. 111., ss. 163-236.
- TANER, Tahir (1953). *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2020). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.

- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan ve ÖNOK, Murat (2015). *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- TEZİÇ, Erdoğan (2021). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- TEZİÇ, Erdoğan (1985). "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun 'Esas' Açısından Denetimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 51., S. 1-4., ss. 23-43.
- TOROSLU, Nevzat (2012). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Savaş Yayınevi.
- TOROSLU, Nevzat (2019). *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara: Savaş Yayınevi.
- TÜRK DİL KURUMU (2011). *Türkçe Sözlük*, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları.
- YALÇIN, Türkan (2001). "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertilenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", *Anayasa Yargısı*, C. 18., S. 1., ss. 149-195.
- YARIMBATMAN, Güven (2020). "Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Af Yetkisinin Kullanımı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 33., S. 150., ss. 51-84.
- YÜCE, Turhan Tufan (1985). *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- ZAFER, Hamide (2015). *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- ZAFER, Hamide (1999). *Ceza Hukukunda Terörizm*, İstanbul: Beta Yayınevi.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1964/12, K.1964/47, 9/6/1964.
- AYM, E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966.
- AYM, E.1963/145, K.1967/20, 27/6/1967.
- AYM, E.1974/34, K.1974/50, 28/11/1974.

AYM, E.1975/193, K.1976/16, 16/3/1976.
AYM, E.1976/7, K.1976/35, 24/6/1976.
AYM, E.1978/67, K.1979/14, 13/3/1979.
AYM, E.1988/3, K.1989/4, 18/1/1989.
AYM, E.1990/35, K.1991/13, 6/6/1991.
AYM, E.1991/15, K.1991/22, 19/7/1991.
AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19/7/1991.
AYM, E.1999/39, K.2000/23, 19/9/2000.
AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.
AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.
AYM, E.2017/37, K.2017/22, 9/2/2017.
AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020.

Yargıtay Kararları

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28/2/2012 tarihli ve K.2012/65 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25/3/2014 tarihli ve K.2014/140 sayılı kararı .

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Dujardin ve diğerleri/Fransa, B. No: 16734/90, 2/9/1991.

Gerger/Türkiye, B. No: 24919/94, 8/7/1999.

Ould Dah/Fransa, B. No: 13113/03, 17/3/2009.

Margus/Hırvatistan, B. No: 4455/10, 27/5/2014.

